



UNIVERSIDAD LASALLISTA BENAVENTE
FACULTAD DE DERECHO

879309

20

25

Con estudios incorporados a la Universidad
Nacional Autónoma de México

Clave: 879309

ANALISIS JURIDICO COMPARATIVO A LAS CAUSALES
DE DIVORCIO Y SUS IMPLICACIONES

TESIS

Que para obtener el título de

LICENCIADO EN DERECHO

Presenta:

SERAFIN GONZALEZ PATIÑO

Celaya, Gto.

1995

Marzo

FALLA DE ORIGEN



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

D E D I C A T O R I A . -

TESIS DEDICADA A:

MI MADRE MA. MERCEDES PATIÑO ESCOGIDO:

Por ser la única persona que me ha acompañado, protegido y apoyado en los momentos más difíciles de mi rol de vida.

La única consejera de manera incondicional, a la cual le debo todo lo que soy.

A todos y cada uno de mis hermanos y sobrinos:

Por el cariño y empuje que me han demostrado.

A una persona muy especial en mi vida que siempre recuerdo y recordaré. Que es la inspiración de mis actos

A mis maestros:

Que aparte de aportar sus conocimientos y experiencia, me ayudaron con consejos. Me ofrecieron una mano amiga.

A todos los matrimonios unidos:

Que a pesar de los obstáculos que se les han presentado los han superado permaneciendo unidos.

INDICE GENERAL.-

CAPITULO PRIMERO

MATRIMONIO.

1.1. Concepto.-----	1
1.2. Naturaleza Jurídica.-----	4
1.3. Elementos Esenciales y de Validez.-----	16
1.4. Efectos.-----	19
1.5. Disolubilidad e Indisolubilidad.-----	26

CAPITULO SEGUNDO

DIVORCIO.

2.1. Antiguo Testamento.-----	41
2.2. Nuevo Testamento.-----	42
2.3. Motivos de la Aparición en los Estados Modernos.-----	43
2.4. Antecedentes Históricos.-----	48
2.5. El Divorcio en México.-----	48
2.6. México Precolonial.-----	48
2.7. México Colonial.-----	51
2.8. México Independiente.-----	52
2.9. Concepto.-----	66
2.10. Problema Socio-Jurídico.-----	66
2.11. Sistemas.-----	71

CAPITULO TERCERO

ANALISIS DE LAS CAUSAS DE DIVORCIO NECESARIO.

3.1. Análisis de las Causas de Divorcio Necesario, Contenidas en el Código Civil Vigente.-----	79
3.2. Características de la Acción.-----	139
3.3. Efectos.-----	155

CAPITULO CUARTO

ANALISIS DE LAS FRACCIONES VIII, IX Y XVIII DEL ARTICULO 323 DEL CODIGO CIVIL VIGENTE EN EL ESTADO DE GUANAJUATO.

4.1. Fracción VIII.-----	180
4.2. Fracción IX.-----	189
4.3. Fracción XVIII.-----	191

CAPITULO QUINTO

ESTUDIO COMPARATIVO DE LAS CAUSALES ANTES SEÑALADAS.

5.1. Estudio Comparativo de las Causales Antes Señaladas.-----	196
--	-----

C O N C L U S I O N E S.-----	213
-------------------------------	-----

B I B L I O G R A F I A .-----	225
--------------------------------	-----

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

Al elaborar esta tesis mi intención es dejar entrever la reglamentación del divorcio, no para facilitar o solucionar las disoluciones matrimoniales, sino para conocer los instrumentos que se tienen para solucionar situaciones irremediables de fracasos matrimoniales. Ya que la misión del Derecho y Abogado prácticamente es resolver un problema humano desde el punto de vista jurídico. Independientemente del esfuerzo por conservar y fortalecer el matrimonio. Habrá situaciones en las cuales sea irremediable la separación o disolución.

Pero debe tomarse conciencia de los contras que significa una separación matrimonial, ya que para nosotros abogados, es una prestación de un servicio profesional y no lo sentimos en carne propia. Pero si nos hemos percatado, de que toda pareja divorciada así como los hijos si es que los hay, sufren esas consecuencias de diferente manera, a principio de cuentas un problema de tipo emocional y una desestabilidad ya sea económica o de seguridad, la mayoría de los jóvenes delincuentes son hijos de personas divorciadas o con problemas familiares donde no se encuentra comprensión, apoyo o respeto, y no hay quien encauce a esos jóvenes y, por otro lado entre los " Adultos " divorciados son gente en la mayoría de los casos inestable y rencorosa, por todo ello es necesario que tomemos en cuenta estos y muchos otros factores para disolver un matrimonio, tratando de persuadirlos de desistir de su pretensión de divorcio y que solucionen sus problemas sin llegar a una ruptura matrimonial. Que es el último recurso a que debe llegar una pareja unida en matrimonio.

SUMARIO

CAPITULO PRIMERO

MATRIMONIO

1.1. Concepto.

1.2. Naturaleza Jurídica.

1.3. Elementos Esenciales y de Validez.

1.4. Efectos.

1.5. Disolubilidad e Indisolubilidad.

CAPITULO PRIMERO.

M A T R I M O N I O .

1.1. CONCEPTO.-

Del matrimonio se han dado muchas definiciones, entre otras, las siguientes:- "El contrato solemne regulado exclusivamente por las Leyes Civiles, por el cual se unen perpetuamente el varón y la mujer para el mutuo auxilio, procreación y educación de los hijos".(1)

La unión valida de un hombre y una mujer celebrada conforme a las Leyes del Estado y ante un magistrado civil, o la declaración de voluntad de contraer matrimonio prestada ante un Magistrado civil y la situación jurídica creada por este acto.(2)

Dentro de la doctrina Argentina, encontramos varias definiciones que son:

Carlos Jose Alvarez "Unión legítima indisoluble del hombre y la mujer con el fin de procrear, alimentar y educar a sus hijos y auxiliarse los esposos recíprocamente en la vida".

Rodolfo de Ibarrola: "Unión del hombre y la mujer en una comunidad de vida, destinada a la formación de la familia, precedida de la manifestación del consentimiento, por el acto jurídico de la celebración ante el Oficial del Registro Civil".

Prayones: "Institución social, mediante la cual se establece la unión entre dos personas de distinto sexo, para realizar la propagación de la especie y los demás fines materiales y morales necesarios para el desarrollo de la personalidad".

Juan Carlos Loza: "Institución jurídica, formal de orden público, fundada sobre el consentimiento mutuo, en que dos personas de diferente sexo unen permanentemente sus destinos para los fines de la procreación de la prole, la educación de los hijos y la asistencia mutua sometida al estatuto legal que regula sus relaciones".

Spota: "Acto jurídico complejo que surge en virtud de que el hombre y la mujer declaran su voluntad de unirse a fin de constituir una familia legítima siguiendo estas declaraciones la del oficial público hecho en nombre de la Ley, y por la cual los declara marido y mujer".

Borda: " Es la unión del hombre y la mujer para el establecimiento de una plena comunidad privada".

Lagomarcino: "Toma en consideración para formular las definiciones el doble significado y expresa que: "El matrimonio es la institución social fundada en la unión entre el hombre y la mujer tendiente al nacimiento de la familia legítima, a la propagación de la especie y al cuidado de la prole" y el matrimonio-acto "El contrato del derecho familiar en virtud del cual un hombre y una

mujer formalizan una unión reconocida por la ley con base en la familia legítima".(3)

Kipp y Wolff consagran la siguiente definición "El matrimonio es la unión de un hombre y una mujer, reconocida por el derecho e investida de ciertas consecuencias jurídicas".(4)

Para Jose Luis la Cruz Cerdejo: "Es la unión irrevocable de un hombre y una mujer dirigida al establecimiento de una plena comunidad de vida".(5)

Sociedad, comunidad, perpetuación, ayuda común destino, constitución legítima de la familia, institución social y jurídica para formar familia. Para la definición del matrimonio debemos tomar en cuenta los dos aspectos. Uno como acto constitutivo y el otro como estado de vida.

El matrimonio como acto constitutivo, es un acto jurídico conyugal, (Pacto conyugal) en el que interviene, además, la voluntad del Juez del Registro Civil para constituir el vínculo conyugal, el que se traduce en matrimonio-Estado como comunidad íntima y permanente de vida, de un hombre y una mujer en orden al amor conyugal, la promoción humana de ambos y la procreación responsable.

Con base en lo anterior se puede intentar una definición diciendo que el matrimonio es un compromiso jurídico, público y permanente de vida conyugal.

En esta definición al señalar que el matrimonio es un compromiso jurídico se destaca el acto jurídico constitutivo, es decir, el

matrimonio-acto como acto plurilateral y mixto que le da el carácter de público la participación del representante oficial en la celebración de la boda . Al señalarlo como permanente se quiere significar que es intrínsecamente indisoluble, porque los cónyuges por si mismos no pueden disolverlo; se requiere necesariamente, la resolución de una autoridad, bien sea el Juez de lo familiar en el Divorcio Judicial (Contencioso o Voluntario) o el Juez del Registro Civil en el Divorcio Administrativo. Al calificar el compromiso de vida conyugal se esta haciendo referencia al matrimonio-Estado, es decir a la comunidad de vida que tiene un calificativo de conyugal por los deberes, derechos y obligaciones que se generan, y son necesarios para el cumplimiento de los fines objetivos del matrimonio: Amor Conyugal. procreación responsable y la promoción humana de ambos consortes.

1.2. NATURALEZA JURIDICA DEL MATRIMONIO

I.- Diferentes puntos de vista en el estudio del matrimonio.-

El matrimonio ha sido considerado desde distintos puntos de vista:

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

1.- El Matrimonio como Institución.-

En este sentido significa el conjunto de normas que rigen el matrimonio. Una Institución Jurídica es un conjunto de normas de igual naturaleza que regulan un todo orgánico y persiguen una misma finalidad.

El matrimonio como idea de obra significa la común finalidad que persiguen los consortes para constituir una familia y realizar un estado de vida permanente entre los mismos. Para el logro de las finalidades comunes que impone la institución, se organiza un poder que tiene por objeto mantener la unidad y establecer la dirección dentro del grupo, pues toda comunidad exige necesariamente tanto un poder de mando como un principio de disciplina social. En el matrimonio, ambos cónyuges pueden convertirse en órganos del poder, asumiendo igual autoridad como ocurre en el sistema mexicano, o bien puede descansar toda la autoridad exclusivamente en el marido como se ha venido reconociendo a través de la historia de la institución, desde el matrimonio por rapto.

2.- El Matrimonio como Acto Jurídico Condición.-

Se debe a León Duguit haber precisado la significación que tiene el acto jurídico condición. Distingue el acto regla, el acto subjetivo y el acto condición, en su tratado de derecho constitucional. Define el último, como el acto jurídico que tiene por objeto determinar la aplicación permanente de todo un estatuto de derecho a un individuo o a un conjunto de individuos, para crear situaciones jurídicas concretas que constituyen un verdadero estado, por cuanto que no se agotan por la realización de las

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

3.- El Matrimonio como un Acto Jurídico Mixto.-

Se distinguen en el derecho los actos jurídicos privados, los actos jurídicos públicos y los actos jurídicos mixtos. Los primeros se realizan por la intervención exclusiva de los particulares; los segundos por la intervención de los órganos estatales y los terceros por la concurrencia tanto de los particulares como de los funcionarios públicos en el acto mismo, haciendo sus respectivas manifestaciones de voluntad. El matrimonio es un acto mixto debido a que se constituye no sólo por el consentimiento de los consortes, sino también por la intervención que tiene el Oficial del Registro Civil. Este órgano del Estado desempeña un papel constitutivo y no simplemente declarativo, pues podemos decir que si se omite en el acta respectiva hacer constar la declaración que debe hacer el citado funcionario, considerando unidos a los consortes en legítimo matrimonio, éste no existiría desde el punto de vista jurídico.

4.- El Matrimonio como Contrato Ordinario.-

Esta ha sido la tesis tradicional desde que se separo el matrimonio civil del religioso, pues tanto en el derecho positivo como en la

doctrina, se le ha considerado fundamentalmente como un contrato en el cual existen todos los elementos esenciales y de validez de dicho acto jurídico. Especialmente se invoca como razón el hecho de que los contrayentes deben manifestar su consentimiento ante el Oficial del Registro Civil para unirse en matrimonio. Por consiguiente, se considera que en este caso como en todos los contratos, es elemento esencial el acuerdo de las partes.

Planiol y Ripert reconocen que aun cuando el matrimonio es una institución y constituye un acto complejo, tiene también carácter contractual. Sin embargo admiten que en el matrimonio existe una naturaleza mixta.

En contra de la tesis de que el matrimonio es un contrato, tenemos las opiniones de Ruggiero y Bonnacase. El primero se expresa así: " Hay que reaccionar contra esta tendencia negando al Matrimonio el carácter de contrato. No basta que se dé en aquél un acuerdo de voluntades para afirmar sin más que sea un contrato; ni es cierto tampoco que todo negocio bilateral sea contrato, aunque los contratos constituyan la categoría mas amplia de tales negocios. Nada se gana con añadir que la materia especial de este contrato implica derogaciones más o menos profundas a las normas que regulan la materia contractual. Precisamente las normas que no solo limitan, sino que aniquilan toda autonomía de voluntad, demuestran la radical diferencia que media entre el contrato y el matrimonio. Contra lo que sucede en los contratos, el matrimonio esta sustraído a la libre voluntad de las partes; éstas no pueden, en el matrimonio, estipular condiciones y términos ni adicionar cláusulas o modalidades ni disciplinar las relaciones conyugales de modo

contrario al establecido en la Ley; la libertad no surge sino cuando se trata de intereses patrimoniales, y aun en tal caso esta muy limitada. Opuesta a la idea del contrato e inconciliable con ella es la absoluta inaplicabilidad al matrimonio del mutuo disenso; en cambio, no hay contrato que no pueda resolverse si las partes no quieren que el vínculo subsista".

Bonnet en su obra: " La Filosofía del Código de Napoleón aplicada al Derecho de familia". (Traducción del Lic. Jose M. Cajica Jr., Puebla, 1945) ha sostenido que es totalmente falsa la tesis contractual. Al efecto, el ilustre jurista francés hace un estudio de la naturaleza del matrimonio desde todos los puntos de vista en que sería posible considerarlo, para condenar sin ambages la teoría contractual y adherirse a la tesis institucional del matrimonio. Desde luego rechaza el punto de vista de Planiol de que el legislador francés haya procedido con un espíritu de moderación y cordura en la regulación jurídica de la familia y en cuanto a la concepción del matrimonio como un contrato, reconoce que de los trabajos preparatorios del Código Napoleón resulta con evidencia, que los redactores del mismo, a pesar de todos sus refuerzos no lograron sustraerse a la creación de la idea del matrimonio contrato, aún cuando precisaron algunas diferencias. Especialmente influyó la obra de Juan Jacobo Rousseau, el " Contrato Social ", también las ideas de Pothier que se adhirió asimismo a la tesis de Rousseau. Expresamente este último nos dice: " El matrimonio es el más excelente y antiguo de todos los contratos. Aun considerándolo únicamente en el orden civil. Es más excelente, porque la sociedad civil esta mas interesada en el. Es el mas antiguo, porque fue el

primer contrato que celebraron los hombres. Inmediatamente que Dios hubo formado a Eva de una de las costillas de Adán, y que la hubo presentado a éste, nuestros dos primeros padres celebraron un contrato de matrimonio. Adán tomo a Eva por esposa...Eva tomo recíprocamente a Adán por su esposo " (Cita de Bonnecase, en las págs.. 169 y 170 de su obra antes citada, tomada del contrato social de Rousseau).

En el matrimonio, considera Bonnecase, que no se cumplen las reglas que lo caracterizan como un contrato. Ni menos aun existe el principio de la autonomía de la voluntad por lo que se refiere a sus efectos y disolución.

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

En cuanto a su disolución, el matrimonio también se separa radicalmente de los contratos, pues no depende de la voluntad de los consortes disolver el vínculo matrimonial ; en cambio, todo contrato concluye por el mutuo disenso.

Por nuestra parte, creemos que debe desecharse totalmente la tesis contractual del matrimonio, pues además de las razones expuestas

por Bonnacase debe reconocerse que en el derecho de familia ha venido ganando terreno la idea de que el matrimonio es un acto jurídico mixto en el cual participa en forma constitutiva del mismo, el Oficial del Registro Civil. Por otra parte, en nuestro derecho se caracteriza también como acto solemne, de tal manera que requiere para su existencia que se levante el acta matrimonial en el libro correspondiente con el conjunto de formalidades que después estudiaremos. En este aspecto se vuelve a comprobar la intervención activa del citado Oficial del Registro Civil, que no solo declara unidos a los contrayentes, sino que tiene que redactar y levantar una acta cumpliendo estrictas solemnidades en su constitución. Los mismos actores que han admitido la existencia del matrimonio como contrato, no han podido negar la característica que tiene como acto jurídico mixto y el papel esencial que juega el Oficial del Registro Civil.

En nuestro derecho, el Artículo 155 del Código de 1884 decía expresamente: "El matrimonio es la sociedad legítima de un solo hombre con una sola mujer que se unen con vínculo indisoluble para perpetuar su especie y ayudarse a llevar el peso de la vida".

En el Código Civil de 1870, el Artículo 159 había consagrado la citada definición que después reprodujo textualmente el Código de 1884, en la ley de relaciones familiares, el Artículo 13 decía: "El matrimonio es un contrato civil entre un solo hombre y una sola mujer, que se unen con vínculo disoluble para perpetuar su especie y ayudarse a llevar el peso de la vida". En el Código Civil Vigente ya no se contiene una definición del matrimonio, de tal suerte que no se le caracteriza expresamente, como un contrato pero

diferentes preceptos aluden al mismo dándole la categoría de contrato.

Aun cuando es indudable que nuestros textos legales desde 1917, tanto en la Constitución como en la Ley de Relaciones Familiares, y después el Código Civil Vigente, han venido insistiendo en la naturaleza contractual del matrimonio, también no es menos cierto que tal punto de vista solo tuvo por objeto separar de manera radical el matrimonio Civil del Religioso; es decir, negar el principio consagrado por el Derecho Canónico que dio carácter de sacramento al matrimonio. Por esto en el Artículo 130 de la Constitución del 17, se afirma que el matrimonio como contrato civil es de la exclusiva competencia de los funcionarios y autoridades del orden civil. Es decir, no debe considerarse que el legislador mexicano al afirmar que el matrimonio es un contrato, quiso equipararlo en sus efectos y disolución al régimen general de los contratos, sino que su intención fue únicamente negar a la iglesia toda ingerencia en la regulación jurídica del matrimonio, en la celebración del mismo, en las consecuencias del divorcio, y en los impedimentos para ese acto. Así se explica que el Artículo 147 del Código Vigente (144 C.C. Edo. Gto.) prohíba toda estipulación contraria a los fines del matrimonio, a la perpetuación de la especie y a la ayuda recíproca que se impone a los consortes. Por la misma razón el Artículo 182 (175 C.C. Edo. Gto.) declara: " Son nulos los pactos que los esposos hicieron contra las leyes o los naturales fines del matrimonio ". De estos preceptos se desprende que no puede aplicarse a la regulación misma del acto en cuanto a los derechos y obligaciones que origina, el

sistema contractual. Es decir, no sólo se pueden alterar las obligaciones y facultades que imperativamente establece la Ley, sino que tampoco pueden los consortes pactar términos, condiciones o modalidades que afecten a este régimen que se considera de interés público. En este sentido es de aplicación estricta el Artículo 6 del propio Código, (5 C.C. Edo. Gto.) conforme al cual la voluntad de los particulares no puede eximir de la observancia de la Ley, ni alterarla o modificarla. El mismo precepto permite que se renuncien los derechos privados que no afecten directamente el interés público, y es indiscutible que una renuncia en cuanto a los derechos y obligaciones que derivan del matrimonio, si afectaría gravemente al interés público. En cuanto a la forma de disolución del matrimonio, la Ley dispone que el divorcio solo procederá por las causas que señala o por mutuo consentimiento de los consortes. Ahora bien, podría pensarse que en esta forma de divorcio se aplica el régimen contractual ya que se equipara al mutuo disenso, pero la diferencia es evidente si se reflexiona que no puede haber divorcio sin la intervención de un Juez o del Oficial del Registro Civil en el caso de que no haya habido hijos y los consortes no tengan bienes o hubieren liquidado la sociedad respecto a los mismos. Por lo tanto, no basta el mutuo consentimiento de los consortes por sí sólo para disolver el matrimonio, se requiere siempre la intervención de un funcionario del Estado y sobre todo, entre tanto no exista la sentencia del Juez Civil o la declaración del Oficial del Registro Civil decretando el divorcio, subsiste el vínculo matrimonial.

5.- El Matrimonio como Contrato de Adhesión.

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

6.- El Matrimonio como estado Jurídico.

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

El matrimonio evidentemente que constituye un estado jurídico entre los consortes, pues crea para los mismos una situación jurídica permanente que origina consecuencias constantes por aplicación del estatuto legal respectivo a todas y cada una de las situaciones que se van presentando durante la vida matrimonial. Además, el

matrimonio se presenta como un estado de derecho en oposición a los simples estados de hecho. Los estados del hombre pueden ser estados de hecho y estados de derecho, según que nazcan de hechos o de actos jurídicos. Por ejemplo, el concubinato es un estado de hecho y el matrimonio es un estado de derecho, en los sistemas que niegan a aquel efectos jurídicos.

El estado matrimonial tiene consecuencias importantes respecto a la vigencia del matrimonio, a sus efectos y a su disolución, pues aun cuando se inicia por un acto jurídico, en realidad se perfecciona a través de la vida en común; sin el estado matrimonial no puede cumplirse el deber de convivencia que existe entre los esposos. Por consiguiente, faltando ese estado puede darse el caso de disolución en los términos de las fracciones VIII, y IX del Artículo 267 del D.F. (323 mismas fracc. C.C. Edo. Gto.).

7.- Tesis de Antonio Cicu.

El matrimonio no es un contrato, sino un acto de poder estatal. Transcribimos textualmente la interesante opinión del jurista italiano:

" El matrimonio no es formalmente contrato.- Pero de una manera mucho mas radical nosotros creemos poder atacar la concepción contractual del matrimonio, negando también la forma del contrato

". " Es indudable que en nuestro derecho no se tiene matrimonio sin la intervención del Oficial del estado Civil ".

"El matrimonio es un acto del poder estatal .- Estas consideraciones ponen en claro la especial importancia que tiene el hecho de que la declaración de voluntad de los esposos deba ser

dada al Oficial, y por el recogida personalmente en el momento en que se prepara para el pronunciamiento; y que toda otra declaración o contrato realizado entre los esposos no tiene ningún valor jurídico. Nosotros deducimos de esto que la Ley no considera el matrimonio como contrato tampoco formalmente y que la concorde voluntad de los esposos no es mas que condición para el pronunciamiento; este y solo este es constitutivo del matrimonio ".

" Lo que mas contribuye a mantener firme la concepción contractual es la consideración de que hay libertad de unirse o no en matrimonio, y que sin la concorde voluntad de los esposos el matrimonio no es concebible; que incluso el consentimiento es aquí mas simple, mas vinculante. Pero no se advierte que esto no tiene nada que ver con la valoración jurídica; es siempre el punto de vista privadistico el que altera la visión; y así el mismo no puede explicar por qué en casos de que el consentimiento es pleno, y el propósito es precisamente aquel que sustancialmente se atribuye al matrimonio (Ejemplo, matrimonio religioso), jurídicamente no se tenga nada; especialmente no puede dar razón de la perpetuidad e indisolubilidad del vínculo. No se advierte que mientras el contrato limita la libertad de un contratante frente al otro, el matrimonio no limita, sino que excluye la libertad, y pone por eso necesariamente a los esposos frente a un poder superior (Divinidad, Estado). Por eso, el Estado no interviene como extraño. Se tiene en cambio, interés familiar, elevado a interés estatal. Si después de esto se quiere todavía hablar de negocio jurídico familiar, nosotros no tenemos dificultad en estar de acuerdo: Con tal de que el negocio no se haga consistir en el

contrato entre los esposos, y en todo caso, se deje de lado la concepción privadística " .

1.3. ELEMENTOS ESENCIALES Y DE VALIDEZ DEL MATRIMONIO.

Siendo el matrimonio un acto jurídico*, tiene elementos esenciales y de validez. (* Acto jurídico; manifestación de la voluntad humana susceptible de producir efectos jurídicos. Para que produzca efectos , además de la capacidad para realizarlo, se precisa que se verifique de acuerdo con los requisitos legales previamente establecidos para cada caso).

LOS ELEMENTOS ESENCIALES SON:

- 1.- Consentimiento (Affectio maritalis)
- 2.- Diferencia de sexos y unidad de personas.
- 3.- Celebración: Presencia del Oficial del Registro Civil y dos testigos por cada parte.

Los elementos esenciales están constituidos respectivamente por la manifestación de voluntad de los consortes y del Oficial del Registro Civil y por el "Objeto Especifico" de la Institución, de acuerdo con la Ley consiste en crear derechos y obligaciones entre un hombre y una mujer, tales como hacer vida en común, ayudarse y socorrerse mutuamente, guardarse fidelidad recíproca, etc.

LOS ELEMENTOS DE VALIDEZ SON:

- 1.- Capacidad.
- 2.- Ausencia de vicios en la voluntad.
- 3.- Licitud en el objeto, fin o condición del acto, y

4.- firma, cuando la Ley la requiera.

Los elementos de validez no son necesarios para la existencia del acto jurídico, pero su inobservancia trae consigo la nulidad absoluta o relativa, según lo disponga la Ley.

Para la presente tesis solamente mencionaremos los elementos esenciales puesto que son aquellos sin los cuales el acto jurídico no puede existir, pues faltaría al mismo un elemento de definición.

1.- El Consentimiento como Elemento Esencial en el Matrimonio . En el matrimonio propiamente existen tres manifestaciones de voluntad, según hemos ya explicado: La de la mujer, la del hombre y la del Oficial del Registro Civil. Las dos primeras deben formar consentimiento, es decir, manifestarse en el sentido de estar de acuerdo con los contrayentes en unirse en matrimonio para que el Oficial del Registro Civil exteriorice a su vez la voluntad del Estado al declararlos legalmente unidos en dicho matrimonio.

El Oficial del Registro Civil interrogará a los pretendientes si es su voluntad unirse en matrimonio y si están conformes, los declarará unidos en nombre de la Ley y de la sociedad.

No sólo la falta de acuerdo entre los pretendientes, sino también la omisión en cuanto a la declaratoria que debe hacer el Oficial del Registro Civil, sera causa de inexistencia. Es decir, si del Acta Matrimonial resulta probada plenamente la falta de ese elemento esencial, deberá decirse que no hubo matrimonio. Puede también justificarse plenamente por otros medios de prueba, que en concepto del tribunal sean de valor indiscutible, la falta de

consentimiento de los consortes o de la declaración del Oficial del Registro Civil, para que reconozca la inexistencia.

2.- Objeto Posible como Elemento Esencial del Matrimonio.

Todo acto jurídico requiere un objeto que sea física y jurídicamente posible. La imposibilidad en cualquiera de sus dos formas (Física y jurídica) originará la inexistencia del acto.

Relacionando el objeto del matrimonio con el de los actos jurídico en general, podemos decir que desde el punto de vista estrictamente legal, existe también un objeto directo en el acto matrimonial, consistente en la creación de derechos y obligaciones entre los consortes, es decir, entre hombre y mujer, de tal manera que los fines específicos del mismo imponen a los cónyuges respectivamente la obligación de vida en común, ayuda recíproca, débito carnal y auxilio espiritual.

3.- Reconocimiento que Debe Hacer la Norma a la Manifestación de Voluntad Contendida en el Acto Jurídico.

Cabe hablar de un tercer elemento esencial en los actos jurídicos, consistente en el reconocimiento que debe hacer la norma a la manifestación de la voluntad, pues en el supuesto de que el derecho no amparase tal declaración, no habría propiamente acto jurídico. En el matrimonio expresamente se prohíbe en el Artículo 147 (144 C.C. Edo. Gto.) cualquiera condición contraria a la perpetuación de la especie o a la ayuda mutua que se deben los cónyuges, previéndose que se tendrá por no puesta dicha estipulación, es decir, en este caso se sanciona con la inexistencia la estipulación

contraria a los naturales fines del matrimonio, puede decretarse como sanción la nulidad, según previene el Artículo 182 (175 C.C. Edo. Gto.) al estatuir que: " Son nulos los pactos que los esposos hicieron contra las leyes o los naturales fines del matrimonio ". El sistema de nuestro Código Vigente ha sido en el sentido de reconocer la inexistencia de ciertas cláusulas o condiciones que se tienen por no puestas, tal ocurre en la hipótesis del Artículo 147 (144 C.C. Edo. Gto.) ha que ya nos hemos referido o bien para ciertas condiciones testamentarias que según los artículos 1355 y 1358 C.C. D.F. también se declaran como no puestas.

4.- Formalidades Anteriores a la Celebración del Matrimonio.

Los Artículos 97 a 101 del Código Civil Vigente (101 al 104 C.C. Edo. Gto.) regulan dichas formalidades anteriores al matrimonio. Además, en los Artículos 102 y 103 (105 y 106 C.C. Edo. Gto.) se estatuyen las formalidades y solemnidades del matrimonio mismo, en el momento de su celebración.

Distinguiremos las solemnidades de las formalidades, de acuerdo con el siguiente criterio. Las Solemnidades.- Son esenciales para la existencia del matrimonio, en tanto que las. Formalidades.- Sólo se requieren para su validez (Si no se observan el matrimonio sera existente, pero nulo).

1.4. EFECTOS DEL MATRIMONIO

Efectos Entre Cónyuges.-

Los Autores señalan como efectos del matrimonio, la vida en común, el débito conyugal, la fidelidad, la ayuda mutua. Creo que en esta

materia debe de hacerse una precisión. Lo que señala como efectos son, en realidad, deberes conyugales, que si bien nacen y se originan del matrimonio son parte del mismo y no su efecto. El objeto del acto jurídico es la creación, modificación, transmisión o extinción de derechos y obligaciones, e indirectamente la cosa misma. Aplicado al matrimonio, el objeto del matrimonio acto es la creación del vínculo jurídico con sus respectivos deberes, derechos y obligaciones conyugales; y el objeto del matrimonio-Estado es el ejercicio de esos derechos así como el cumplimiento de los deberes y obligaciones dentro de la comunidad íntima de vida.

Trataremos Sucesivamente de los Derechos y Obligaciones Enunciados:

a).- El derecho a exigir una vida en común, con la obligación de habitar bajo el mismo techo, es indiscutiblemente el principal de todos los enumerados, dado que sólo a través de el puede existir la posibilidad física y espiritual de cumplir los fines del matrimonio, podemos decir que constituye la relación jurídica fundante de la cual dependen un conjunto de relaciones jurídicas que podemos denominar fundadas o derivadas. La vida en común implica la relación jurídica fundante, porque si no se realiza, no podran cumplirse las relaciones jurídicas fundadas.

b).- Otro derecho interesante en el matrimonio es el relativo a exigir el cumplimiento del débito carnal. Se trata de una forma sui-generis que solo puede existir, como es evidente, en este tipo de relación intersubjetiva ya que cada uno de los sujetos esta facultado para interferir en la persona y conducta del otro, pero

en la forma íntima, que impone la relación sexual. No sólo se trata aquí de dar satisfacción a una función biológica, sino que existe una regulación jurídica, dado que cabe determinar en que términos y condiciones deberá cumplirse con la obligación respectiva y ejercitarse esa facultad. Evidentemente que, como en todos los problemas del derecho familiar, debe prevalecer el interés siempre superior de la familia, de tal suerte que en el caso se trata no sólo de una función biológica, sino también de una función jurídica para dar cumplimiento a los fines del matrimonio, de acuerdo con el imperativo general impuesto por el Artículo 162, (159 C.C. Edo. Gto.) para que cada cónyuge contribuya por su parte a tales fines. El fin principal de este derecho del matrimonio es la perpetuación de la especie y en esa virtud debe entenderse que para ese efecto, fundamentalmente, cada cónyuge está facultado para exigir el débito carnal.

Desde el punto de vista jurídico el deber de relación sexual se encuentra sancionado jurídicamente, pues la negativa injustificada y sistemática de un cónyuge para cumplir esa obligación, implica una injuria grave que es causa de divorcio.

El incumplimiento del débito conyugal puede acarrear como sanción el divorcio, al configurarse una injuria grave. Pero se estima que no puede haber medio de apremio para el cumplimiento de tan íntimo deber, por lo que corresponde a la moral en las relaciones conyugales decidir y resolver.

c).- El derecho a exigir fidelidad, y la obligación correlativa implican fundamentalmente la facultad reconocida en la Ley para

exigir y obtener del otro cónyuge una conducta decorosa y, por lo tanto, excluye la posibilidad de que existan relaciones de intimidad con persona de otro sexo, que sin llegar al adulterio si implican un ataque a la honra y al honor del otro cónyuge.

No sólo existe, en relación con el deber correlativo, la prohibición de realizar el adulterio, con la sanción penal correspondiente y la civil relativa al divorcio, pues podemos encontrar aquí diferentes grados y, por lo tanto, distintas formas de incumplimiento. El adulterio constituye la forma máxima de incumplimiento e ilicitud por lo que se refiere a ese deber. Además no sólo se comprende el aspecto estrictamente jurídico, sino también y de manera fundamental, el aspecto moral que en el caso recibe una sanción jurídica.

Puede decirse que el derecho también comprende el aspecto estrictamente espiritual del problema, ya que sanciona la violación del deber de fidelidad que se traduce en aquellos actos que moralmente demuestran que un cónyuge no guarda al otro las consideraciones debidas conforme a las buenas costumbres, además la justificación es evidente, pues de no ser así peligraría la existencia misma del matrimonio, en todo caso puede existir una injuria grave, que no necesariamente exige demostración de adulterio, sino de conducta indecorosa que ofende al otro cónyuge y, además, implica un ataque a su honor.

" El deber de fidelidad se viola no sólo con cualquier relación sexual extraconyugal, sino también con cualquier relación con persona del otro sexo, que pueda lesionar la reputación o los sentimientos del otro cónyuge ".

" En el primer caso se habría cometido un adulterio, causal de divorcio, cuya apreciación ha espiritualizado nuestra jurisprudencia, en los términos que veremos al estudiar el divorcio; en el segundo se habría incurrido en una injuria grave, que también hace procedente el divorcio, por culpa de quien lo comete.

Desde el punto de vista social, el deber de fidelidad origina un tipo de relaciones que el derecho toma en cuenta, pues cuando no se guarda la consideración, respeto y decoro recíprocos entre los consortes, cabe la posibilidad de que se de margen a ofensas graves que pongan en peligro la estabilidad del matrimonio y, sobre todo, pueden dar origen a una demanda de divorcio.

d).- Otros de los deberes que impone el matrimonio y, por consiguiente, de los derechos que nacen de ese estado civil, es el de socorro y ayuda mutua. Se trata, como en los casos anteriores de verdaderos derechos-deberes o estados funcionales que, como explica Cicu, descansan siempre en la solidaridad familiar, y tiene por objeto realizar los fines superiores de la misma. Una de las principales manifestaciones del derecho-obligación que analizamos es la relativa a la prestación de alimentos que la Ley impone a los consortes: Pero, fundamentalmente, no se concreta exclusivamente a ese aspecto patrimonial. El deber de socorro también comprende la asistencia recíproca en los casos de enfermedad y, sobre todo, el auxilio espiritual que mutuamente deben dispensarse los cónyuges. La unidad de vida conyugal y familiar produce la unidad del presupuesto doméstico: No se distinguen los gastos relativos a uno

de los cónyuges de los relativos al otro, sino que se confunden en la categoría única de los gastos familiares o cargas del matrimonio. No es posible, por tanto, que cada uno de los cónyuges soporte sus propios gastos sino que tiene que concurrir solamente al gasto total único. Y aunque cese la convivencia de los cónyuges, no por ello desaparecen necesariamente las cargas del matrimonio, si hay hijos, el gasto de su manutención cuando no estén ellos provistos de un suficiente patrimonio propio, es siempre obligación de los progenitores.

Diálogo.-

Aún cuando no esta este deber expresamente contenido dentro de nuestra legislación, se deriva del contexto del Código Civil o de Normas de sanción tomadas como causales de divorcio, que nos hacen pensar en la necesidad de una mejor reglamentación. Si es causa de divorcio su violación, es necesario reglamentarlo para presentarlo a los cónyuges como un bien y procurar su promoción.

El diálogo se presenta tanto en el matrimonio como en la familia, y se estima necesario para el amor conyugal y la promoción integral. Entendemos que el diálogo esta implícitamente comprendido dentro del socorro y ayuda mutua (Artículo 162 C.C. D.F.) (159 C.C. Edo. Gto.) y en todas las otras disposiciones que se refieren a la familia, como aquella que señala que resolverán de común acuerdo todo lo conducente al manejo del hogar, la formación y educación de los hijos (Art. 168 C.C. D.F.) (164 C.C. Edo. Gto.) es un deber que nace del matrimonio: Se exige como recíproco y complementario.

El diálogo no es solo palabra, sino la actitud y comunicación constante entre marido y mujer, por lo que la legislación previene que los cónyuges vivirán en el domicilio conyugal. Todo aquello que impida el diálogo, que comprende las manifestaciones de afecto y actos conyugales, creará grave conflicto, hará peligrar la estabilidad matrimonial, y puede originar su destrucción propiciando el divorcio (Art. 267 C.C.). Se facilita y promueve el diálogo conyugal a través de la relación sexual, por lo que es causa de divorcio padecer alguna enfermedad crónica e incurable que sea, además, contagiosa, y la impotencia (Fracc. VI) la separación de la casa conyugal por más de seis meses o más tiempo, lógicamente impide la posibilidad del diálogo (Fracc. VIII); así como la declaración de ausencia legalmente o la presunción de muerte (Fracc. X) (323 mismas Fracc. C.C. Edo. Gto.).

Respeto.-

El respeto a la persona es otro de los valores conyugales. Es un deber que nace del matrimonio y se da como recíproco y complementario.

El respeto a la persona se encuentra y promueve en el matrimonio y esta relacionado estrechamente con la promoción humana.

Hay disposiciones dentro de la legislación que se orientan al respeto de la dignidad humana, y en especial a la dignidad de los cónyuges. Se consideran impedimentos: El atentado contra la vida de alguno de los casados para contraer matrimonio con el que quede libre y también la fuerza, miedo o rapto para contraer matrimonio, (Art. 56 Fracc. VI y VII C.C.) (153 Fracc. VI y VII C.C. Edo.

Gto.) marido y mujer tendrán en el hogar autoridad y consideraciones iguales (Art. 168 C.C.) (164 C.C. Edo. Gto.) y podran desempeñar cualquier actividad, excepto las que dañen la moralidad de la familia o la estructura de esta (Art. 169 C. C.) (166 C.C. Edo. Gto.) Ambos, siendo mayores de edad, tienen capacidad para administrar, contratar y disponer sus propios bienes (Art. 162 C.C.) (169 C.C. Edo. Gto.). El matrimonio puede ser anulado si se contrae por miedo, error o violencia (Art. 235 C.C.) (291 C.C. Edo. Gto.). La buena fé de los cónyuges se supone siempre (Art. 247 C.C.) (313 C.C. Edo. Gto.) El ataque a la dignidad de alguno puede ser causa de divorcio (Art. 267 C.C.), como podría ser: La propuesta del marido para prostituir a la mujer (Fracc. VI), la sevicia, las amenazas o injurias de un cónyuge al otro (Fracc. IX); la acusación hecha por un cónyuge al otro por delito que amerite pena mayor de dos años de prisión (Fracc. XIII) (323 Fracc. III, XI y XIII C.C. Edo. Gto.).

1.5. DISOLUBILIDAD E INDISOLUBILIDAD DEL MATRIMONIO

El divorcio de acuerdo con la legislación mexicana es la disolución legal del matrimonio que deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro (Art. 266 y 291 C.C.) (322 y 332 C.C. Edo. Gto.) en algunas legislaciones se entiende dentro del término de divorcio la mera separación de cuerpos, sin disolución del vínculo.

Para tener claro el concepto conviene estudiar, en primer término, lo relativo a la disolubilidad o indisolubilidad, tanto en el matrimonio natural, como en el matrimonio religioso, para después, estudiar las distintas clases de divorcio.

