



146
24

1970
HISTORICAL DIV

**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA
DE MÉXICO**

**ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
"ACATLAN"**

FALLA DE ORIGEN

**LA ILEGITIMACION DEL CONYUGE CULPABLE
PARA EJERCITAR LA ACCION CONTENIDA EN LA
FRACCION XVIII DEL ARTICULO 267, DEL CODIGO
CIVIL VIGENTE PARA EL DISTRITO FEDERAL.**

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:

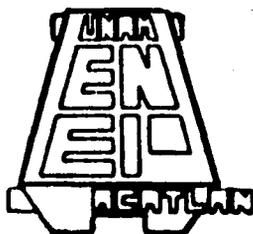
LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A :

EUGENIA LETICIA GONZALEZ TENORIO

MEXICO, D. F.

1995





Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

A MIS PADRES.

CARMEN Y ERNESTO.

POR TODO SU AMOR, COMPRENSION Y SACRIFICIO, QUE ME HAN BRINDADO, A LO LARGO DE TODA MI VIDA, Y A QUIENES NO TENGO PALABRAS PARA EXPRESARLE MI AGRADECIMIENTO, PORQUE DECIR GRACIAS ES DECIR TAN POCO DE LO MUCHO QUE YA ME HAN DADO, PARA ELLOS VAYA MI CARIÑO Y MI RUEGO, QUE DIOS LOS BENDIGA.

A MIS HERMANOS.

**ERNESTO.
PRUDENCIO JORGE.
DOMINGO FEDERICO.
ARTURO.
OSCAR.**

CON CARIÑO Y ADMIRACION, PORQUE PARA MI REPRESENTAN UN BUEN Y CLARO EJEMPLO A SEGUIR, POR TODOS AQUELLOS BUENOS Y MALOS MOMENTOS QUE HEMOS PASADO JUNTOS, Y QUE EL APOYO QUE NOS HEMOS BRINDADO HASTA AHORA, SIEMPRE PERDURE, ESPERANDO CON TODO MI CORAZON , QUE ALCANCEN SUS METAS A LA BREVEDAD POSIBLE.

A LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO.

**NUESTRA MAXIMA CASA DE ESTUDIOS, POR BRINDARME LA OPORTUNIDAD DE
INGRESAR A LAS AULAS DE MI QUERIDA ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS
PROFESIONALES ACATLAN, PARA MI FORMACION PROFESIONAL, ESPERANDO
ALGUN DIA PODER RETRIBUIR LO QUE HOY ME DA.**

GRACIAS

A MIS PROFESORES.

**QUE A LO LARGO DE MI VIDA ACADEMICA, ME TRANSMITIERON
CONOCIMIENTOS, Y MAS AUN COMPROMISOS, QUE DEBEN DE CUMPLIRSE.
A TODOS ELLOS MI RECONOCIMIENTO Y AGRADECIMIENTO.**

AL LIC. FRANCISCO PEREZ HERNANDEZ.

A MI MUY ESTIMADO PROFESOR, PADRINO DE GENERACION Y ASESOR, QUE SIN SU AYUDA NO HUBIERA SIDO POSIBLE LA CONCLUSION DE ESTE TRABAJO, Y QUE SIGUIENDO SU EJEMPLO DE HONESTIDAD Y SAPIENCIA HOY ME ENCUENTRO MAS COMPROMETIDA A SER UNA MEJOR PROFESIONISTA CADA DIA.

GRACIAS.

AL HONORABLE SINODO.

LIC. DULCE MARIA DEL ROCIO AZCONA FERNANDEZ.

LIC. ALFREDO GONZALEZ HERNANDEZ.

LIC. FRANCISCO PEREZ HERNANDEZ.

LIC. ALVARO MUÑOS ARCOS.

LIC. MARIO LOPEZ HERNANDEZ.

CON PROFUNDO RESPETO Y AGRADECIMIENTO.

INDICE GENERAL

INTRODUCCION. I

CAPITULO PRIMERO: ANTECEDENTES HISTORICOS.

1.1. DERECHO HEBREO.	1
1.2. DERECHO ROMANO.	5
1.3. DERECHO CANONICO.	15
1.4. DERECHO ITALIANO.	22
1.5. DERECHO FRANCES.	24

CAPITULO SEGUNDO: EL DIVORCIO EN MEXICO.