Disolubilidad e Indisolubilidad del Matrimonio.-

Esta parte estará dividida en dos, para tratar primero el matrimonio Civil y después lo relativo al matrimonio religioso, pues las razones que se invocan para la indisolubilidad del segundo son exigencias ético-cristianas.

Matrimonio Civil.-

No puede probarse, por lo menos de un modo contundente, que el matrimonio como Institución natural exija una absoluta indisolubilidad. Requiere permanencia para satisfacer los fines del matrimonio y de la familia, sin la cual sería sumamente difícil la estabilidad conyugal y familiar.

Para tratar este asunto haré referencia a Teólogos y Canonistas.

Generalmente, todos están conformes en que el orden natural exige que el matrimonio sea estable, pues de lo contrario, no podría alcanzar adecuadamente su fin esencial, que es la procreación y educación moral de la prole.

" Pero esta permanencia de la unión conyugal, ¿ debe ser absoluta, es decir, sin excepciones, hasta la muerte, según los dictados del derecho natural ?".

Se cita a San Pablo como prueba de la aseveración de que la Iglesia concede dispensa en algunos casos, tratándose de matrimonios naturales. En su carta a los Corintios (7-10-11-12-15) enseña " cuanto a los casados, precepto es no mío, sino del Señor, que la mujer no se separe del marido, y, de separarse, que no vuelva a casarse, se reconcilie con el marido, y que el marido no repudie a

su mujer... A los demás les digo yo, no el señor, que si algún hermano tiene mujer infiel y está consiente en cohabitar con él, no la despida. Y si una mujer tiene marido infiel y esté consiente en cohabitar con él, no lo abandone. Pero si la parte infiel se separa, que se separe. En tales casos no está esclavizado el hermano o la hermana, pues Dios nos ha llamado a la paz ".

Además, como razones de indisolubilidad se argumentan las siguientes:

La procreación y cuidado de los hijos exige la mutua colaboración, de las dos personas que le han dado el ser. Es decir, en cuanto a los valores biológicos " El matrimonio como Institución esencialmente ordena la procreación humana (Generación física y generación espiritual o educación de los hijos) la reflexión llega a la primera conclusión por una a fortiori enfático. Con mayor razón que los valores personales, los valores biológicos del matrimonio exigen una convivencia inseparable entre el hombre y la mujer. La procreación tiene que ser humana y por ende responsable. Ahora bien la procreación humana o responsable importa una exigencia inesquivable: La fijación o estabilidad del encuentro amoroso.

Otra argumentación que se esgrime respecto a la indisolubilidad es en relación al amor mismo. " El Teólogo Salmantino (Ponce de León) no niega que la procreación y la educación de los hijos sea uno de los fines naturales del matrimonio; pero, adelantándose varios siglos en nuestra época, subraya la importancia de la comunidad de vida y amor, como hará el Vaticano II, siguiendo la corriente iniciada por H. Doms. " Unicamente por esta comunidad natural de

diversos sexos, unida tan sólo por el vínculo amor, puede subsistir validamente el matrimonio sin el fin de la procreación de los hijos, afirma Ponce ".

Es cierto que el amor auténtico exige o postula indisolubilidad. La reciprocidad amorosa exige indisolubilidad. La fidelidad implica la duración total con el otro sexo, y esto se puede traducir, en términos ético-jurídicos, en exigencia de indisolubilidad inmanente del amor humano. Sin embargo, en casos especiales, puede pensarse que al estar ausente el amor, o bien haber una situación intolerable de odio, que puede traducirse inclusive en actos de agresión física y moral entre cónyuges, sea imposible sostener la indisolubilidad del matrimonio, que sería totalmente contraria al amor conyugal. Esto no quiere decir que todo matrimonio se disuelva necesariamente por ausencia del amor conyugal, puesto que aun cuando este no exista, por la naturaleza misma de la Institución debe permanecer, pero distinto es cuando, además, de la carencia del amor hay agresión entre cónyuges y violencia física o moral.

Parece que los Teólogos y Canonistas actuales señalan la necesaria permanencia del matrimonio natural, pero aceptan que no puede probarse que este sea indisoluble.

En este aspecto conviene hacer diferencia al divorcio como repudio unilateral o al obtenido de mutuo consentimiento, del necesario pronunciado por Autoridad competente. El matrimonio natural, por lo expresado, no puede aceptar el divorcio por mutuo consentimiento, pero distinto es del pronunciado por Autoridad legítimamente competente, pues en estos casos por razones gravísimas, en beneficio del cónyuge inocente y de la prole, y para evitar males

mayores, puede ser procedente el divorcio. Sobre este aspecto Pierre Adnés señala: "Esta prohibición vale de manera absoluta por lo menos para el divorcio ejecutado por los esposos mismos, sea repudio unilateral, sea por consentimiento mutuo. Los Teólogos están de acuerdo en este punto. Ya no están unánimemente cuando se trata de divorcio pronunciado por Autoridad Pública y concedido por razones gravísimas; parece que algunos autores antiguos creyeron que no era posible probar racionalmente que un divorcio de esta clase fuera siempre ilícito "(6)

Matrimonio Religioso.-

Por lo que respecta al matrimonio religioso, la indisolubilidad es una exigencia ético-cristiana, que ha sido reconocida desde el principio de la Iglesia y sostenida constantemente.

A raíz de que crea Dios a la pareja humana quiso que estuvieran unidos en forma indisoluble. El Génesis (1-27, 28) dice : " A imagen suya el Creador los bendijo diciéndoles, procread y multiplicaos, y enchid la tierra, sometedla y dominadla sobre los peces del mar, sobre las aves del cielo, sobre los ganados y sobre todo cuanto vive y se mueve sobre la tierra ". " El Génesis (2-18 y siguientes) continúa " No es bueno que el hombre este sólo; voy a hacer una ayuda proporcionada a él; y tras un sueño que le infundió tomó una de sus costillas, cerrando en su lugar con carne; de la costilla que del hombre tomara, forma Yavé Dios a la mujer, y se la presentó al hombre. Este exultante de gozo, exclamó: " Esto sí que es hueso de mis huesos y carne de mi carne, esta se llamará Varona porque del varón ha sido tomada. Por eso, dejará el hombre a

su padre y a su madre y se adherirá a su mujer; y vendrán a ser los dos una sola carne.

No obstante que los argumentos dados sobre el amor, la educación de los hijos, y el bien social tienen una contrapartida, estos argumentos son satisfactorios, si se toma en cuenta que los contras solo se pueden considerar como excepciones. Es decir, lo normal es que entre consortes exista el amor conyugal; que tengan hijos que educar; y que la sociedad y el Estado estén interesados en la permanencia del matrimonio. La posibilidad de la extinción del amor, el odio y las injurias, no constituye la regla; son la excepción. La mayoría de edad de los educandos, no destruye el lazo paterno-filial. Por último, el lamentable hecho de que algunos matrimonios fracasen, no indica, como necesario, que el matrimonio sea disoluble.

La persona humana es única, irrepetible e indivisible. Habrá parecido entre los humanos, mas no identidad. Estos mismos caracteres se dan en lo femenino y lo masculino, porque son especie del género persona. Es decir, el hombre y la mujer cada uno según su sexo, son únicos, irrepetibles e indivisibles.

Si tomamos en cuenta los dos conceptos, natural sociabilidad del hombre, y que este es único, irrepetible e indivisible, encontramos otro argumento de la indisolubilidad y permanencia del matrimonio, porque la entrega mutua de un hombre y una mujer se hace conservando las características de unidad, irrepetibilidad e indivisibilidad. Esto trae como consecuencia, que sean el uno y la otra, como únicos e irrepetibles los que se unen y, debido a la indivisibilidad, no puede haber pluralidad es decir, uno con varias

mujeres, o una con varios hombres, porque contraría la propia naturaleza humana en lo indivisible.

La entrega y el amor total existencial, hace referencia a toda la vida. Se es hombre y se es mujer desde el nacimiento hasta la muerte. Son distintas las manifestaciones masculinas y femeninas en las diferentes etapas de la vida. El hombre tiene historicidad. El hombre y la mujer presentan diferentes manifestaciones en su niñez, pubertad, adolescencia y vejez. Por lo tanto, la entrega masculina y femenina comprende todas esas manifestaciones y estados en la vida. De donde se desprende la necesaria permanencia o indisolubilidad. No es comprensible una entrega " total " amorosa, solo durante cierta parte de la vida, pues no comprendería " todo " lo masculino y femenino, que se van dando en forma diferente durante la vida.

Permanencia del Matrimonio.-

Por ser el matrimonio de orden Público, el Estado se encuentra interesado en que subsista, también la comunidad lo está y " El principio de la conservación del matrimonio ha sido acogido francamente por la Jurisprudencia y por la Legislación en México, pues una y otra obstaculizan la disolución del matrimonio, restringiendo de manera limitativa en el Artículo 267 (323 C.C. Edo. Gto.) las causas específicas de divorcio e impidiendo que un mismo hecho sea considerado como causa polivalente de divorcio, por ser autónomas e incommunicables entre sí las diferentes causas de divorcio.

Son varias las tesis de la Suprema Corte, que consideran el matrimonio de orden Público. " La Institución de matrimonio es de orden Público, por lo que la sociedad esta interesada en su mantenimiento y sólo por excepción permite que se rompa el vínculo matrimonial. Por lo tanto, en los divorcios necesarios es preciso que la causa este perfectamente comprobada, para que puedan producirse las consecuencias de la disolución del vínculo que trae para el cónyuge culpable ".(7)

Participación Estatal.-

Hemos observado que debido a la importancia del matrimonio y la familia, la participación del Estado es continua en las relaciones del derecho familiar. Por lo tanto, la intervención del Estado se presenta e interviene concretamente en la disolución del vínculo matrimonial. Es decir, el Estado participa en la constitución del matrimonio, y también en su terminación por el divorcio.

No es extraña la intervención constante de los funcionarios del Estado en el divorcio. Intervienen en el divorcio voluntario, tanto en el administrativo como en el judicial, para sancionar la voluntad de los cónyuges en el primero, y el convenio en el segundo. intervienen, o el Juez del Registro Civil, para el divorcio administrativo, o el Juez de lo Familiar para el caso del voluntario judicial, aún cuando no exista controversia.

En el divorcio necesario es evidente que la voluntad de las partes resulta ineficaz, y el divorcio se decreta por sentencia judicial.

No sucede como en los actos jurídicos patrimoniales que el contrato pueda resolverse a voluntad de las personas. El matrimonio, como

acto jurídico, una vez constituido no podrá terminarse o resolverse por voluntad de las partes sin la intervención de un representante del Estado.

Clases de Divorcio.-

Para comprender el divorcio, debemos referirnos a las distintas clases de divorcios y entre ellas, en primer término, podemos encontrar:

I.- a).- Divorcio vincular.

b).- Divorcio no vincular.

II.- Como sanción por un acto de suma gravedad, de uno de los cónyuges, o como remedio a una situación insostenible.

III.- Se puede dividir por último en:

a).- Necesario.

b).- Voluntario.

I.- Divorcio Vincular y No Vincular.-

b).- No vincular.-

Se refiere a la separación de cuerpos, que encontramos en el derecho Canónico y en forma limitada también en el Derecho Civil Mexicano, al que nos referiremos posteriormente.

El divorcio en las legislaciones de 1870 y 1884 solo suspendía algunas de las obligaciones civiles que se consagran en los Artículos relativos de este Código (Art. 226 C.C. 1884), pero no disolvían el vínculo del matrimonio.

" En estos sistemas el vínculo matrimonial perdura, quedando subsistentes las obligaciones de fidelidad, de administración de alimentos e imposibilidad de nuevas nupcias: Separación material de los cónyuges, quiénes ya no estarán obligados a vivir juntos y, por consiguiente hacer vida marital ".(8)

a).- Divorcio Vincular.-

La principal característica es la disolución del vínculo, otorgando capacidad a los cónyuges para contraer nuevas nupcias. Es el divorcio que esta vigente en nuestra patria desde la Ley sobre Relaciones Familiares, y se ha conservado en el Código Vigente.

II.- Divorcio Sanción y Remedio.-

Sin perjuicio de la división que precede de divorcio vincular o no vincular, se presenta el divorcio-sanción y el divorcio-remedio que se pueden dar tanto en el divorcio vincular como en el no vincular. Según una tendencia (Divorcio-sanción) el divorcio " Sólo puede ser decretado judicialmente ante la alegación y prueba de hechos culpables que, en el proceso, se imputan a uno de los cónyuges. Por supuesto que tales hechos pueden ser imputables a ambos cónyuges, en cuyo caso, cada cual alega y aprueba lo que atribuye al otro. Esta alegación se hace efectiva, inevitablemente, mediante un proceso contencioso y debe circunscribirse a las causas de divorcio o separación taxativamente numeradas por la Ley, como el adulterio, los malos tratamientos, abandono, injurias graves, etc., si los hechos no fueren probados, el Juez desestima la demanda de divorcio aún cuando existiere la evidencia de que la unión matrimonial esta

prácticamente desintegrada. En síntesis: La sentencia de divorcio exige la prueba de la culpa de uno o ambos cónyuges y, por eso mismo, el divorcio implica una sanción contra él o los culpables que se proyectan en los efectos: Pérdida o restricción del derecho alimentario, pérdida de la vocación hereditaria, etc."

" La otra tendencia se manifiesta en la posibilidad de decretar el divorcio aun cuando no se aleguen y prueben hechos imputables a uno de los cónyuges, o a los dos, si no obstante, el vínculo matrimonial esta virtualmente desquiciado y la vida en común resulta imposible o intolerable. Desde esta perspectiva no se requiere la tipificación de conducta culpable: El divorcio importa esencialmente, un remedio, una solución al desquicio matrimonial, y no una sanción, tendiente a evitar mayores perjuicios para los cónyuges y los hijos. Y, por eso, se acepta el divorcio por petición conjunta de los esposos -divorcio por mutuo consentimiento- en aquellos están dispensando las causas que motivan esa petición ".

" Y es también desde la perspectiva de divorcio-remedio que se admite alegar hechos no culpables, como la locura, enfermedades mentales, conductas derivadas de dichos trastornos, o enfermedades contagiosas que afecta a uno de los cónyuges ".(9)

Dentro del divorcio vincular necesario, podemos mencionar " El divorcio-sanción y el divorcio-remedio. El primero se motiva por las causas señaladas de la fracción I a la XVI del Artículo 267 C.C. (323, Fracc. I a V, VIII, IX, XI a XVI C.C. Edo. Gto.) y que se refieren a delitos entre los cónyuges, de padres a hijos o de un cónyuge contra terceras personas, hechos inmorales, incumplimiento

de obligaciones fundamentales en el matrimonio: Actos contra la naturaleza misma del matrimonio. El divorcio-remedio (Art. 323 Fracc. VI, VII, X, XVII y XVIII C.C. Edo. Gto.) se instituye como una protección en favor del cónyuge sano, o de los hijos, contra las enfermedades crónicas incurables que se hagan más contagiosas o hereditarias (10) . Se debe agregar la nueva causal (XVIII) " La separación de los cónyuges por más de dos años, independientemente del motivo que haya originado la separación, la cual podra ser invocada por cualquiera de ellos " .

Queda comprendido también dentro del divorcio-remedio, el divorcio voluntario, pues a través de el se separan los cónyuges que no han podido conservar la comunidad conyugal.

" Si se examina la evolución del divorcio en aquellos países de mayor tradición en este punto, fácil es observar un radical cambio de finalidad o de teleología de la Institución. Inicialmente, el legislador piensa en el divorcio como algo excepcional, como un mal menor únicamente admisible cuando no resultan eficaces otros medios jurídicos. Es, en toda su pureza el llamado sistema de divorcio-sanción por causas determinadas, si bien delimitadas por el Legislador, rodeado de aquellas garantías que impiden los abusos (Por ejemplo, se exige una duración mínima al matrimonio, se establecen límites de edad mínimos y máximos para solicitarlo, se llega a requerir el consentimiento de los familiares de los cónyuges o la ausencia de hijos, etc.). Tales cautelas legales pueden surtir efectos durante algunos años, pero poco a poco el sistema se erosiona, tanto por la sucesiva intervención del propio legislador como por la práctica, y hoy puede afirmarse de modo

rotundo que el divorcio- sanción, que contempla la ruptura del vínculo, sólo en casos concretos y determinados, a fracasado en todos los países ".

" Las etapas de este fracaso pueden describirse así: El despegue se inicia convirtiendole en "cláusula generalis" alguna de las causas taxativas del divorcio, ya sea adulterio, las injurias graves o la crueldad; por este procedimiento, los casos no comprendidos "nominatim" en la Ley, encuentran siempre acogida bajo aquélla, luego el propio legislador ratifica este "usus fori" y hoy nos encontramos con conclusiones generales amplias y flexibles ".

"La revolución mas profunda se produce cuando aparecen las causas objetivas de divorcio que alteran radicalmente el fundamento que venia asignándose a la ruptura del vínculo. En efecto, el sistema divorcio-sanción que suponía la culpabilidad de uno de los cónyuges y pretendía justificarse de las graves violaciones de los deberes conyugales imputables a aquél. Hay que subrayar lo de "pretendía justificarse" pues no deja de ser, al menos discutible que para quien falló, por ejemplo a la fidelidad de vida, representa una sanción y no un premio a la liberación del vínculo que entorpecía su libertad de acción. Con todo, la idea de culpa presidía coherentemente toda la regulación de las consecuencias del divorcio en orden a la atribución exclusiva del inocente de la pensión alimenticia, de la guarda de los hijos y de otras ventajas económicas derivadas de la disolución de la comunidad de bienes.

(11)

El mismo autor señala que la averiguación de quien era el cónyuge culpable en el divorcio-sanción originaba verdaderos dramas

procesales y para evitarlos se llega al divorcio-remedio, que se basa en causas objetivas que hacen imposible la vida conyugal al romperse la posibilidad de convivencia. Ya no se indagará el causante de la crisis matrimonial, sino solamente el hecho que esta la crisis y su carácter irreparable.

Sigue la evolución avanzando en la línea de la objetivación de las causas de divorcio, y se llega al divorcio por mutuo consentimiento, argumentándose lo siguiente: " Que mejor prueba de la imposibilidad de continuar con la convivencia matrimonial, que la declaración de ambos cónyuges solicitando el divorcio por mutuo acuerdo ". Sin embargo, este divorcio por mutuo consentimiento ha dado, y dará lugar a la desintegración conyugal, pues, al facilitar de esa forma la disolución del vínculo, hace que los cónyuges ya no tengan la voluntad y la perseverancia para superar problemas graves o pequeños de la vida conyugal.

III.- Divorcio Necesario y el Voluntario.-

Por último, encontramos el divorcio necesario y el voluntario y este que se subdivide en divorcio de tipo administrativo, y el de tipo judicial.

El divorcio necesario o contencioso, origina un proceso con todas sus partes, (Demanda, Contestación, Periodo Probatorio con su Ofrecimiento y Desahogo, Sentencia, Apelación, etc.) el divorcio voluntario, según veremos posteriormente, puede ser administrativo ante el Juez del Registro Civil en casos determinados, o voluntario ante el Juez de lo Familiar, sin limitación y sin necesidad de

expresar la causa, o causas que lo originan, bien sean por haber motivos de sanción, o como remedio.

Debemos anticipar, que el divorcio necesario o contencioso, sólo procede de las causas previstas en la Ley y que no se pueden aducir otras por analogía, de tal forma que este se limita por la legislación.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS:

(1).- De Diégo, Citado por José Castán Tobeñas en el Derecho Civil Español Común y Foral, Tomo V, Derecho de Familia, Vol., I, Pág. 20.

(2).- Knecht, Pág. 201.

(3).- Augusto C. Belluscio, Págs. 85 a 87.

(4).- Rafaél Rojina Villegas, Derecho Civil Mexicano, Derecho de Familia, Vol. I, Pág. 260.

(5).- Derecho de Familia, Pág. 23.

(6).- El Matrimonio, Editorial Herder, Barcelona 1979, Pág. 150.

(7).- Sem. Jud. de la Fed., Quinta Epoca, Tomo CXXI, Pág.

(8).- Rafaél Rojina Villegas, Derecho de Familia, Vol. II, Pág. 9.

(9).- Eduardo A. Zannoni, Derecho Civil, Derecho de Familia, Tomo II Pág. 2.

(10).- Rafaél Rojina Villegas, Derecho de Matrimonio, Tomo II, Pág. 25.

(11).- Gabríel García Cantero, El Divorcio en los Estados Modernos, El Vínculo Matrimonial, Págs. 473 y sigs.

SUMARIO

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

- 2.1. Antiguo Testamento.
- 2.2. Nuevo Testamento.
- 2.3. Motivos de la Aparición en los Estados Modernos.
- 2.4. Antecedentes Históricos.
- 2.5. El Divorcio en México.
- 2.6. México Precolonial.
- 2.7. México Colonial.
- 2.8. México Independiente.
- 2.9. Concepto.
- 2.10. Problema Socio-Jurídico.
- 2.11. Sistemas.

CAPITULO SEGUNDO.

D I V O R C I O

Iniciamos con el tema que es objeto de análisis de esta tesis.

Aunque en estricto sentido el divorcio es una Institución de tipo jurídico, que surgió a la vida paralelamente cuando el Estado a través del derecho instituyó y organizó el matrimonio, también es cierto y es necesario hacer mención, que durante muchos siglos fue regido por disposiciones de carácter religioso, correspondiente únicamente a la Iglesia conocer de su substanciación, y esto se hacía en casos excepcionales que lo permitía, para quien por regla general, el matrimonio tenía un carácter esencialmente indisoluble, oponiéndose en forma sistemática a que de tal Institución conociera el Estado, en virtud de que se consideraba y considera el matrimonio, como un sacramento. (1)

Como podremos apreciar en la siguiente y breve referencia la Iglesia a ejercido gran influencia en la historia de las legislaciones de los países, que han o nó adoptado el divorcio.

2.1. ANTIGUO TESTAMENTO

A raíz de crear Dios a la pareja humana en el paraíso, quiso que estuvieran unidos de modo indisoluble. Así lo narra el Génesis (I - 27, 28) " A imagen suya el creador los bendijo diciendoles, procread y multiplicaos y henchid la tierra, sometedla y dominad

sobre los peces del mar, sobre las aves del cielo y sobre el ganado y sobre todo cuanto vive o se mueve sobre la tierra ".

" Es decir que los hizo reyes de la creación con una obligación ineludible; la de procrear y multiplicarse ".

El escritor sagrado expone de modo realista el designio de Yavé (Gen. 2-18 y sigs.) no es bueno que el hombre este solo voy a darle una ayuda proporcionada a él; y tras un sueño que le infundio, tomó una de sus costillas, cerrando en su lugar su carne; de la costilla que del hombre tomara, formó Yavé Dios a la mujer, y se la presentó al hombre. Este exultante de gozo, exclamó; " Esto si que es hueso de mis huesos y carne de mi carne. Esta se llamará Varona porque del varón ha sido tomada. Por eso dejara el hombre a su padre y a su madre y se adherirá a su mujer; y vendrán a ser los dos, una sola carne ".

Fuerón presupuesto de la llamada Ley de creación de los humanos: a).- La unión del hombre y la mujer de modo indisoluble; b).- La fidelidad y el amor, por ser ambos una sola carne; c).- El afecto familiar perenne, pues, sobreponiendo el mutuo amor al de los padres, podrían afirmar su autonomía en una convivencia pródiga en realizaciones personales, enriquecedora de sus propias existencias ". De tal suerte que los precursores y glosadores de la biblia, en base a tales versículos, se opusieron terminantemente a que la unión de un hombre y una mujer que se daban en matrimonio, jamas podrían separarse en vida, pues los humanos carecían de facultad para separar lo que Dios había unido.

2.2. NUEVO TESTAMENTO

También en éste la practica del divorcio fue condenada, especialmente por Cristo, aunque los mismos profetas y exégetas evangélicos caen en contradicción, en virtud, que por un lado el Evangelio de San Mateo lo permitía por causa de adulterio (San Mateo 19-3 al 9) mientras que en el de San Marcos y San Lucas no existía causa que fuera suficiente para permitirlo (San Marcos 10-2 al 12).

Por Regla general, el matrimonio en el derecho canónico era considerado indisoluble, como se desprende del mismo Código, que prescribía en el Canon 1118.- El matrimonio válido, rato y consumado no puede ser disuelto por ninguna potestad humana, ni por ninguna causa, fuera de la muerte.(2)

De la interpretación del citado Canon, se establece que los requisitos que había que satisfacer, para los efectos de que se permitiera su disolución; solo en los matrimonios no consumados, es decir, que no hubiera tenido cópula, podía obtenerse.

2.3. MOTIVOS DE LA APARICION DEL DIVORCIO EN LOS ESTADOS MODERNOS

" Hay muchas y variadas circunstancias históricas que originaron la aparición del divorcio vincular en los Estados modernos entre otras: La Reforma Protestante y la Escuela del Derecho Natural Racionalista, La Revolución Francesa, La Revolución de Octubre, El Laicismo y una serie de ideologías tales como El Feminismo, Los Movimiento de Liberación de la Mujer, La Libertad de Conciencias, etc. ". (3)

La Reforma Protestante y El Ius Naturalismo Racionalista.-

La Doctrina Protestante al desconocer la naturaleza sacramental del matrimonio, acepta con ciertas restricciones, el divorcio vincular.

"El Derecho Canónico Protestante admite como causas de divorcio el adulterio; la obstinada negativa de cumplir el débito conyugal, las insidias y las sevicias se incluyeron inicialmente, en aquella última, pero luego se consideraron causas autónomas. Todas ellas estuvieron en vigor en los Países alemanes, siendo ampliadas por algunos Soberanos territoriales que, por ejemplo, admitieron el divorcio por mutuo consentimiento y la locura.

El Allgemeines Landrecht, prusiano, inspirado en la doctrina Ius Naturalista del Matrimonio como contrato Civil, amplía las causas de divorcio señaladas en la doctrina Canónica Protestante, tanto en los casos de culpa de alguno de los cónyuges; Injuria, Penas Infamantes, Embriaguez, etc., como por circunstancias objetivas Enfermedad corporal incurable, enfermedad mental que dure más de un año, (cambio de religión) e incluso por mutuo acuerdo de los cónyuges sin hijos, aún con ellos, por decisión unilateral si la voluntad de la ruptura esta tan arraigada que ya no queda esperanza alguna de reconciliación y de consecución de los fines del estado matrimonial.

b).- La Revolución Francesa.-

Se ha destacado la importancia del Derecho Revolucionario Francés, debido a su función creadora del divorcio. " Los Filósofos Liberales del Siglo XVIII principalmente Montesquieu y Voltaire atacan el principio de la indisolubilidad matrimonial en nombre de

la libertad, la cual, - sostenían - no podía enajenarse en un compromiso perpetuo. Sus ideas son asumidas por la Revolución, y al proclamar la Constitución de 1791, que el matrimonio solo es un contrato civil, se saca la consecuencia de que puede resolverse por mutuo acuerdo como cualquier otro contrato. La Ley del 29 de Septiembre de 1792, no sólo admite el divorcio por causas determinadas en virtud de sentencia, sino también por mutuo consentimiento y oír la incompatibilidad de caracteres, alegada por uno de los cónyuges, lo que constituía una forma de repudio ". (4)

Se dice que las consecuencias no se hicieron esperar, y que para el año de 1798, el número de divorcios superó al de matrimonios.

Los Autores del Código Civil estaban divididos en esta materia. Se aceptó un criterio transaccional suprimíendose el matrimonio por voluntad unilateral, se conservo el divorcio por mutuo disenso, si bien sometido a condiciones muy restrictivas y se reducen a tres las causas de divorcio por sentencia judicial, haciendo costoso y complicado el procedimiento.

Con la restauración se proclamó nuevamente el Catolicismo como Religión de Estado y una Ley del 8 de Mayo de 1816, suprimió el divorcio, y hubo que esperar hasta la III República para la reintroducción definitiva del divorcio en Francia.

c).- La Revolución de Octubre.-

" La Doctrina está de acuerdo en reconocer originalidad al Derecho Soviético, en materia de divorcio, que aparece inicialmente inspirado en una ideología propia, si bien úteriormente va

evolucionando hasta adoptar fórmulas similares a las legislaciones laicas de Europa Occidental ". (5)

En los Códigos de 1818 y 1926, la Unión Soviética facilitaba el divorcio, permitiéndolo por mutuo consentimiento e incluso, por repudio unilateral, habiendo consagrado la practica del divorcio de hecho. " Una Ley del 27 de Julio de 1936 reaccionó contra tanta facilidad, imponiendo un procedimiento más riguroso. Posteriormente la Ley del 8 de Julio de 1944 sustituyó el sistema anterior por el divorcio judicial a petición de uno de los cónyuges, en este sistema, los Jueces apreciaban simplemente las razones invocadas por la parte actora, ya que aquella Ley no contenía causas determinadas de divorcio; en 1949 por un acuerdo del Presidium del Soviet Supremo, da instrucciones para interpretar restrictivamente las causas de divorcio, recomendado los Jueces la importancia de sus desiciones y de la familia en el Estado Soviético, y a hacer nacer en la población el respeto a la familia y del matrimonio, basados en los altos principios de la moral Comunista ". (6)

Después de la Segunda Guerra Mundial, en las naciones que forman democracias populares de Europa se generan derechos de familia. Y según el Profesor Polaco (Zachorsky, la regulación estricta del divorcio se relaciona estrictamente con la concepción civil del matrimonio y con la estabilidad familiar. De una parte el vínculo matrimonial no es indisoluble, y como los matrimonios desunidos no cumplen la misión que les incumbe e incluso en ciertos casos pueden considerarse socialmente dañosos, se admite el divorcio como mal necesario. De otra, es necesario proteger los matrimonios unidos,

siendo misión de la Ley establecer los requisitos del divorcio. En la casi totalidad de los países socialistas el tribunal tiene por función constatar la desunión conyugal sobre bases objetivas, con independencia de la culpabilidad de los cónyuges, y teniendo en cuenta su gravedad y duración, sus causas y los efectos que produce para los cónyuges y para la familia en su integridad, pronuncia o no el divorcio....En Polonia se prohíbe expresamente el divorcio cuando éste sería contrario a los intereses de los hijos menores ". (7)

El Código de Familia de Cuba, que según el preámbulo esta basado en el concepto socialista de la familia, viene a unirse en esta línea a los países socialistas de Europa. El Artículo 51 Dispone que procederá el divorcio por mutuo acuerdo de los cónyuges, o cuando el tribunal compruebe que existen causas de las que resulte que el matrimonio ha perdido su sentido para los esposos y para los hijos, y con ello también para la sociedad el Artículo 52 previene que procede el divorcio cuando existan causas que hayan creado una situación objetiva en el cual el matrimonio haya dejado de ser, o ya no pueda ser en lo futuro la unión de un hombre y una mujer en el modo adecuado para que se puedan ejercer los derechos y cumplir las obligaciones y lograrse los fines a los que se refieren los Artículos 24 al 28 del propio código.

Según la Ley matrimonial del 1 de Mayo de 1950, en la República China, se admite el divorcio por mutuo consentimiento, y por petición de alguno de los cónyuges, cuando resultaron infructuosas las sucesivas tentativas de reconciliación hechas por parte del

Gobierno Popular o de los Organos de Justicia. No se especifican los motivos o causas que permiten solicitarlo.

" En Albania, según el Código de Familia de 1935. cada cónyuge, puede pedir el divorcio cuando por causas de continuos desacuerdos, malos tratos, graves ofensas, violaciones de la fidelidad conyugal, enfermedad mental incurable, condena por delito grave o cualquier otro motivo, las relaciones matrimoniales estén de tal modo perturbadas, que la vida en común haya llegado ha ser insostenible, y el matrimonio haya perdido su finalidad ". (8)

El divorcio es un mal; pero es un mal necesario, porque es el remedio de otro mayor. Prohibir el divorcio porque es enojoso, equivaldría a prohibir la amputación porque el Cirujano mutila al enfermo. No es el divorcio el que destruye la Institución Santa del Matrimonio, sino la mala inteligencia de los esposos y el divorcio pone fin a esta. Queda por saber si la Ley que permite el divorcio puede ser lo suficientemente fuerte para limitar el mal. La experiencia parece demostrar que admitido el principio, no hay ningún freno a su aplicación.

2.4. ANTECEDENTES HISTORICOS

2.5. EL DIVORCIO EN MEXICO

2.6. MEXICO PRECOLONIAL

Indígenas de Texcoco.- Entre los indígenas de Texcoco, " Cuando se ofrecía algún pleito de divorcio que eran pocas veces, procuraban

los jueces de conformar y poner en paz, cuanto acuerdo se habían casado y que no echasen a vergüenza y deshonra a sus padres y parientes que habiendo entendido en los casar y que serían muy notados del pueblo, porque sabían que eran casados, y les decían otras cosas u razones, todo a efecto de los conformar ". (9)

Mayas.- Entre los Mayas, " Parece que la Poligamia existía pero en la clase Guerrera. Los Mayas se casaban con una sola mujer a los veinte años de edad , y los padres buscaban esposas a sus hijos La infidelidad de la mujer era causa de repudio si a tiempo del repudio los hijos eran pequeños los llevaba la mujer; si eran grandes las hembras pertenecían a la esposa y los varones al esposo. La mujer repudiada podía unirse con otro hombre y aún volver con el primero; había la mayor facilidad para tomarse o dejarse ". (10)

Tepehuanes."Los Tepehuanes se extendían en Durángo, Jalisco, Sinalóá, Chihuahua y Coahuila. Conocían el matrimonio y el repudio por causa de la infidelidad de la mujer". (11)

En relación a los jueces y procedimientos, encontramos lo siguiente: " Las quejas del matrimonio se presentaban al Gran Sacerdote, Petamuti. Las tres primeras veces los amonestaba reprendiendo al culpable; a la cuarta decretaba el divorcio. Si la culpable era la esposa, seguía, sin embargo, viviendo en la casa marital; a no ser en el caso de adulterio en que entregada al Petamuti la mandaba matar. Si la culpa era del varón, recogían a

la mujer sus parientes y la casaban con otro. No se permitía un segundo divorcio ". (12)

" Habían tres señores principales en la Nueva España, a los cuales estaban sujetas las más principales provincias y pueblos de toda aquella tierra, que eran señores de México, el de Tlezcuco, de Tacuba".

" En las casas del señor, había unos aposentos y salas levantadas del suelo, siete y ocho gradas, que eran como entresuelos, y en ellos residían los jueces, que eran muchos, y los de cada provincia del pueblo y barrio estaban a su parte e allí acudían sus súbditos de cada uno, y también oían y determinaban las causas de los matrimonios y divorcios". (13)

Al haber observado que los indios dejaban a sus mujeres con facilidad, e investigando el porqué de tanto repudio, se pudo saber que lo habían usado solo después de que habían sido sujetos a los Españoles. " Porque entonces empezó a perderse entre ellos el concierto y policía, y el rigor de la justicia que antes tenían. Y perdido el temor tomaron atrevimientos para alargarse y extenderse a su voluntad a lo que antes pocas veces se les permitía. Porque puesto ser verdad que en tiempo de su infidelidad usaron el repudio, fue según pareció en algunas provincias por vía de sentencia de los jueces que terminaban los demás pleitos. Y aunque en otras partes no aguardaban sentencia supose que era raro el repudio, no por leyes ocasionales sino por adulterio o semejante cada causa. Y así se halló y averiguó en Texcoco donde estaban las Leyes de estos naturales mas en su vigor que, en semejantes casos

de discordia entre marido y mujer que se procedía en esta forma. Que llegadas ambas partes ante los jueces en su sala, oían primero al querellante, y hecha su plática y dicha queja, preguntaba luego al otro si era ello verdad y si pasaba así como delante de ellos se había propuesto una queja. Preguntaba también de que manera se había ayuntado si habían sido en modo matrimonial, de consentimiento y licencia de sus padres y con las ceremonias usadas o por modo fornicario, de amancebados hacían poco caso de que se separasen o quedasen juntos; pero si eran casados según sus ritos matrimoniales, una y dos veces y muchas veces trabajaban de los consertar, mas nunca consentían que se apartasen, porque les parecía, y así lo tenían heredado de sus antecesores, que una cosa que paso en público en vista del pueblo con tanto acuerdo con tan solemne ceremonia, era mal hecho dar lugar a que se deshiciese y que era mal ejemplo en perjuicio de toda la República".(14)

2.7. MEXICO COLONIAL

Epoca Colonial.- Durante la Epoca Colonial, estuvo vigente en la Nueva España, la Legislación Española.

Las Leyes de España tuvieron aplicación en México aun después de la declaración de Independencia, y en virtud de que ya se hizo referencia de aquella no tiene caso aquí repetirla, solamente me permitire mencionar, que en las Leyes de Reforma promulgadas por Benito Juárez en los años de 1856 y 1859, se desconoció la personalidad de las Asociaciones Religiosas y del Clero, no reconociendosele efectos legales a los actos celebrados ante sus

Ministros, en consecuencia como el matrimonio y divorcio eran Instituciones que se encontraban reservadas a la Iglesia, su celebración y disolución no producían efectos legales, en virtud de lo cual, se dictaron Normas Jurídicas organizando principalmente al matrimonio, al que se considero un contrato puramente Civil, que debía celebrarse ante los Funcionarios del Estado.

2.8. MEXICO INDEPENDIENTE

En la Ley de Matrimonio Civil del 23 de Julio de 1859, se estableció el divorcio como temporal, " Y en ningún caso deja hábiles a las personas para contraer nuevo matrimonio, mientras viva alguno de los divorciados " (Art. 20).

Los Códigos Civiles de 1870 y 1884 no aceptaron el divorcio vincular, reglamentando en cambio sólo el divorcio por separación de cuerpos. Entre ambos Códigos sólo existe una diferencia de grados es decir, el de 1870, estatua mayores requisitos, audiencias y plazos para que el Juez decretara el divorcio por separación de cuerpos, los que redujo considerablemente el Código Civil de 1884. Algunas de las causales se repiten en el actual Código de 1928.

Código Civil de 1870.-

El Capitulo V de dicho ordenamiento regula lo relativo al divorcio. En este Código se parte de la noción del matrimonio como unión indisoluble y, como consecuencia lógica, no se admite el divorcio vincular. El artículo respectivo señaló siete causas de divorcio

(Separación de cuerpos), cuatro de las cuales constituyen delitos. De las restantes, la sevicia podía constituir delito, pero aún en el supuesto de no llegar a este grado, se le consideró como causa de divorcio. Las causas de divorcio señaladas en dicho ordenamiento, además de infundir sospecha fundada de mala conducta, siembran el resentimiento y la desconfianza y hacen sumamente difícil la unión conyugal ".

" Diversa de la disolución del matrimonio en vida de los cónyuges, es la separación personal de estos; la cual, en nuestro derecho, se admite (Si bien en casos taxativamente determinados) : Porque deja subsistir el vínculo conyugal, aun constituyendo a él una situación en la cual quedan en parte atenuados los efectos de dicho vínculo en cuanto viene a cesar, para los cónyuges, la obligación de la cohabitación; y por eso, cada cónyuge pierde el derecho a pretender que el otro cohabite con él: Por lo que, se llama también separación corporal. Para distinguir de otra especie de separación, esta de que tratamos se llama separación legal.

" En el derecho a la separación se ha contemplado una salvaguardia de la personalidad física y espiritual del cónyuge; pero tal noción parece desproporcionada a los efectos concretos que nacen de la separación, mas propiamente, se dirá que la separación es el medio para dispensarse del deber de la convivencia, o sea de uno de los efectos personales del matrimonio; en verdad, debiéndose por los cónyuges observar las restantes obligaciones (Fidelidad, asistencia), los deberes personales que nacen del matrimonio no encuentran otras atenuaciones. Otra cosa es que, de hecho, los cónyuges (o uno de ellos) entiendan la separación también como

dispensa del deber de fidelidad o de asistencia; en derecho, estas dos obligaciones persisten, aun después de la separación.

" Por otra parte, observese que, con el concepto de salvaguardia de la personalidad, se deja en la sombra que los cónyuges (O uno de ellos), por efecto de la separación, pierden (O están sujetos a perder) también algunos importantes derechos patrimoniales ".

Los Artículos 239 y 240 del citado Código de 1870 disponían:

Artículo 239.- " El divorcio no disuelve el vínculo del matrimonio; suspende alguna de las obligaciones civiles, que se expresaran en los Artículos relativos de este Código ".

Artículo 240.- " Son causas legítimas de divorcio: 1.- El adulterio de uno de los cónyuges; 2.- La propuesta del marido para prostituir a su mujer, no sólo cuando el mismo marido lo haya hecho directamente, sino que cuando se pruebe que ha recibido dinero o cualquier remuneración con el objeto expreso de permitir que otro tenga relaciones ilícitas con su mujer; 3.- La incitación o la violencia hecha por un cónyuge al otro para cometer algún delito aunque no sea de incontinencia carnal; 4.- El conato del marido o de la mujer para corromper a los hijos, o la convivencia en su corrupción; 5.- El abandono sin causa justa del domicilio conyugal, prolongado por más de dos años; 6.- La sevicia del marido con su mujer o la de esta con aquel; 7.- La acusación falsa hecha por un cónyuge al otro ".

Este ordenamiento, se encuentra inspirado por un profundo proteccionismo al matrimonio, como Institución indisoluble, debido a lo cual interpuso a la realización del divorcio, una serie de

trabas y formalidades, al efecto, después de una serie de separaciones temporales, en las cuales, al finalizar el plazo de cada una de ellas, el Juez exhortaba a los cónyuges en conflicto para que diesen por terminado el Juicio de divorcio, intentaba en la última audiencia su reconciliación antes de pronunciar la sentencia definitiva. Asimismo, se prohibía el divorcio por separación de cuerpos cuando el matrimonio llevaba veinte años o más de constituido. Ahora bien, el Código Civil de 1870 señalaba como condición SINE QUA NON, para gestionar el divorcio por separación de cuerpos, el que hubieren transcurrido dos años como mínimo, desde la celebración del matrimonio, antes de los cuales la acción de divorcio era improcedente.

" De la separación legal se distingue la separación (Personal) de hecho, que tiene lugar por la sola virtud de la voluntad de los cónyuges " .

" La misma, como tal, es irrelevante a los ojos de la Ley en el sentido de que no produce ninguno de los efectos de la separación legal; y, por tanto, entre otras cosas, permite el restablecimiento de la cohabitación, sin necesidad de providencia judicial que, en cambio, es necesaria en caso de separación legal " .

A continuación haremos la transcripción legal de los Artículos relativos a las exigencias de índole formal requeridas por el Código de 1870, en materia de divorcio:

Artículo 246.- Cuando ambos consortes convengan en divorciarse, en cuanto al lecho y habitación, no podran verificarlo sino ocurriendo por escrito al Juez, y en los términos que expresan los Artículos

siguientes: En caso contrario, aunque vivan separados se tendrán como unidos para todos los efectos legales del matrimonio.

Artículo 247.- El divorcio por mutuo consentimiento no tiene lugar después de 20 años de matrimonio, ni cuando la mujer tenga más de cuarenta y cinco años de edad.

Artículo 248.- Los cónyuges que pidan de conformidad su separación del lecho y habitación, acompañarán a su demanda una escritura que arregle la situación de los hijos y la administración de los bienes durante el tiempo de separación.

Artículo 249.- Mientras se resuelve de un modo definitivo sobre la separación, los cónyuges vivirán y administrarán los bienes de la manera que hayan convenido; sujetándose este convenio a la aprobación judicial.

Artículo 250.- La separación no puede pedirse sino pasados dos años de la celebración del matrimonio. Presentando la solicitud el Juez citara a los cónyuges a una junta, en que procurara restablecer entre ellos la concordia; y si no lo lograre, aprobara el arreglo provisorio con las modificaciones que crea oportunas y no citara a nueva junta hasta después de tres meses.

Artículo 251.- Pasados los tres meses, solo a petición de alguno de los cónyuges, citara el Juez a otra junta en que los exhortara de nuevo a la reunión; y si esta no se lograre, dejara pasar aún otros tres meses.

Artículo 252.- Vencido este segundo plazo, si alguno de los cónyuges pidiere que se determine sobre la separación, el Juez decretara ésta, siempre que le conste que los cónyuges quieren separarse libremente.

Artículo 253.- Al decir sobre la separación, el Juez aprobara el convenio de que habla el Artículo 249, si por el no se violan los derechos de los hijos o de un tercero.

Artículo 254.- La sentencia admite los recursos que se conceden en los juicios de mayor interés.

Artículo 255.- Si dentro de los ocho días siguientes a cualquiera de los plazos señalados en los Artículos 250 y 251, no promueve ninguno de los cónyuges, dichos plazos correrán de nuevo.

Artículo 256.- Mientras no cause ejecutoria la sentencia que se pronuncie sobre la separación, sólo podran observarse los arreglos provisorios en los que no perjudiquen los derechos de tercero.

Artículo 257.- La sentencia que apruebe la separación, fijará el plazo que esta deba durar conforme al convenio de las partes, con tal de que no exceda de tres años.

Artículo 258.- Si pasado este término, los consortes insisten en la separación el Juez procederá como esta prevenido en los Artículos 248 a 257, duplicando todos los plazos fijados en ellos.

Artículo 259.- Lo mismo se hará si concluido el término de la segunda separación, insisten en ella los consortes, pero en esta vez no se duplicara ya los plazos, lo dispuesto en este Artículo se observara siempre que concluido el término de una separación, los consortes insistan en el divorcio.

Artículo 260.- Los cónyuges de común acuerdo pueden reunirse en cualquier tiempo.

Consideramos de importancia el texto del Artículo 260, que faculta a los cónyuges dar por terminado el divorcio por separación de

cuerpos, en cualquier etapa del Juicio, aún cuando existiere sentencia definitiva que hubiese declarado el divorcio.

Con la simple cohabitación voluntaria y sin tramite judicial alguno, la misma quedaba sin efecto, lo que demuestra nuevamente el espíritu proteccionista del Código Civil de 1870, para con la Institución del matrimonio como vínculo indisoluble. Para corroborar lo dicho en el párrafo anterior, añadiremos el texto de los Artículos 263 y 264, relacionados con el 260 ya transcrito.

Artículo 263.- La reconciliación de los cónyuges deja sin efecto ulterior la ejecutoria que declaró el divorcio. Pone también fin al juicio si aún se esta instruyendo; pero los interesados deberán denunciar su nuevo arreglo al Juez, sin que la omisión de esta noticia destruya los efectos producidos por la reconciliación.

Artículo 264.- La Ley presupone la reconciliación, cuando después de decretada la separación o durante el juicio sobre ella, a habido cohabitación de los cónyuges.

Las audiencias a que se refería este ordenamiento, en cuanto a los juicios de divorcio, eran secretas, teniendo como parte al Ministerio Público.

Código Civil de 1884.-

De su Artículo 226, se desprende que el único divorcio que admitía, era el de separación de cuerpos, en el cual, como ya hemos dicho, subsistía el vínculo matrimonial, suspendiéndose sólo algunas de las obligaciones civiles que imponía el matrimonio.

Como causas de divorcio señalaba dicho Código, el adulterio de uno de los cónyuges, el hecho de dar a luz, durante el matrimonio un hijo concebido antes del contrato (De matrimonio) y que judicialmente se le declarará ilegítimo; la propuesta del marido para prostituir a la mujer, o permitir de alguna manera dicha prostitución; la violencia hecha por uno de los cónyuges para que el otro cometiera algún delito; el conato de alguno de los cónyuges para tolerar o corromper a los hijos, el abandono del domicilio conyugal sin causa justificada, la sevicia, la acusación falsa hecha por un cónyuge contra el otro, el hecho de negarse a ministrar alimentos conforme a la Ley, los vicios incorregibles de juego o embriaguez, la enfermedad crónica e incurable que fuere contagiosa o hereditaria, anterior al matrimonio, la infracción a las capitulaciones matrimoniales, y el mutuo consentimiento.

En el caso de que ambos consortes de común acuerdo desearan separarse del lecho y habitación, deberían ocurrir ante el Juez para que éste la decretara, no siendo bastante el simple hecho de la separación para considerarse como efectuado el divorcio, sino que éste debería ser decretado por Autoridad judicial competente.

El Código Civil de 1884, en forma general, reprodujo los preceptos del Código anterior, en cuanto a la naturaleza del divorcio, sus efectos y sus formalidades. Sin embargo, nos encontramos ante el hecho indiscutible de haber reducido notablemente los trámites necesarios para la consecución del divorcio, ya que sin abolir por completo la serie de trávas que señalaba el Código de 1870, si hizo más fácil la separación de cuerpos.

Al efecto haremos a continuación la transcripción de los Artículos relativos a las formalidades indispensables, para obtener el divorcio.

Artículo 233.- La separación no puede pedirse sino pasados dos años después de la celebración del matrimonio, presentada la solicitud, el Juez citará a los cónyuges a una junta, en que procurará restablecer entre ellos la concordia; y si no lo lograre, aprobará el arreglo provisorio con las modificaciones que crea oportunas, con audiencia del Ministerio Público y cuidando de que no se violen los derechos de los hijos o de un tercero.

Artículo 234.- Transcurrido un mes desde la celebración de la junta que previene el Artículo anterior, a petición de cualquiera de los cónyuges, el Juez citará a otra junta en que los exhortará de nuevo a la reunión, y si esta no se lograre, decretara la separación, siempre que le conste que los cónyuges quieren separarse libremente, y mandara reducir a escritura Pública el convenio a que se refiere el Artículo anterior.

Salta a la vista, pues, que el gran número de juntas o audiencias a que hacia mención el Código Civil de 1870, quedaron reducidos exclusivamente a dos y los plazos de tres meses que señalaba ese Código, se limitaron exclusivamente a un mes, además de que ya no se reprodujo el Artículo 258 del Código Civil de 1870, en donde se duplicaban los plazos de tres meses señalados por los Artículos 248 a 257, así pues, señalamos como diferencia radical entre ambos ordenamientos, la de haber facilitado el divorcio por separación de cuerpos.

Leyes Divorcistas de Venustiano Carranza.-

" Para tratar de complacer a dos de sus Ministros -Palavicini y Cabrera- que planeaban divorciarse de sus respectivas esposas, Venustiano Carranza, que a la razón era solo jefe de una de las facciones en plena guerra civil, expidió sorpresivamente dos Decretos: Uno del 29 de Diciembre de 1914 y el otro del 29 de Enero de 1915, por los que introdujo en México el divorcio vincular y suprimió de una plumada del contrato de matrimonio civil, el primer elemento esencial que le había reconocido su Autor el Presidente Benito Juárez, esta intempestiva amputación de la indisolubilidad del matrimonio fue confirmada mas tarde tanto en la Ley de Relaciones Familiares de 1917, como en el Vigente Código Civil, ya que ambos reglamentan el divorcio vincular como un logro definitivo de la Revolución hecha a Gobierno. (15)

En el Decreto del 29 de Diciembre de 1914, en la exposición de motivos se decía que si el objeto esencial del matrimonio es la procreación de la especie, la educación de los hijos y la mutua ayuda, los contrayentes quiénes van a soportar las cargas de la vida, desgraciadamente no siempre se alcanzaban los fines por los cuales se contrajo. Después se alegó que, de acuerdo con el principio establecido por las Leyes de Reforma, que el matrimonio era un contrato civil formado por la espontánea libre voluntad de los contrayentes " Es absurdo que deba subsistir cuando esa voluntad falta por completo, o cuando existan causas que hagan difícilmente irreparable la desunión consumada ya por las circunstancias ".

Con base en estas y otras argumentaciones semejantes, el Decreto prevenía lo siguiente:

Artículo 1.- " Se reforma la Frac. IX del Artículo 23 de la Ley del 14 de Diciembre de 1874 (Que señala al matrimonio como indisoluble)

reglamentaria de las adiciones y reformas de la Constitución Federal, decretada el 25 de Diciembre de 1873, en los siguientes términos ".

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

Artículo 2.- " Entre tanto se establece el orden constitucional de la República, los gobernadores de los Estados, quedan autorizados para hacer en los respectivos Códigos Civiles, las modificaciones necesarias a fin de que esta Ley pueda tener aplicación ".

Transitorio.- " Esta Ley sera publicada por bando y pregonada comenzara a surtir sus efectos desde esta fecha ". (16)

Ley Sobre Relaciones Familiares.-

A partir de esta Ley, expedida en 1917 por Venustiano Carranza, se logró el paso definitivo en materia de divorcio, al estatuir que el matrimonio es un vínculo disoluble, y que por lo tanto, el divorcio

si daba término a dicho vínculo, permitiendo a los divorciados, celebrar nuevas nupcias. En el Capítulo siguiente nos referiremos a la primera Ley sobre el divorcio vincular, expedida también por Carranza en el mes de Diciembre de 1914.

El Artículo 75 de dicha Ley, estatúa: " El divorcio disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro ".

El divorcio por separación de cuerpos se relegó a segundo término, quedando exclusivamente como excepción relativa a la causal señalada en la Frac. IV del Artículo 76, que se refería a enfermedades crónicas e incurables, contagiosas o hereditarias, dejando a la voluntad del cónyuge sano, pedir el divorcio vincular o la simple separación del lecho y habitación.

Una vez ejecutoriado el divorcio, se procedería a la liquidación de la sociedad conyugal, en caso de que bajo este régimen se hubiera celebrado el matrimonio, teniendo la obligación los padres de aportar conforme a su caudal, la cantidad suficiente por concepto de alimentos a los hijos. Si la mujer no hubiera dado causa al divorcio, tenía derecho a recibir alimentos mientras viviera honestamente y no contrajera nuevas nupcias. Si el marido fuera el inocente y estuviera imposibilitado de proveer por si mismo a su subsistencia, tendría derecho a reclamar de la mujer alimentos.

Por virtud del divorcio, decía el Artículo 102, los cónyuges recobran su entera capacidad para contraer un nuevo matrimonio salvo lo dispuesto en el Artículo 140 y cuando el divorcio se haya declarado por causa de adulterio, pues en este último caso el

cónyuge culpable no podrá contraer un nuevo matrimonio sino después de dos años de pronunciada la sentencia de divorcio.

Artículo 140.- " La mujer no puede contraer segundo matrimonio sino hasta pasados trecientos días después de la disolución del primero. En los casos de nulidad o de divorcio puede contarse a ese tiempo desde que se interrumpió la cohabitación.

Artículo 93.- Al admitirse la demanda de divorcio, o antes si hubiera urgencia, se adoptaran provisionalmente, y solo mientras duren los procedimientos judiciales, las disposiciones siguientes:

I.- Separar a los cónyuges en todo caso. II.- Depositar en casa de persona decente a la mujer, si se dice que esta a dado causa al divorcio y el marido pidiera el deposito. La casa que para esto se destine sera designada por el Juez. Si la causa por la que se pide el divorcio no se pone culpa en la mujer, esta no se depositara sino a solicitud suya. III.- Poner a los hijos al cuidado de uno de los cónyuges o de los dos observándose lo dispuesto en los Artículos 94, 95 y 96. IV.- Señalar y asegurar alimentos a la mujer y a los hijos que no queden en poder del padre. V.- Dictar las medidas conducentes para que el marido no cause perjuicios en sus bienes a la mujer, y. VI.- Dictar, en su caso, las medidas precautorias que la Ley establece respecto de las mujeres que queden en cinta.

El Artículo 80 exigía, para que el divorcio se consumara, que fuera decretado por la Autoridad Judicial competente y en ningún momento bastara la separación del hogar conyugal de común acuerdo.

Dentro de las formalidades exigidas por la Ley sobre Relaciones Familiares, para el divorcio voluntario, se encuentran las señaladas en los Artículos 82 y 83:

Artículo 82.- El divorcio por mutuo consentimiento, no puede pedirse sino pasado un año de la celebración del matrimonio. Presentada la solicitud, al Juez de Primera Instancia del domicilio de los cónyuges remitirá extracto de ella al Juez del Estado Civil del mismo lugar, para que éste la haga publicar en la tabla de avisos, y citará a los solicitantes a una junta, en la cual procurara restablecer la concordia entre ellos y cerciorarse de la completa libertad de ambos para divorciarse, si no lograre avenirlos, se celebraran todavía, con el mismo objeto, dos juntas más, que el Juez citará a petición de ambos cónyuges, esta petición no podrá hacerse sino después de transcurrido un mes desde la última junta celebrada, entre una y otra deberá mediar cuando menos un mes.

Artículo 83.- Si celebradas las tres juntas mencionadas, los cónyuges se mantuvieren firmes en el propósito de divorciarse, el Juez aprobará el arreglo con las modificaciones que crea oportunas, oyendo al efecto al Ministerio Público y cuidando que no se violen los derechos de los hijos o de terceras personas.

En caso de que el procedimiento de divorcio y por mutuo consentimiento, quedase en suspenso por mas de seis meses, no podría reanudarse, sino volviendose a efectuar las publicaciones en la tabla de avisos a que hacia referencia el Artículo 82.

Una vez pedido el divorcio por mutuo consentimiento, los cónyuges podían reunirse en cualquier momento, pero no podían volver a

solicitar su divorcio, sino después de pasado un año de su reconciliación.

Artículo 88.- " El divorcio solo puede ser demandado por el cónyuge que no haya dado causa a el, y dentro de seis meses después que hayan llegado a su noticia los hechos en que se funde la demanda.

Las causales de divorcio señaladas en el Artículo 76, eran valederas para intentar la acción, siempre y cuando no hubiera mediado perdón o remisión expresa o tácita.

Código Civil Vigente.-

En este Código se reproduce el Artículo 75 de la Ley Sobre Relaciones Familiares.

Nos referiremos en este Capítulo al estudiar el divorcio, sus causas y procedimientos, por lo que dejamos para esa parte las referencias necesarias.

2.9. CONCEPTO DE DIVORCIO

El divorcio es la ruptura de un matrimonio válido, en vida de los esposos, decretado por Autoridades Competentes y fundada en alguna de las causas expresamente establecidas en la Ley. (17)

2.10. EL PROBLEMA SOCIO-JURIDICO

El matrimonio constituye la base de la familia en una sociedad organizada. En consecuencia, la cohesión y estabilidad del grupo social, exige que el matrimonio se sustente sobre bases firmes y

que la unión de los cónyuges subsista durante la vida de los consortes. Esta existencia social se impone, en interés de la educación y cuidado de los hijos.

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

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

La cuestión se desplaza a la comprobación fehaciente, concienzuda y que efectivamente ya no subsiste entre los consortes que pretendan divorciarse, la situación sociofamiliar de un verdadero matrimonio. No puede pensarse que en este caso, la sociedad tenga interés en mantener el vínculo jurídico. Ripert y Boulanger se expresan así del divorcio, desde el punto de vista social:

" Se destruye pues el matrimonio, para satisfacer el interés individual de los esposos. El valor social de la institución se mide por los peligros de esa destrucción. Si el divorcio es un remedio excepcional para situaciones trágicas, es un mal bastante leve. Lo lamentable es que la práctica del divorcio se ha difundido mucho y en todas las clases de la población Se termina por considerar el divorcio como la solución normal de un matrimonio a prueba. El matrimonio pierde así su fuerza y se quebranta la institución de la familia. En cuanto al interés primordial de los hijos, no puede negarse que las constantes disensiones y reyertas entre los padres, lejos de ofrecer un clima favorable, para la adecuada formación de la prole, crean un ambiente negativo en la mente de la niñez y de la juventud para su debido desarrollo. En la actualidad la institución del matrimonio presenta síntomas de desajuste como otras instituciones, porque estamos viviendo una época de rápidos y profundos cambios en la estructura de nuestra civilización.

No puede desconocerse en manera alguna que los jóvenes, hombres y mujeres de las actuales generaciones son las primeras víctimas de ese desajuste, que se observa en la familia moderna y que al creciente número de divorciados, ha sido uno de los factores importantes que han contribuido a formar este actual estado de cosas respecto de la juventud moderna.

Pero debemos de tratar de conocer mejor con un criterio objetivo, las raíces del problema, la institución del divorcio, por si misma no es la causa de este malestar o inconformidad de la juventud con el establishment.

El número creciente de divorcios es índice alarmante de ese desajuste de la familia a que alude Malinowsky. La proliferación de los divorcios, es un síntoma del mal que trata de atacarse. En este sentido el divorcio, se emplea hoy en día como un medio fácil para eludir responsabilidades de los consortes, frente a la prole y frente a la sociedad ha recibido las críticas que debe ser enderezadas hacia otras causas mas profundas.

La crisis del matrimonio moderno y en consecuencia de la familia, pone en claro que los elementos constitutivos del grupo familiar, no se agotan en la satisfacción sexual, ni es la necesidad de crianza de la prole.

Antonio Cicu observa: " Antes que el Estado y mas que el Estado, la familia se presenta como agregado de formación natural y necesaria... Así como la unión sexual se a elevado a la unión de las almas en el matrimonio, de la necesidad de la conservación de la especie, a brotado la primera y mas noble fuente de afectos, y de virtud y de solidaridad humana... Es por lo tanto el hecho psíquico en donde ha de buscarse el fundamento del vínculo jurídico personal, que es la característica del derecho familiar ".

Este elemento psíquico fundamental al verdadero amor conyugal, que requiere un sentido de responsabilidad y vocación de sacrificio entre los esposos, tiende hoy en día a debilitarse y revierte en muchos matrimonios modernos en la sola satisfacción de la relación sexual, de la comodidad de vida y de conveniencia personal.

"Concluye que el matrimonio presenta uno de los problemas mas difíciles para la vida personal del ser humano, al mas romántico y hermoso de los sueños debe ajustarse con la realidad de una tarea

común que si es promisorio de las mas alta felicidad demanda en cambio, de cada uno de los cónyuges gran dosis de generosidad y sublimes sacrificios. El matrimonio no es una convivencia por siempre feliz entre los consortes. Siendo la base de la familia, es el fundamento de la sociedad actual, como lo fue de todas las sociedades humanas anteriores y mantener este fundamento es tarea de todos. Cada uno debe de contribuir con su esfuerzo individual y los reformadores y legisladores deben permanecer en constante observación de esta Institución. Porque como todas las cosas vivientes, el matrimonio se encuentra en constante desarrollo y cambio. Sabias y modernas reformas - Sin embargo que deben llegar hasta modificar esta Institución son necesarias para prevenir posibles y desastrosos movimientos revolucionarios.

Cuando entre los consortes desaparece la convicción de que el matrimonio es el medio natural de integración del individuo y la sociedad, las causas de la disolución de la familia no se encuentran en la Institución del divorcio, ni en el desajuste de los elementos del grupo familiar, sino que el germen destructivo, se encuentra en los factores de otra índole, de carácter social, político y económico, que han trastocado los valores éticos en la formación del individuo.

La voz latina DIVORTIUM evoca la idea de separación de algo que ha estado unido. Desde el punto de vista jurídico, el divorcio significa la disolución del vínculo matrimonial y sólo tiene lugar mediante la declaración de la Autoridad Judicial en ciertos casos de la Autoridad Administrativa, dentro de un procedimiento señalado

por la Ley, en que se encuentra debidamente la imposibilidad de que subsista la vida matrimonial.

2.11. SISTEMAS

Tenemos que distinguir dos grandes sistemas:

- a).- Divorcio por separación de cuerpos.
- b).- Divorcio vincular

La separación de cuerpos " Es el estado de dos esposos, que han sido dispensados por la justicia competente, de la obligación de vivir juntos ". (18)

La separación de cuerpos no rompe el vínculo conyugal, solo dispensa a los consortes del deber de cohabitación.

En el Derecho Canónico, a la separación de cuerpos se le denomina divorcio (*Divortium quoad torum et mensam*) y tiene la misma finalidad de autorizar la separación de los cónyuges en la habitación; viven separados corporaliter pero no sacramentaliter. La separación de cuerpos, autorizada por los canonistas, constituye una reacción frente al primitivo divorcio, que permite a los divorciados contraer nuevas nupcias porque la separación de cuerpos, dejando subsistente el vínculo matrimonial no admite la posibilidad de un nuevo matrimonio. (19)

La separación de cuerpos según nuestro Código Civil, no procede, como ocurre en el Derecho Francés en todos los casos en que puede tener lugar el divorcio vincular, sino que se ofrece como una medida optativa, sólo en los casos mencionados en las dos

fracciones citadas del Artículo 323 del Código Civil (Gto.): Es decir, cuando uno de los consortes padece una enfermedad crónica o incurable que sea además contagiosa o hereditaria, cuando sufre impotencia incurable, si sobreviene después de celebrado el matrimonio, o cae en enajenación mental incurable, previa declaración de interdicción, solo en estos casos, el cónyuge sano, podrá optar por la simple separación de cuerpos o por el divorcio vincular.

El legislador ha establecido este remedio y permite la separación de los cónyuges, por la existencia del estado patológico en que se encuentra el otro cónyuge, independientemente de todo concepto de culpa imputable al esposo enfermo. En las demás causas mencionadas del Artículo 323 del Código Civil (Gto.), la conducta del cónyuge demandado, es violatoria de los deberes conyugales, lo cual implica que ha incurrido en culpa.

La sentencia judicial que decreta la separación de cuerpos, produce el efecto de autorizar la vida separada de los cónyuges y como consecuencia de ello, quedan relevados de prestarse el débito conyugal.

La separación de cuerpos ente los consortes, no puede tener lugar por el mutuo consentimiento de los consortes; siempre habrá de fundarse en la comprobación de la existencia de las causas que en forma limitativa, señalan las Fracciones VI y VII del Artículo 323 del Código Civil (Gto.).

La causa que da lugar al divorcio no vincular, no entraña en ningún caso la aplicación de sanciones en contra del cónyuge enfermo. En consecuencia, marido y mujer conservan el ejercicio de la patria

potestad sobre los hijos de ambos; salvo el caso de la Fracción VII del Artículo 323 (Gto.) en que el cónyuge interdicto queda suspendido en el ejercicio de la patria potestad.

Tampoco se disuelve la sociedad conyugal, que por lo tanto subsiste y el cónyuge enfermo podrá seguir administrando los bienes comunes, si antes de la declaración de la sentencia que autorice la separación tenía la administración de los mismos, ya individualmente ya en forma conjunta con el cónyuge sano; excepto que la sentencia que autorice la separación corporal, se funde en que uno de los cónyuges padezca enajenación mental. En este supuesto, declarado judicialmente el estado de interdicción el cónyuge sano debe administrar los bienes de la sociedad conyugal.

Ha de observarse también que, tratándose de la separación de cuerpos, la reconciliación entre los consortes, no pone fin al procedimiento judicial, porque el cónyuge sano no imputa al demandado haber incurrido en falta. Solo procede el desistimiento de la acción, para que el Juez pueda fundadamente sobreseer el procedimiento.

Como efecto de la sentencia que decreta la separación de cuerpos, desaparece el domicilio conyugal. En efecto, el concepto de domicilio conyugal implica dos elementos: a).- La residencia común de los cónyuges, y b).- El deber de vivir juntos.

La violación del deber de fidelidad en que incurra cualquiera de los cónyuges autorizados judicialmente para vivir separados, constituye adulterio y es causa de divorcio de acuerdo con la fracción I del Artículo 323 del Código Civil (Gto.), pero no configura el tipo de delito penal, en aquellos Códigos Penales que

como el del Distrito, en virtud de que faltaría el elemento "Domicilio conyugal " para tipificar la conducta delictuosa de acuerdo con el Artículo 273 del Código Penal D.F. (262 C.P. Edo. Gto.).

El divorcio no vincular que por medio de la separación de cuerpos, a sido adoptado en nuestro Código Civil, no a llenado en la practica el propósito que movió al legislador al establecerlo, porque aparte de que legislativamente fue adoptado sólo en los casos a que se refiere las Fracciones VI y VII del Artículo 323 del Código Civil (Gto.) condena a los cónyuges separados a una continencia carnal que deben mantener por vida.

Los Procedimientos de Divorcio.-

El divorcio vincular, que según se dijo, procede de la mutua voluntad de los cónyuges (Divorcio por mutuo consentimiento) o por demanda fundada de uno de los consortes en contra del otro (Divorcio litigioso o necesario) tiene establecido en la Ley. Vías diferentes y procedimientos distintos en uno y otro caso; pero cualquiera que sea la hipótesis o fundamento de la solicitud de divorcio, para que proceda la disolución del vínculo, se requiere: a).- Existencia de un matrimonio válido; b).- Capacidad de las partes. y c).- Legitimación procesal.

a).- La existencia de un matrimonio válido.- Es un requisito o presupuesto lógico necesario, para la disolución del vínculo matrimonial. Ese requisito queda satisfecho con la presentación de la copia certificada del acta de matrimonio de quiénes pretenden

divorciarse. El matrimonio tiene a su favor la presunción de validez, mientras no haya sido pronunciada una sentencia ejecutoria. Que declare su nulidad.

b).- Los menores de dieciocho años aún cuando hayan sido emancipados, requieren la asistencia de un tutor dativo para solicitar su divorcio, ya se trate de divorcio contencioso o por mutuo consentimiento.

La intervención del tutor en el procedimiento de divorcio de menores de edad, tiene por objeto integrar y no substituir en el procedimiento la voluntad del pupilo, autorizando con su firma en unión con este último los escritos o instancias que se presenten durante los trámites de divorcio, porque se trata de una desición personalísima de los cónyuges que no admite la Institución de la representación propiamente dicha, para obtener la disolución del vínculo no pueden ser representados por el tutor. El tutor se limitará a asistir al cónyuge menor, en la secuela de procedimiento judicial de divorcio.

Puesto que, como ya se ha dicho, en todos los casos de divorcio voluntario, la disolución del vínculo matrimonial, a de ser fundada en la firme voluntad de los que pretenden obtenerla esta determinación aparece clara en el divorcio por mutuo consentimiento, vía en la cual se exige la comparecencia personal de ambos consortes en las juntas previas al pronunciamiento del divorcio acompañados si se trata de menores de edad, del tutor dativo. Asimismo, basta el sólo hecho de que los consortes que pretenden divorciarse por mutuo consentimiento vuelvan a reunirse

en cualquier momento, antes de que el divorcio hubiere sido decretado, para que este hecho, ponga fin al procedimiento de divorcio. De la misma manera la reconciliación entre los cónyuges en el juicio de divorcio contencioso, pone fin al juicio de divorcio cualquiera que sea el estado del procedimiento, antes de que se pronuncie sentencia ejecutoria que decreta la disolución del vínculo.

El tutor debe intervenir en la celebración del convenio que presentan los menores de edad que pretenden divorciarse por mutuo consentimiento, respecto de sus bienes, y en cuanto a la situación y guarda de los hijos de ambos.

c).- Legitimación procesal.-

Desde el punto de vista de la legitimación procesal, son los cónyuges que pretenden divorciarse, los únicos que tienen interés legítimo, personalísimo en obtener la disolución de su matrimonio.

Si respecto de los menores de edad es improcedente la solicitud de divorcio suscrita solo por el tutor, tratándose de mayores de edad, con plena capacidad de goce y de ejercicio, nada impide que puedan instituir apoderado para tramitar el juicio de divorcio necesario, mas no en el caso de divorcio por mutuo consentimiento.

El Juez competente para conocer y decidir del divorcio, es el del domicilio conyugal y en caso de abandono de hogar, el del domicilio del cónyuge abandonado.

Cuando existe una separación de hecho entre los cónyuges, el Juez competente es el del domicilio del cónyuge abandonado.

La ubicación del domicilio conyugal, se determina por los datos que revelan en donde se encuentra la sede de la familia.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación:

" Domicilio conyugal. El hecho de que el marido haya abandonado la nueva casa el mismo día de la mudanza, no significa que no se pueda reconocer a esa casa el carácter de domicilio conyugal, porque lo que le da ese carácter de (Domicilio conyugal) es el hecho de que allí se establezca el asiento de la familia, y no el mero hecho de la convivencia material de los cónyuges ".

" Directo 2836/1955 2 de Febrero de 1957 3a. Sala. Boletín 1957, Pág. 144 ".

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS:

- (1).- Jorge Mario Magallón Ibarra, El Matrimonio Sacramento-Contrato-Institución, Pág. 128, Tipográfica Editora Mexicana, México 1965.
- (2).- Eduardo Pallares, El Divorcio en México, Segunda Edición, Pág. 21, Editorial Porrúa, S.A., México 1979.
- (3).- Gabriel García Cantero, El Divorcio en los Estados Modernos, El Vínculo Matrimonial, Pág. 435.
- (4).- Gabriel García Cantero, Op. Cit. Págs. 437 y 438.
- (5).- (6).- (7).- Gabriel García Cantero, Op. Cit. Pág. 440.
- (8).- Gabriel García Cantero. Pág., 442.
- (9).- (13).- Relación de Texcoco y la Nueva España, Pomar y Zurita, Pág. 101, Editorial Salvador Chávez Hayhoe, México.

- (10).- México a Través de los Siglos, J. Balleca y Cía., Sucesores Editores, México, Tomo II, Pág. 152.
- (11).- México a Través de los Siglos, J. Balleca y Cía., Sucesores Editores, México, Tomo IV, Pág. 18.
- (12).- México a Través de los Siglos, Op. Cít., Tomo IX, Pág. 88.
- (14).- Historia Eclesiástica Indiana, Fray Jerónimo de Mendieta, Págs. 154 y Sigs. , Editorial Salvador Chávez Hayhoe, México.
- (15).- Ramón Sánchez Medal, Un Nuevo Matrimonio Civil y el Pacto de Indisolubilidad, Pág. 14.
- (16).- Citado por Rafaél Rojina Villegas, Op. Cit. Pág. 67.
- (17).- Marcel Planiol y Georges Ripert, Tratado Elemental de Derecho Civil, Introduccion-Familia-Matrimonio, Tomo II, Pág 13, Primera Edición, Traducción del Lic. José M. Cajica Jr. , Cárdenas Editores y Distribuidores. México 1983.
- (18).- Ripert, Georges y Boulanger Jean, Op. Cit., Tomo II, Vol. I, Pág. 431.
- (19).- Esmein Le Mariage en Droit Canonique, Tomo II, Pág. 87, Nota Núm. 3.

SUMARIO

C A P I T U L O T E R C E R O
ANALISIS DE LAS CAUSAS DE DIVORCIO NECESARIO

- 3.1. Análisis de las Causas de Divorcio Necesario contenidas en el Código Civil Vigente.**
- 3.2. Características de la Acción.**
- 3.3. Efectos.**

CAPITULO TERCERO.

ANALISIS DE LAS CAUSAS DE DIVORCIO NECESARIO.

3.1. ANALISIS DE LAS CAUSAS DE DIVORCIO NECESARIO CONTENIDAS EN EL CODIGO CIVIL VIGENTE

Debemos tomar en cuenta, que algunas de las causales son derivadas de delitos, bien en contra de un cónyuge, o de un cónyuge contra los hijos, también por delitos contra terceros dentro de las causas provenientes de delitos que pueden cometer un cónyuge en contra del otro, están las previstas en las Fracciones I, III, IV, XI, XIII y XVI, del Artículo 267 C. C. (D. F.) (323 mismas Fracc. C.C. Edo. Gto.) como consecuencia del delito que un cónyuge puede cometer en contra de los hijos, están los enumerados en la Fracción V del Artículo que se cita. Por último las derivadas de delitos que pueden cometerse en contra de terceros, están las previstas en la Fracción XIV del Artículo 267 (323 misma Frac. C.C. Edo. Gto.).

Sobre el particular surge la duda de si es necesario, antes de iniciar la acción de divorcio, obtener previamente la sentencia penal que condene al culpable por el delito que después se va a imputar como causa de divorcio. Puede adelantarse que no en todos los casos de delito, se requiere que previamente se obtenga la sentencia penal correspondiente. Solamente en aquellos casos en que así se requiera, el plazo de seis meses para el inicio de la acción civil de divorcio empezará a partir de la fecha en que se conozca la sentencia del Juez penal.

a).- El Adulterio Debidamente Comprobado de Alguno de los Cónyuges.-

En la Ley del Matrimonio Civil del 23 de Julio de 1859, en relación al divorcio se señalaba en el Artículo 21 que seria causa el adulterio, menos cuando ambos esposos se hayan hecho reos de este crimen, o cuando el esposo prostituya a la esposa con su consentimiento; mas en caso de que lo haga por fuerza, la mujer podrá separarse del marido por desición judicial, sin perjuicio de que éste sea castigado conforme a las leyes. Este caso, así como el de concubinato público del marido dan derecho a la mujer para entablar acciones de divorcio por causa de adulterio, la Fracción II del Artículo de referencia señalaba que la acusación de adulterio hecha por el marido a la mujer, o por esta a aquel, siempre que no la justifiquen en juicio también sera causa de divorcio.

Esta causal se encontraba también en los códigos civiles de 1870, 1884 y en la Ley Sobre Relaciones Familiares, en los que se decía son causas legítimas de divorcio: " El adulterio de uno de los cónyuges"

a.1).- Definición.-

En el Código Civil no encontramos definición del adulterio. En el Código Penal para el Distrito y Territorios Federales, el Artículo 273 (262 C.P. Edo. Gto.) que trata de adulterio, sólo expresa la sanción que se aplicará " A los culpables de adulterio cometido en el domicilio conyugal o con escándalo " . Esto nos hace recurrir a

la definición general que del adulterio podamos encontrar, y en el Diccionario de la lengua de la Real Academia Española, vemos que adulterio es el " Ayuntamiento carnal ilegítimo de hombre con mujer, siendo uno de los dos o ambos casados ". Delito que comete la mujer casada que yace con varón que no sea su marido, y el que yace con ella sabiendo que es casada ".

En la Séptima Partida (Tít. XVII Ley Primera) se expresa: "Adulterio es yerro que OME FAZE a sabiendas, yaciendo con mujer casada o desposada con otro. Y tomo este nombre de dos palabras de Latín, ALTERIUS ET THORUS, que quieren tanto decir como OME QUE VA E FUE al lecho de otro; por quanto la mujer es contada por lecho del marido o con quien es ayuntada, E NON EL DELLA ".

En el Código Civil se habla solo de adulterio, debidamente probado, en cambio en el Código Penal se hace referencia al cometido en el domicilio conyugal o al que se comete con escándalo, por lo que es necesario precisar si las exigencias de la Ley Penal también son requeridas por la legislación Civil. Esto nos lleva a determinar si en este caso se requiere la previa sentencia penal que compruebe el delito de alguno de los cónyuges, o si por el contrario son independientes.

Estimo que en este caso no se requiere la previa sentencia del orden penal y el Juez puede apreciar libremente, con las pruebas que se aporten, si esta ante la presencia de un adulterio debidamente comprobado. Es delito que se persigue sólo a instancia del cónyuge ofendido, quien puede ejercer solo la acción de divorcio o bien de manera paralela sólo presentar querrela ante el Ministerio Público. Por lo tanto, estimo que en materia civil no se

tienen que comprobar los extremos que marca la legislación penal, y no se requiere, necesariamente, que el adulterio se hubiere cometido en el domicilio conyugal o se hubiere cometido con escándalo.

Francisco González de la Vega, diferencia al adulterio que corresponde al Derecho Civil que considera que es " La violación de fidelidad que se deben recíprocamente los cónyuges consistente en el ayuntamiento sexual realizado entre persona casada de uno u otro sexo y persona ajena a su vínculo matrimonial. Esta infidelidad carnal constituye un ilícito civil, generador de acciones o sanciones privadas, pero no solamente integra un ilícito penal productor de medidas represivas. En otras palabras no todo acto de adulterio es forzosamente un delito de adulterio ". (1)

a. 2).- Igualdad de Sexos.-

Recordemos según lo expresamos al hablar de la evolución del Derecho de Familia y el divorcio en los distintos Países, que originalmente solo se sancionaba el adulterio de la mujer, y poco a poco también fue sancionándose, tanto penal como civil, el adulterio del hombre, no todo adulterio del hombre era considerado como causa de divorcio. Así encontramos en los Códigos Civiles anteriores, en concreto en el de 1884, se prevenía que " El adulterio de la mujer es siempre causa de divorcio; el del marido lo es solamente cuando con el concurren alguna de las siguientes circunstancias:

I.- " Que el adulterio haya sido cometido en la casa común " .

II.- " Que haya habido concubinato entre los adúlteros, dentro o fuera de la casa conyugal ".

III.- " Que haya habido escándalo o insulto público hecho por el marido a la mujer legítima ".

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

Disposición idéntica se tiene en la Ley Sobre Relaciones Familiares en su Artículo 77.

No fue sino hasta el Código de 1928, cuando se equipara esta causa independientemente de los sexos; es causa de divorcio si lo comete el hombre como si lo comete la mujer.

No sólo se suprimieron las disposiciones contenidas en las normas legales citadas que diferenciaban el adulterio según lo cometiera hombre o mujer, sino el Artículo 269 C. C. D.F. confirma que "Cualquiera de los esposos puede pedir el divorcio por adulterio de su cónyuge ". Esta acción dura seis meses, contados desde que se tuvo conocimiento del adulterio.

a. 3).- Fundamento.-

Con el adulterio se violan los deberes de fidelidad, débito carnal, respeto y la singularidad que caracteriza al matrimonio.