2.1. LOS AZTECAS.	29
2.2. PERIODO COLONIAL.	34
2.3. CODIGO DE 1870.	39
2.4. CODIGO DE 1884.	46
2.5. LEY DE RELACIONES FAMILIARES.	47

CAPITULO TERCERO: CONCEPTO Y CLASIFICACION DEL DIVORCIO.

3.1. CONCEPTO.	53
3.2. NATURALEZA JURIDICA.	57
3.3. DIVORCIO VOLUNTARIO ADMINISTRATIVO.	67

3.4. DIVORCIO VOLUNTARIO JUDICIAL.	70
3.5. DIVORCIO NECESARIO O CONTENCIOSO.	75

CAPITULO CUARTO: ESTUDIO COMPARATIVO SOBRE EL BIEN JURIDICO TUTELADO EN LAS CAUSALES DE DIVORCIO.

4.1. EL ADULTERIO.	83
4.2. LAS ENFERMEDADES.	87
4.3. DELITOS COMETIDOS POR UNO DE LOS CONYUGES.	92
4.4. SEPARACION DE LA CASA CONYUGAL.	101
4.5. DECLARACION DE AUSENCIA.	106
4.6. SEVICIAS, AMENAZAS E INJURIAS GRAVES.	110
4.7. FALTA DE SUMINISTRO DE ALIMENTOS.	113
4.8. DIFERENCIA DE SEPARACION DE LA CASA CONYUGAL Y EL ABANDONO DE HOGAR.	115

CAPITULO QUINTO: EFECTOS DE LA SENTENCIA DE DIVORCIO Y EL FRAUDE A LA LEY PARA VOLVER A CONTRAER NUEVAS NUPCIAS.

5.1. EFECTOS EN RELACION A LOS HIJOS.	117
5.2. EFECTOS EN RELACION A LOS ALIMENTOS.	124
5.3. EFECTOS EN RELACION A LOS BIENES.	126
5.4. EFECTOS EN RELACION A LOS CONYUGES.	130
5.5. TIEMPO QUE NUESTRA LEGISLACION EXIGE PARA VOLVER A CONTRAER NUEVAS NUPCIAS.	135

5.6. EL FRAUDE COMETIDO A LA LEY EN EL CASO PARTICULAR DE LA CAUSAL XVIII, DEL ARTICULO 267 DEL CODIGO CIVIL VIGENTE.	137
CONCLUSIONES.	146
BIBLIOGRAFIA	151

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

El presente trabajo es resultado de una investigación motivada por las imprecisiones que padece nuestra legislación, así como todas aquellas contradicciones en las que cae, sobre todo porque es la familia, la que se afecta y en ella el resto de la sociedad.

La familia se encuentra en una serie crisis, en virtud de formarse, cada vez más, otro tipo de relaciones, que no son benéficas para el desarrollo óptimo de los hijos procreados durante la unión, así como tampoco lo es para la sociedad afectada, ya que si la familia es de interés público, ésta es una cuestión que en la causal XVIII del artículo 267 del Código Civil Vigente para el Distrito Federal, no se toma en cuenta.

Si bien es cierto que cuando los lazos afectivos dejan de existir, la razón del matrimonio también deja de existir, sin embargo, cuando surgen esas desavenencias conyugales, también se llega a dar una causa par su surgimiento, es decir su existencia no es causal, o por el solo hecho de dejar en desamparo a los integrantes de la familia, lo que ocurre con la presente causal.

Sobre todo tratándose de la familia, es necesario impartir mejor la justicia, es decir no puede ser más para uno y menos para el otro; ahora bien en cuento a los hijos concebidos en el matrimonio sus intereses también se encuentran inciertos, porque si existe una obligación que deben de cumplir los padres, esta es la de suministrar los alimentos para sus hijos, y si durante dos años se separaron y no lo hicieron, no se consideran culpables, privando a los hijos de sus derechos mas elementales.

En la presente causal, no se considera si la separación fue injusta o justa, o si bien fue pactada o no lo fue, únicamente se requiere demostrar el tiempo de separación que debe de ser de dos años. De esta manera se da el caso de que

algún cónyuge puede actuar de buena fe y el otro no lo haga así, es decir se pueden aprovechar de las disposición del otro para la separación.

Se llega a dar el caso de que se separen por causas de trabajo o bien de salud, detalle que a nuestros legisladores no les interesó, dejando desamparados a los hijos.