Uno de los deberes fundamentales del matrimonio es la fidelidad que se viola con la relación genito-sexual con persona distinta al cónyuge; afecta seriamente al amor conyugal y a la promoción integral de ambos, la fidelidad debe ser conservada y la que rompe definitivamente en la forma mas brutal es el adulterio, tan es así

que siempre, a través de la historia de la humanidad se ha considerado como causa de disolución y repudio. En el Derecho Canónico es una de las causas por las que se puede obtener la separación permanente de los cónyuges.

Se viola también el deber de débito carnal que en el matrimonio sólo se da moral y legalmente entre cónyuges. La característica de singularidad (Exclusividad) exige que esta relación sea entre marido y mujer dentro de la relación conyugal. Involucra también una falta de respeto a la persona y dignidad del otro cónyuge, quien confiado en el compromiso habido entre ambos se ha entregado en forma total y permanente; el adulterio, en este aspecto, significa también una infidelidad al no haberse respondido con la misma entrega exclusiva, permanente y singular.

a. 4).- Prueba.-

Debemos tomar en cuenta que tanto doctrinalmente como por su definición, el adulterio se castiga penalmente como acto consumado, y también es causa de divorcio cuando es acto consumado; de aquí que el intento, es decir las relaciones amorosas que se sostengan sin llegar a la cópula carnal, no pueden ser aducidas dentro de esta causal de divorcio, pero si como injuria grave al cónyuge inocente u ofendido, que es otra causal posible de divorcio.

En estos casos la prueba directa de adulterio es casi imposible. Reconociendo lo anterior, tanto la Doctrina como la Jurisprudencia aceptan la prueba indirecta para demostrar la infidelidad de alguno de los cónyuges.

En este sentido podemos encontrar la Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que dice " Para la comprobación del adulterio como causal de divorcio, la prueba directa es comunmente imposible, por lo que debe admitirse la prueba indirecta para la demostración de la infidelidad del cónyuge culpable ". (2)

Es necesario, por lo tanto, recurrir a las pruebas indirectas y a las presuncionales que pueden ser suficientes y fundamentales en este caso. Por ejemplo: El hecho de que la esposa de a luz un hijo durante la ausencia del marido presume relaciones adulterinas, y así encontramos una Tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que dice que la " Acción de divorcio por adulterio fundado en el hecho debidamente probado de que la esposa dio a luz un hijo durante la ausencia del marido, es procedente, porque dicho alumbramiento obedeció a relaciones adulterinas y, por lo mismo, no debe exigirse como requisito de procedibilidad que primero se obtenga sentencia en juicio autónomo , respecto al desconocimiento de la paternidad de dicho menor ". (3)

En esta materia, el adulterio podría probarse también utilizando la investigación moderna relacionadas con los grupos de sangre; es decir, si un hijo del que sospecha provenga del adulterio tiene tipos de sangre distinto a los anteriores nacidos del matrimonio, científicamente podría demostrarse que no pudo ser engendrado por los cónyuges.

Aún tratándose del delito de adulterio, la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, señala que " Para la comprobación de las relaciones sexuales, como elemento constitutivo del delito de adulterio, basta la prueba presuntiva...

Debemos tomar en cuenta que existe un plazo de seis meses para intentar la acción de divorcio, en este caso de adulterio se considera que la acción de divorcio puede intentarse en cualquier momento durante esta ilícita e inmoral relación, porque se considera que el adulterio se esta cometiendo constantemente, y la acción puede intentarse en cualquier momento mientras dure esa relación; pero si termina, la acción de divorcio debe intentarse dentro de los seis meses que sigan a la conclusión del mismo. Es decir, mientras no concluye se entiende que son actos de tracto sucesivo y continuamente se esta cometiendo la ofensa.

" El cónyuge ofendido conserva su derecho para demandar el divorcio después del término de seis meses establecidos por el Artículo 143 del Código Civil para el Estado de Veracruz, cuando la causal invocada es el adulterio que se ha venido cometiendo ininterrumpidamente por la vida en común que lleva el otro cónyuge con otra persona, aunque el demandante haya reconocido que tuvo el conocimiento del adulterio, desde la fecha en que este comenzó, ya que en tales condiciones, el término de seis meses dentro del cual se puede ejercitar la acción de divorcio va comenzando a correr minuto a minuto, mientras dure esa vida adulterina, de tal suerte que, conforme a esta hipótesis siempre aparecerá presentada la demanda de divorcio en tiempo, porque siempre habrá un momento inicial de la sugerencia del adulterio comprendido dentro del aludido término ".

b).- 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. Esta causa de divorcio se

encontraba ya prevista en el Código Civil de 1884 (no en el de 1870) y en la Ley Sobre Relaciones Familiares.

b.1).- Fundamento.- Se violan en esta causal la fidelidad y el respeto como valores, y la legalidad como característica del matrimonio.

Los novios deben guardarse fidelidad. En esta causal esta presente el dolo por parte de la mujer, quien al ocultar el embarazo induce al error o mantiene en el a su novio para lograr contraer matrimonio. Por lo tanto, se considera como hecho inmoral que demuestra una deslealtad de la mujer hacia su futuro cónyuge, que puede implicar, además, una injuria. Por el dolo se manifiesta una falta de respeto a la persona y dignidad del contrayente al engañarlo, y también significa un acto contra la legalidad como característica del matrimonio, pues la celebración de este debe hacerse dentro del marco moral y legal, para que la familia se constituya con base en el matrimonio.

b.2).- Prueba.- Como esta causal requiere que sea declarado judicialmente ilegítimo el hijo que la mujer de a luz, debemos tomar en cuenta que el hijo solo puede ser declarado ilegítimo cuando nace antes de que se cumplan ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio, porque de acuerdo con el Artículo 324 C. C. (381 Frac. I C.C. Edo. Gto.) se presumen hijos de los cónyuges " Los hijos nacidos después de ciento ochenta días contados desde la celebración del matrimonio ". Esta presunción es juris-tantum, y solo puede ser destruida con prueba en contrario.

El Artículo 325 C. C. (383 C.C. Edo. Gto.), nos indica que la presunción a la que nos referimos no admite " Otra prueba que la de haber sido físicamente imposible al marido tener acceso carnal con su mujer en los primeros ciento veinte días de los treientos que ha precedido al nacimiento".

Ahora bien, no obstante que sólo puede ser declarado ilegítimo el hijo que nació antes de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio, el Artículo 328 C. C. (385 C.C. Edo. Gto.) nos previene que el marido no podrá desconocer que él es el padre del hijo que naciera dentro de ese término, " Si se probare que supo antes de casarse del embarazo de su futura consorte; para esto se requiere un principio de prueba por escrito ", porque significa que no ha habido deslealtad de la esposa, ni dolo alguno, porque si supo del embarazo previo al matrimonio puede presumirse que el hijo sea suyo, o que no siendolo, perdona a su novia y acepta contraer el matrimonio. Tampoco puede desconocer al hijo, el marido que " Concurrió al levantamiento del acta de matrimonio y esta fue firmada por él, o contiene su declaración de no saber firmar "; aquí se acepta el reconocimiento tácito que por parte del marido del hijo nacido dentro de los ciento ochenta días, tampoco podrá desconocerlo si ha reconocido expresamente " Ser suyo el hijo de su mujer, por último, no lo podrá desconocer " Si el hijo no nació capaz de vivir.

Debemos tomar en cuenta que si el hijo no nace viable, no puede invocarse como causal de divorcio la que estudiamos, la última fracción del 328 impide desconocer al marido que es padre del hijo que " No nació capaz de vivir ", y el Artículo 337 C. C. nos señala

que se " Reputa nacido el feto, que, que desprendido enteramente del seno materno; vive 24 horas o es presentado vivo al Registro Civil, faltando alguna de estas circunstancias, nunca ni: Nadie podra entablar demanda sobre paternidad. Es decir, basta con que nazca viable para que no pueda plantearse jamas cuestión sobre su legitimidad, y no puede invocarse como causal de divorcio.

b. 3).- Término.- Hay que tomar en cuenta que el Artículo 330 C. C. (387 C.C. Edo. Gto.) sólo otorga al marido un término de sesenta días, " Contados desde el nacimiento, si esta presente desde el día en que llego al lugar, si estuvo ausente; desde el día que descubrió el fraude o se le oculto el nacimiento " para intentar cualquier acción para contradecir que el hijo nacido es de su matrimonio. Por lo tanto si transcurre este término y no intenta esa acción no podrá ejercer la acción de divorcio con base en esta causal.

También en relación a la caducidad, es interesante señalar que como esta acción sólo se puede ejercer después de haber sido obtenida la sentencia que declare la ilegitimidad del hijo, es muy probable que al obtenerla hubiera transcurrido el plazo de seis meses que el Artículo 268 C. C. señala para ejercer la acción de divorcio.

Se debe tomar por otro lado en cuenta, que en los términos del Artículo 31 de C. P. C. D.F., no se pueden intentar ambas acciones al mismo tiempo, porque la acción de divorcio se funda en el resultado que se obtenga del proceso que se ventile sobre la legitimidad o ilegitimidad del nacido en el matrimonio, por lo cual no podran acumularse.

Es decir, necesariamente se deberá esperar a tener sentencia ejecutoria que declare al hijo ilegítimo para que proceda esta causa de divorcio. Debe tenerse muy en cuenta el Amparo que supuestamente pudiera solicitar la mujer, si la sentencia de segunda instancia le es adversa. En este supuesto, debemos tomar en cuenta que el juicio de Amparo no es una instancia, sino un juicio Constitucional, y que si no se obtiene la suspensión del acto reclamado sera necesario que dentro de los seis meses siguientes a la sentencia de segunda instancia se inicie el juicio de divorcio, sin esperar la solución del Amparo para evitar la caducidad de la acción de divorcio.

c).- Propuesta del Marido para Prostitución de la Mujer.-

La propuesta del marido para prostituir a su mujer no solo cuando el marido la haya hecho directamente sino cuando se pruebe que ha recibido dinero o cualquier remuneración con el objeto expreso de permitir que otro tenga relaciones carnales con la mujer. Esta causa de divorcio se encuentra prácticamente también en los Códigos anteriores y en la Ley sobre relaciones familiares.

c. 1).- Fundamento.-

En esta causal se violan muchos valores y características del matrimonio. Existe una evidencia falta de respeto a la dignidad de la mujer. Por virtud del compromiso conyugal ambos se entregan mutuamente en forma exclusiva para tener una vida en común, que significa la unidad en la convivencia conyugal. Se atenta

severamente contra la libertad de la mujer con la coacción física o moral para que tenga relaciones carnales fuera de matrimonio, con lo cual, evidentemente, se rompe la característica de singularidad, es decir, la exclusividad de las relaciones sexuales entre marido y mujer.

El deber de débito carnal se vulnera gravemente, no sólo al permitir relaciones sexuales con la mujer con diversos hombres, sino al proponer el marido la prostitución de su mujer, con lo cual también se le obliga a romper con la fidelidad prometida.

c. 2).- Sólo Corresponde a la Mujer.-

Esta causal de divorcio solo puede ser intentada por la mujer, toda vez que el marido no puede demandarlo, al considerarsele siempre como el culpable.

Sobre este particular, es interesante señalar lo que dice Eduardo Pallares, en el sentido de que "El legislador no consideró el caso contrario al que especifica la Fracción III del Artículo 267 (323 C.C. Edo. Gto.) o sea cuando la mujer incita al marido a que tenga relaciones carnales con otra mujer o concienta en ellas para tener algún lucro. Esta omisión puede explicarse por dos razones; en primer lugar, por la tradición que aún sobrevive, según la cual el hombre no se prostituye cuando tiene relaciones carnales con una mujer diferente de su esposa, y también porque la prostitución de la mujer es mas grave, cuenta habida de que puede llevar al matrimonio un hijo que no sea de su esposo".

" Soy de la opinión de que la prostitución de que se trata, comprenda también las aberraciones de los homosexuales y de las lesbianas ". (4)

c. 4).- Prostitución.-

Al hablar de prostitución, se hace referencia al comercio carnal de la mujer, por lo que se excluyen todos los abusos o actos contranaturales que hubieren dentro del matrimonio, lo que nos hace presente el lenocinio, que también es delito en nuestra legislación. De este delito tratan los Artículos 206 y 207 del Código Penal (195 C.P. Edo. Gto.) y el primero señala las sanciones, y el segundo determina quien lo comete, y en el se expresa que comete el delito de lenocinio: I.- " Toda persona que habitual o accidentalmente explote el cuerpo de otra por medio del comercio carnal, se mantenga de ese comercio u obtenga de él un lucro cualquiera; II.- Al que induzca o solicite a una persona para que con otra comercie sexualmente con su cuerpo o le facilite los medios para que se entregue a la prostitución; III.- Al que regenté, administre o sostenga directa o indirectamente prostibulos, casa de citas o lugares de concurrencia expresamente dedicados a explotar la prostitución, u obtenga cualquier beneficio con su producto ".

Lo anterior no significa que previo el ejercicio de la acción de divorcio se requiera obtener sentencia penal; son distintos en materia penal los casos de lenocinio, comprenden mas situaciones que las señaladas en la causal de divorcio.

Es de observarse que en esta causal de divorcio la actitud del marido puede ser expresa o tácita. Es expresa cuando hay propuestas del marido para prostituir a la mujer, y tácitas cuando permite la prostitución. Sobre este particular, Eduardo Pallares, estima que;

" Para que el lenocinio sea causa de divorcio es necesario que el marido reciba en cambio de la prostitución de su esposa, una recompensa, que no es indispensable que se traduzca en dinero, puede haberla de distinta naturaleza como, por ejemplo, obtener el nombramiento de un cargo público, una concesión administrativa para enriquecerse y, en general, cualquier otra forma de retribución ".

" Esto se infiere de la siguiente frase que usa la Fracción que se analiza, cuando se prueba que ha recibido dinero o cualquier remuneración con el objeto expreso de permitir que otro tenga relaciones carnales con su mujer ". (5)

Estimo que no es del todo aceptable la opinión que se cita, toda vez que la referencia que se hace al dinero o cualquier otra remuneración, se toma como prueba para la aceptación tácita de la prostitución de la mujer, pues puede su marido prostituir a su mujer independientemente del fruto o provecho que reciba.

El autor citado excluye como causa de divorcio cuando la prostitución de la mujer se realiza por acuerdo mutuo de los esposos, argumentando, con razón, que este Artículo 278 C. C. D.F. impide a la mujer demandar el divorcio, toda vez que también ella a participado de mutuo acuerdo y, o bien se le impide por virtud del Artículo citado, o que por sus actos existe un acuerdo que implica un perdón tácito a la propuesta del marido.

d).- La Incitación a la Violencia Hecha por un Cónyuge al otro para Cometer Algún Delito, Aunque no sea de Incontinencia Carnal.-

También esta causa la encontramos en los Códigos Civiles anteriores (Artículos 240 Frac. III y 227 Frac. IV) (323 Frac. IV C.C. Edo. Gto.), y en la Ley Sobre Relaciones Familiares que con poca técnica jurídica comprendía dentro de la misma Fracción, lo tratado de la causa anterior en esta y en la que sigue (Art. 76 frac. III).

Con esta causal se viola el respeto que los cónyuges deben tenerse y la libertad para su actuación. Cada uno debe respetar la personalidad del otro. La incitación a la violencia es alterar, mediante presión, la actitud del cónyuge en tal forma que llegue a manifestarse como agresor y cometa un delito, por lo cual, se le priva también de la libertad para decidir de las situaciones que en la vida conyugal se le presenten.

En este caso se trata de que algún cónyuge provoque al otro para que cometa un delito. Como delito también se encuentra previsto en la Ley Penal. El Artículo 209 del Código Penal D.F. dice: " Al que provoque públicamente a cometer un delito, o haga la apología de este o de algún vicio, se le aplicará la sanción en este Artículo prevista, si el delito no se ejecutare " En caso contrario, se aplicara al provocador la sanción que le corresponda por su participación en el delito cometido ".

Lo anterior no significa que, necesariamente, se requiera obtener una sentencia penal antes de invocar la causa de divorcio, son independientes, y pueden haber casos en los que prospere el divorcio y no la acción penal.

Este caso se presenta cuando uno de los cónyuges mueve al otro a cometer un delito contra terceras personas, ya sea de lesiones, homicidio, plagio o también para cometer delito sexual como el de violación. Esto es muy común en México cuando, por ejemplo, la mujer le dice al hombre " No seas cobarde" o " No te dejes ", con esto provoca el machismo del Mexicano y lo incita a cometer un delito.

Independientemente del divorcio que obtenga el cónyuge provocado, puede haber casos en que ambos sean responsables penalmente y sufran las sanciones que imponga el Código Penal.

e).- Los actos inmorales ejecutados por el marido o por la mujer, con el fin de corromper a los hijos, asimismo como la tolerancia en su corrupción. Esta Frac. V esta relacionada con el Artículo 270 C. C. (323 Frac. V C.C. Edo. Gto.) que dice que " Son causas de divorcio los actos inmorales ejecutados por el marido o por la mujer con el fin de corromper a los hijos, ya sean estos de ambos, ya de uno solo de ellos.. La tolerancia de la corrupción que da derecho a pedir el divorcio debe consistir en actos positivos y no en simples omisiones ".

En esta fracción se involucran dos causas que son, los actos inmorales ejecutados por uno de ellos para corromper a los hijos bien sean de ambos o de uno de ellos: La tolerancia en la corrupción de éstos. Es de observarse que se refiere a los hijos independientemente de su edad.

e.1).- Fundamento.- Puede estimarse que esta causal es de las mas graves puesto que afecta a terceras personas que constituyen la familia. Es intolerable y positivamente la mas culpable de las causas, porque se trata de la corrupción de los hijos, que implica una depravación moral gravísima de los padres. Se atenta contra el respeto que los padres deben tener a sus hijos independientemente de su edad. Dentro de la relación interpersonal y jurídica paterno-filial, tanto los padres como los hijos se deben mutuo respeto; de lo contrario, sera imposible la relación filial. También se violan los deberes propios de la patria potestad, que comprende la custodia, la educación y obligación " De observar una conducta que sirva a los hijos de buen ejemplo "(Art. 423 C.C.) (164 C.C. Edo. Gto.).

Esta causa ya se encontraba en los Códigos Civiles anteriores como el " Conato del marido o de la mujer para corromper a los hijos, o la tolerancia en su corrupción ".

" Se estima que la causal prevista en la Frac. V del Artículo 267 del Código Civil para el Distrito y Territorios Federales (323 C.C. Edo. Gto.) se surte en los casos de que alguno de los padres ejecute actos inmorales tendientes a corromper a los hijos, entendiendose que la corrupción consiste en la depravación que rebaja la moral del hijo con relación a todas las personas, dejando en este una huella profunda de psiquismo, torciendo el sentido natural y sano que debe tenerse del comportamiento general humano. Nuestro régimen legal, en relación con el matrimonio, que es de carácter monogámico, cimentandose además, en la permanencia la razón del ser y finalidad del matrimonio, se sustenta en la idea de

un respeto y comprensión absoluta entre los cónyuges para dar creación moral a la célula que constituye la familia dentro del conglomerado. En esta virtud, resulta obvio que cualquier actividad que se realice por parte de los miembros del matrimonio, que pueda traer como consecuencia un cambio o desviación moral en la psiquis de los hijos, implica, necesariamente, corruptibilidad. Si el cónyuge demandado requirió de menores e incluso, para lograr sus fines, ofreció matrimonio a su hijastra resulta que, independientemente de la deslealtad que ello puede significar para su esposa, produjo indudablemente un dañoso resultado en la psiquis de su hijastra. Los anteriores actos, como ya se dijo, implican la cristalización de un acrecer corruptivo que significa, por extensión figurada, perversión, estrago o vicio, porque generó una alteración a las normas de corrección e imposibilitó que la hijastra de un matrimonio se inicie por sendas morales a la materia sexual, lo que debe ocasionar, necesariamente, en su mente, conceptos depravatorios y contrarios a los deberes que sancionan la moral y costumbres normales en todo núcleo familiar ". (6)

f).- Enfermedades que son Causa de Divorcio.-

Dentro de este punto agrupo las causas comprendidas en las Fracciones VI y VII del Artículo 267 C. C. (323 mismas Fracc. C.C. Edo. Gto.).

Debemos tomar en cuenta que en estas causas no opera la caducidad de la acción por el transcurso de los seis meses, pues se trata de situaciones permanentes de tal manera que mientras este presente la enfermedad o la impotencia, el cónyuge sano puede invocarla en

cualquier momento, pues; " La causal de divorcio consistente en la enajenación mental incurable de uno de los cónyuges esta constituida por actos de tracto sucesivo, que se manifiestan en una fecha precisa y se van renovando en cada instante... haciendo imposible la caducidad de la acción ". (7)

Lo mismo se puede sostener para el caso de impotencia (8) y para las enfermedades.

f. 1).- Fundamento.-

En estas causales no existe culpa de alguno de los consortes. Se trata de causas que como remedio se presentan cuando alguno de ellos enferma. Los valores involucrados son la vida en común, el débito carnal, y la permanencia del matrimonio como característica. La vida en común hace referencia la unidad conyugal, esta puede permanecer y los cónyuges vivir en el domicilio común, pues así como convivieron en tiempos buenos y cuando ambos estaban sanos, corresponde al sano por el deber del socorro mutuo atender y cuidar al enfermo permaneciendo en matrimonio. Sin embargo, la Ley propone solución para estos casos cuando son de extrema gravedad que hacen difícil o imposible, la vida en común. Se afecta también el débito carnal pues por la enfermedad, por ejemplo, la impotencia, se hará imposible esta relación conyugal fundamental.

f. 2).- Enfermedades.-

Esta causal no se encontraba prevista en el Código Civil de 1870. En el Código Civil de 1884 en su Frac. XI se refiere a las enfermedades, pero sólo a las anteriores " .

A la celebración del matrimonio, y de que no haya tenido conocimiento el otro cónyuge. En la Ley Sobre Relaciones Familiares ya aparece en términos semejantes al Código Vigente, pero se iniciaba en la Frac. IV señalando como causa el " Ser cualquiera de los cónyuges incapaz de llenar los fines del matrimonio ", lo que permite incluir dentro de esa redacción prácticamente toda causa, y hacer hasta cierto punto inútil la enumeración de causas como limitativas del divorcio.

En relación a la Sífilis, el Código Penal en su Artículo 199 Bis, (similar al 233 C.P. Edo. Gto.) sanciona al " Que, sabiendo que esta enfermo de Sífilis o de un mal venéreo en periodo infectante, ponga en peligro de contagio la salud de otro por medio de relaciones sexuales ".

" Cuando se trata de cónyuges, solo podrá procederse por querrela del ofendido ".

Recordemos que esta enfermedades son también causa de impedimento Art. 156 Frac. VIII) (153 Frac. VIII C.C. Edo. Gto.) y que a ellas hicimos mención en el estudio respectivo.

Lo característico de las enfermedades para que sean causal de divorcio, es que sean crónicas o incurables además contagiosas y hereditarias. El hecho de que en esta Fracción VI se mencione la Sífilis y la Tuberculosis, que también se mencionaban en las legislaciones anteriores, hoy no significa que sean causas de divorcio necesariamente, pues en aquellas épocas se consideraba a ambas como incurables y contagiosas.

" La Ley dice " Padecer " al referirse a las enfermedades, lo que indica que sólo quien padezca una de las enfermedades consignadas

dará causa al divorcio. Algunas enfermedades, por ejemplo la Sífilis, podrán estar latentes, es decir, en potencia en el organismo, pero no padecerse porque este término significa " Sentir física y corporal un daño, dolor, enfermedad, pena o castigo ". Según el Diccionario de la lengua española, de la Real Academia Española 1970.

Por lo tanto, el hecho de descubrir en uno de los cónyuges la enfermedad en estado latente, no puede ser causa de divorcio, porque aún cuando se haga referencia a la sífilis o a la tuberculosis como enfermedades específicas, estas por su naturaleza pueden ser crónicas o incurables, y ser, además, contagiosas o hereditarias, por lo tanto, si no están en el periodo contagioso o pueden ser hereditarias no serán causal aun cuando estén presentes en estado latente.

f.3).- Impotencia.- También dentro de las enfermedades se comprenden " La impotencia incurable que sobrevenga después de celebrado el matrimonio ". Recordemos en este aspecto, que la impotencia se considera como impedimento si esta presente antes de contraer el matrimonio, lo que origina la nulidad.

La impotencia no aparece como causa de divorcio en los códigos anteriores, ni en la Ley sobre relaciones familiares, aunque en esta cabe dentro de la causa general de " Ser cualquiera de los cónyuges incapaz para llenar los fines del matrimonio " (Art. 76 Frac. IV).

Debe notarse que si algún cónyuge era impotente antes de contraer el matrimonio, debió haberse intentado la acción de nulidad dentro del tiempo previsto de sesenta días contados desde que se celebró

el matrimonio (Art. 246 C. C.), y si no se intento el divorcio no puede obtenerse, porque la impotencia incurable no seria sobrevenida después de celebrado el matrimonio, sino estaba antes de la celebración.

Es de observarse que existe una incongruencia en nuestra legislación en este aspecto. Al padecer alguna enfermedad crónica o incurable que sea además contagiosa o hereditaria puede ser materia de nulidad o de divorcio, independientemente de que la enfermedad se tuviere antes de contraer el matrimonio o sobreviniere después toda vez que la Fracción VI del Artículo 267 (323 Frac. VI C.C. Edo. Gto.) no hace diferencia alguna. En cambio, en relación a la impotencia, para que sea causa de divorcio se requiere que sobrevenga después de celebrado el matrimonio, lo que podría dar lugar a que de una u otra manera transcurrieran los sesenta días, con lo cual ya no podría nulificarse el matrimonio. Puede ocurrir también que durante el breve término de sesenta días el cónyuge enfermo no se presta para un examen médico y no se pueda comprobar la impotencia. En estos casos, el cónyuge que después presentará demanda de divorcio por esta causa, se podría ver en dificultad al tratar de probar que la impotencia sobrevino después de celebrado el matrimonio.

La impotencia " Consiste en la imposibilidad física de llevar a cabo el acto sexual, y la impotencia para la generación no es propiamente impotencia sino esterilidad ", que no es causas de divorcio. La impotencia puede afectar tanto al hombre como a la mujer ", pues se incurre en un error cuando se expresa que la causal de impotencia sólo la concede la Ley a la mujer, por no ser

posible que ésta sea impotente, puesto que la existencia de obstáculos vulvares o vaginales pueden ocasionar esta impotencia en el agente femenino de la cópula ". (9)

f. 4).- Enajenación mental.-

La Fracción VII del Artículo 267 (323 C.C. Edo. Gto.) señala también como causa de divorcio el " Padecer enajenación mental incurable previa declaración de interdicción respecto de cónyuge demente ".

Esta causal no aparecía en el Código de 1870, pero ya se señala en el de 1884 y en la Ley Sobre Relaciones Familiares.

La enajenación mental incurable también se presenta como impedimento (Art. 156 Frac. VI) (153 Frac. IX C.C. Edo. Gto.) A diferencia de la impotencia, en este caso no se hace referencia al hecho de que la enajenación mental incurable debe sobrevenir después de celebrado el matrimonio. Por lo tanto, si no se obtuvo la nulidad del matrimonio dentro del breve plazo de sesenta días contados a partir de la celebración del matrimonio, puede lograrse el divorcio, aún en el caso de que la enajenación mental incurable se padeciere antes de la celebración del matrimonio, lo que es muy importante desde el punto de vista eclesiástico para obtener, no solo el divorcio, sino la posible nulidad del matrimonio religioso por esa causa.

La actual redacción de la Frac. VII del Artículo 267 (323 C.C. Edo. Gto.) plantea un radical cambio en esta materia, solo procede el divorcio por enajenación mental incurable, " Previa declaración de interdicción que se haga respecto del cónyuge demente ".

Anteriormente no se exigía esta sentencia, comprendiéndose tanto a los locos interdictos como a los locos de hecho, lo que era mas congruente con la relación conyugal que exige una comunidad de vida, de la cual deben estar excluidos, no solo los locos interdictos, sino también los locos de hecho, aunque no hubieren sido declarados judicialmente.

Al contemplar como causal de divorcio el " Padecer enajenación mental incurable ", sin el requisito de la previa declaración de interdicción, se buscaba proteger a la comunidad conyugal. Puede haber hechos que no puedan ser declarados en estado de interdicción, porque tengan capacidad de administrar sus bienes, pero no tienen capacidad de convivencia conyugal. La reforma (Remiendos) limitan sensiblemente contraviniendo la orientación moderna. Inclusive en el Derecho Canónico, se permite la anulación del matrimonio por " Un defecto grave de discreción de juicio acerca de los derechos y deberes esenciales del matrimonio que mutuamente se ha de dar y aceptarse: " Además, procede también la nulidad al haber incapacidad de " Quiénes no puede asumir obligaciones esenciales del matrimonio por causas de naturaleza psíquica " (Canon 1095). Las causas de incapacidad legal y natural que la Ley señala (Art. 450 C.C.) (503 C.C. Edo. Gto.) hacen referencia también al divorcio, y se trata de incapacidades absolutas de ejercicio que impiden la realización de cualquier acto jurídico, pero existen otras incapacidades o enajenaciones típicas del Derecho de Familia, como son las enfermedades psíquicas que afectan solo los deberes, derechos y obligaciones conyugales por eso estimo que la redacción actual implica un retroceso y una

exigencia injustificada al cónyuge sano, quien previamente al divorcio debe obtener la sentencia de interdicción.

Por otro lado, se hace contradictoria esta Fracción con el impedimento de locura, de la cual la Frac. VIII del Artículo 156 C. C. (153 Frac. IX C.C. Edo. Gto.) no exige que se haga referencia a los locos interdictos, es decir, a los que lo fueren por sentencia judicial. Con esto se prueba, una vez más, que la modificación a una Ley haciendolo solo en algunos Artículos, produce consecuencias negativas y hace contradictorios a unos Artículos con otros.

Debemos tomar en cuenta también que la caducidad de la acción no opera en la enajenación mental incurable, pues se considera de tracto sucesivo, y en cualquier momento puede invocarse. " El Artículo 278 del Código Civil (333 C.C. Edo. Gto.) previene que el divorcio sólo puede ser demandado por el cónyuge que no haya dado causa a el, y dentro de los seis meses siguientes al día en que hayan llegado a su noticia los hechos en que funda la demanda. La caducidad de la acción derivada de la no interposición de la demanda dentro del plazo aludido, solo puede producirse de actos que se realizan en un momento determinado, en los cuales es posible que el plazo empiece a correr a partir de ese momento: mas la causal de divorcio consistente en la enajenación mental incurable de uno de los cónyuges esta constituida por actos de tracto sucesivo, que se manifiestan en una fecha precisa y se van renovando a cada instante, de donde el derecho para demandar la disolución del matrimonio por dicha causal, se renueva también cada día, haciendo imposible la caducidad de la acción". (10)

Además, debemos tomar en cuenta que el conocimiento de la enajenación de un cónyuge no se obtiene instantáneamente: Generalmente es un proceso de conocimiento que lleva a la conclusión al cónyuge sano de que su cónyuge esta enfermo, también se hacen consultas médicas, y solo después de experiencia y consultas puede llegarse a la conclusión de enajenación mental incurable, lo cual hace que no pueda haber una caducidad breve en esta materia.

Previo al juicio de divorcio se requiere la declaración de interdicción, bien sea que esta se obtenga por moción del cónyuge sano, o por tercera persona, incluyendo otros parientes del insano. La prueba es difícil y consiste en la pericial médica para determinar la enajenación y probar la necesidad de interdicción. Si en la practica era difícil sin necesidad de acudir a la previa declaración de interdicción, con mayor razón con la versión actual, por lo cual, esta causa la estimo sera de difícil aplicación.

Conviene también preguntarnos que significa enajenación mental incurable, aquí se debe recurrir a la ciencia médica para que ésta nos precise cuando la enajenación es incurable. Pero también hay que proporcionar a la ciencia médica los elementos jurídicos necesarios, como son que la enfermedad sea causa de que el cónyuge enfermo carezca de suficiente uso de razón, pero no referido solo a los deberes y obligaciones que nacen del matrimonio, sino en general haciendo referencia a cualquier acto jurídico, es decir, la enajenación mental siendo causa de divorcio, por una desafortunada reforma del Código Civil, se hace semejante a cualquier incapacidad legal y natural que hubiere sido declarado judicialmente, lo que

significa asemejar las relaciones conyugales dentro de una comunidad de vida matrimonial a las relaciones económica, al confundir la capacidad legal y natural con la capacidad conyugal que son de diferente naturaleza.

Es decir, puede haber capacidad para celebrar actos jurídicos, pero, sin embargo, haber incapacidad de convivencia conyugal necesaria para lograr los fines del matrimonio que son el amor conyugal, la promoción integral de los cónyuges y la procreación responsable. No se requiere una sentencia de interdicción para probar que un enajenado de hecho le es difícil constituir una comunidad de vida con la intimidad que requiere el matrimonio. Se esta privando al Derecho de Familia de su peculiaridad, al asemejarlo erróneamente, con las relaciones jurídicas patrimoniales económicas.

g).- La Separación del Hogar Conyugal por más de Seis Meses sin Causa Justificada.-

A esta causal haremos referencia mas adelante por ser de los temas específicos a analizar en esta tesis.

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 demanda de divorcio.

Al igual que la causal antes mencionada, también se tratará más adelante por la razón expuesta.

i).- 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. Nuevamente encontramos dos causas independientes en esta Fracción.

Esta causal no aparece en los Codigos Civiles de 1870 y 1884 en la Ley sobre Relaciones Familiares se expresaba que procedía el divorcio por " La ausencia del marido por más de un año, con abandono de las obligaciones inherentes al matrimonio ". Es decir, en esta Ley sólo se hacia referencia a la ausencia del marido lo que parece incompleto. Esta situación parece haberse corregido en la legislación actual que habla de ausencia que legalmente sea hecha de cualquiera de los cónyuges.

En esta causal no hay culpa del ausente o del presunto muerto. Sin embargo, esta situación hace imposible el cumplimiento de los deberes conyugales como son la vida en común, el socorro, la ayuda mutua, el diálogo y el sostenimiento del hogar como obligación de ambos cónyuges.

" La declaración de ausencia es una de las modalidades del estado Civil de las personas que, por su propia naturaleza, hace imposible que el cónyuge ausente cumpla con las obligaciones que derivan del matrimonio. Por esta razón, con o sin culpa del declarado ausente, la Ley concede al otro cónyuge la acción de divorcio ". (11)

La declaración de ausencia sólo procede " Pasados dos años desde el día que haya sido nombrado representante " (Art. 669 C. C.) (717 C.C. Edo. Gto.).

En cuanto a la presunción de muerte, el Artículo 705 C. C. (753 C.C. Edo. Gto. con la variante de seis años) nos previene que procede a instancia de la parte interesada cuando hayan transcurrido dos años desde la declaración de ausencia ". Sin embargo, lo que nos interesa son los casos de excepción, que se contienen en el mismo Artículo 705, y se refieren a " Los individuos que han desaparecido al tomar parte de una guerra, encontrarse a bordo de un Buque que naufrague, o al verificarse una explosión, incendio, terremoto, inundación o cualquier otro siniestro semejante, bastara que hayan transcurrido dos años desde su desaparición, para que pueda hacerse la declaración de presunción de muerte, sin que en estos casos sea necesario que previamente se declare su ausencia, pero si se tomaran las medidas provisionales autorizadas por el Capitulo I de este Título ".

La causal de divorcio basada en la declaración de ausencia legalmente hecha parece razonable. Lo que no parece entendible a juicio de Pallares es que el divorcio proceda de los casos de presunción de muerte. " Puede censurarse al legislador que otorgue la acción de divorcio contra una persona que se presume ya muerta. En efecto, por una parte la muerte disuelve el vínculo matrimonial, por lo que no hay necesidad del juicio de divorcio para obtener la ruptura de dicho vínculo; por otra parte, el juicio de divorcio concluye igualmente por fallecimiento de cualquiera de los cónyuges, lo cual demuestra que es antijurídico el sistema establecido por el legislador en esta materia ". (12)

Sin embargo, estimo que este caso no debe tratarse semejante a la muerte. Cierto es que la muerte termina el matrimonio, pero en el

caso de presunción de muerte es sólo la presunción mas no la comprobación legal de defunción, y no se puede aceptar que baste la presunción para terminar el matrimonio, lo que si hace procedente el divorcio, para la disolución del vínculo pensemos en el caso probable que el cónyuge presunto muerto vuelve, ¿ que pasaría ?, si hacemos referencia a la nulidad, el segundo matrimonio seria nulo por el impedimento de ligamen; para evitar esta eventualidad, el legislador otorga acción al cónyuge presente para que, mediante el juicio de divorcio se evite este problema. Habiendo surtido efectos el divorcio y disuelto el vínculo matrimonial del primero, el segundo quedará para siempre válido.

Además, debemos tomar en cuenta que la resolución judicial sobre presunción de muerte es una resolución en todo caso provisional, que suspende la capacidad mientras el ausente, que ha sido declarado presuntivamente muerto, no regresa; resolución provisional que solo queda firme definitivamente, si se prueba en forma indubitable la muerte de la persona de que se trata.

j).- La Sevicia.- Las Amenazas.- Las Injurias Graves de un Cónyuge para el Otro.-

En el Código de 1970 solo se menciona la sevicia y en el de 1884 se contiene una relación idéntica a la de la actual. En la Ley sobre Relaciones Familiares, se expresa que procede " Por los malos tratamientos de un cónyuge para el otro siempre que estos y aquellos sean de tal naturaleza que hagan imposible la vida en común ". Es decir la Ley sobre Relaciones Familiares imponía una carga de prueba mayor, pues no bastaba que se probára la sevicia o

las amenazas sino también que éstas hicieren imposible la vida en común ".

En realidad encontramos tres causales que son: La sevicia, las amenazas, y las injurias graves, que pueden invocarse cada una aislada, o bien conjuntamente cuando se presenten en un caso determinado. Es decir, no necesitan darse las tres para que proceda esa causal.

Debemos observar que en esta causal se refiere a las sevicias, amenazas o las injurias " De un cónyuge para el otro " , lo que quiere decir que se excluyen a los miembros de la familia. El legislador no consideró causa de divorcio a las injurias o amenazas que se hagan a los padres o parientes del cónyuge aun cuando fueran de extrema gravedad y que, en muchos casos, pueden traer las mismas consecuencias de romper la posibilidad de convivencia conyugal.

En estas causales hay culpa de alguno de los consortes que por su gravedad hace imposible o difícil la convivencia conyugal. Al analizar cada una de ellas se descubrirán las violaciones al respeto que ambos consortes se deben, que es fundamental para lograr la comunidad de vida conyugal y para conservar la igualdad de derechos y de dignidad entre ambos, a fin de poder lograr los fines del matrimonio. Cualquiera de las causales previstas en esta fracción significa una infidelidad a la forma de vida conyugal que se prometieron.

Aunque, según veremos, también existen delitos en relación a estas tres causales, no se requiere que el delito se compruebe y hubiere sentencia ejecutoria que condenara al cónyuge culpable. Son

independientes, y podría llegarse al caso de que se obtuviere el divorcio, mas no hubiere proceso o sentencia penal alguna.

Por orden conviene hacer referencia a cada una de las causales.

j. 1).- Injuria.-

La injuria viene del Latín " Iniuria " , agravio ultraje de obra o de palabra, hecho o dicho contra razón y justicia, según lo expresa el Diccionario de la lengua de la Real Academia Española, Decima Novena Edición. " Injuria es toda acción proferida o toda acción ejecutada con el ánimo de manifestarle al otro desprecio, o con el fin de hacerles una ofensa ". (13)

Existe un concepto de injuria plasmado en una Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que es la siguiente: " Para los efectos del divorcio por la causal de injurias, no es necesario que estas tipifiquen el delito de ese nombre, sino que basta su calificación de tales en el aspecto civil, lo cual deberá hacer el Juez al dictar la sentencia de divorcio, en la inteligencia de que la injuria comprende elementos de contenido variable, no previstos por la Ley en forma casuística, por lo que puede constituir injuria: La expresión, la acción, el acto, la conducta, siempre que impliquen vejación, menosprecio, ultraje, ofensa y que, atendiendo a la condición social de los cónyuges, a las circunstancias en que se profirieron las palabras o que se ejecutaron los hechos en que se hacen consistir, impliquen tal gravedad contra la mutua consideración, respeto y afecto que se deben los cónyuges, que hagan imposible la vida conyugal por la dañada intención con que se profieren o ejecutan, para humillar y despreciar al ofendido ".

En los términos del Artículo 348 del Código Penal (256 C.P. Edo. Gto.) se entiende por injuria " Toda acción proferida o toda acción ejecutada para manifestar desprecio al otro, con el fin de hacerle una ofensa ". No necesariamente esta definición de injuria debe corresponder a la causal de divorcio.

La injuria debe ser grave. La gravedad hace referencia a la vida conyugal, de tal manera que la injuria, o las injurias hagan imposible la vida conyugal. Sobre el particular debemos tomar en cuenta que en México existe un mosaico de culturas, y que no es posible aceptar como injuria quizás en algunos matrimonios lo que en otros significa una verdadera injuria. Por ejemplo: " Las expresiones bien conocidas, en que se alude a la madre, jurídicamente no deben considerarse como actos de sevicia, ni injuria grave, como causales de divorcio, cuando se profieren en matrimonio de clases sociales de escasa cultura y educación en las que esas expresiones no llevan a la imposibilidad de convivencia matrimonial ". En cambio en otros grupos puede considerarse como grave.

También nos encontramos aquí ante el problema de determinar si para la procedencia del divorcio, basta que exista una injuria, o debe ser reiterada además de grave. Sobre el particular existen diferentes Tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, unas que hablan de la reiteración y otras que una puede ser lo suficiente grave que para que por si sola sea causa. Mi personal opinión, es que cada caso concreto es especial y habrá que estudiarse. Puede ser que en algún caso baste solo una injuria que por su gravedad haga imposible por si misma la vida conyugal; y en

otros casos, quizás solo la reiterada injuria llegue a generar una imposibilidad de convivencia conyugal. " Las amenazas e injurias graves, no precisan ser reiteradas para que puedan dar lugar a la procedencia del divorcio, puesto que esta condición no la exige la Ley. Además, tiene que admitirse que bajo determinadas circunstancias, que son precisamente las que debe calificar el juzgador. Un solo acto o expresión, pueden adquirir gravedad tal, que lleven a considerar que se han destruido cabalmente las condiciones en que se sustente la vida en común, basada en la mutua consideración, armonía y solidaridad de los esposos, con la dañada intención con que se hayan proferido o ejecutado, para humillar, despreciar o intranquilizar al ofendido ". (14)

¿ Quien califica la gravedad de la injuria ?. No puede dejarse al criterio del cónyuge que demanda. " La gravedad de la injuria como causa de divorcio establecida en la Fracción XI del Artículo 267 del Código Civil para el Distrito y Territorios Federales (323 C.C. Edo. Gto.) debe ser calificada por el juzgador, pues sería contrario a los elementales principios de técnica jurídica, que quedara a la apreciación de los interesados.

Es decir, el juzgador tiene que valorar las pruebas para poder determinar si se ha roto el vínculo de mutua consideración indispensable en la vida matrimonial, que hace imposible la armonía requerida para la vida de matrimonio. " Tratándose de juicios de divorcio, por causa de injurias graves que hacen imposible la vida conyugal, el objeto filosófico de la prueba es llevar al ánimo del juzgador la certeza de la existencia de un estado de profundo alejamiento de los consortes, motivado por uno de ellos, que ha

roto de hecho, el vínculo de mutua consideración, indispensable en la vida matrimonial. El profundo y radical distanciamiento de los cónyuges por los actos de uno de ellos, incompatibles con la armonía requerida para la vida en matrimonio, es el índice que elija racionalmente el ánimo del juzgador ". (15)

Las injurias deben ser anteriores a la demanda. Lo expresado en la contestación de la demanda de divorcio no constituye injuria " Cuando en un escrito presentado, o en un discurso pronunciado ante los tribunales, se hiciere uso de alguna expresión difamatoria o injuriosa, no se castigará como delito de injuria o difamación, sino que el Juez o magistrado de los autos pondrá el correctivo que estime procedente ". (16)

El concepto de injuria tiene un contenido muy amplio. Dentro de él caben muchas situaciones que entre cónyuges se presentan, lo que hace prácticamente inexistente el principio de limitación de causas. En la Doctrina y Jurisprudencia se señalan muchas situaciones que constituyen verdaderas injurias y que su gravedad ocasiona el divorcio, porque implican vejación, menosprecio, ultraje, ofensa y que atendiendo la condición social de los cónyuges, y a las circunstancias en que se profieran las palabras o se ejecutaren los hechos, implican tal gravedad contra la mutua consideración, respeto y afecto que se deben los cónyuges, que hace imposible la vida conyugal, por la dañada intención con que se profieren o ejecutan para humillarse o despreciarse.

Dentro de las posibles situaciones que se pueden considerar como injurias, materia de divorcio, encontramos las siguientes :

j. 1. 1).- En el aspecto sexual.-

En este aspecto puede presentarse como injuria el desprecio o la ofensa al negar un cónyuge al otro el débito carnal. Sin embargo, en esta materia podría haber una causa razonable de higiene o perversión de alguno de ellos de tal manera que la negativa se justificará y no constituyera una injuria.

Puede también presentarse como caso de injuria grave el trato que algún cónyuge tenga con personas del sexo opuesto y que sin llegar al adulterio, signifique una injuria grave para el inocente " Esta Suprema Corte de Justicia de la Nación, estima que en determinadas circunstancias, la conducta de un cónyuge, sobre todo en lo concerniente al trato con personas del sexo opuesto y que es sospechoso de infidelidad conyugal, viene a ser un comportamiento injurioso que causa vejación, ultraje o humillación ante la sociedad hacia el otro cónyuge, lo cual indudablemente constituye una causal de divorcio, que encaja perfectamente dentro de la hipótesis de injurias graves a que alude la Fracción XI del Artículo 267 del Código Civil para el Distrito y territorios Federales "(323 C.C. Edo. Gto.). (17)

También se ha señalado dentro de las sentencias de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el caso de una mujer que trabajaba " Como modelo, corista o bailarina en un centro nocturno y en sus actuaciones públicas exhibía sus extremidades inferiores sin ropa, sin que contare para ello con la autorización expresa o tácita de su esposo, y además se justifica que no tuvo necesidad de trabajar, porque el actor acreditó que le daba alimentos a ella y al hijo de ambos, así como que le proporcionaba todos los gastos necesarios

para el sostenimiento del hogar conyugal, es claro que la conducta de la demanda ejecutada en el centro nocturno, en perjuicio de su esposo y de la integridad de la familia y del matrimonio, si constituye injuria grave en los términos de la Fracción XI del Artículo 267 del Código Civil (323 C.C. Edo. Gto.), porque hace imposible la vida en común, significa un estado de profundo alejamiento e indica falta de respeto y de afecto; además establece desconfianza, descrédito y menosprecio; expresa falta de consideración mutua y deshonra, así como que denota duda en el comportamiento de la demanda; causa ofensa y pone al marido en evidencia, tanto ante sus familiares y amistades, como ante la sociedad en general". (18)

Desde otro punto de vista, siendo el cónyuge honesto, será causa de divorcio " Las manifestaciones hechas por el marido a diversas personas de estimar deshonesto a su cónyuge, pues es evidente que constituyen injurias graves consideradas en su acepción usual ".

También en este sentido, el cónyuge inocente puede demandar el divorcio por injurias graves por las dudas que hubiere manifestado el cónyuge respecto a la paternidad de alguno de los hijos habidos durante el matrimonio, pues " Entrañan una imputación de conducta sexual deshonesto en contra de la esposa, y por lo mismo una injuria de extrema gravedad que por si sola es suficiente para romper la mutua consideración, respeto y afecto que se deben los esposos, impidiendo toda posible continuación de la vida en común ". (19)

j.1.2) Interdicción.- La interdicción de alguno de los cónyuges a instancia de otro, sabiendo que está sano, con el único objeto de repudiarlo ante la sociedad es un acto injurioso que da motivo al divorcio, por parte de aquel, " Ya que por injuria, de acuerdo con la Ley y la Doctrina debe extenderse lo que se dice, hace, o escribe con intención de deshonrar, envilecer, desacreditar, hacer odiosa, despreciable o sospechosa a una persona o de mofarse de ella o de ponerla en ridículo ".

j.1.3).- Golpes.- Las injurias, como dije, también lo constituyen los golpes dados, sobre todo dados en público. Sin embargo, sobre este particular hay resoluciones de nuestro máximo tribunal, que un golpe aislado no siempre puede considerarse como una injuria, sobre todo cuando se dio en un momento de ofuscación, aun cuando se hubiere dado delante de los hijos ". (20)

j.1.4).- Insultos.- En relación a los insultos debemos tomar en consideración la cultura, pues lo que significa un lenguaje usual en matrimonios de ciertas regiones de la República, para otros puede constituir una grave ofensa o injuria que amerite el divorcio al romperse la convivencia conyugal. Por lo tanto, cada caso concreto deberá ser presentado y estudiado por el juez quien tiene amplias facultades para decidir sobre el particular.

j.1.5).- Jurisprudencia y Doctrina Extranjera.- Se señalan otros muchos casos que pueden considerarse como injurias graves, a saber: La negativa de la celebración religiosa del matrimonio, la negativa

del bautizo de los hijos, el contagio voluntario de enfermedades; la negativa del marido a recibir a la mujer o viceversa, lo que puede basarse en la violación al Artículo 163 C.C. (160 C.C. Edo. Gto.), que previene que los cónyuges vivirán juntos en el domicilio conyugal la negativa de regresar al domicilio conyugal; que tiene también su base en el referido Artículo 163 C.C. (160 C.C. Edo. Gto.), la negativa de la mujer a seguir al marido, o la de éste a aquélla, según las circunstancias, también fundado en el Artículo 163 C.C. (160 C.C. Edo. Gto.) la vigilancia abusiva de la correspondencia que a un cónyuge se dirige, pues esto implicaría una violación a uno de los derechos de la personalidad, es decir, la privacía de la correspondencia; el impedir en forma grosera, degradante o ultrajante la administración de la casa a uno de los cónyuges, lo que implica la violación al Artículo 268 C.C. (164 C.C. Edo. Gto.), los celos extremos que impliquen ese ultraje, ofensa o menosprecio al otro cónyuge. De lo anterior se observa, la amplitud de posibilidades para que se presente la causal de divorcio con base en injuria. Pues por ser un término tan amplio, pueden darse continuamente nuevas circunstancias, o bien que circunstancias conocidas pueden considerarse en un momento dado como injuria y plantearse como causa de divorcio. A través del tiempo, los tribunales y la jurisprudencia han ido ampliando esta causal.

j.2).- Sevicia.-

La sevicia se refiere a la crueldad excesiva, malos tratos y golpes. " La sevicia la constituyen los tratamientos u obras que

revelan crueldad en quien los ejecuta, sin que, sin embargo impliquen un peligro para la vida de las personas ". (21)

La sevicia puede constituir también un delito, en los términos previstos en el Artículo 344 del Código Penal que considera como tal I. "Al que públicamente y fuera de riñas, diere a otro un puñetazo, un latigazo o cualquier otro golpe en la cara. II.- Al que azote a otro por injurias; y III.- Al que infiera a otro cualquier golpe simple".

Para que haya sevicia debe haber crueldad excesiva, que haga imposible la vida en común y no un simple atentado." La sevicia como causal de divorcio, es la crueldad excesiva que hace imposible la vida en común y no un simple altercado o un golpe aislado. Que pueden ser tolerados, por tanto, quien invoque esta causal debe detallar la naturaleza y las modalidades de los malos tratamiento, tanto que la otra pueda defenderse, como para que el juez este en aptitud de calificar su gravedad y si en realidad configuran la causal".

j.3).- Amenaza.-

Amenazar, según el diccionario de la Real Academia Española. " Dar a entender con actos o palabras que se quiere hacer algún mal a otro ". " Las amenazas son actos en virtud de los cuales se hacen nacer en un individuo el temor de un mal inminente sobre su persona, sus bienes o sobre las persona o bienes de seres que le son queridos ". (22)

También encontramos la amenaza como delito, y el Artículo 282 C.P. previene la sanción correspondiente: I. " Al que de cualquier modo

amenaza a otro con causarle algún mal en su persona, en sus bienes, en su honor, en sus derechos o en la persona, honor, bienes, y derechos de quien con quien esta ligado con algún vínculo; II.- Al que por medio de amenazas de cualquier género trate de impedir que otro ejercite lo que tiene derecho a hacer respecto de esta causal puede afirmarse lo mismo que se dijo en la relación a las injurias y a la sevicia. Es decir, que no se requiere que haya sentencia penal previa; que debe ser grave que no basta, por regla general, un solo acto, sino que debe haber una serie de amenazas, aún cuando los tribunales tienen amplias facultades para resolver en caso concreto.

k).-La negativa injustificada de los cónyuges a cumplir las obligaciones señaladas en el Artículo 164 (161 C.C. Edo. Gto.) y el incumplimiento. Sin justa causa, de la sentencia ejecutoriada por alguno de los cónyuges en el caso del Artículo 168. Se involucran en la misma Fracción Tres causas de divorcio que pueden intentarse conjunta o separadamente. Esta fracción fue modificada en 1975, con base en los cambios habidos en relación al derecho de familia. Conviene analizar la evolución de esta causa para comprender su significado actual.

En el Código Civil de 1870 no se tiene causa semejante. En el de 1884 la causa que pudiera ser correlativa decía que procedía el divorcio por " La negativa de uno de los cónyuges a suministrar al otro alimentos conforme a la Ley ". (Art. 227 Frac.IX). La Ley sobre Relaciones Familiares en su Artículo 76 Fracción VI, establecía como causa " La ausencia del marido por más de un año

con abandono de las obligaciones inherentes al matrimonio. El Código de 1928, antes de la Reforma de 1975, establecía: "La negativa de los cónyuges de darse alimentos de acuerdo con lo dispuesto en el Artículo 164 (161 C.C. Edo. Gto.) siempre que no puedan hacerse efectivos los derechos que les conceden los Artículo 165 y 166 (162 y 163 C.C. Edo. Gto.). Por último, en 1983 se reforma nuevamente esta Fracción para aclarar lo obvio de que procede la causal, sin que sea necesario agotar previamente los procedimientos tendientes a su cumplimiento".

De los cambios habidos en nuestra legislación podemos observar lo siguiente: La falta de alimentos como causal de divorcio se refería sólo a los cónyuges y ahora se hace extensiva al sostenimiento del hogar, alimentación y educación de los hijos (Artículo 164 C. C.) (161 C.C. Edo. Gto.). Se agrega como causa de violación del principio de igualdad de los cónyuges en la autoridad y en las consideraciones que se deben, por lo que cualquier alteración o violación de su igualdad que repercuta en el manejo del hogar, o en la formación y educación de los hijos, o en la administración de sus bienes y se obtuviere sentencia ejecutoria que no se hubiera cumplido, hace procedente el divorcio. Se adiciona la irresponsabilidad de cumplir los deberes de la patria potestad como son de educación y formación de los hijos (Art. 164, 168 C. C.) (161 y 164 C.C. Edo. Gto.).

Para que procediera la causal según la redacción anterior a la vigente, era necesario haber obtenido una sentencia judicial que obligara al cónyuge incumplido dar los alimentos y que no obstante esa resolución no se pudieran hacer efectivos los alimentos, lo que

hacia verdaderamente difícil esta causal. Aún cuando de la redacción actual se desprende que ya no se requiere ese previo juicio para hacer efectivos los alimentos, no encontramos en la redacción de los Artículos 164 y 165 (161 y 162 C.C. Edo. Gto.), un derecho indiscutible de la mujer a los alimentos, porque ambos sean responsables de los alimentos conyugales y de los hijos, lo que en nuestro medio ambiente hace mas gravosa la situación para la mujer, al obligarla a probar la necesidad de los alimentos y cuantificar los mismos.

k.1).- Fundamento.-

En esta Fracción que comprenden diversas situaciones en las que pueden colocarse los cónyuges en sus relaciones y en las relaciones con sus hijos. El Artículo 164 C. C. Edo. Gto., se refiere a las obligaciones conyugales de contenido económico referentes al sostenimiento del hogar, el manejo del mismo, la alimentación de los cónyuges y sus hijos, en relación a lo cual " El marido y la mujer tendrán en el hogar consideraciones iguales ". La segunda situación hace referencia a la relación con los hijos, y en ambos artículos se señala el deber y especial responsabilidad de los padres a la formación y educación de los hijos y también a la administración de los bienes que a estos pertenezcan, lo cual corresponde a ambos en igualdad de circunstancias.

El incumplimiento de las obligaciones conyugales hace difícil la vida en común, pues ésta, al vivirse dentro del domicilio conyugal y no haber participación de alguno de ellos en el sostenimiento del hogar, generan las consecuentes dificultades para el sostenimiento.

Se acepta también el socorro y la ayuda mutua en su parte material. A la promoción integral de los cónyuges no es solo el aspecto humano espiritual, sino comprende también todo lo necesario en bienes materiales para la realización de el y de ella, es decir, se comprenden dentro de la pensión alimentaria conyugal.

En la segunda situación se falta gravemente a los deberes y obligaciones generados por la paternidad y la maternidad, ambos ejercen la patria potestad y para ello tendrán autoridad igual dentro del hogar, lo que obliga a ambos a responder en la formación, educación y la administración de sus bienes de sus hijos. En esta situación los actos u omisiones se sancionan por ser contrarios al respeto, la persona y dignidad de los hijos, a su formación, promoción y educación, lo que directamente afecta a la familia como núcleo fundamental de la sociedad.

k.2).- Negativa de Todas las Obligaciones.-

La primera interrogante se nos presenta sobre la procedencia de la causa, es determinar si basta que se deje de cumplir una de las obligaciones que señala el Artículo 164 C. C. Edo. Gto., o es necesario que la negativa se refiera a todas. El Artículo 164 C. C. contiene cuatro obligaciones que son: Sosténimiento del hogar, alimentación conyugal, alimentación de los hijos y, educación de los hijos.

Se observa que la redacción de esta Fracción esta en plural. Se habla de " Las obligaciones señaladas en el Artículo 164 ", lo que indica que debe haber un incumplimiento que tenga gravedad suficiente para poner de manifiesto el desprecio, desapego,

abandono o desestimación al cónyuge responsable, de tal manera que haga imposible la vida en común entre ambos.

También debe tomarse en consideración que esta causal de divorcio " Requiere de una cuidadosa aplicación, porque se corre el riesgo de que, por confusión, se le de el tratamiento que corresponde a la acción de petición de alimentos entre los cónyuges, confusión derivada de que ambas acciones tienen como causa aparente el mismo contenido, esto es, el incumplimiento del cónyuge demandado a la obligación de ayuda que le impone el matrimonio. Pero ambas acciones de divorcio y de petición de alimentos entre cónyuges, tienen procedimientos diversos y reglas propias de comprobación, diferencias que provienen fundamentalmente de que persiguen finalidades contrarias, pues mientras la primera destruye el matrimonio, la segunda tiende a conservarlo. El concepto objetivo de diferenciación radica en el grado, calidad o gravedad del incumplimiento. Así, cualquier falta, aunque sea mínima al deber de proporcionar alimentos, funda la acción de petición de alimentos o de aseguramiento en contra del cónyuge incumplido; en cambio, los elementos de la causal de divorcio especificada en la fracción de mérito, son en primer lugar la negativa injustificada a cumplir con las obligaciones que impone el Artículo 164 del mismo ordenamiento, y , en segundo que ese ordenamiento tenga la gravedad suficiente para poner de manifiesto el desprecio, desapego, abandono o desestimación al cónyuge actor o a los hijos que haga imposible la vida en común ". (23)

Si entendemos por alimentación no sólo la comida, sino también el vestido, habitación y la asistencia en casos de enfermedad, y

respecto a los menores, los alimentos comprenden, además los gastos necesarios, para la educación del alimentista (Art. 308 C. C.) (362 C.C. Edo. Gto.), parecía el Art. 164 C. C. respectivo, pues con haberse referido a los alimentos podrían quedar comprendidos lo relativo al sostenimiento del hogar y la educación de los hijos entiendo que, aún cuando en cierta forma podrían quedar comprendidos, no se abarcan totalmente. Debemos observar que los alimentos en relación a la habitación no se refiere al hogar, y lo que busca la Ley es el sostenimiento precisamente del hogar conyugal, no cualquier habitación, y por lo que se refiere a la educación no se limita a la primaria, pues de lo contrario nos encontraríamos una doble reglamentación, repetitiva, lo que parece incongruente.

k.3).- La Negativa debe ser Injustificada.-

¿ Cual podría ser la justificación para no dar los alimentos ?. Caben dos posibilidades; podría aplicarse el Artículo 320 C.C. (375 C.C. Edo. Gto.), que señala los casos en que cesa la obligación, o bien limitarse a la causa que establece el Artículo 164 C. C. (161 C.C. Edo. Gto.), entiendo que sólo existe una causa justificada y es la que establece el Artículo 164 (161 C.C. Edo. Gto.) en donde solo esta eximido o justificado para no contribuir económicamente, " El que se encuentre imposibilitado para trabajar y careciere de bienes propios ". Es decir, no esta excluido quien carezca de trabajo, el perezoso, etc. salvo el imposibilitado que careciera de bienes, deben contribuir económicamente para el sostenimiento del

hogar y para los alimentos al cónyuge e hijos. Por lo tanto, el imposibilitado que tenga bienes, debe contribuir.

Lo anterior significa que el acreedor alimenticio no necesita probar la obligación del otro cónyuge de contribuir económicamente, pues es una obligación no contractual, sino prevista en la Ley y de orden público, de la cual no puede eximirse nadie salvo por el único caso previsto en la misma. Corresponde al deudor alimenticio probar que se encuentra en el caso de excepción.

k.4).- La Negativa Debe ser Sustancial.-

De la actual redacción puede surgir otro problema. La Fracción que analizamos dice: " La negativa injustificada de los cónyuges a cumplir las obligaciones señaladas en el Artículo 164 (161 C.C. Edo. Gto.)". Cabe preguntar si esa negativa se refiere en dar cantidad alguna, o no dar la cantidad convenida expresa o tácitamente. Puede darse el caso en que los cónyuges hubieran acordado, bien sea en forma expresa o tácita por ser esa la forma de vida, lo que cada uno debe aportar, y llegado el caso uno de ellos no aporta lo convenido, sino una cantidad inferior, ¿ esta reducción, podría considerarse como una negativa injustificada ? . Estimo en principio que no lo es. Tomando en cuenta la necesidad de que el matrimonio permanezca, y que la sociedad y el Estado están interesados en ello, creo que la negativa a la que se refiere el legislador es la negativa total o por lo menos sustancial, pues la " Falta de aportación monetaria para gastos de habitación, alimentos, vestido y educación acredita el incumplimiento de ministrarlo como lo previene el Artículo 164 del Código Civil (161

C.C. Edo. Gto.) y por lo tanto la citada causal de disolución del vínculo matrimonial sin que la desvirtúe las aportaciones económicas mínimas esporádicas, la atención médica y la entrega de artículos de vestir a los menores hijos por el padre del obligado, menos por aportaciones mínimas verificadas, cuando ya se había entablado la demanda de divorcio y porque si bien afirmó tener empleo no lo demostró ". (24)

k.5).- Debe sólo Señalarse el Incumplimiento.-

Sobre este particular surge también el problema de probar la cuantía de la contribución económica que le corresponde al cónyuge incumplido. De la redacción actual del Código Civil se suprimió la mención de que a la mujer le correspondía, de tener posibilidades para ello, contribuir " Siempre que la parte que le corresponda no exceda de la mitad de dichos gastos ". En la redacción vigente no se expresa referencia alguna o porcentaje, o cantidad que como límite le corresponde a la mujer, lo que impide fijar la obligación mínima e ineludible del varón.

A reserva de referirnos nuevamente a este asunto al tratar los alimentos, observamos que el problema se agrava para el acreedor alimenticio, quien debe probar la cuantía que el deudor debe cubrir, lo que es siempre difícil y requiere pruebas costosas, porque hay que probar el importe del arrendamiento, el valor de los alimentos con todo lo que estos comprenden, lo que muchas veces hará que se acuda al peritaje como prueba.

De lo anterior se deduce que el acreedor, comprobado su carácter sólo debe expresar que no a recibido la pensión alimentaria, mas no

probar porque se trata de un hecho negativo. Corresponde al deudor alimentario probar que a cumplido su obligación y queda a cargo de ambas partes determinar la cuantía mediante las pruebas conducentes. En este sentido existe una ejecutoria del Tribunal Colegiado del Decimo Octavo Circuito referente al Código Civil del Estado de Morelos, semejante en esta causal al del Distrito Federal, y expresa que el cónyuge demandante requiere demostrar:

" a).- La existencia de la obligación alimentaria, b).- La negativa por parte del cónyuge demandado para cumplirla. Acreditados tales elementos y a fin de oponerse a los efectos de la causal de divorcio que se analiza, al cónyuge demandado le corresponde probar que no ha cumplido con tal obligación por una causa justificada ".

(25)

k.6).- Repetición de la Negativa.-

Otra cuestión que puede dificultar esta causal, es determinar si esta procede por un solo incumplimiento, o por lo contrario es necesario que se acumulen varios incumplimientos de las obligaciones señaladas en el Art. 164 C.C. (161 C.C. Edo. Gto.) sobre el particular, debemos nuevamente tomar en cuenta que, independientemente de la causal como divorcio. El acreedor alimenticio puede acudir a los tribunales para obtener el pago de la Pensión, y que el desamparo a la familia, además, puede constituir un delito, en los casos previstos por los Artículos 335, 336 y 337 del Código Penal, que tratan del abandono de persona, de los cuales vale la pena transcribir el 336 (196 C.P. Edo. Gto.) que

dice " El que sin motivo justificado abandone a su hijo, o a su cónyuge, sin recursos para atender a sus necesidades de subsistencia, se le aplicará " La sanción que el mismo Artículo señala.

Siguiendo el criterio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que en otras causales requiere, en la mayor parte de las veces, la repetición, podemos establecer que esta causal procederá si se repite, pero estimo no se requiere acumular muchas negativas o incumplimientos, pues sería bastante para demostrar la ruptura, el incumplimiento de dos y tres pagos que podrían ser quincenales o mensuales.

k.7).- No caduca Esta Causal.-

Por tratarse de acto de tracto sucesivo, toda vez que la alimentación debe darse permanentemente (Quincena a Quincena, o Mes a Mes), esta causal no caduca, pues siempre podrá invocarse la negativa del cónyuge al no cumplir sus obligaciones.

k.8).- Violación al principio de igualdad de los cónyuges.-

Por último, queda como motivo "El incumplimiento sin justa causa, de la sentencia ejecutoria por alguno de los cónyuges en el caso del Artículo 168 (164 C.C. Edo. Gto.)" lo que significa que al violarse el principio de igualdad entre los cónyuges en relación a la autoridad y a las consideraciones en el hogar para resolver el problema del mismo, o de la formación o educación de los hijos, y para administración de los bienes, será causa de divorcio el incumplimiento de la sentencia ejecutoria que obliga al cónyuge en los términos del Artículo citado. En este caso, necesariamente

habrá que esperar hasta que se obtenga sentencia ejecutoria en el juicio que condene al cónyuge que será, a su vez demandado en el juicio de divorcio.

En este caso se trata de contumacia, es decir, desacato del marido o de la mujer a la sentencia que pronuncia el juez de lo familiar para resolver el desacuerdo que hubiere surgido entre ellos, en lo que se refiere al manejo del hogar, a la formación y educación de los hijos, o a la administración de los bienes que a estos pertenezcan.

1).- La Acusación Calumniosa Hecha por un Cónyuge Contra el otro, por

Delito que Merezca Pena Mayor de Dos Años de Prisión.-

Es reproducción de la causa contenida en la Fracción VIII del Art. 76 de la Ley Sobre Relaciones Familiares. En los Códigos anteriores se decía: " La acusación falsa hecha por un cónyuge al otro ".

El fundamento de esta causal es la falta de respeto de un cónyuge al otro y la injuria que significa la acusación calumniosa.

Aparece un desprecio que rompe la vida conyugal en forma grave.

De esta causal también encontramos referencia en el Código Penal.

El artículo 356 del mismo tipifica el delito de calumnia (260 C.P. Edo. Gto.) que estima se comete por lo siguiente:

I.- " Al que impute a otro un hecho determinado y calificado como delito por la Ley, si este hecho es falso, o es inocente la persona a quien se imputa" .

II.- " Al que presente denuncia, queja o acusación calumniosa entendiéndose por tales aquellas en que su autor imputa un delito a

persona determinada, sabiendo que este es inocente o que aquél no se ha cometido ".

III.- " Al que, para hacer que un inocente aparezca como reo de un delito, ponga sobre la persona del calumniado, en su caso o en otro lugar adecuado para ese fin, una cosa que pueda dar indicios o presunciones de responsabilidad ".

Como este delito se persigue por querrela de parte (Art. 360 C. P.), Pallares se pregunta si el desistimiento de la querrela puede considerarse también como perdón para el juicio de divorcio. Manifiesta como una respuesta afirmativa que puede alegarse que ese desistimiento constituye un acto de perdón tácito de la calumnia, y siendo esta la causa de divorcio, produce la inexistencia de la acción de divorcio en los términos del Artículo 279 C.C. (334 C.C. Edo. Gto.) en sentido contrario cabe afirmar que siendo la acción penal diferente a la acción civil de divorcio, el perdón que extingue a aquella no hace caducar la segunda como se ve, el punto es discutible ". (26)

Se oponía por algunos que estamos " En presencia de una causal que requiere previamente se siga el juicio penal, se pronuncie la sentencia y se declare inocente al cónyuge acusado por el delito que le imputó el otro cónyuge ". (27)

Sin embargo, estimo que para que esta causal proceda, basta la acusación calumniosa, que la calumnia se refiere a un delito que impute al cónyuge inocente y que ese delito este sancionado con una prisión mayor de dos años. Lo que debe probarse en el juicio de divorcio son tanto las imputaciones que hace el cónyuge culpable, como la penalidad del delito prevista en la Ley.

Al respecto existe jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que dice: " Para que exista la causal de divorcio por acusación calumniosa, no es necesario que esta de lugar a la instrucción de un proceso y al pronunciamiento de una sentencia absolutoria del acusado, porque es posible que la acusación calumniosa se archive por el Ministerio Público y no se consigne a la Autoridad judicial, y sin embargo, puede ser calumniosa para los efectos del divorcio, lo que apreciara en cada caso del Juez Civil tomando en cuenta que la imputación que hace un cónyuge al otro, de haber cometido un delito que merezca pena mayor de dos años de prisión, se haya hecho a sabiendas de que es inoperante, que esté inspirada en el propósito de dañarlo en su reputación, y en la consideración social que merece, circunstancias todas ellas reveladoras de la existencia de una odiosidad y de una falta de estimación entre los cónyuges, que hace imposible la vida en común

m).- Haber Cometido Alguno 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.-

No tiene correlativo en los Códigos anteriores. Esta causa en la Ley Sobre Relaciones Familiares es mas clara, pues dice: " Haber cometido uno de los cónyuges un delito por el cual tenga que sufrir una pena de prisión o destierro mayor de dos años ", con lo cual se evitaba la referencia a los delitos "Infamantes" que crea un conflicto de interpretación.

Estamos en presencia de una causa que sólo puede invocarse hasta que exista sentencia ejecutoria que sancione al cónyuge culpable por el delito a una pena mayor de dos años de prisión.

Surge el problema al determinar cuales son los delitos infamantes. El Código Penal no hace distinción entre delitos infamantes y no infamantes. Esta deberá ser una materia de determinación por el Juez Civil.

El Código Civil se refiere a delitos infamantes, no a penas infamantes, las que están prohibidas por el Artículo 22 Constitucional.

Como no existen en nuestra legislación, delitos infamantes, se requiere acudir al concepto general para determinar lo que se entiende por infamia. Según el Diccionario de la Real Academia Española significa " Descrédito, deshonor, maldad, vileza en cualquier línea ". Purgar la infamia. decíase del reo cómplice de un delito, que, habiendo declarado contra su compañero, no se tenía por testigo idóneo por estar informado del delito, imponiéndole en el tormento y ratificando allí su declaración, se decía que purgaba la infamia, y quedaba válido su testimonio " .

Corresponde, por lo tanto, al Juez Civil determinar si el delito por el que se a sentenciado con pena mayor de dos años al cónyuge es y afecta consecuentemente al cónyuge inocente, su familia, o los hijos. Podría considerarse como tal, por ejemplo: El homicidio, el delito de lesiones, delitos contra la moral pública, delitos contra la patria, delitos contra la propiedad. Los delitos de imprudencia, aún cuando tuvieren una sanción en la sentencia respectiva de más

de dos años de prisión, nunca pueden ser infamantes y, por lo tanto, no podrán ser invocados como causa de divorcio ". (28)

Sobre el particular, la Suprema Corte de Justicia de la Nación dice en relación a las Fracciones XIV y XVI del Código Civil de Sonora, iguales a las del Artículo 267 del Distrito Federal (323 mismas Fracc. C.C. Edo. Gto.) lo siguiente: "Dichas Fracciones contemplan dos hipótesis distintas que son: a).- Cuando los hechos atribuidos a uno de los cónyuges constituyen un delito, sea quien fuere el sujeto pasivo del mismo y, b).- Cuando esos hechos, cometidos por uno de los cónyuges en perjuicio de los bienes o de la persona del otro además, de configurar un delito sancionado con pena mayor de un año, no es punible para su autor por esa calidad conyugal. En el primer caso el delito puede consistir en cualquier infracción a la Ley Penal cometida por uno de los cónyuges, ya sea en perjuicio de otro o de persona extraña al matrimonio, y sólo requiere para su procedencia como causa de divorcio, además de sancionarse con una pena mayor de dos años de prisión, que no sea político y si infamante, debiéndose entender como tales atento lo dispuesto en la Fracción IV del Artículo 95 Constitucional, los de Fraude, Falsificación, Abuso de confianza y otros que lastiman seriamente la buena fama en el concepto público, criterio sustentado por esta Tercera Sala en la Tesis relacionada que se transcribe, aplicable por analogía: " Divorcio, delitos infamantes como causal de (Art. 267 Fracc. XIV, Del Código Civil del Distrito y Territorios Federales). Al desaparecer los perjuicios basados en ideas religiosas, políticas y económicas de otras Epocas, el concepto de infamia dominante en los sistemas represivos, a ido perdiendo

importancia a medida que se han extendido las normas igualitarias, por la influencia de los principios democráticos en la evolución de los pueblos; por tal motivo, para determinar ahora cuales son los delitos infamantes, no puede acudir al pasado, porque la evolución operada determina también un diverso criterio para clasificar tales delitos. Sin embargo, la Fracción IV del Artículo 95 Constitucional revela el criterio del constituyente en esta materia, al señalar en su segundo párrafo los delitos de " Robo, fraude, falsificación, abuso de confianza u otro que lastime seriamente la buena fama en el concepto público ". Esta ejemplificación debe ampliarse con el delito de traición a la Patria señalado en el último Párrafo del Artículo 108 de la Carta Magna. Son por tanto delitos infamantes, los que se dejan enunciados. En el segundo caso el hecho delictivo, además, de estar previsto y sancionado en la Ley Penal, con más de un año de prisión, debe ser atribuido a uno de los cónyuges en perjuicio de la persona o bienes del otro, pero requiere que, por disposición expresa de la Ley de la materia, no sea punible para su autor precisamente por producirse entre consortes ". (29)

Pallares al tratar esta causal y señalar la dificultad de calificar al delito como infamante, señala que, " Por fortuna el legislador a realizado esa tarea y el Artículo 95 de la Constitución General de la República, que considera como tales, robo, fraude, falsificación, abuso de confianza u otros que lastimen la buena fama en el concepto público inhabilitará para el cargo cualquiera que haya sido la pena. (30)

n).- Los Hábitos de Juego o Embriaguez o el Uso Indebido y Persistente de Drogas Enervantes, Cuando Amenazan Causar la Ruina de la Familia o Constituyen un Continuo Motivo de Desavenencia Conyugal.-

En esta Fracción XV del Artículo 267 (323 misma Frac. C.C. Edo. Gto.) encontramos seis causas que pueden invocarse separadamente, o bien si se presentan dos o las seis, pueden ser todas causa de divorcio, cada una es suficiente si se prueba debidamente.

No era causal en el Código de 1870. En el de 1884 se decía: " Los vicios incorregibles de juego o embriaguez " y en la Ley Sobre Relaciones Familiares se limitó al " Vicio incorregible de la embriaguez ".

Se afectan la vida familiar y conyugal que debe ser en común dentro del hogar y en un ambiente de unidad. Se afectan también la obligación de dar alimentos, pues las situaciones planteadas en esta causal, no pocas veces, atentan contra la estructura económica conyugal o familiar, dejando muchas veces en ruina a la familia, o dificultando gravemente el sostenimiento del hogar. Es sumamente difícil el diálogo conyugal o familiar con personas enfermas, en estado de embriaguez o adictos a drogas enervantes. Se rompe también la fidelidad como forma de vida prometida, pues cada uno se obligó a poner de sus parte todo lo necesario para la unidad conyugal y familiar.

Nos encontramos aquí ante vicios que son causal del divorcio, que son evidentemente hechos ilícitos, y hay culpabilidad independientemente de que sean o no delitos; se consideran como

hechos inmorales y, por lo tanto, están basados en el concepto de divorcio-sanción.

Debe observarse que los vicios a los que se refiere la Fracción XV por si mismos no son causales de divorcio, sino " Cuando amenazan en causar ruina de la familia o constituyen un continuo motivo de desavenencia conyugal ". Por lo tanto, esta causal comprende dos aspectos: El primero, la existencia del vicio, del juego, la embriaguez o drogas enervantes; y el segundo aspecto, la amenaza de ruina de la familia, o la continua desavenencia conyugal. " Para que pueda probarse el hábito de la embriaguez como causal constitutiva de divorcio, es menester que la adición del demandado al consumo de bebidas embriagantes sea de tal naturaleza que amenace causar la ruina familiar o constituya un continuo motivo de desavenencia conyugal, por lo que al no justificarse lo anterior, la causal de divorcio no puede prosperar ". (31)

Hay que señalar también que los juegos a los que se refiere esta fracción son los juegos de azar, con las consiguientes pérdidas económicas que se traduzcan en ruinas de la familia, pero podríamos pensar que también los juegos deportivos podrían causar, bien sea la ruina de la familia, o desavenencias conyugales, al desentenderse uno de los cónyuges sus deberes económicos o conyugales.

En el caso de la embriaguez, es imposible lograr la convivencia conyugal y la comunidad se destruye; además esta el grave ejemplo para los hijos de un padre dipsómano.

En relación a las drogas, se señala como necesario el "uso indebido y persistente ", lo que excluye el uso de ellas por prescripción

médica o en forma aislada. Tanto en la embriaguez como en las drogas, puede sentarse como conclusión y presunción, que quien es vicioso en estos aspectos esta imposibilitado de tener una convivencia conyugal.

o).- Cometer un cónyuge contra la persona o los bienes del otro un acto que seria punible si se tratara de persona extraña, siempre que tal acto tenga señalada en la Ley una pena que pase de un año de prisión. No hay referencia alguna en los Códigos Civiles de 1870 y 1884, en la Ley sobre relaciones familiares se hace referencia en la Fracción XI del Artículo 76.

La explicación de esta Fracción la da Rojina Villegas, basándose en el Código Penal de 1871, " En el que no se sancionaba el delito de robo entre consortes y aun cuando penalmente no hubiere robo, para los efectos del divorcio, si es robo por su cuantía, tratándose de una persona extraña fuere sancionable con más de un año de prisión, si constituía una causa de divorcio, por lo que evidentemente estaba demostrando el propio legislador, cuando elaboró esta causal en 1928, fecha en que se promulgó el Código Civil Vigente, que el delito debería apreciarse por el Juez Civil, para los efectos exclusivamente del divorcio, por cuanto no había conforme al Código Penal el delito de robo entre consortes ". (32)

Pero concluye que al haberse incorporado como delito el robo entre consortes, esta Fracción queda en desuso.

Actualmente el Artículo 378 del Código Penal señala que el robo entre cónyuges " Produce responsabilidad penal, pero no se podrá proceder contra los delincuentes sino a petición del agraviado ".

Por su parte Pallares, señala que aquí puede haber una aplicación del robo de infante, el que no es castigado cuando es cometido por persona que ejerza Patria Potestad sobre el infante, como lo previene la Fracción VI del Artículo 366 del Código Penal, que sanciona sólo cuando " Se comete el robo de infante menor de doce años por un extraño a su familia y no ejerza la Patria Potestad sobre él " .

Queda la interrogante que si el delito cometido, por un cónyuge contra del otro, puede ser causa de divorcio, no obstante que la redacción de esta Fracción no hace referencia al acto que seria punible si se tratara de un cónyuge. Parece evidente que cualquier delito que se cometa entre cónyuges podra ser causa de divorcio, bien sea invocando esta Fracción o también la XIV, pues cualquier delito entre cónyuges puede considerarse infamante y caber dentro de estas causales.

p).- 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 Fracción también es objeto de análisis de esta Tesis.

3.2. CARACTERISTICAS DE LA ACCION DE DIVORCIO

I.- Enumeración de Características.-

Las características de la acción de divorcio, son las siguientes:

1.- Es una acción sujeta a caducidad.

2.- Es personalísima.

3.- Se extingue por reconciliación o perdón.

4.- Es susceptible de renuncia y de desistimiento.

5.- Se extingue por la muerte de cualquiera de los cónyuges, bien antes de ser ejercitada o durante el juicio.

1.- Caducidad de la Acción de Divorcio.-

Por caducidad se entiende en el derecho la extinción de la acción, de una facultad jurídica o de una obligación, por el transcurso del tiempo que determine la Ley, sin que se pueda evitar esa extinción, interrumpiendo el plazo o suspendiéndolo. La caducidad se caracteriza, por consiguiente, por la extinción fatal, necesaria o inevitable de la acción, del derecho o de la obligación, por el solo transcurso del tiempo; de tal manera que para evitar que se extinga la situación jurídica sujeta a caducidad, no queda otra posibilidad que hacer valer respectivamente el derecho o la acción. Si no se lleva a cabo el acto de ejercicio, por la lógica misma del sistema jurídico, y de manera irremediable, fatal, tendría que extinguirse la acción, el derecho o en su caso la obligación.

En cambio, la prescripción es una forma de extinguir acciones, derechos u obligaciones por el transcurso del tiempo; pero se pueden interrumpir o en su caso suspender los plazos de prescripción que señale la Ley.

En consecuencia, la prescripción no traerá consigo de manera fatal o ineludible la extinción de las situaciones jurídicas, porque habrá siempre la posibilidad de interrumpir los plazos señalados por la Ley o de suspenderlos en ciertos casos.

No todas las acciones de divorcio están sujetas a caducidad, porque ello dependerá de la naturaleza de la acción de que se trate. Desde luego tendremos que distinguir acciones de divorcio que implican causas de tracto sucesivo, y acciones que implican causas de realización momentánea. Cuando la causa es de tracto sucesivo, quiere decir que día a día se comete el acto que da motivo al divorcio y, por lo tanto, no puede correr un término de seis meses tomando en cuenta los primeros actos que originaron esa causa, supuesto que vienen enseguida otros en los que se reincide en la misma falta que da origen al divorcio, o bien, en la misma situación, aún cuando no implique una falta, como las enfermedades crónicas e incurables, que sean contagiosas o hereditarias.

Son causas de tracto sucesivo el abandono injustificado del domicilio conyugal por más de seis meses, la ausencia, las enfermedades que hemos mencionado, la locura incurable y la impotencia para la cópula.

En cambio, las causas de realización momentánea, que no implican un estado, una situación que se prolonga en el tiempo, sino que se realizan en un momento dado, por ejemplo, injurias, adulterio, la propuesta del marido para prostituir a la mujer, o la corrupción de los hijos, evidentemente que si pueden definirse en el tiempo. Pero se toma en cuenta no el momento en que realmente sucedieron los hechos, sino el momento en el que el cónyuge inocente tenga conocimiento de los mismos. Podrá transcurrir un largo plazo para conocer el adulterio, pero a partir del momento en que se conozca, corre el término de seis meses de caducidad.

El Código Civil hace una afirmación absoluta, como si todas las causas de divorcio fueren en realidad susceptibles de caducidad. Al efecto, el Artículo 278 (333 C.C. Edo. Gto.) dice textualmente: El divorcio sólo puede ser demandado por el cónyuge que no haya dado causa a él, y dentro de los seis meses siguientes al día en que hayan llegado a su noticia los hechos en que se funde la demanda ". Una interpretación simplemente literal de este precepto, podría llevarnos a considerar que incluso en los hechos de tracto sucesivo, cuando el cónyuge que no haya dado causa al divorcio, conozca estos hechos, por ejemplo, la enfermedad incurable, la impotencia, el abandono injustificado de la casa conyugal, comenzar a computarse el término de caducidad de seis meses. Pero frente a esta simple interpretación que podría desprenderse de la parte final del Artículo 278, referida al simple conocimiento de los hechos, debe prevalecer la naturaleza de la causa de divorcio, para considerar que si se siguen repitiendo estos hechos, mientras se mantenga esa situación, que según el legislador es bastante para disolver el matrimonio, la acción de divorcio debe permanecer viva y, por lo tanto, no debe extinguirse.

2.- Carácter personalísimo de la Acción de Divorcio.-

Se entiende por acción personalísima aquella que sólo puede intentarse exclusivamente por la persona facultada por la Ley. En cambio las acciones que no son personalísimas, pueden intentarse por los herederos y en ciertos casos por los acreedores, siendo susceptibles de una representación cuando exista incapacidad por

minoría de edad o por enajenación mental. La acción de divorcio es personalísima, porque no puede ser intentada por los herederos.

Tampoco los acreedores podran substituirse al cónyuge inocente por el interés pecuniario que tuvieren para intentar la acción. En el derecho se permite en ciertos casos, cuando un deudor no ejercita sus acciones y ello perjudica a sus acreedores, cuando las mismas puedan extinguirse, debido a su inactividad, que el acreedor se substituya a su deudor para hacer valer las acciones respectivas.

Una comparación de las diversas legislaciones nos permite establecer como principio general, que el cónyuge menor de edad si puede hacer valer la acción de divorcio sin necesidad de ser asistido por los que ejercieron la Patria Potestad, o por el Tutor, ya que su matrimonio produjo de pleno derecho la emancipación y, además, porque se considera de que se trata de una desición extrictamente intima, personal, que no deben ni pueden asumirla los que antes ejercieron la Patria Potestad o el Tutor. También respecto del cónyuge mayor de edad incapacitado por enajenación mental, idiotismo, imbecilidad, o por la afectación de sus facultades mentales debido al uso excesivo de drogas enervantes o embriaguez consuetudinaria, se niega en la mayoría de los derechos positivos que pueda un Tutor especial, que al efecto se nombrare, intentar la acción de divorcio, en Bélgica expresamente la Ley no permite en los casos de enajenación mental que pueda la acción deducirse a través del Tutor. En Francia se suprimió un inciso del proyecto de la Ley de 1886 que permitía que mediante un Tutor especial, el cónyuge inocente que se encontrare en estado de incapacidad, pudiese hacer valer la acción de divorcio, y es

justamente a partir de esa supresión, como solo se permite al Tutor que pueda pedir la separación de cuerpos; no la disolución del vínculo, tomando en cuenta que es una desición extrictamente personal; pero dada su incapacidad tampoco podrá hacerlo y, en consecuencia, el Tutor solo podría lograr la separación de cuerpos, quedando subsistente el matrimonio. La solución que para estos problemas da nuestro derecho positivo, es radicalmente distinto. No tenemos duda alguna ante textos expresos que no estatuyen excepción para el caso de divorcio, por lo que ve al menor, como el matrimonio de este produce de pleno derecho su emancipación, ya hemos explicado para el divorcio voluntario y lo mismo rige para el necesario, que tendrá personalmente que hacer valer la acción, pero asistido de un Tutor Especial, el Artículo 643 del Código Civil Vigente, sin hacer distinción alguna para el divorcio, dispone que el emancipado tiene la libre administración de sus bienes, pero siempre necesita, durante su menor edad, Frac. II, de un Tutor para los negocios judiciales. El Código de Procedimientos Civiles, al tratar de divorcio voluntario, en el artículo 677 (698 C.P.C. Edo. Gto.) aplica esta disposición general del Código Civil para que el cónyuge menor de edad este asistido de un tutor especial en consecuencia, el problema en nuestro derecho, sólo se va a referir a la función de este Tutor Especial. Ahora bien, no se trata de un caso de representación, sino de un fenómeno de asistencia.

En la asistencia, que es la que se presenta justamente en los casos del menor emancipado, cuando el Tutor asiste a este, para hacer valer la acción en juicio o para comparecer en el como demandado, no es la voluntad del Tutor la que substituye a la del menor

emancipado, sino que simplemente lo aconseja, lo dirige, lo asesora. Por lo tanto, la desición en principio tiene que existir del menor emancipado y el Juez deberá interrogar a este para que manifieste si es su libre voluntad ejercitar la acción de divorcio. O bien, en el divorcio voluntario, si a tomado por su propia cuenta esa determinación. Por esto, tanto la demanda de divorcio voluntario, como la del necesario, tendrá que ser firmada por el menor emancipado, y si no supiere firmar, deberá imprimir su huella digital y ratificar el contenido de la demanda, reconociendo su huella ante el Juez.

Para el otro problema, o sea el relativo a la interdicción del cónyuge inocente, en nuestro derecho no tenemos prohibición o excepción alguna para que dentro de las reglas generales de la tutela, no pudiera el tutor intentar la acción de divorcio en representación de ese cónyuge inocente. Aquí ya estamos en un caso, no de asistencia, sino de verdadera representación jurídica. La incapacidad del mayor de edad, por locura, idiotismo, imbecilidad, uso excesivo de drogas enervantes o embriaguez consuetudinaria, trae consigo la necesidad de una representación total a través del tutor, y como no tenemos norma que establezca alguna modalidad o excepción, simplemente aplicaremos las disposiciones generales en materia de tutela. Podrá en consecuencia el tutor del incapacitado hacer valer la acción de divorcio, de lo contrario, nuestro Código Civil hubiera establecido que en todos aquellos casos en que el cónyuge inocente se encontrare incapacitado, sólo en el caso de que recobrase su capacidad mental, podría directamente ejercitar la acción de divorcio, frente a la consideración de que la desición

del divorcio debe ser personal y estrictamente subjetiva, en nuestro sistema ha prevalecido la idea de proteger al cónyuge inocente incapacitado, y la protección jurídica se entiende en el sentido de que si conforme a la Ley ha habido una causa de divorcio, por ejemplo que sea injuriado, ultrajado, que se cometan delitos en su contra, que haya adulterio, abandono injustificado, etc., evidentemente que la manera de protegerlo será ejercitando las acciones que la Ley confiere.

3.- La Acción de Divorcio se extingue por Reconciliación o por Perdón Expreso o Tácito.-

Los Artículos 279 y 280 del Código Civil vigente (334 y 335 C.C. Edo. Gto.) respectivamente estatuyen: " Ninguna de las causas enumeradas en el Artículo 267 (323 C.C. Edo. Gto.) puede alegarse para pedir el divorcio cuando haya mediado perdón expreso o tácito, no se considera perdón tácito la mera suscripción de una solicitud de divorcio voluntario, ni los actos procesales posteriores ". La reconciliación de los cónyuges pone fin al juicio de divorcio en cualquier estado en que se encuentre, si aún no hubiera sentencia ejecutoria. En este caso los interesados deberán denunciar la reconciliación al Juez, sin que la omisión de esta denuncia destruya los efectos producidos por la reconciliación ". En la Ley de relaciones familiares lo mismo que en el Código de 1884, se contenían los dos preceptos transcritos y, además, el siguiente, que en la citada Ley lleva el número 91: " La Ley presume la reconciliación cuando después de presentada la demanda de divorcio ha habido cohabitación entre los cónyuges ". Aún cuando el Código

en vigor ya no reproduce este precepto, es evidente, como después veremos, que al reanudarse la vida en común, bien con trato sexual o sin el, existe evidentemente una presunción de reconciliación para los efectos de dar por terminado el juicio de divorcio.

Es esencial, obviamente, que haya una causa susceptible de perdón, que el cónyuge inocente sea ante la misma el que este conforme en no intentar su acción de divorcio para reanudar la vida conyugal en todas sus manifestaciones externas, y sobre todo, íntimas. Es impropio, como dice el Artículo 279 (334 C.C. Edo. Gto.) que ninguna de las causas enumeradas en el Artículo 267 (323 Gto.) puede alegarse cuando haya habido perdón expreso o tácito, porque eso es tanto como afirmar que todas las causas de divorcio son susceptibles de perdón. Solamente lo son, las que constituyen delitos, hechos inmorales, o conducta culposa, y en el Artículo 267 (323 Gto.) hay unas que no implican esos hechos imputables, como son, la locura, las enfermedades crónicas o incurables, que sean además, contagiosas o hereditarias, y la impotencia incurable para la cópula.

Toma en cuenta la Ley, además, la reconciliación, que debe distinguirse del perdón. En la reconciliación, propiamente no hay una causa definida que permita hablar de cónyuge culpable e inocente, ante una disputa en la que el cónyuge al que se le considera culpable no admita la culpa, y tampoco existan pruebas evidentes de ella, puede el otro cónyuge que se estima subjetivamente inocente, reanudar la vida en común con todas sus manifestaciones y entonces, a pesar de que este planteada la controversia, de que la demanda de divorcio haya sido negada, de

que no existan pruebas que permitiesen al Juez concluir sobre la existencia de la causal, siempre y cuando aún no se hubiere dictado sentencia, por ejemplo, aun en el período de alegatos, pueden los cónyuges reconciliarse, reanudando así la vida en común, y por esto decía el Código de 1884 y lo repite la Ley de Relaciones Familiares, que la cohabitación hace presumir la reconciliación.

4.- La acción de divorcio puede ser objeto de renuncia o de desistimiento.-

Por lo que toca a la renuncia, ya hemos explicado que solamente pueden renunciarse las causas de divorcio ya consumadas; que es imposible jurídicamente renunciar causas de divorcio que pudieran ocurrir en el futuro; que además, son susceptibles de renuncia todas las causas enumeradas en el Artículo 267 (323 C.C. Edo. Gto.), exceptuando la locura incurable, las enfermedades crónicas e incurables que sean además contagiosas o hereditarias, y la impotencia incurable que sobrevenga después de celebrado el matrimonio.

Puede también la acción de divorcio ser objeto de desistimiento, lo que implica una renuncia pero de la acción ya intentada es decir, la renuncia puede presentar dos formas: Antes de que se intente la acción, o una vez intentada. Pero en ambos casos la causa de divorcio ya esta consumada. Si una vez conocida la causa de divorcio se manifiesta por el cónyuge inocente que la renuncia, no hay propiamente ni perdón ni reconciliación, simplemente no se ejercita el derecho de exigir el divorcio. Se precinde de intentar la demanda.

Puede la demanda ya haberse formulado, y estando en trámite el juicio de divorcio es posible que el cónyuge actor se desista de la acción intentada: Pero aquí se presenta un problema muy frecuente en los divorcios. Dice el 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; mas en este caso, no puede pedir de nuevo el divorcio por los mismos hechos a los que se refirió el perdón y que motivaron el juicio anterior, pero si por otros nuevos, aunque sean de la misma especie, o por hechos distintos que legalmente constituyan causa suficiente para el divorcio ". (Reformado por Decreto de 13 de Diciembre de 1983, publicado el 27 del mismo Mes y Año). En relación con este precepto se pueden presentar dos casos: 1.- Antes de rendir pruebas, cuando no pueda determinarse si se comprobará o no la acción de divorcio. Entonces si es perfectamente posible que el cónyuge actor se desista de la acción. 2.- Una vez que se rindieron las pruebas y se acreditó la causa de divorcio. También aquí se estará en el caso del Artículo 281....

En cambio, no se estará en el caso del Artículo 281, cuando habiendo fracasado en la prueba el cónyuge actor, para evitar una sentencia adversa, es decir, que se absuelva al demandado y, por consiguiente que después este pueda a su vez demandarlo, obteniendo con seguridad sentencia favorable, según el Artículo 268 (324 C.C. Edo. Gto.) aparenta que se desiste de una acción que ha fracasado. Esto es lo que en realidad sucede en muchos juicios de divorcio en los que después de haberse rendido las pruebas, se comprende por el cónyuge actor que no va a obtener sentencia favorable, y que esta

expuesto, cuando se pronuncie sentencia en la que no se conceda el divorcio, y que después el otro cónyuge que fue injustamente demandado, promueva a su vez su divorcio con la seguridad de que, conforme al Artículo 268, obtendrá sentencia a su favor, con gravísimas consecuencias, por ejemplo, privándole de la Patria Potestad de los hijos además de los efectos de tipo económico en cuanto a alimentos y donaciones.

Cuando un cónyuge se desiste por ser insuficiente sus pruebas, debe considerarse que ese desistimiento implica la confesión de que su demanda no quedo probada, y entonces, aún cuando no llegue ya a pronunciarse la sentencia de divorcio, el cónyuge demandado podrá invocar el Artículo 268 (324 C.C. Edo. Gto.) para razonar de la siguiente manera: Indebidamente se le llevó a un juicio e injustamente se le hicieron cargos, ninguna prueba se rindió, como consta en el expediente respectivo, paso todo el término de prueba y en estas condiciones, después de habersele hecho esas imputaciones calumniosas, hubo un desistimiento de la demanda, lo que a impedido que se pronuncie sentencia. Como en donde existe la misma razón debe existir la misma disposición, debe el Juez considerar que lo que quiere el legislador es sancionar una demanda de divorcio presentada injustificadamente. Como se ha roto toda posibilidad de armonía conyugal, como el distanciamiento de los cónyuges a llegado al grado de que se presente una demanda y no se prueben cargos serios que se hagan; el cónyuge injustamente demandado y absuelto, o injustamente demandado, cuando se desistió el actor, debe tener a su vez, aún cuando no se llegue a pronunciar sentencia, la acción de divorcio.

En el caso de que hubiese jueces, como los hay, que sólo creen que los códigos son tratados de gramática y que interpretan las palabras con una ingenuidad vulgar; que se desentienden de las razones profundas que ha tomado en cuenta el legislador, entonces hay que razonarles de la siguiente manera; el haberse presentado una demanda de divorcio que no se probó en manera alguna, supuesto que el expediente respectivo demuestra que no se rindieron pruebas, o que las presentadas resultaron notoriamente insuficientes, o contrarias al actor, debe estimarse la demanda en si misma como injuria grave, ya que ésta, como causal de divorcio, consiste en toda acción llevada a cabo para desprestigiar, ofender, ultrajar, desprestigiar o deshonrar, y evidentemente una demanda falsa, presentada en esos términos, sólo debe entenderse que se hizo con alguno de los propósitos enunciados, y entonces, invocando una injuria grave, será conveniente fundar también la demanda que presentase el cónyuge injustamente demandado. En conclusión, en este caso deben aducirse para la demanda de divorcio, dos causales: La prevista por el Artículo 268 (324 C.C. Edo. Gto.) aplicado por analogía, en relación con el 281 (335 C.C. Edo. Gto.) y en todo caso, la comprendida en la Fracción XI del Artículo 267 (323 C.C. Edo. Gto.) que se refiere a las injurias graves. De esta suerte se evitará lo que es muy frecuente en los tribunales, y que a dado lugar a que el cónyuge injustamente demandado, mal dirigido, se cruce de brazos y no pueda presentar su demanda, no obstante el desprestigio y la injuria de que fué objeto.

5).- La Acción de Divorcio se Extingue con la Muerte de Cualquiera de los Cónyuges.-

La quinta característica de la acción de divorcio consiste en que se extingue y se da por terminado el juicio en el caso de muerte de cualquiera de los cónyuges, sin prejuzgar respecto de las consecuencias jurídicas encuentra al cónyuge inocente o culpable, y sin tomar en cuenta las pruebas que ya se hubiesen rendido, aún cuando de ellas resultare plenamente probada la causa de divorcio, se parte de la consideración fundamental de que la acción de divorcio tiene por objeto la disolución del vínculo matrimonial. De tal manera que si por la muerte de uno de los cónyuges durante el juicio, ya quedó disuelto el matrimonio, necesariamente el procedimiento debe terminar, porque ya no habrá materia para la sentencia. Efectivamente, si la materia de la sentencia consistía en resolver sobre la disolución del matrimonio, y esta se produjo ya por la muerte de uno de los cónyuges, se considera en los distintos Códigos Civiles, que el juicio deberá terminar sin que el Juez pueda establecer otro tipo de consecuencias en orden a la culpabilidad o no culpabilidad del cónyuge demandado.

En el caso de muerte de un cónyuge, el otro, cuyo matrimonio quedo disuelto, si podrá heredar como cónyuge supérstite. Es decir, para los fines de la herencia, es importante que no se haya fallado el divorcio, en virtud de que todo cónyuge supérstite tiene derecho a heredar en la sucesión legítima, como si fuese un hijo. Los hijos y el cónyuge supérstite heredan por partes iguales, solo que la porción del cónyuge se reduce en la medida de que se tenga bienes, para igualar las porciones de los hijos. Supongamos que en lugar de

haber muerto el cónyuge culpable antes de que se pronunciara sentencia de divorcio, muriese días después de que ésta se hubiere dictado, muriéndose antes el cónyuge culpable, el inocente lo hereda, porque no se disolvió el matrimonio por divorcio, y entonces aplicamos las normas que dan derecho al cónyuge supérstite a heredar. Pero si el cónyuge culpable muriese después de pronunciada la sentencia de divorcio ya el inocente no podrá heredar, porque su matrimonio había quedado disuelto antes de la muerte. Ya no podría heredar en calidad de cónyuge supérstite, porque ya había perdido ese carácter, dada la sentencia pronunciada con anterioridad a la muerte del cónyuge culpable. A su vez, si muriese el cónyuge inocente antes de la sentencia, el culpable, no obstante serlo, podría heredar, pues el Juez del divorcio ya no pudo disolver el vínculo, y en consecuencia a pesar de su culpabilidad manifiesta, el culpable si podrá recibir la misma porción que un hijo en la sucesión legítima del cónyuge inocente.

En el caso de que la causa de divorcio fuere un delito, como éste incapacita para heredar, será en función de ese delito como tendría que excluirse al cónyuge culpable para ser heredero en la sucesión del inocente. Ahora bien, hay causas de divorcio que no implican delito. Estas causas, no obstante que este acreditada la culpabilidad del cónyuge demandado, no le impedirían heredar en la sucesión del cónyuge inocente, antes de que se hubiese pronunciado la sentencia de divorcio. Una vez pronunciada la sentencia, entonces al morir el cónyuge inocente el culpable ya no podría heredarlo por la sencilla razón de que el matrimonio estaba disuelto antes de que se habiera la herencia. Enumera el Código

Civil las causas por virtud de las cuales se pierde el derecho a heredar, y entre esas causas que traen consigo una incapacidad para heredar, tenemos mencionado el delito. Dice el Artículo 1316 (2572 C.C. Edo. Gto.): "~~Por razón de delito son incapaces de adquirir por testamento o por intestado: I.- El que haya sido condenado por haber dado, mandado, o intentado dar muerte a la persona de cuya sucesión se trate, o a los padres, hijos, cónyuge o hermanos de ella~~". Por consiguiente, si la causa de divorcio implica la comisión de un delito de esta naturaleza, quedara el cónyuge culpable incapacitado para heredar, no obstante que el inocente hubiere muerto antes de que se pronunciase la sentencia de divorcio y, por lo tanto, de que no llegó a disolverse el vínculo. Quiere decir entonces que el cónyuge culpable como siguió siendo cónyuge, pudo heredar en su calidad de esposo; pero por la comisión del delito quedó excluido de la herencia, la Fracción II del mencionado precepto estatuye: "~~El que haya hecho contra el autor de la sucesión, sus ascendientes, descendientes o hermanos, acusación de delito que merezca pena capital o de prisión...~~" Por lo tanto, si ha habido una acusación en tales términos o se ha cometido un delito contra el otro cónyuge, sus ascendientes, descendientes o hermanos, también por esta razón, el cónyuge culpable quedará imposibilitado para heredar. Evidentemente que estas causas de incapacidad para heredar por delito, tendrán que probarse ante el Juez de la sucesión; pero las pruebas ya rendidas del juicio de divorcio que no pudo terminar por sentencia, se rendirán a su vez en el juicio sucesorio, para impedirle al culpable heredar.

6).- La Acción de Divorcio Sólo se otorga al Cónyuge que no Dio Causa al Mismo.-

La sexta característica de la acción de divorcio consiste en que sólo se otorga al cónyuge inocente, o en su caso, al cónyuge sano. Es decir, quien no a dado causa al divorcio. No es sin embargo esta caracterización observada en todos los Códigos Civiles. El nuestro, evidentemente que sigue el criterio de que sólo puede pedir el divorcio el cónyuge que no hubiere dado causa a el, lo que equivale a decir que será el inocente, o bien, el cónyuge sano en los casos de aquellas enfermedades a que ya nos hemos referido; pero existen Códigos como el Suizo, que permite ejercitar la acción de divorcio ante ciertas causas comunes a ambos cónyuges, como serían, por ejemplo, la incompatibilidad de caracteres, o la conducta recíproca de ambos esposos que haga imposible la vida conyugal. Sin embargo, para este último caso, dispone ese Código que cuando la vida conyugal resulte imposible, principalmente por culpa de uno de los cónyuges, sólo podrá intentar el divorcio el otro, aún cuando haya cierta reponsabilidad recíproca en ambos consortes.

nuestro Artículo 278 (333 C.C. Edo. Gto.) en cambio, dispone de una manera terminante, " El divorcio sólo puede ser demandado por el cónyuge que no haya dado causa a el, y dentro de los seis meses siguientes al día en que hayan llegado a su noticia los hechos en que se funde la demanda".

3.3. LOS EFECTOS DEL DIVORCIO

1.- Diversidad de Efectos en el Juicio de Divorcio Necesario.-

Para los efectos del divorcio debemos distinguir entre:

A) Efectos provisionales; se producen durante la tramitación del juicio.

B).- Efectos definitivos; se causan una vez pronunciando la sentencia ejecutoriada que disuelve el vínculo matrimonial.

A).- Efectos Provisionales.-

Todas las legislaciones coinciden en que en el juicio de divorcio necesario, al presentarse la demanda, y en casos urgentes, antes de su presentación, puede el juez tomar providencia para separar a los cónyuges, depositar a la mujer, si se dice que dió causa al divorcio, confiar la custodia de los hijos a uno de los cónyuges, si se pusieren de acuerdo, o bien, si no lo hubiere, el juez podrá determinar si concede esa custodia durante el procedimiento a uno de los cónyuges o a tercera persona.

También éstas medidas provisionales van a referirse a tomar ciertas precauciones cuando en el momento del divorcio la mujer se encontrare en cinta. Veremos con detenimiento estas medidas tendientes a evitar la situación de infante, la supresión del mismo, o hacer aparecer como viable al hijo que no lo sea.

Por último, el Juez debe acordar durante el trámite del divorcio una pensión de alimentos suficiente, según las posibilidades de los padres para el sostenimiento de los hijos, y en su caso, para el cónyuge acreedor, conforme a las reglas que explicaremos.

Nuestro Artículo 282 (336 C.C. Edo. Gto.) sobre medidas provisionales, dice así: " Al admitirse la demanda de divorcio, o

antes, si hubiere urgencia, se dictarán provisionalmente y sólo mientras dure el juicio, las disposiciones siguientes:

I.- (Derogado por decreto publicado en el diario oficial del 31 de Diciembre de 1974).

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

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

IV.- Dictar las medidas convenientes para que el marido no cause perjuicios en sus bienes a la mujer.

V.- Dictar, en su caso, las medidas precautorias que la Ley establece respecto de la mujer que quede en cinta.

VI.- Poner a los hijos al cuidado de la persona que de común acuerdo hubieren designado los cónyuges, pudiendo ser uno de estos.

En defecto de ese acuerdo, el cónyuge que pida el divorcio propondrá la persona en cuyo poder deben quedar provisionalmente los hijos. El Juez, previo al procedimiento que fije el Código respectivo, resolverá lo conducente.

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

Por último, entre las medidas provisionales existen las muy interesantes que debe tomar el Juez cuando la mujer se encuentra embarazada. Estas medidas están dictadas en el Código, no para el caso de divorcio, sino para la viuda que manifiesta al Juez de la sucesión encontrarse en cinta, a la muerte de su esposo. En consecuencia, son aplicables al caso, los Artículos 1638 a 1648 del Código Civil vigente del D.F. (2876 a 2886 C.C. Edo. Gto.).

B).- Efectos Definitivos en el Juicio de Divorcio.- .

Son desde luego los de mayor trascendencia, porque se van a referir ya a la situación permanente en que quedarán los divorciados, sus hijos y sus bienes, una vez ejecutoriada la sentencia de divorcio por consiguiente, estos efectos definitivos los vamos a dividir en:

- 1.- Efectos en relación a la persona de los cónyuges.
- 2.- Efectos en relación a los hijos y
- 3.- Efectos en relación a los bienes de los consortes.

Trataremos en primer lugar los efectos en relación a la persona de los divorciados. A su vez, estos efectos los vamos a subdividir:

- a).- En cuanto a la capacidad para celebrar nuevo matrimonio.
- b).- Respecto a la capacidad jurídica de la mujer divorciada.
- c).- En cuanto al derecho de la divorciada para llevar o no el Apellido de su esposo.
- d).- Respecto a la capacidad de la mujer divorciada para ejercer el comercio y,
- e).- Relativamente a los alimentos, que deberá pagar el cónyuge culpable al inocente.

a).- Capacidad para contraer nuevo matrimonio.-

Ya hemos explicado que el divorcio por separación de cuerpos, regulados en los Códigos de 1870 y 1884, al no disolver el matrimonio, no otorgaba, como era evidente, a ninguno de los

consortes, la capacidad jurídica de contraer nuevo matrimonio. Se mantenía el vínculo matrimonial, y sólo se suspendían algunas obligaciones. Fundamentalmente la de hacer vida en común; pero la obligación de guardarse fidelidad, y por consiguiente, la sanción penal para el caso de adulterio, existía.

A partir de la Ley de relaciones familiares, y antes, según hemos explicado, a partir de la Ley de 1914, al disolver el divorcio el vínculo matrimonial, cada cónyuge ya recobra su capacidad jurídica para celebrar nuevo matrimonio; pero se establecieron ciertas limitaciones en función de la clase de divorcio que se hubiere obtenido; o para sancionar al cónyuge culpable. De esta suerte, el Código Civil vigente, lo mismo que la citada Ley de Relaciones Familiares, para el divorcio voluntario, impiden que los cónyuges puedan celebrar nuevo matrimonio dentro del término de un año.

Al regular el Artículo 98 (101 y 102 C.C. Edo. Gto.) los requisitos que debe contener la solicitud para celebrar el matrimonio, y los documentos que debe acompañarse a esa solicitud, precisamente indica que en los casos de divorcio deberá exhibirse la copia certificada de la sentencia respectiva.

En estas condiciones, el Oficial del Registro Civil no podría autorizar la celebración del nuevo matrimonio antes de que transcurriese el año en el divorcio voluntario, es muy frecuente que en México se cometa el delito de falso informe a la autoridad, haciendo constar al cónyuge divorciado, en su solicitud de matrimonio, que es simplemente soltero. Claro está que se ha pretendido defender, a través de un fraude a la Ley, esa declaración de que se es soltero, para sostener que no hay delito.

Porque se dice, el divorciado es soltero, y si declara que es soltero, no hay falso informe a la autoridad, ahora bien, las Leyes pueden ser burladas a través de un verdadero fraude, y los jueces jamas deben ser cómplices de estos fraudes de los cuales son responsables los abogados. El Abogado no debe ser un consejero para defraudar a la Ley. Y por desgracia en México, tal parece que la profesión de Abogado se emplea de dos maneras. O para cumplir la Ley, o para violarla mediante una salida ingeniosa, que implica un fraude. Y si esto es criticable en el Abogado, implica una séria falta oficial del Juez que se convierte en cómplice. Y acepta esa solución ingeniosa, pero contraría a las finalidades de la Ley, bien sea en este caso o en los múltiples en los cuales el ingenio humano puede encontrar siempre, mediante engaños, maquinaciones, artificios, combinaciones de preceptos, el modo de defraudar la Ley, el de darle tortura, y el de querer presentarsela a los jueces absolutamente deformada.

En el divorcio necesario, Si el cónyuge inocente es el hombre, puede inmediatamente contraer nuevo matrimonio una vez que cause ejecutoria la sentencia de divorcio, pero si el cónyuge inocente es la mujer, se le impide celebrar nuevo matrimonio tomando en cuenta la posibilidad de que pudiese estar embarazada, por lo que deberá transcurrir el término de treientos días que se contarán, no a partir de la sentencia, sino antes, a partir de la separación judicial que se decreta al presentarse la demanda de divorcio. Como generalmente los juicios de divorcio necesario para llegar a sentencia ejecutoriada, tardan más de un año en su tramitación, resultara qué cuando se obtenga la sentencia firme, ya la mujer

inocente podrá celebrar nuevo matrimonio, porque transcurrió el término de trecientos días a partir de la separación judicial, si diere a luz un hijo dentro de este término, evidentemente que podrá contraer nuevo matrimonio, aún cuando no hubiese pasado ese plazo, porque lo que se trata de evitar es sólo una confusión en la paternidad.

b).- Capacidad de ejercicio de la mujer divorciada.-

Conviene estudiar el cambio tan radical que se opero en la capacidad de ejercicio de la mujer divorciada conforme a los Códigos de 1870 y 1884, para después tratar del Código Civil vigente.

Partiremos del Código Civil de 1884, que no hace sino repetir las mismas disposiciones del Código de 1870. En estos ordenamientos se reconocía la potestad marital y, por consiguiente, la esposa quedaba en condiciones semejantes de incapacidad de ejercicio que un menor de edad. De ahí que el Artículo 196 del Código Civil anterior dijese: "El marido es el administrador legítimo de todos los bienes del matrimonio", y el Artículo 197 "El marido es el representante legítimo de su mujer". "Esta no puede, sin la licencia de aquél, dada por escrito, comparecer en juicio por si o por procurador, ni aún por la prosecución de los pleitos comenzados antes del matrimonio, y pendientes en cualquier instancia al contraerse éste; más la autorización una vez dada, sirve para todas las instancias, a menos de que sea especial para una sola, lo que no se presume, si no se expresa".

El Artículo 198 venia a originar la capacidad de ejercicio para contratar, para contraer obligaciones en general y, por lo tanto, para poder realizar actos de administración o de dominio sobre los bienes propios de la mujer, quien no podía llevarlos a cabo sin la autorización de su marido. Decía así: Tampoco puede la mujer, sin licencia de su marido, adquirir por título oneroso o lucrativo, enajenar sus bienes, ni obligarse sino en los casos especificados en la Ley. Sólo ante ciertas causas que enumeraba el Artículo 202, la mujer recobraba su capacidad de ejercicio, bien por la interdicción de su esposo o porque estuviese separada legalmente de él, y aquí tenemos el efecto específico que tenía el divorcio en cuanto a la capacidad de esa mujer casada, simplemente separada judicialmente de su marido y mayor de edad, porque si la misma era menor, aún cuando había quedado emancipada por virtud del matrimonio, el divorcio no le otorgaba la plena capacidad jurídica, sino como todo menor emancipado, debería tener un tutor para los negocios judiciales, y necesitaba de autorización judicial para ejecutar actos de dominio sobre bienes inmuebles.

El Código Civil Vigente ya no presenta ningún problema respecto a la capacidad de la mujer divorciada, ante la equiparación absoluta de la mujer con el marido durante el matrimonio, evidentemente que el divorcio no podrá alterar esa capacidad que ya tiene la mujer tanto en su calidad de soltera, como de casada y, por lo tanto, de divorciada.

Por otra parte, como el divorcio en la actualidad origina la disolución del matrimonio, necesariamente tiene que dar término a la sociedad conyugal y, por consiguiente, ya no tenemos el problema

que bajo el Código anterior si se presentaba en cuanto a que la sociedad conyugal subsistía, y por lo tanto, sí era necesario resolver quien administraba los bienes de esa sociedad.

En la actualidad, ni para los bienes propios, en los que la esposa tiene plena capacidad jurídica, ni en cuanto a los bienes comunes que necesariamente tienen que convertirse por virtud del divorcio en bienes que se aplican a cada consorte, dada la disolución de la sociedad conyugal, se presentarán los graves conflictos que antes si ocurrían durante la vigencia de los Códigos de 1870 y 1884.

Dice al respecto el Artículo 172 (169 C.C. Edo. Gto.): "El marido y la mujer mayores de edad, tienen capacidad para administrar, contratar o disponer de sus bienes propios, y ejercitar las acciones u oponer las excepciones que a ellos correspondan sin que para tal objeto necesite el esposo del consentimiento de la esposa, ni esta de la autorización de aquél, salvo en lo relativo a los actos de administración y de dominio de los bienes comunes".

c).- Uso por la divorciada del apellido de su ex-marido.-

Otro efecto del divorcio se refiere al uso que la divorciada puede hacer del apellido de su marido. Nuestro Código Civil guarda absoluto silencio sobre el particular. Pero en México no tenemos la costumbre que existe en otros países de que la mujer casada adopte durante su vida matrimonial el apellido del esposo, de tal manera que para evitar confusiones respecto de sus bienes inscritos en el Registro Público de la Propiedad, adquiridos antes de casarse y los que adquiera durante el matrimonio así como lo que se refiere en general a los actos jurídicos que lleve a cabo, se hace necesario

distinguir en estos países entre el apellido de la mujer antes y después de su matrimonio. Nosotros simplemente por costumbre, que es en este caso fuente de derecho.

Agregamos al apellido de la mujer casada, el de su marido, después de la partícula "De", por ejemplo, Sra. Medina "De" González, lo que evita cualquier confusión en el Registro Público de la Propiedad, en el Registro Civil y en todos los distintos actos y contratos que lleve a cabo.

Entre nosotros como no hay disposición expresa en el sentido antes indicado y como por otra parte la costumbre a sido que la mujer casada no pierda su apellido y simplemente agregue al suyo el de su marido, es evidente que en el caso de divorcio, sea culpable o inocente, perderá todo derecho a seguir usando el apellido del ex-esposo, pues ello denotaría que aun continuaba casada. En consecuencia, si el matrimonio ya quedó disuelto, no hay razón alguna para que la mujer siga ostentando un apellido que no le pertenece. Sin embargo, como nada legisla el Código Civil al respecto, no habrá sanción en caso contrario. Sería menester en todo caso que una sentencia condenase a la mujer divorciada a que ya no siguiera usando el apellido de su ex-esposo, en el supuesto de que, no obstante la oposición de este, pretendiera crear confusiones, fundamentalmente para gozar del crédito del ex-marido, y en todo caso, para poder incluso cometer el delito de falsedad. Mediante una sentencia por juicio seguido por el ex-marido contra la mujer, si podría impedirsele que continuara usando el apellido de aquél.

d).- Capacidad de la Mujer Divorciada para Ejercer el Comercio.-

Ya indicamos antes que la capacidad de la esposa y de la divorciada para ejercer el comercio, no debe ser regulada por el Código Civil, sino exclusivamente por el Código de Comercio; que indebidamente el Código Civil a pretendido autorizar a la mujer casada en ciertos casos para ejercer el comercio, no obstante la oposición del marido, si el Juez considera que esa oposición es injustificada, o bien, si el marido no subviene a todas las necesidades de su hogar. En el Código de Comercio, para nuestro problema concreto del divorcio, se habla de que la mujer casada podrá ejercer el comercio sin la autorización del marido, en los casos de separación porque regía el Código Civil de 1884, en el que, según hemos visto, no había divorcio vincular, sino simplemente separación de cuerpos, ahora bien, en la actualidad, si el Código Vigente admite ya el divorcio vincular, es evidente que, a mayoría de razón, si el de Comercio facultaba a la mujer simplemente separada de su marido para ejercer el comercio, sin autorización de este, la mujer ya divorciada, disuelto su matrimonio, podrá ejercer libremente el comercio. Por lo tanto, una consecuencia del divorcio vincular será que la mujer, al recobrar su capacidad en el orden mercantil, (Supuesto que en orden Civil la tiene, no obstante que sea casada), si podrá ejercer el comercio que no pudo desempeñar durante su vida matrimonial, por oposición del marido.

e).- Alimentos del Cónyuge Inocente.-

Otro efecto del divorcio en relación con los cónyuges, es el relativo a determinar los alimentos del cónyuge inocente. En este

aspecto, ya no se presenta esa equiparación absoluta que hemos visto que existe durante el matrimonio, para todos los efectos legales entre la mujer y el hombre, porque lo que ve a los alimentos de la mujer inocente en el divorcio, se impone aún cuando tenga bienes, y esté en condiciones de trabajar. En cambio, por lo que se refiere a los alimentos del marido inocente, sólo en el caso de que carezca de bienes y este imposibilitado de trabajar, la mujer culpable tendrá que darle esos alimentos. En verdad, si la Ley parte de una absoluta equiparación en orden a la capacidad jurídica y a la aptitud para la vida, para el trabajo, no debería hacer esa distinción. La razón de ser de los alimentos contra el cónyuge culpable es una sanción, mas aún, si durante el matrimonio ambos cónyuges tienen el deber recíproco de darse alimentos, de ayuda mutua, según sus necesidades y de acuerdo con sus posibilidades, en el caso de divorcio, como se sanciona al cónyuge culpable por un hecho que le es directamente imputable, y dado que ya no prestara ese auxilio económico al otro cónyuge, no habrá razón para distinguir entre la mujer y el marido, pues no es función de la necesidad de los alimentos, sino por una pena que se impone al cónyuge culpable, por haber disuelto el matrimonio.

A este respecto el Artículo 288 reformado por Decreto del 27 de Diciembre de 1983, (342 C.C. Edo. Gto.) determina: " 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, sentenciara al culpable al pago de alimentos en favor del inocente.

Cuando por el divorcio se originan daños o perjuicios a los intereses del cónyuge inocente, el culpable responderá de ellos como autor de un hecho ilícito ".

Los tres efectos principales del divorcio respecto a los hijos.-

Los dividiremos en tres partes:

I.- Se refiere a los efectos relativos a la legitimidad o ilegitimidad del hijo de la mujer divorciada, o simplemente separada judicialmente de su marido.

II.- Comprende los efectos en cuanto a la Patria Potestad, y.

III.- Efectos relativos a los alimentos de los hijos.

I.- Legitimidad o ilegitimidad del Hijo de la Mujer Divorciada.-

Al efecto deben distinguirse tres períodos:

a).- Si el hijo nace dentro de los trescientos días siguientes a la separación judicial de los cónyuges.

b).- Si naciere después de los trescientos días siguientes a la separación, pero antes de que transcurran trescientos días de la sentencia de divorcio, y.

c).- Si el hijo naciere después de los trescientos días de que cause ejecutoria la sentencia de divorcio.

a).- Primer Período.- Cuando el Hijo Nazca Dentro de los Trescientos Días Sigüientes a la Separación Judicial de los Cónyuges.-

Conforme al Artículo 324, Fracción II del Código Civil Vigente, (381 C.C. Edo. Gto.) existe siempre la presunción de legitimidad del hijo, de tal manera que el marido no podrá impugnarla, sino demostrando que fué físicamente imposible que tuviere relación

sexual con su esposa dentro de los primeros ciento veinte días, de los trecientos anteriores al nacimiento. Esta legitimidad no podrá ser desconocida aún cuando el marido comprobase el adulterio de la madre, y aún cuando ésta reconociera el adulterio y confesare expresamente que el hijo no es de su marido. En estos casos, la Ley exige además, que se acredite que el nacimiento se le ocultó al marido, o bien, que éste demuestre que dentro de los trecientos días anteriores al nacimiento, no tuvo acceso carnal con su esposa. En realidad esta última exigencia del Artículo 326 (383 C.C. Edo. Gto.), es notoriamente indebida, porque debe estarse a la regla general del Artículo 325 (382 C.C. Edo. Gto.) de que bastara de que el marido demuestre que físicamente fue imposible que tuviese cópula carnal con su mujer sólo en los primeros ciento veinte días de los trecientos anteriores al nacimiento.

b).- Segundo Período.- Este período se refiere al hijo que naciere después de los trecientos días de decretada la separación judicial. En este período tendremos que distinguir dos posibilidades: Pueden transcurrir los trecientos días sin que se pronuncie sentencia de divorcio, o bien, en casos relativamente excepcionales, puede haberse pronunciado la sentencia de divorcio, antes de que transcurran los trecientos días siguientes a la separación judicial. Por tanto, cabe la posibilidad que el hijo nazca después de trecientos días de la separación judicial, pero antes de que se pronuncie sentencia de divorcio. O bien, que el hijo naciere ya después de que se dictó la sentencia de divorcio, para antes de que transcurran trecientos días de que ésta causó ejecutoria. Para los

efectos legales, lo importante es que en éste segundo período no hayan transcurrido en el momento en que el hijo nazca, más de trescientos días de pronunciada la sentencia, porque la idea fundamental es ésta: Aún cuando hubo una separación judicial, que normalmente hace presumir que ya no habrá la relación sexual entre los cónyuges, jurídicamente siguen unidos en matrimonio, hasta que no venga la sentencia definitiva y cause ejecutoria, a disolver el vínculo. Por lo tanto, si el hijo naciere después de los trescientos días siguientes a la separación, pero antes de que se pronuncie sentencia, evidentemente fué un hijo nacido durante el matrimonio de sus padres. A su vez, si el hijo naciere después de que se pronunció la sentencia, y ya había transcurrido con exceso el término de trescientos días después de la separación, pero no el de trescientos días siguientes a la disolución, que sólo se opera por sentencia, vuelve ese hijo a ser considerado como nacido durante el matrimonio de sus padres.

Ahora bien, tendrá el marido que demostrar que no tuvo relación sexual con su esposa, a pesar de estar separado de ella, y en juicio ordinario correspondiente en que sea oída la madre y a su vez el hijo, a través de su Tutor, para que se declare que el hijo no es legítimo .

La diferencia que existe entre el primero y el segundo períodos, es la siguiente: En el primero el hijo lleva la presunción de legitimidad y, en el segundo, ya el hijo no lleva de pleno derecho esa presunción de legitimidad. En el primer periodo, el padre tiene que rendir pruebas plenas, absolutas, que demuestren la imposibilidad física de haber engendrado al hijo. Es decir, toda la

carga de la prueba la lleva el marido que impugna la legitimidad, y ni la madre, ni el hijo a través de su Tutor, tiene que rendir pruebas, y si el marido no lograra probar esa imposibilidad física, la presunción de legitimidad se convertirá en absoluta y el Juez declarara que el hijo es legítimo.

En cambio, en el segundo período, al no existir ya esa presunción de legitimidad, ambas partes están procesalmente en el mismo plano, ambas tienen que justificar: El marido que no pudo engendrar al hijo; la madre, o en su caso el hijo, que si fué engendrado por el marido. Aquí el Juez tendrá que normar su criterio en función de las circunstancias, de los hechos de las pruebas que se rindan, por ejemplo, si el marido acreditase con testigos, con la confesión de la mujer, que ya para este período si tendría trascendencia, que ella a tenido relaciones carnales con otro hombre, ya entonces hay un dato que podrá inclinar al Juez a pensar que el hijo no fué engendrado por el marido. Como a su vez este podrá probar que desde la separación no ha tenido siquiera posibilidad material de ver a su mujer; que el distanciamiento a sido absoluto. En tales casos, el Juez tiene que admitir que ese hijo pudo ser engendrado en general por cualquier hombre, aunque la mujer continúe casada, aunque su matrimonio no este disuelto. Es así como ambas partes deben acreditar sus pretensiones, y a su vez el Juez tendrá que valorarlas tomando en cuenta la trascendencia de las pruebas, la seriedad de las mismas, bien para desconocer la legitimidad del hijo o por el contrario, para reconocerla. En el caso de duda, el Juez deberá poner sobre los intereses de los cónyuges y sus

pasiones, el interés sagrado del hijo, en cuanto a su paternidad y, a que su presunción de legitimidad no sea desconocida.

c).- Tercer Período.- Comprende a los hijos que la mujer divorciada tuviese después de los trescientos días siguientes a la disolución de su matrimonio. Un Artículo general no distingue entre disolución por muerte del marido, por nulidad o por divorcio, sino que equipara la condición jurídica del hijo que nazca después de trescientos días de disuelto el matrimonio, para que cualquiera a quien perjudique la filiación pueda en todo momento, desconocer esta, dice al efecto el Artículo 329 (386 C.C. Edo. Gto.): " Las cuestiones relativas a la paternidad del hijo nacido después de trescientos días de la disolución del matrimonio, podrán promoverse en cualquier tiempo por la persona a quien perjudique la filiación "

En realidad tendremos que distinguir los casos en que el hijo naciera después de trescientos días de muerto el marido de su madre, o de disuelto el matrimonio por divorcio o por nulidad.

En el caso de muerte del marido, ni siquiera hay posibilidad de que el hijo de la viuda pudiese pretender algún derecho en relación a los bienes, al apellido del que fue marido de su madre, por una absoluta imposibilidad física de que este hubiese engendrado al hijo, ya que nació después de trescientos días siguientes a su muerte. En cambio, el hijo póstumo, que es aquel que nace dentro de los trescientos días siguientes a la muerte del marido, tiene siempre la presunción de legitimidad, para ser heredero, para llevar el apellido del marido, y para tener todos los derechos de

un hijo legítimo. Pero bastara que nazca después de trecientos días de muerto el marido de la madre, para que pierda todo el derecho, y no pueda haber posibilidad alguna de que se le considere ni el aspecto hereditario, ni en cuanto al uso del apellido paterno, como un hijo legítimo.

En cambio, el hijo que naciere después de trecientos días de disuelto el matrimonio por divorcio o por nulidad, no se encuentra en esa absoluta imposibilidad física de que el marido de la madre lo hubiese engendrado, pero tampoco tiene la presunción de legitimidad. Podrá existir la presunción de hecho, como ocurre en algunos casos de divorcio o de nulidad, de que no solo dentro de los trecientos días siguientes a la sentencia, sino durante años siga existiendo después un concubinato entre los que fueron consortes. Podrá existir cierta posibilidad, especialmente en los casos de nulidad, mas que en los divorcios, de que haya trato sexual entre los que fueron cónyuges. Pero es esta una posibilidad humana que la Ley no va a tomar en cuenta como norma para seguir imputando al ex-marido, el hijo de la mujer divorciada que nació después de los trecientos días siguientes a la sentencia.

II).- Efectos del Divorcio en cuanto a la Patria Potestad.-

El principio general reconocido en todos los Códigos Civiles que admiten divorcio vincular, en el de privar al cónyuge culpable de la patria potestad sobre los hijos y concederla al inocente. Así mismo cuando el divorcio se decreta por alguna enfermedad crónica o incurable, que sea además contagiosa o hereditaria coinciden los Códigos que reconocen esta causal, en conceder la custodia de los

hijos menores al cónyuge sano, y simplemente restringen el conjunto de derechos que otorga la patria potestad al cónyuge enfermo, sólo para evitar que pudiese contagiar a sus hijos a través de la convivencia, del trato continuo y de la posibilidad de intervenir en su educación; pero como la patria potestad no es sólo una suma de derechos, sino también de obligaciones y responsabilidades, se mantienen estas para el cónyuge enfermo, especialmente dentro de su posibilidad de suministrar alimentos a sus hijos, de representarlos jurídicamente en todos aquellos actos en que se requiera la intervención del padre, o en su caso de la madre, así como cuando se trate de los que constituye el fenómeno de asistencia, que no implica una representación, sino simplemente una autorización del acto jurídico que lleve a cabo el hijo menor de edad.

En nuestro Código Civil encontramos tres normas fundamentales en materia de patria potestad. Para determinar causas de divorcio, el cónyuge culpable pierde definitivamente la patria potestad, aún cuando muera después el inocente. En tal caso, como no puede recobrar esa patria potestad, pasará a los abuelos, primero paternos y luego maternos y a falta de ellos, entonces el hijo quedará bajo tutela. Se ve por esta sanción extrema, que deben ser gravísimas las causas de divorcio que le hacen perder para siempre el cónyuge culpable la patria potestad, aún en el supuesto muy justificado de que muriese el inocente y que conforme a la naturaleza misma, el mas indicado fuera el padre que sobreviva, quien ejerciere la patria potestad. una segunda norma hace privar al cónyuge culpable de: La patria potestad, mientras viva el inocente, para recobrar ese derecho a su muerte. por último,

tratándose del divorcio por las enfermedades ya mencionadas, se restringe la patria potestad en cuanto al cónyuge enfermo, sólo para evitar, tratándose de enfermedades contagiosas, que puede existir ese contacto, y por eso la custodia y la vida en común se establecerá en favor del cónyuge sano.

Tomando en cuenta este criterio que se desprende del Artículo 283, (337 C.C. Edo. Gto.) deberían ser causas de divorcio muy graves, ciertos delitos o ciertos hechos inmorales, los que se sancionase con la pérdida definitiva de la patria potestad, y ante las otras causas de divorcio que no presentasen tal gravedad, el cónyuge culpable sólo debería perder la patria potestad, mientras viviese el inocente. Sin embargo, sin un criterio explicable, sin que haya una verdadera razón, sino por el contrario, una arbitrariedad manifiesta, el Artículo 283 (337 C.C. Edo. Gto.) señala casos en los cuales un cónyuge pierde la patria potestad, haciendo intervenir tanto causas muy graves, o que no presentan esa gravedad, y a su vez, toma en cuenta diversidad de causas, unas graves y otras de menor gravedad, para que durante la vida del cónyuge inocente se prive al culpable de esa patria potestad. Por eso decimos que hay un criterio arbitrario, según vamos a mostrarlo.

No hay congruencia alguna en el sistema seguido en nuestra Ley para privar definitivamente de la patria potestad al cónyuge culpable. Por esto pensamos que en realidad, fuera de los casos de corrupción de hijos, de intento de prostituir a la esposa, y de vicios incorregibles, no debe privarse para siempre de la patria potestad

al cónyuge culpable, sino que debe recobrarla a la muerte del inocente.

Por último en los casos de padecer sífilis, tuberculosis o cualquier otra enfermedad crónica o incurable, que sea además, contagiosa o hereditaria; a la impotencia incurable que sobrevenga después de efectuado el matrimonio, y enajenación mental incurable; los hijos quedarán en poder del cónyuge sano, pero el consorte enfermo conservara los demás derechos sobre la persona y los bienes de los hijos.

III.- Obligación de dar Alimentos.-

Ya hemos dicho que conforme al anterior Artículo 287 se cometía la injusticia de que los cónyuges divorciados sólo deben dar alimentos a los hijos varones hasta que lleguen a la mayor edad. Hicimos ver entonces que respecto a los hijos varones no hay razón alguna para que por el hecho de que lleguen a los dieciocho años se les prive de la pensión alimenticia, si se encuentran incapacitados para trabajar y carecen de bienes, ya que conforme a las reglas generales que impone la obligación de dar alimentos a los padres y, en general, a los ascendientes, frente a los descendientes, la misma subsiste siempre que haya la necesidad en el acreedor alimentario por carecer de bienes y estar imposibilitados para el trabajo, ya que especialmente para los padres no hay un límite en función de la mayoría de edad en el hijo, y que si esto es evidente cuando no se ha disuelto el vínculo matrimonial, con mayor razón en el caso de divorcio, en donde ya los hijos no pueden contar en

ocasiones con un hogar y con el medio de poder satisfacer en el mismo su necesidad alimentaria.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS:

- (1).- Derecho Penal Mexicano, Los Delitos, Tomo II, Delitos Sexuales, Pág. 228, Impresos Unidos, S. de R.L. México 1944.
- (2).- Quinta Epoca, Tomo CII, Amparo Directo 414/ 1954, Díaz Candelaria, Mayoría de 4 Votos. Amparo Directo 2809/ 1957, Jesús Ruíz Jiménez, 5 Votos, Sexta Epoca, Vol. XIV, Cuarta Parte, Pág. 9. Amparo Directo 7803/1958 Ma. Cristina de Borbón de Patiño, Mayoría de 4 Votos, Sexta Epoca, Vol. XXX, Cuarta Parte, Pág. 120. Amparo Directo 2181/ 1959, Jesús Alcantara, 5 Votos, Sexta Epoca, Volumen XXXIII, Cuarta Parte, Pág. 69. Amparo Directo 7226/ 1960, Antonia Verde Barrón, 5 Votos, Sexta Epoca, Vol. LII, Cuarta Parte, Pág. 10. Jurisprudencia 159 (Sexta Epoca), Pág. 496, Volumen 3a. Sala, Cuarta Parte, Apéndice 1917-1975; Anterior Apéndice 1917-1965, Jurisprudencia 152, Pág. 490 (Ediciones Mayo, Actualización I Civil, Tesis 1073, Pág. 541 y Actualización IV, No. 988, Pág. 505.)
- (3).- Amparo Directo 4634/ 1971, José Angel Arroyo Sánchez, Julio 9 de 1973, Mayoría 3 Votos, Ponente: Mstro. Enrique Martínez Ulloa, Desidentes: Mstros. Ernesto Solís López y Rafael Rojina Villegas, 3a. Sala, Séptima Epoca, Volumen 55, Cuarta Parte, Pág. 25 (Ediciones Mayo, Actualización IV, No. 991, Pág. 506).
- (4).- El Divorcio en México, Pág. 71
- (5).- Op. Cit. Pág. 70.

- (6).- Amparo Directo 3247/ 1972, Fernando Pérez Vazquéz, Julio 12 de 1974, Mayoría de Votos, Ponente: Mstro Ernesto Solis López, Desidente: Mstro. J. Ramón Palacios Vargas, 3a. Sala, Séptima Epoca, Volumen 67, Cuarta Parte, Pág. 24, (Ediciones Mayo, Actualización IV, No. 1019, Pág. 524.
- (7)(10) .- Amparo Directo 6365/ 55, Macario de Golferich Sanmart, Unanimidad 5 Votos, 20 de Agosto de 1956 3a. Sala, Informe 1956, Pág. 28, Quinta Epoca, Tomo CXXIX, Pág. 543.
- (8).- Amparo Directo 7896/ 1968/ 2a. , Cecilia Cortés Anzures, Enero 9 de 1970, 5 Votos, Ponente: Mstro. Mariano Ramírez Vazquez, 3a. Sala, Séptima Epoca, Volumen 13, Cuarta Parte, Pág. 15.
- (9).- Amparo Directo 4663/ 1959, Resuelto 8 de Julio de 1961, 5 Votos, Ponente: Mstro. Ramírez Vazquez, 3a. Sala, Boletín 1961, Pág. 412, Sexta Epoca, Vol. XLVIII, Cuarta Parte, Pág. 165 (Ediciones Mayo Civil No. 922, Pág. 419.
- (11)(12) .- Eduardo Pallares, Op. Cit. Pág. 81.
- (13).- Rafael Rojina Villegas, Op. Cit. Pág. 90.
- (14).- Amparo Directo 4610/ 1967, Ignacio Alcázar Contreras, Abril 5 de 1968, Unanimidad 5 Votos, Ponente: Mstro. Rafael Rojina Villegas, Secretario: Líc. Sergio Torres Eyras, 3a. Sala, Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- (15).- Quinta Epoca, Tomo XLII, Rochín Méndez Ramiro, Pág. 1373.
- (16).- Quinta Epoca, Tomo II, Juez de Distrito en Tabasco, Pág. 1622.
- (17).- Amparo Directo 6682/ 64, Juana Rufino de Muñoz, Febrero de 1967, Unanimidad 5 Votos, Ponente: Mstro. Mariano Azuela, 3a. Sala, Sexta Epoca, Volumen CXVI, Cuarta Parte, Pág. 52.

- (18).- Amparo Directo 2937/ 1964, Luis Acuña Torres, Junio 28 de 1965, Unanimidad de 4 Votos, Ponente: Mstro. Rafael Rojina, 3a. Sala, Sexta Epoca, Volumen XCVI, Cuarta Parte, Pág. 56.
- (19).- Amparo Directo 7625/ 1966, Guillermo Enrique Cárdenas de León, Octubre 29 de 1969 (Vease la votación en la ejecutoria), Ponente: Mstro. Mariano Azuela, 3a. Sala, Séptima Epoca, Volumen 10, Cuarta Parte, Pág. 30.
- (20).- Amparo Directo 4950/ 1973, José Elías Herrejón, Marzo 5 de 1975, 5 Votos, Ponente: Mstro. Enrique Martínez Ulloa, 3a. Sala, Séptima Epoca, Volumen 75, Cuarta parte, Pág. 19.
- (21)(22) .- Rafael Rojina Villegas, Op. Cit. Pág. 90.
- (23).- Amparo Directo 1194/ 85, Jaime Joel Torres Loyola, 24 de Febrero de 1986, Unanimidad de Votos, Ponente: Rafael Corrales González, Secretario: Arturo Ramírez Sánchez. Precedentes: Amparo Directo 247/ 82, Arturo Elizarraraz García, 28 de Julio de 1982, Unanimidad de Votos, Ponente: Juan Díaz Romero, Secretaria María de Lourdes Delgado Granados.
- (24).- Amparo Directo 582/ 87, Mercedes Gómez de González, 19 de Noviembre de 1987, Mayoría de Votos, Federico Taboada Andraca, Informe 1987, Vol. II, Tercera Parte, Tribunales Colegiados de Circuito.
- (25).- Amparo Directo 465/ 86, María Celia Peón Molina, 23 de Abril de 1987, Ponente: Julio Chávez Ojesto, Secretario: Juan José Rosales Sánchez, Informe 1987, Vol. II, Tercera Parte, Tribunales Colegiados.
- (26).- Op. Cit. Pág. 89.
- (27).- Rafael Rojina Villegas, Op. Cit., Pág. 97.

(28).- Rafaél Rojina Villegas, Op. Cit., Pág. 100.

(29).- Amparo Directo 5676/ 78, Luis Ceja Vázquez, 28 de Junio de 1979, Unanimidad de 4 Votos, Ponente: J. Ramón Palacios Vargas, Secretario: Agustín Urdapilleta Trueba.

(30).- Op. Cit. Pág. 90.

(31).- Amparo Directo 351/ 87, Silvia Violeta Avila Calderón, 18 de Agosto de 1987, Unanimidad de Votos, Ponente: Juan Solorzano Zavala, Secretario: José de Jesús Quezada Sánchez, Informe 1987, Vol. II, Tercera Parte, Tribunales Colegiados de Circuito, Pág. 731.

(32).- Derecho de Familia, Tomo II, Pág. 101.

SUMARIO

C A P I T U L O C U A R T O
ANALISIS DE LAS FRACCIONES VIII, IX Y XVIII DEL ARTICULO 323 DEL
CODIGO CIVIL VIGENTE EN EL ESTADO DE GUANAJUATO.

- 4.1. Fracción VIII.**
- 4.2. Fracción IX.**
- 4.3. Fracción XVIII.**

CAPITULO CUARTO.

ANALISIS DE LAS FRACCIONES VIII, IX Y XVIII DEL ARTICULO 323 DEL CODIGO CIVIL VIGENTE EN EL ESTADO DE GUANAJUATO.

4.1. FRACCION VIII DEL ARTICULO 323

Versa así: " La separación del hogar conyugal por más de seis meses sin causa justificada ".

En la Ley sobre relaciones familiares se expresaba como causa " El abandono injustificado del domicilio conyugal por cualquiera de los consortes durante seis meses consecutivos " (Art. 76). En el Código Civil de 1870 se decía: " El abandono sin causa justa del domicilio conyugal, prolongado por más de dos años ". En el Código Civil de 1884, El Artículo 227 en su Fracc. VI expresaba: " El abandono de un domicilio conyugal sin justa causa, o cuando sea con justa causa, siendo esta bastante para pedir el divorcio, se prolonga por más de un año el abandono sin que el cónyuge que lo cometió intente el divorcio ". En el último Artículo, se comprenden las dos causales que en el nuestro están en las Fracciones VIII y IX; se observa, además, que a diferencia de las otras disposiciones legales que estoy citando, no hay plazo de duración del abandono injustificado para que transcurrido cierto tiempo proceda demandar el divorcio.

Fundamento.-

Esta frecuente causal viola los deberes de vida en común, es decir, la unidad que se deben los cónyuges, así como la permanencia, el

diálogo, el socorro y la ayuda mutua, y las obligaciones de alimentos, sostenimiento del hogar y servicios personales que entre cónyuges deben darse.

La separación maliciosa rompe la unidad y la posibilidad de vida en común dentro del domicilio conyugal. Afecta la permanencia a la que se comprometieron los consortes al casarse (Art. 160 C.C. Gto., "Los cónyuges están obligados a vivir juntos en el domicilio que fijen de común acuerdo "). En relación a las obligaciones se falta generalmente, aún cuando no es exigencia para que ésta causal proceda, a la obligación de otorgar la pensión alimentaria, al sostenimiento del hogar y a los servicios personales que entre cónyuges están obligados a darse en forma recíproca.

Separación Causa Suficiente.-

En primer lugar, debemos tomar en consideración que la separación no es abandono. Por lo tanto, la simple separación, aunque se estuvieren cumpliendo los otros deberes familiares o conyugales debe producir esta causal de divorcio. Es decir, la separación se considera suficiente en la legislación actual para que proceda el divorcio, al romperse toda posibilidad de convivencia y unidad del matrimonio, necesarios para que se cumplan los deberes conyugales.

Casa Conyugal.-

La separación debe ser de la casa conyugal. Por lo tanto, debemos recordar lo que se entiende por morada o casa conyugal. El Artículo 160 C.C. Edo. Gto., nos expresa que " Los cónyuges están obligados a vivir juntos en el domicilio que fijen de común acuerdo ". Y sólo

los tribunales con conocimiento de causa podrán eximir de esta obligación a alguno de ellos, cuando el otro traslade su domicilio a país extranjero, a no ser que lo haga en servicio público o social, o se establezca en un lugar insalubre o indecoroso.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, se ha preocupado por dar elementos necesarios para integrar un concepto de domicilio conyugal, y entre otros se señala que deben tener casa o lugar propio donde habitar los cónyuges y su familia y no estar "Arrimados" en domicilio de otros. La jurisprudencia es la siguiente: " Para configurar la causal de divorcio consistente en el abandono del hogar conyugal, se precisa desde luego la existencia del abandono del hogar, y este no existe cuando los esposos viven en calidad de arrimados en el domicilio de los padres, de otros parientes o de terceras personas, en donde los cónyuges carecen de autoridad propia y libre disposición en el hogar, porque viven en casa ajena y carecen del hogar propio ". (1)

La Suprema Corte de Justicia define el domicilio como "El lugar establecido de común acuerdo por los cónyuges en el cual ambos disfrutan de autoridad propia y consideraciones iguales". Como elementos están: El domicilio es un lugar, es decir, una parte determinada en el espacio, el sitio donde los cónyuges viven en una localidad o población. Este lugar debe haber sido establecido de común acuerdo, este acuerdo pudo haber sido expreso o tácito, salvo prueba en contrario, siguiendo la tesis de la Suprema Corte, no se entiende de mutuo acuerdo el vivir en el domicilio de alguno de los suegros. En el lugar ambos deben disfrutar de autoridad propia, lo que no se da cuando se vive "Arrimados" en el domicilio de otros:

Por autoridad se entiende el poder disfrutar, decidir y servir por sí, sin obstáculos de personas ajenas al matrimonio. Por último, en ese lugar debe tener consideraciones iguales, libres de influencias extrañas, estando ambos en igualdad de buen trato de estimación y aprecio.

Como esta causal sólo procede cuando la separación se prolongue por más de seis meses, debe haber la posibilidad para que el cónyuge que se separó pueda volver antes de cumplirse los seis meses, pues de lo contrario puede argumentar que se le impidió la reintegración al hogar. Creo que por esto existen otras tesis del alto tribunal que señalan como exigencia conservar el domicilio conyugal durante los últimos seis meses ". " Si bien no es necesario que el cónyuge abandonado mantenga el mismo domicilio el término de seis meses previstos en la Ley, para la procedencia de la causa de divorcio por abandono del domicilio conyugal, si lo es que debe constituir domicilio durante este tiempo, pues de lo contrario resultaría imposible que se configuraran los elementos de la causal ". (2)

Significado de Separación.-

El Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito expresa lo siguiente: " La causal de divorcio prevista en el Artículo 267, Fracción VIII, del Código Civil para el Distrito Federal (323, Frac. VIII en el C.C. Gto.) Tiene como razón de ser, el incumplimiento a una de las principales obligaciones que adquieren los cónyuges con motivo del matrimonio, la cual se encuentra prevista en el Artículo 163 del Código Civil para el Distrito Federal (160 del C.C. Gto.) Y que se refiere a la

convivencia de los cónyuges en el domicilio conyugal. Es evidente que la observancia de esta obligación contribuye al cumplimiento de los otros deberes del matrimonio, incluyendo el socorro mutuo que deben prestarse los esposos, de acuerdo con lo dispuesto en el Artículo 162 (159 C.C. Gto.) Del cuerpo legal citado. En esa virtud, la separación de la casa conyugal implica que el esposo que se aparta deja de prestar al otro cónyuge y a los hijos la protección y auxilio a que esta obligado, haciendo con la separación imposible los fines del matrimonio al suspender la vida en común. La contribución económica al sostenimiento del hogar constituye tan sólo una de las obligaciones del matrimonio, pero no es la única que genera tal vínculo sino que representa apenas uno de los múltiples actos que implica el socorro mutuo que deben prestarse los consortes.

En esas condiciones, como la ayuda económica no agota todas las obligaciones del matrimonio derivadas de la vida en común que deben hacer los esposos en el hogar conyugal, no cabría afirmar validamente, que la causal de divorcio prevista en el Artículo 267, Fracc. VIII, del Código Civil para el Distrito Federal (323 Frac. VIII C.C. Gto.) Deja de surtirse, si el cónyuge que se separa continua contribuyendo económicamente al sostenimiento del hogar, porque aún cuando cumpla con esta obligación quedarían incumplidas otras, que sólo es posible colmar con la convivencia, como serían el auxilio moral, la educación de los hijos, etc.

La Ley al referirse en la Fracción VIII a la separación injustificada de la casa conyugal, toma en cuenta que se falta al cumplimiento de la obligación mas importante en el matrimonio.

La obligación que podríamos decir es fundante para derivar las otras o sea la de hacer vida en común, la de vivir bajo el mismo techo, que permite realizar el estado matrimonial, es decir, modo de vida que sólo puede llevarse a cabo y cumplirse cuando ambos consortes viven juntos. Se trata de una obligación fundante, por cuanto que si no hay vida en común, no se pueden cumplir los otros fines naturales del matrimonio para constituir la familia, para que si hay hijos, pueda ejercerse convenientemente la patria potestad por ambos padres. Para que exista la ayuda mutua, no solo en lo que se refiere a alimentos, sino también a la ayuda de carácter moral, espiritual, que la Ley supone entre los consortes. A su vez, la obligación de fidelidad y el débito carnal, cuando las condiciones fisiológicas de los consortes lo permitan, necesariamente se basan en la vida en común. (3)

Podría pensarse que la simple separación física no parece suficiente para el rompimiento del matrimonio, pues debe haber una ruptura conyugal y despreocupación del cónyuge que se separa, pero también cabe preguntarse si no se comprende todo eso en la separación física. Es decir, estimo que la separación física sin causa justificada, es una presunción suficiente que demuestra que el cónyuge que se separa rompe los lazos matrimoniales y los afectivos, y se despreocupa absolutamente respecto al otro cónyuge y sus hijos. ¿Porque hacer más gravosa la situación al cónyuge inocente, y más pesada la carga de la prueba? En definitiva, creo que no deben mezclarse las dos causales (La VIII y la XII, y esta causa sólo debe comprender la separación injustificada, que presume el rompimiento de la convivencia conyugal.

Elementos que Integran esta Causa.-

Los elementos que hay que tomar en cuenta para que proceda esta causal son:

a).- La existencia del matrimonio.

b).- La existencia del domicilio conyugal y

c).- La separación de uno de los cónyuges de la morada conyugal por más de seis meses sin motivo justificado.

Además, están como supuestos lógicos y jurídicos la falta de la vida en común en la casa habitación de los cónyuges y el hecho que la separación debe prolongarse por más de seis meses " Sin causa justificada ". Sobre el particular, y en relación a la prueba, se venía sosteniendo que la injustificación de la separación correspondía probarla al actor. Esta interpretación ha sido radicalmente modificada por jurisprudencia de la suprema corte de justicia de la nación, al decir que la "Actual Integración de la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, no comparte el criterio que se había venido sosteniendo en el sentido de que, para la procedencia de la causal de divorcio por la separación de uno de los cónyuges de la casa conyugal, competía al actor demostrar, entre otros extremos, la separación injustificada del cónyuge demandado por más de seis meses consecutivos, y no comparte dicho criterio porque con ello equivaldría a obligar al actor a probar generalmente un hecho negativo, cuando es que la separación no es justificada, y siendo un principio de derecho que

el que afirma está obligado a probar, la conclusión que se impone es que si el cónyuge abandonante admite la separación del hogar conyugal, pero agrega que ésta tuvo causa o motivo, como por ejemplo, que su consorte lo golpeo, lo corrió o lo amenazó de muerte, etc., es al cónyuge abandonante a quien incumbe acreditar esos hechos que justificarían la separación. Así pues, para la procedencia de la causal de divorcio por separación de uno de los cónyuges de la casa conyugal, a que se refiere la Frac. VIII del Artículo 323 del Código Civil Gto., al actor sólo compete demostrar:

- 1.- La existencia del matrimonio
- 2.- La existencia del domicilio conyugal, y
- 3.- La separación del cónyuge demandado por más de seis meses consecutivos, acreditando el hecho de la separación o abandono del hogar conyugal. Corresponde al cónyuge abandonante demostrar que tuvo causa justificada para hacerlo.

Por otro lado, surge el problema sobre que debe entenderse por causa justificada en la separación de la casa conyugal por alguno de los cónyuges. Sobre el particular Eduardo Pallares, hace las siguientes preguntas:

- a).- ¿ Que debe entenderse por causa justificada ?
- b).- ¿ La justificación será de naturaleza legal o inclusive moral y social ?
- c).- ¿ Ha de ser causa grave ?

d).- ¿ Autoriza la Fracción VIII que el cónyuge se separe y se haga justicia por si mismo ?

e).- ¿ Los jueces gozan de prudente arbitrio para considerar los hechos alegados por el cónyuge que se separa como causa justificada ?

Al responder a estas interrogantes, establece que la causa justificada dependerá de la delicadeza de las personas, puesto que algunas la considerarán como un lenguaje grosero la justificación para separarse, en cambio para otras personas no tendría mayor importancia. Que la justificación no se refiere sólo a aspectos legales, sino también a los aspectos morales y sociales, y aquí debemos tomar en cuenta la importancia que en ésta materia tiene la moral y la religión.

Que la causa de separación debe ser grave, toda vez que el interés de la sociedad y el Estado está en que se conserve la permanencia y unidad entre los cónyuges; que en cierta forma la Ley permite hacerse justicia por si mismo al cónyuge que se separa por causa que estima justificada; y por último, que el Tribunal goza de prudente arbitrio para calificar y determinar cuando son justificadas las causas.

Caducidad.-

Por último, se debe determinar si el Derecho caduca por no ejercerse la acción dentro de los seis meses siguientes a partir de la fecha en que se cumpla el término de seis meses de separación sin causa justificada. En este caso, existen Tesis de la Suprema

Corte de Justicia de la Nación en el sentido de que la acción no caduca porque se trata de una relación continua y es de tracto sucesivo. Debemos tomar también en cuenta que la misma causal no permite que opere la caducidad, pues opera por la separación de la casa conyugal " Por más de seis meses " lo que significa que si hubieran pasado treinta o cuarenta meses la misma causal es materia de divorcio.

4.2. FRACCION IX

IX.- La Separación Del Hogar Conyugal Originada Por Una Causa Que Sea Bastante Grave Para Pedir El Divorcio, Si Se Prolonga Por Más De Un Año, Sin Que El Cónyuge Que Se Separó Entable La Demanda De Divorcio.-

No se encuentra prevista en la legislación anterior, salvo en el Código Civil de 1884 que está involucrada en el abandono por causa injustificada como causal del divorcio.

Tenemos en ésta causal una segunda forma o manera de separación del hogar conyugal. En ésta el cónyuge que se separa no viola los deberes y obligaciones señalados en la anterior, porque se separa habiendo causa suficiente. Sin embargo, al no demandar basandose en la causal que tiene a su favor, y dar la oportunidad para que el cónyuge que quedó en el domicilio lo demande, viola el deber de vida en común, es decir, la unidad a la que se comprometieron y la convivencia en el domicilio conyugal, y la permanencia del matrimonio como característica de la Institución.

En esta Fracción se parte del supuesto de que el cónyuge que se separa, lo hace porque el otro le dió causa de divorcio. En este caso el cónyuge inocente debe, con base en la Fracción IX que se estudia, entablar necesariamente la demanda de divorcio.

Según esta causa, por el simple transcurso de un año el cónyuge culpable tiene derecho para demandar el divorcio. Ahora bien, cabe preguntarse si el derecho del cónyuge culpable caduca o no, cumplidos los siguientes seis meses. Sobre el particular existe una sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que dice en este caso la acción no caduca. La Tesis es la siguiente: " Para que proceda el divorcio fundado en la causal prevista en la Fracción VIII del Artículo 141 del Código Civil del Estado de Veracruz o en las disposiciones relativas de los Códigos de otras entidades que contienen la misma causal. Es necesario que concurran los elementos siguientes:

- a).- La existencia de una causa bastante para pedir el divorcio, o sea, alguna de las comprendidas en las otras fracciones de los artículos relativos.
- b).- Que precisamente esa causa, sea la que origine la separación del hogar conyugal, y.
- c).- Que tal separación se prolongue por más de un año, sin que el cónyuge que se separó entable su demanda contra el otro, por la causa que le dió.

Lo anterior parece indicar que pasados los seis meses, sin que el cónyuge inocente intente la acción de divorcio, todo favorece al culpable e inclusive este puede intentar después en cualquier

tiempo plantear su acción de divorcio, y puede privar al inocente de la Patria Potestad de los hijos.

Sin embargo, debemos tomar en cuenta por otro lado, que la sociedad y el Estado están interesados en que las situaciones jurídicas no queden indefinidas y menos tratándose de matrimonio. No es tolerable una situación de incertidumbre. ¿ Está una pareja casada ? Al cónyuge inocente se le da la oportunidad de divorcio y conservar los hijos. De aquí la responsabilidad del Abogado de aconsejar oportuna y verazmente al cliente. No deben influir en este caso las creencias religiosas, toda vez que el divorcio Civil solo tendrá efectos civiles en relación a los bienes y a la custodia de los hijos, y no al aspecto sacramental por lo que debe hacerse reflexionar al cliente sobre esta cuestión.

4.3. FRACCION XVIII

Causal XVIII.- La Separación De Los Cónyuges Por Más De Dos Años, Independientemente Del Motivo Que La Haya Originado, La Cual Podrá Ser Invocada Por Cualquiera De Ellos.-

No hay antecedentes en los Códigos Civiles de 1870 y 1884. Tampoco se hace mención de causa semejante en la Ley Sobre Relaciones Familiares. Como antecedentes nacionales, encontramos causa semejante 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 Frac. IX y 425 Frac. VIII).

A diferencia de la causal que se estudia, debe destacarse que en ambos códigos estatales, además de la separación del hogar conyugal, establecen como elemento de la causal la " desavenencia entre los cónyuges ". Es decir, no basta la simple separación como aparece en la Fracción que analizamos. Parece haber más congruencia en ambos códigos estatales por la importancia del matrimonio y su necesaria protección.

Esta causal es de reciente creación y sorpresivamente apareció en las reformas al Código Civil publicadas en el Diario Oficial del 27 de Diciembre de 1983. Digo sorpresivamente porque 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 y del Distrito Federal de la Cámara de Diputados.

Como argumentación, en el documento que presentó al Congreso la citada Comisión, se expresa que: " 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 solicitar la disolución del vínculo matrimonial mediante un juicio de divorcio voluntario ".

En el Congreso se debatió sobre esta causal. Quienes la apoyaron expresaron que la separación " Es una situación de hecho, un divorcio real que opera casi con toda plenitud, pero que carece de existencia jurídica legal..." ... Era una necesidad inaplazable....

" En la actualidad, innumerables parejas se separan por diversos

motivos sin establecer una demanda de divorcio. De hecho existe ya un rompimiento de los lazos afectivos y muchas veces también de las obligaciones económicas ".... " Se ofrece la oportunidad de regularizar situaciones a veces incómodas, y de matrimonios que se encuentran desintegrados desde hace tiempo ".

En otra intervención el Diputado en turno expresa que la causal obedece; " A lo que la experiencia nacional muestra en múltiples casos sobre todo entre personas de escasa preparación, de cultura media y de poca información en cuestión de orden legal ". En estos casos, " Verdaderamente numerosos " quiénes han contraído matrimonio " Se separan por la razón que sea, y después de años creen de buena fé que el matrimonio se extinguió por una especie de prescripción negativa según quien así lo considera ". Por último se afirma que se trata de poner " Un hasta aquí, a una relación totalmente carente de significado afectivo, carente del 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, y que perjudica necesariamente a la sociedad ".

Quiénes se expresaron en contra a la adición manifestaron que "Esta causal no está relacionada a ninguna causa moral, ninguna falta a la moral social, laica.... " Sino " simplemente la separación haya sido justificada o no ".

Se considera que se " Amplia el divorcio en toda esta iniciativa, se aumentan las causas y se vanaliza el vínculo matrimonial ". Como " Para el divorcio se dan mas facilidades, habrá más divorcios ". Se alega que se presta a abuso precisamente en esta causal; " Esto

nos parece entonces engloba el espíritu no de integración familiar, como aquí se vino a precisar, no de protección del vínculo familiar, sino mas bien de disolución familiar; estamos en contra de este Artículo ". También se señala el hecho de que se esta afirmando sin estadísticas y que esta causal es bastante disolvente, sobre todo porque " No marca causas, simplemente por eso, es una causal más, pero 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.

Esta causal se estudiará desde tres puntos de vista: Comparandola con otras que tratan también de casos de separación. Analizando su contenido desde el punto de vista jurídico y moral, sobre todo para detectar si se respeta el principio de protección y promoción del matrimonio como Institución permanente.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS:

(1) Amparo Directo 6798/ 1957, Juan Francisco Ruiz, Unanimidad de 4 Votos, Sexta Epoca, Vol. XV, Cuarta Parte, Pág. 213. Amparo Directo 3478/ 1959, Amparo Coutiño de Sánchez, Unanimidad de 4 Votos, Sexta Epoca, Vol. XX, Cuarta Parte, Pág. 96. Amparo Directo 4141/ 1958, Pedro Millán González, 5 Votos, Sexta Epoca, Vol. XXIV, Cuarta Parte, Pág. 148. Amparo Directo 263/ 1960, Angel Perales Rodríguez, Unanimidad de 4 Votos, Sexta Epoca, Vol. XXXIV, Cuarta Parte, Pág. 85.

(2).- Amparo Directo 1045/1971/1a, Manuel Anselmo Lira, Febrero 3 de 1972, Unanimidad de 4 Votos, Ponente: Mstro. Mariano Ramírez Vázquez, 3a. Sala, Séptima Epoca, Vol. 38, Cuarta Parte, Pág. 54.

(3).- Derecho Civil Mexicano, Tomo II, Derecho de Familia, Pág. 108, Antigua Librería Robredo, México 1962.

SUMARIO

C A P I T U L O Q U I N T O

ESTUDIO COMPARATIVO DE LAS CAUSALES ANTES SEÑALADAS

5.1. Estudio Comparativo.

CAPITULO QUINTO.

ESTUDIO COMPARATIVO DE LAS CAUSALES ANTES SENALADAS.

5.1. ESTUDIO COMPARATIVO

Dentro de las causales contenidas en el Artículo 323 C. C. Gto., actualmente hay tres que se refieren a la separación de los cónyuges.

para su estudio hago una transcripción literal de ellas y dicen:

Artículo 323 del Código Civil del Estado de Guanajuato dice:

Son causas de divorcio: Que en las Fracciones respectivas dicen:

VIII.- " La separación del hogar conyugal por más de seis meses sin causa justificada " .

IX.- "La separación del hogar conyugal originada por una causa que sea bastante grave para pedir el divorcio, si se prolonga por más de un año, sin que el cónyuge que se separó entable la demanda de divorcio;La acción concedida al cónyuge que dió causa a la separación del otro del domicilio conyugal, solamente tiene por objeto obtener la disolución del vínculo matrimonial; pero los efectos que por esto se produzcan en relación con la situación de los hijos y las obligaciones de suministrar alimentos, se resolverán teniendo como cónyuge culpable al que se compruebe que

incurrió en alguna de las causales mencionadas en las demás fracciones de este Artículo ".

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

La acción podrá ejercitarse en cualquier tiempo y no tendrá más objeto que declarar la disolución del vínculo, conservando ambos la patria potestad de los hijos y quedando vigentes todas las obligaciones relativas a alimentos. La custodia de los menores la tendrá el cónyuge con el cual hayan vivido, pero los menores que hubieren cumplido catorce años, podrán elegir a su custodio. El contrato de matrimonio con relación a los bienes terminará al declararse el divorcio y se procederá a la liquidación en los términos de la Ley, sin perjuicio de lo que las partes convinieran al respecto ".

Comparandolas podremos observar semejanzas y diferencias.-

Como semejanza esta el hecho de que las tres tratan de la separación de alguno de los consortes. Como diferencias, las dos primeras señalan que la separación es de la casa conyugal o del hogar conyugal; la tercera no hace referencia alguna a la casa u hogar conyugal, de donde surge la primera interrogante: ¿ La separación no toma en cuenta el hogar conyugal ?. ¿ Separación de donde ?. ¿ Es sólo por el hecho de no vivir juntos, sin que nadie deba permanecer en la casa u hogar conyugal ?.

En las dos primeras existe, además de la separación, la causa que genera el hecho ilícito, en la primera la separación es injustificada, en la segunda es justificada la separación pero la causal se da al no demandar dentro del año de la separación, mientras que en la tercera, al señalar que la separación es "Independientemente del motivo ", permite que por cualquier causa justa o injusta se pueda destruir el matrimonio demandando el divorcio correspondiente. Simplemente cuando algún consorte tenga que trasladarse a otro lugar por necesidades de trabajo, de salud, por motivo de servicio exterior, etc., o bien porque internamente hubieren convenido en una separación, por el simple transcurso del tiempo, sin ninguna otra característica, se hace procedente el divorcio.

Dentro de las causales existentes que hacen referencia a la separación, dos de ellas contemplan a uno de los cónyuges como culpable. La prevista en la Fracción VIII trata de la separación del hogar conyugal sin causa justificada, es decir, la separación maliciosa que rompe la convivencia conyugal, señalando como culpable al que se separa. La segunda trata también de la separación conyugal y genera una causa en favor del culpable si el inocente no demanda oportunamente el divorcio, para evitar una situación de incertidumbre. En ambas causales existe un culpable. En la primera es el que se separa sin causa justificada; en la segunda, habiendo causa justificada de separación y fundamento bastante para pedir el divorcio, la inactividad genera un derecho en favor del culpable, cambiándose los papeles. Pero la tercera causa de separación es distinta a las señaladas. No puede aceptarse

que sea una repetición de alguna de ellas. La causal consiste en la separación, independientemente de que exista o no culpable e independientemente de que exista o no convivencia conyugal. Es una causa objetiva que produce el divorcio. Sólo el hecho de la separación es suficiente cuando ésta dura más de dos años.

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 la separación pueda acreditarse por el hecho de que los cónyuges viven en domicilios diversos, ya que esa 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 examina; de otra manera se consentiría la existencia de situaciones anormales. 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 cuando la separación es voluntaria y de esa manera no 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 autónoma (De divorcio) e independiente de cualquier otra. Los actos que revelan el cumplimiento de algunas obligaciones conyugales, así como el ejercicio de la patria potestad por parte de los cónyuges, 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 al estado matrimonial que se prolongue de manera indefinida. (1)

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, como pretender proteger al matrimonio y a la familia, si basta el deseo de uno de los consortes para extinguir el matrimonio.

Con esto se rompe el principio general que dice que la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes. (Art. 1284 C.C. Gto.), que traducido al matrimonio, significa que ninguno de los consortes unilateralmente

puede disolver el matrimonio. Ya observamos que las Instituciones Familiares son permanentes. Referido al matrimonio, también la permanencia es una característica de él. Confirma la permanencia la necesaria presencia del funcionario oficial para la constitución y disolución de la institución; en el matrimonio, su celebración requiere la declaración del Jefe del Registro Civil y su disolución, aún habiendo convenio entre consortes, requiere la declaración del Juez del Registro Civil en el administrativo, o del Juez de lo Familiar en el divorcio voluntario judicial y, con mayor razón, cuando hay un conflicto entre consortes, el cual deberá resolverse por sentencia judicial.

Debe respetarse y salvaguardarse este principio, el cumplimiento de las obligaciones, en concreto cumplimiento de los deberes y obligaciones conyugales y la permanencia del matrimonio, no puede dejarse al arbitrio de uno de los consortes.

Actuación Judicial.-

Esta 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 este luchando por la continuidad del matrimonio, no solo en beneficio propio sino también en protección y ayuda de los hijos. Basta que el otro, que

pueda 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.

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, 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 323 C.C. Gto., sólo por esa causal puede demandarse el divorcio, sin ser posible que por analogía o mayoría de razones 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 preve la situación de hecho generada por el cónyuge culpable no podrá invocarse la que se estudia, porque es de estricta aplicación cada una. ¿ Como 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 destrozr matrimonios. Ya expresamos que la acción de divorcio se da al consorte inocente, respetando el principio jurídico de que el culpable no pueda 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.

Contra la Permanencia del Matrimonio.-

Esta causal viola al 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 "Esta (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.

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 familiar y conyugal.

Resolver Situaciones Inciertas.-

Se pretende que con esta causal se resolverán jurídicamente situaciones inciertas. Si se invoca como fundamento de esta causal que servirá para resolver situaciones de incertidumbre conyugales, en la exposición de motivos del decreto debieron de haberse dado los fundamentos y estadísticas en que se basaron. Es decir, señalar

porque se estima perjudicial para alguno de los consortes no quedar libre por el sólo transcurso del tiempo, podría pretenderse que con ello se resuelven situaciones por las cuales uno de ellos (normalmente la mujer) niega al otro el divorcio voluntario, y como el que se separa es culpable no puede invocar ninguna causal para resolver su situación y desligarse del consorte para vivir tranquila y legalmente. ¿ Es esta la manera de resolver una situación ?; o bien, se pretende permitir que el cónyuge culpable conserve su situación en perjuicio de quien lucha por la integración del matrimonio ? no es posible aceptar que en el matrimonio existan situaciones de incertidumbre. Solamente pueden señalarse los casos de ausencia o presunción de muerte, pero en los demás casos la separación se origina por alguna causa que produce como efecto la separación, esa causa es la que debe ser considerada en la resolución judicial. Señalar como causa separación cuando la separación es el efecto, es alterar la lógica de los acontecimientos y violentar el orden jurídico. Las causas producen los efectos. En el divorcio, las causas son los actos ilícitos cometidos por un consorte en perjuicio de otro (o de los hijos), o los casos de enfermedad o presunción de muerte, que generan el divorcio-sanción o el divorcio-remedio. Las causas podrán ser los golpes, las injurias, amenazas, o actos de perversión en contra del consorte o los hijos, etc., basarse en los efectos con independencia de las causas, pueden generarse situaciones de injusticia no tolerables para el derecho que tiene para el fin lograr la justicia, la igualdad y el bien común.

Claramente se ve la vinculación de causa a efecto en las dos primeras causales que tratan de separación, donde se señala la separación como efecto de la actitud maliciosa de uno de los cónyuges o la negligencia del otro al no demandar oportunamente el divorcio. En la tercera el legislador omite la causa que produce la separación pretendiendo con eso resolver situaciones inciertas, y lo único que logra es generar situaciones de desequilibrio y desintegración. Por el mero hecho de la separación no existe situación incierta. La separación es consecuencia de algo y de alguien. Hay una causa y alguien que la genera en las relaciones familiares y conyugales.

Aplicación a Casos Concretos.-

No es posible aceptar, ni humana ni jurídicamente, que: Independientemente del motivo " un cónyuge pueda " Divorciar al otro" y que el Juez se limite a tomar el tiempo transcurrido de la separación. ¿ Como queda la protección del matrimonio ? ¿ donde el arbitrio judicial para calificar las graves causas que deben dar lugar al divorcio ?. Debe necesariamente en beneficio del País, de la familia y del matrimonio limitarse el alcance.

Con el principio, sólo el inocente puede demandar el divorcio por lo tanto esta causal se tendría que invocar cuando hubiera una separación no culposa para resolver una situación de incertidumbre. Los Tribunales federales han encausado esta fracción que se comenta delineando su procedencia. El Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito ", " Considera que la causal del divorcio que contempla, surgió para ajustar la legislación a la realidad

social a fin de regularizar la situación jurídica fáctica de una gran cantidad de parejas en esta capital que estando casados sólo mantienen el vínculo jurídico formal, el que en realidad a quedado destruido irreversiblemente, habiéndose formado en muchos casos nuevos núcleos familiares debidamente integrados, inclusive, y que por diversos motivos no han podido conseguir el divorcio, por lo que es aplicable sólo a quienes se encuentran en esa situación, de modo que para que proceda el divorcio con apoyo a esta causal deben reunirse los dos siguientes elementos:

a).- Que la separación se de con el animo o propósito de extinguir, o dar por concluido el vínculo matrimonial y dejar de cumplir con los fines del matrimonio y las obligaciones que de este se derivan, como puede ser la ayuda mutua entre los cónyuges, el acuerdo para la educación y formación de los hijos, la perpetuación de la especie, el ánimo que puede manifestarse en forma expresa o tácita, mediante actos, misiones o manifestaciones de cualquier índole que así lo revelan y.

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 del mismo 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. (2)

El Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito también se refiere a esta causal y señala que el motivo de la separación es porque ya no cumplen " Con los fines de el matrimonio y las obligaciones jurídicas que de él se derivan, como son, entre

otras cosas, la ayuda mutua entre cónyuges, la obligación de proporcionar alimentos, la perpetuación de la especie, la educación de los hijos, etc. , por lo que si los cónyuges estuvieron separados por dos años o mas por virtud de un mandamiento judicial, es evidente que esta separación no encuadra dentro de hipótesis normativa prevista en la Fracción XVIII del Artículo 323 C. C. Gto., en atención a que dicho supuesto no fué el que inspiró al legislador para establecer la causa de divorcio. (3)

Lo anterior significa que no toda separación disuelve el vínculo conyugal sino sólo aquella en que se demuestre el rompimiento del matrimonio y sus fines.

Alimentos.-

Partiendo del supuesto que en esta causal no se culpa a alguno de los cónyuges, como ha sido reconocido por los tribunales federales, surge el cuestionamiento sobre los alimentos que requiere alguno de los divorciantes, al no estar claramente prevista esta situación en el Código Civil en el Artículo 342 (Gto.) que determina los alimentos tanto en el divorcio voluntario como en el contencioso y en este último al hacer referencia al cónyuge culpable.

El Cuarto Tribunal del Primer Circuito, establece la obligación alimentaria en estos términos: " En este Organó Jurisdiccional se estima que, el Artículo 288 del Código Civil par el Distrito Federal adolece de una laguna, que debe integrarse conforme a las normas fijadas por los artículos 19 de dicho ordenamiento y 14 de la Constitución General de la República. El vacío de la Ley radica en la falta de regulación precisa y pormenorizada de la

subsistencia de la obligación de los cónyuges de darse alimentos en el caso de que se disuelva el vínculo matrimonial por la causal de divorcio fijada en el Artículo 267, Fracción XVIII, del Código invocado (323 Fracción XVIII C.C. Gto.), por la cual no se califica la culpabilidad o inocencia de los consortes, toda vez que la norma en comento sólo preve directamente las situaciones de divorcio necesario en las que se hace esa calificación y las de divorcio por mutuo consentimiento, sin que la que nos ocupa quede comprendida en ninguna de esas categorías; sin embargo, de un cuidadoso estudio se colige que el principio general adoptado en esa Ley respecto de los alimentos entre cónyuges en casos de divorcio en general, consiste en conservar subsistente el derecho del que los necesita si no ha sido declarado culpable de la disolución del vínculo, sujeto a las modalidades que exige la naturaleza jurídica de tal obligación en ese evento y a las circunstancias del caso, tales como la capacidad de los cónyuges para trabajar y su situación económica, sin excluir de modo expreso el divorcio necesario fundado en la causal mencionada. En acatamiento de las normas de integración aludidas, se estima que la laguna debe llenarse por el juzgador, mediante la aplicación de los lineamientos jurídicos dados por la Ley para los otros supuestos del divorcio necesario, que ya se enunciarón, por una aplicación analógica y tomando en consideración que donde existe identidad de razón debe aplicarse la misma disposición; de modo que procede la condena al pago de alimentos en favor del cónyuge que los necesite y en contra del que tenga posibilidad de darlos, tomando en cuenta las constancias de autos, la capacidad actual de los dos para

trabajar y su situación económica, además de los elementos que deben tenerse presentes siempre que se va a decidir una controversia sobre alimentos, valorandolas cuidadosamente y en uso de un prudente arbitrio.

Sin embargo, existe una ejecutoria contraria del Tercer Tribunal del Primer Circuito que con una interpretación meramente gramatical, y no apegada a la realidad social de nuestro País, niega este derecho al divorciante necesitado y esta es la siguiente: " La causal prevista en la Fracción XVIII del Artículo 267 C.C. D.F. (323 C.C. Gto.) No establece culpa de ninguno de los cónyuges cuando el divorcio verse sobre ella, no se esta dentro de la subsistencia de la obligación, porque no establece la Ley que así ocurra en los casos de divorcio basados en la indicada causal, ya que ni hay culpable, ni se trata de un divorcio por mutuo consentimiento que de pauta a tal prestación. En tales condiciones, en esta causal no hay obligación de proporcionar alimentos ". (4)

Practica Judicial.-

En la práctica se observa que esta causal se aprovecha en lugar de divorcio voluntario y también se utiliza en sustitución de la causal verdadera. En ambos casos estamos ante la precencia de un posible fraude legal.

En el primer supuesto es decir, el uso de esta nueva causal en sustitución del divorcio voluntario judicial se presentan algunos afectos que conviene analizar, destaco que se encontró una forma de incumplir o violar lo que la Ley dispone en los casos de divorcio voluntario judicial. En el C.C., se previene que el

convenio que se presente al tribunal se cuidara lo siguiente, lo relativo a los hijos habidos en el matrimonio, designado a la persona a quien deben ser confiados, tanto durante el proceso como después de ejecutoriado el divorcio. Los alimentos que deben darse a los hijos durante el procedimiento y después de ejecutoriado el divorcio y también los alimentos que deben darse a cada uno de los cónyuges; en ambos supuestos debe asegurarse el pago mediante alguna garantía que debe otorgarse. Debe señalarse la casa que servirá de habitación a los consortes. Por último, debe ser materia del convenio la forma como se administran los bienes de la sociedad conyugal durante el procedimiento y todo lo relativo a la disolución de la misma.

En la práctica simplemente se ponen de acuerdo los consortes, o uno es forzado al arreglo; uno de ellos demanda invocando la separación por más de dos años, sin precisar en su demanda a cargo de quien quedan los hijos; no se menciona nada sobre la forma y manera como se ejercerá la custodia, el derecho de visita que tendrá el otro progenitor. No se trata nada sobre, los alimentos, ni su garantía. El otro divorciante se allana o contesta afirmativamente la demanda. Lo único que importa es el divorcio. Esta causal, como se esta utilizando abre una puerta en perjuicio de los hijos y del cónyuge débil y hace nulas las garantías que el legislador estableció en beneficio de ambos.

Estimo que en estos casos del legislador debe actuar para frenar la realidad que se observa en los tribunales y establecer, mediante adición al Código Civil, que en caso de allanamiento a la demanda o contestación afirmativa en todo proceso judicial, es obligatorio

para los divorciantes formular y presentar al Juez para su aprobación un convenio, con lo cual estimo se puede evitar esta practica viciosa.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS:

(1).- 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, Informe 1988, Tercera Parte, Tribunales Colegiados, Pág. 298.

(2).- Amparo Directo 336/ 85, Ma. Magdalena Angeles Rodríguez, 7 de Marzo de 1986, Unanimidad de Votos, Ponente: Leonel Castillo González, Informe 1986, Tercera Parte, Tribunales Colegiados, Pág. 227.

Amparo Directo 1205/ 87, María de la Luz Cela Polo, 3 de Julio de 1987, Unanimidad de Votos, Ponente: Rafael Contreras González, Secretario: Arturo Ramírez Sánchez, (Informe 1987, Tercera Parte, Tribunales Colegiados, Pág. 183.

(4).- Amparo Directo 993/ 88, Patricia del Socorro Quintero González, 6 de Mayo de 1988, Unanimidad de Votos, Ponente: Manuel Ernesto Saloma Vera, Secretario Guillermo Campos Osorio, Informe 1988, Tercera Parte, Tribunales Colegiados, Pág. 289.

FALTA PAGINA

N^o 1 1^a 2 a la.....

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

Una vez concluido el presente trabajo y avocandome a las tres causales del Artículo 323, Fracciones VIII, IX y XVIII del Estado de Guanajuato, puede llegar a las conclusiones siguientes esperando que sean de utilidad.

Primera.-

Al analizar las Fracciones VIII, IX y XVIII del Artículo 323 del Código Civil del Estado de Guanajuato, se pueden observar las siguientes semejanzas y diferencias.

Semejanzas:

Las tres se refieren a la separación de alguno de los consortes.

Diferencias:

Las dos primeras señalan que las separaciones son de la casa conyugal o del hogar conyugal; la tercera no hace referencia alguna a la casa u hogar conyugal.

En las dos primeras además de la separación, la causa que genera el hecho ilícito, en la primera la separación es injustificada, en la segunda es justificada la separación pero la causal se da al no demandar dentro del año de la separación; mientras que la tercera, al señalar que la separación es "independientemente del motivo", permite que por cualquier causa justa o injusta se pueda destruir el matrimonio demandando el divorcio correspondiente.

De aquí surgen varias interrogantes, entre las que tenemos: separación de donde?, ¿La separación no toma en cuenta el hogar conyugal?, ¿Es sólo el hecho de no vivir juntos, sin que nadie deba permanecer en la casa u hogar conyugal?.

Atendiendo al Código Civil del Estado de Guanajuato en su Título Quinto, Capítulo II de los Derechos y Obligaciones que nacen del matrimonio, Artículo 160 que dice: " Los cónyuges están obligados a vivir juntos en el domicilio que fijen de común acuerdo ". Sirve de fundamento a este cuestionamiento; si bien es cierto que en la Fracción VIII y IX del Artículo 323 del C.C. del Estado se esta hablando de un " Domicilio conyugal " que al respecto lo define el Diccionario de Derecho de Rafael de Pina Vara, Decima Segunda Edición, México 1984 y dice: "Domicilio conyugal es el domicilio común de los cónyuges" y domicilio legal es el lugar donde la Ley fija la residencia de una persona para el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones; y además, atendiendo al Artículo 30 del C.C. de Gto., que dice: Se presume el propósito de establecerse en un lugar, cuando se reside por más de seis meses en él.

Si observamos en el Artículo 160 de nuestro Código Civil no se esta hablando directamente de un "Domicilio conyugal" sino de un domicilio que fijen de común acuerdo (Viviendo indiscutiblemente el hombre y la mujer en el mismo domicilio); ese domicilio se esta tomando como domicilio conyugal porque ahí se están cumpliendo con los fines del matrimonio y si hay una ausencia maliciosa se están eludiendo las obligaciones y como consecuencia los fines del matrimonio y aún cumpliendo con algunas obligaciones y estando

ausente del domicilio que de común acuerdo se estableció se esta cometiendo un ilícito pues no se esta cumpliendo con todos los fines del matrimonio como se marca en el Artículo 159 del C.C. del Estado y dice: Los cónyuges están obligados a contribuir cada uno por su parte a los fines del matrimonio y a socorrerse mutuamente " Por tal motivo se esta hablando de un domicilio conyugal aunque también se puede hablar de un domicilio que se estableció de común acuerdo. Con ello se puede hablar de una separación del domicilio establecido de común acuerdo estando obligados a vivir juntos en ese domicilio en base al Artículo 160 del C.C. del Estado de Gto. Partiendo de este supuesto al primero que se le compruebe que se separó del domicilio establecido de común acuerdo estando obligado a vivir en el, esta cometiendo un ilícito y en relación a la Fracción XVIII del 323 del C.C., hay cónyuge culpable aunque el divorcio se de independientemente del motivo que la haya originado, pues es una separación maliciosa y estoy de acuerdo en que haya divorcio por tal causa porque en dos años y sin hacer el intento por regresar o reconciliarse se esta demostrando que ya no hay ningún sentimiento ni interés de por medio entre los cónyuges. Pero si hay hijos de por medio asegurar para ellos una pensión alimenticia pues si hay ilícito, por parte del cónyuge que se separó primero maliciosamente. Y si se pudiera demostrar tal extremo al que se separó tenerlo como cónyuge culpable, y si no pudiese demostrarse se tomarán a los dos como culpables protegiendo solamente el bienestar de los menores.

Segunda.-

Si la causal plasmada en la Fracción XVIII del Artículo 323 del C.C. del Estado de Gto., se plasmó con el objeto de resolver jurídicamente situaciones inciertas; para resolver situaciones de incertidumbre conyugal, ya que existen un gran número de parejas separadas desde hace mucho tiempo algunas de las cuales ya hasta han constituido otra familia de hecho y con esta causal regularizan su situación jurídica, ya que es sabido que una situación irregular como lo es en este caso del abandono malicioso que se plasma en la Fracción XVIII, rompe con los lazos afectivos y muchas veces también las obligaciones económicas. Con esta causal se ofrece la Oportunidad de regularizar situaciones a veces incómodas y de matrimonios que se encuentran desintegrados desde hace tiempo.

A mi manera de ver esta causal suple a la contenida en la Fracción IX del Artículo 323 del C.C. de Gto., pues ya no tendría razón de ser porque por un lado dice textualmente: " La separación conyugal originada por una causa que sea bastante grave para pedir el divorcio, si se prolonga por más de un año, sin que el cónyuge que se separó entable la demanda de divorcio ". En esta Fracción se parte del supuesto de que el cónyuge que se separa, lo hace porque el otro le dió causa de divorcio. En este caso el cónyuge inocente debe, con base en la Fracción IX que se estudia, entablar necesariamente la demanda de divorcio. Lo anterior parece indicar que pasados los seis meses, sin que el cónyuge inocente intente la acción de divorcio, todo favorece al culpable e inclusive este puede intentar después en cualquier tiempo plantear su acción de divorcio, y puede privar al inocente de la patria potestad de los hijos.

Por eso digo que no tiene caso que este plasmada esa Fracción IX porque además de las causas que hayan dado origen a esa separación, encuadran en alguna de las enumeradas en el Artículo 323. Por eso me atrevo a decir que la Fracción XVIII suple a la IX al menos en la Fracción XVIII se conserva la patria potestad y solamente debe tomarse como cónyuge culpable al que abandono para efectos de la pensión alimenticia como autor de un hecho ilícito, ya que como todo ser humano no somos perfectos. En el lapso de dos años se puede estar seguro de que se quiere un divorcio o bien rectifica sus fallas dentro del ambiente familiar y trata de corregir esas fallas.

Dentro de la causal de la Fracción XVIII, cuando sea invocada debe de llevarse un convenio para proteger a los menores. Cuando esto no sea posible autorizar al juez para dispensarlo en cada caso concreto.

Tercera.-

En esta tercera conclusión me salgo un poco fuera de lo que hemos venido tratando, que aunque no sea jurídico, si es de suma importancia dentro de lo jurídico. El aspecto humano es muy importante, porque a cada uno de nosotros como individuos nos interesa el bienestar común y al Estado también le interesa guardar un orden; el Estado por medio de las Leyes cumple con ese cometido de seguridad social para cada uno y todos nosotros, por ello es importante considerar al ser humano en cada época y lugar en que se encuentre, porque es el fundamento para adecuar las Leyes; dicho de otra manera, las leyes de cada Estado y cada País

es meramente informativa y comparativa para tratar de tomar de esas distintas Leyes la que se adecúe a nuestra época y lugar, ya que las necesidades de cada época y cada País son diferentes y así se adoptan o se tienen diferentes culturas, costumbres, ideologías y hasta economía, nosotros como individuos debemos de hacer un esfuerzo en tratar de ayudar al Estado a cumplir con esa finalidad, ya sea respetando esas Leyes dictadas, observando y respetando la moral y las buenas costumbres, además si se puede, contribuyendo un poco con el Estado como se ha venido haciendo, como manera de ejemplo: Jefes de cuadro, comités, asociaciones civiles, centros de desarrollo, centros de capacitación y empleo y un sin número de corporaciones más, que aplicandolo a nuestro tema que hemos venido tratando, se podría contribuir haciendo un esfuerzo para conservar nuestra unidad familiar, es cierto que como seres humanos tenemos muchas fallas; tenemos virtudes y defectos, pero tratemos de que nuestras virtudes afloren y sobresalgan a nuestros defectos. Pues nuestros defectos son los que aniquilan nuestros hogares (Relación conyugal)

A nosotros mismos y por ende causan un desequilibrio al Estado. Cuantas parejas se han divorciado o separado sin ser su convicción, simplemente se cierran en uno de sus defectos como es el orgullo y el machismo, y la mujer en su dignidad y humillación. Seamos seres racionales. Ese machismo enfocado positivamente y demostrandolo trabajando y respetando a la esposa y a la familia. Acarrea un orgullo positivo y no negativo.

Hagamos una reflexión si lo que buscamos es sexo, o queremos una estabilidad con una mujer que es compañera inseparable, la cual nos

da lo mas bueno y hermoso de ella, como es, el apoyo, comprensión, ayuda moral y espiritual, compañía y por si fuera poco la procreación de la especie. No es mejor reflexionar y tratar de enmendar nuestros errores a provocar o llevar a cabo un divorcio. Un divorcio se dice muy fácil, pero es una de las experiencias mas desagradables que se pueden tener, además de las consecuencias que esto acarrea, tanto para el hombre como para la mujer y nos llevamos entre los pies a los menores que no alcanzan una madurez y desarrollo pleno, tanto físico como intelectual por causa de un "Defectito" , el orgullo mal enfocado y la mala orientación y poca vergüenza de querer tener una vida libertina que no nos lleva a nada bueno a la larga.

Si nos remontamos a la historia sobre el divorcio, sus causas y consecuencias, nos daremos cuenta como es que todo se ha fundamentado en los fines del matrimonio, al respeto, la moral y las buenas costumbres.

Si nosotros los abogados, jueces y demás autoridades fuéramos mas consientes , podríamos aconsejar de los pro y los contras que implican un divorcio, de por si somos unos inadaptados llenos de traumas psicológicos y siendo egocéntricos materialistas, nuestros hijos y familias futuras que ideologías y traumas irán a tener ?. Es cierto que nuestra excusa es: A mi que me interesa que se las arreglen ellos, pero, si nuestros padres y familiares hubieran pensado de la misma manera estaríamos en el lugar que estamos ?. No es mejor dar lo mejor de nosotros y no crear una sociedad de inadaptados que es el resultado de un divorcio.

Es cierto que no todos los matrimonios, ni las personas viven ni piensan de la misma manera, pero el divorcio solamente debe darse cuando se vea verdaderamente que ya no hay un arreglo posible y para ello se necesita tiempo (Para la pareja). Para pensarlo. Y hablo de tiempo porque cuantas parejas se separan y con el tiempo se arrepienten; si bien es cierto que con antelación menciono que con el transcurso del tiempo se pierden los lazos sentimentales, pero no menciono ninguna causa para que se de ese efecto. Si no se observan las buenas costumbres y la moral, serán otras las consecuencias. Como los seres humanos sentimos y "Pensamos" es lógico que se pierdan los lazos afectivos; pero en cambio si se observan la moral y las buenas costumbres como lo hacen la mayoría de las mujeres que tienen moral y madurez (Buenos principios) no correrán el riesgo de cometer imprudencias y errores y mas fácilmente puedan solucionar su situación ya no jurídica sino personal.

Refiriéndome concretamente a la causal de la Fracción VIII se nota que al ausentarse maliciosamente durante seis meses sin causa justificada y no se piensa regresar, la razón mas lógica es que ya se perdieron ahí los lazos afectivos de la pareja y estoy de acuerdo en esa causal, además si la otra persona (Abandonada) deja el domicilio que de común acuerdo se había establecido, lo abandona sin justificación, quiere decir que tampoco le interesaba ya esta estabilidad matrimonial, y si no se invoca esa causal puede invocar otra dentro de las Fracciones del 323 del C.C. de Gto.

Cuarta.-

Voy a hacer mención de algunos de los desequilibrios causados entre la pareja cuando hay una separación.

Primeramente si hay un sentimiento de amor entre los dos o de uno de ellos para con el otro, al romperse el vínculo, hay un desequilibrio emocional y muchas veces también económico y de adaptación, al pasar el tiempo ese desequilibrio puede hacerle cometer o caer en errores, y esa misma persona puede ser que descomponga otros matrimonios haciendo caer en adulterio y provocar ya de por si una situación mas problemática, en cambio si hay una fricción entre la pareja y se comunican y arreglan esa fricción en el domicilio que de común acuerdo habitan, sin haber injerencias de terceras personas, sería menos riesgosa una ruptura. y hago mención de ello porque el ser humano por naturaleza no puede ni debe vivir aislado y tarde que temprano se tiene que unir o convivir con otra persona y si hay una separación pudiendo arreglar su problema, agravan mas la situación porque la mente es un almacén de recuerdos y se va llenando de piedras el costalito, por ello estoy de acuerdo en la causal de la fracción VIII del C. C. del Estado que dice "La separación del hogar conyugal por más de seis meses sin causa justificada".

Pues si se permitiera que el hombre o la mujer abandonará el domicilio por lapsos de tiempo digamos dos días, tres, etc. , en forma consecutiva no se estaría cumpliendo con los fines del matrimonio y eso provocaría una desavenencia conyugal, y una ruptura de los lazos sentimentales, provocando conflictos incluso hasta con 3as. personas; esto demuestra una falta de consideración hacia su pareja, por eso no necesariamente hace falta que sea una

separación de día tras día hasta que se cumplan los seis meses, sino que hay abandono desde que sale del hogar aunque vaya y visite a su pareja, pues esto no demuestra que cumpla con los fines del matrimonio concretamente Artículos 159, 160, 161, 164, 165. Algunas veces cuando es el hombre el que esta en el supuesto anterior, y muy específicamente el Artículo 175 del C.C. de Gto., que dice: " Son nulos los pactos que los esposos hicieren contra las Leyes o los naturales fines del matrimonio" esto si no esta considerado debe de considerarse.

Quinta.-

En el tomo La Familia en el Derecho por Manuel F. Chavez Asencio, 2a. Edición 1990, Editorial Porrúa, Pág. 526, se hace mención que la causal XVIII viola el principio consagrado en la Constitución de promoción y protección a la familia y al matrimonio, contenido en el Artículo 4, Segundo Párrafo de la Constitución como se menciona en el trabajo de esta Tesis también.

No estoy de acuerdo con el, puesto que en nuestra Ley Magna a la letra dice: " El varón y la mujer son iguales ante la Ley. Esta protegerá la organización y el desarrollo de la familia ". Si bien es cierto de que se esta hablando de familia en cuanto a su organización y desarrollo, no es cierto que este prohibiendo un divorcio, además si como dice el citado autor, viola este principio, también lo estarían violando las demás causales, ya que se llega a las mismas consecuencias o finalidades que es el divorcio vincular y tal vez hasta con peores consecuencias.

Sexta,-

En caso de que persista la causal XVIII tal y como esta, debería de tener un apartado donde para que proceda se demuestren los dos siguientes extremos:

- 1.- Que la separación se haya dado o se de con el ánimo o propósito de dar por concluido el vínculo matrimonial y dejar de cumplir con los fines del matrimonio y las obligaciones que de éste se derivan.
- 2.- Que ninguno de los cónyuges realice actos tendientes a regularizar esa situación dentro del lapso de la separación.

Séptima.-

Al transcurrir los dos años de la separación de uno de los cónyuges como lo menciona la Fracción XVIII, el cónyuge que funde el divorcio en esta causal, además de que se demuestren los dos extremos de la conclusión sexta. Se emplaza, si esto es posible, al cónyuge que no lo está solicitando, y si los dos quieren o están de acuerdo en la ruptura del vínculo matrimonial y no se aclara quien es el cónyuge que abandono maliciosamente, a los dos se les tenga como culpables para efectos de la pensión alimenticia, y no estar en contra del Artículo 333 del C.C. del Estado de Gto., al incluir los dos extremos.

Puesto que el Artículo 333 dice: " El divorcio sólo puede ser demandado por el cónyuge que no haya dado causa a él dentro de los seis meses siguientes al día en que hayan llegado a su noticia los hechos en que se funde la demanda ".

Esto es porque de ser correcto y posible adherir los extremos que tienen que demostrarse, ya hay un responsable o bien pueden ser los

dos, y ya estaríamos entrando dentro de la causa o motivo de la separación, pues es ilógico que si hubo un alejamiento malicioso y ninguno de los dos demanda por otra causal lo que se está haciendo es encubrir al responsable o encubriendolos a los dos.

Pero ya lo que desean es la ruptura del vínculo matrimonial, se proteja nadamás a los menores. Aunque también si no es posible saber donde está el cónyuge demandado se deje al arbitrio del Juez las pruebas, y de que proceda o no el divorcio según el caso concreto, pues en este supuesto el cónyuge ausente sería el culpable.

Octava.-

La Fracción XVIII del Artículo 323 del C.C. del Estado de Guanajuato de dejarse tal y como está, debería de ser transitoria para evitar a la larga el mal uso que se pudiera hacer (en cuanto a disoluciones matrimoniales se refiere). Pues parece ser que sólo se creó para resolver situaciones inciertas y a mi manera de ver si se deja tal y como esta originará a la larga un grave problema social.

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

- 1.- ALCALA Zamora y Castillo (Traducción), LECCIONES DE DERECHO CIVIL, Parte Cuarta, Volumen IV, Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires.
- 2.- ALDUCIN Mónica y Ana Paula Domínguez, CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, Compilación Histórica, Editorial Sista, S.A. de C.T., México D.F., Agosto de 1992.
- 3.- BORJA Soriano Manuel, TEORIA GENERAL DE LAS OBLIGACIONES, Decima Edición, Editorial Porrúa, S.A., México 1985.
- 4.- CHAVEZ Asencio Manuel F., LA FAMILIA EN EL DERECHO, Relaciones Jurídicas Conyugales, 2a. Edición, Editorial Porrúa S.A., México 1990.
- 5.- DE PINA Vara Rafael, ELEMENTOS DE DERECHO CIVIL MEXICANO, Volumen I, Introducción-Personas-Familia, Decimo Séptima Edición, Editorial Porrúa S.A., México D.F., 1992.
- 6.- DE PINA Vara Rafael, DICCIONARIO DE DERECHO, Decimo Segunda Edición, Editorial Porrúa S.A., México 1984.
- 7.- FLORIS Margadants Guillermo, INTRODUCCION A LA HISTORIA DEL DERECHO MEXICANO. Séptima Edición, Editorial Esfinge S.A. de C.V., México 1986.
- 8.- GALINDO Garfia Ignacio, DERECHO CIVIL, Parte General-Personas-Familia, Primer Curso, Editorial Porrúa S.A., 12a. Edición, México 1993.
- 9.- JURISPRUDENCIAS.
- 10.- LEYES y Códigos de México, CODIGO CIVIL PARA EL ESTADO DE GUANAJUATO, Cuarta Edición, Editorial Porrúa S.A., México 1992.

- 11.- NACAR Fuster Eloino y Alberto Colunga Cueto, SAGRADA BIBLIA, Versión Directa de las Lenguas Originales, Decimo Tercera Edición.
- 12.- PLANIOL Marcel y Georges Ripert, TRAITE ELEMENTAIRE DE DROIT CIVIL, Tome I, Versión Española de José M. Cajica Camacho, Tomo I y II, Puebla Pue., México 1968.
- 13.- ROJINA Villegas Rafael, COMPENDIO DE DERECHO CIVIL, Tomo I, Introducción-Personas-Familia, Vigésima Cuarta Edición, Editorial Porrúa S.A., México I D.F. 1991.
- 14.- ROJINA Villegas Rafael, DERECHO CIVIL MEXICANO, Tomo I, Introducción-Personas, 2a. Edición, Editorial Porrúa, México 1975.
- 15.- ROJINA Villegas Rafael, DERECHO CIVIL MEXICANO, Tomo II, Derecho de Familia, Sexta Edición, México 1983.