Por tal motivo, considero que en ningún momento se debe de considerar a esta causal como una salida fácil, para el incumplimiento de las obligaciones derivadas del matrimonio; si no por el contrario, las causales deben de ser verdaderos fundamentos para pedir, loa separación, y no una salida sencilla y son mayor esfuerzo, como lo es el de ausentarse por dos años.

Así mismo también analizo en el presente trabajo, otros sistemas jurídicos en relación con la obtención de la separación legal como algunas figuras, entre ellas el repudio que existieron y con la aparición de esta causal parece que regresamos a ellas.

Desde luego las consideraciones doctrinarias sobre el matrimonio, no se pueden dejar a un lado como lo sería el divorcio, y las causales que le dan origen haciendo un estudio comparativo sobre ellas en virtud de que, indudablemente se resguardan y se tutelan bienes que son de interés en la familia.

Así mismo también presento los vicios que trae consigo la presente causal, y el no avenimiento de algunas normas que se encuentran previamente establecidas en la ley, y sobre todo la violación a estas disposiciones, que en lugar de parecer una verdadera sanción, más bien parece una verdadera ironía, por la falta de disposiciones, que se tiene respecto de estas normas.

Precisamente, por la crisis que sufre la familia, no se pueden seguir dando más prerrogativas, para que existan los

divorcios, en los cuales no medie una verdadera causa para la separación, ya que con el afán de acercarse cada vez más a los verdaderos problemas sociales, lo que propicia, esta causal es el incremento de abusos, y sobre todo de no cumplir con las obligaciones, que son inherentes al matrimonio, situación intolerable.

Es por esta razón que el presente trabajo, intenta acercarse más a la realidad social que existe; a los motivos que verdaderamente desintegran una familia, y sobre todo tratar de hacer un análisis para llegar al verdadero problema de la causal XVIII del Código Civil Vigente para el Distrito Federal.

Desde luego enumerar las posibles causas, que si se pueden llegar a tomar en cuenta, para que se constituya una verdadera causal de divorcio, que se pueda invocar sin temor de lesionar los intereses de los demás integrantes de la familia.

Por lo tanto parto de la hipótesis, de que efectivamente existe en la causal XVIII del artículo 267 del Código Civil Vigente para el Distrito Federal, un cónyuge que es culpable, y que se le legitima para poder invocar el divorcio, y por tanto no se le sanciona al consorte que dio origen a la separación, ya que la propia norma ni siquiera hace mención, facilitando al consorte culpable se desligue de sus obligaciones.

Con esta disposición se da pauta, para que se deje de cumplir con las obligaciones contraídas después de celebrado el matrimonio. Considero trascendente también hacer referencia, a las demás formas de disolución del matrimonio, la forma de llevarlos, y las verdaderas causas que lo motivan.

Por todas las razones expuestas, considero trascendente, el estudio de la causal XVIII del artículo 267 del Código Civil Vigente para el Distrito Federal, ya que la familia, es la base primordial de toda sociedad bien organizada.

divorcios, en los cuales no medie una verdadera causa para la separación, ya que con el afán de acercarse cada vez más a los verdaderos problemas sociales, lo que propicia, esta causal es el incremento de abusos, y sobre todo de no cumplir con las obligaciones, que son inherentes al matrimonio, situación intolerable.

Es por esta razón que el presente trabajo, intenta acercarse más a la realidad social que existe; a los motivos que verdaderamente desintegran una familia, y sobre todo tratar de hacer un análisis para llegar al verdadero problema de la causal XVIII del Código Civil Vigente para el Distrito Federal.

Desde luego enumerar las posibles causas, que si se pueden llegar a tomar en cuenta, para que se constituya una verdadera causal de divorcio, que se pueda invocar sin temor de lesionar los intereses de los demás integrantes de la familia.

Por lo tanto parto de la hipótesis, de que efectivamente existe en la causal XVIII del artículo 267 del Código Civil Vigente para el Distrito Federal, un cónyuge que es culpable, y que se le legitima para poder invocar el divorcio, y por tanto no se le sanciona al consorte que dio origen a la separación, ya que la propia norma ni siquiera hace mención, facilitando al consorte culpable se desligue de sus obligaciones.

Con esta disposición se da pauta, para que se deje de cumplir con las obligaciones contraídas después de celebrado el matrimonio. Considero trascendente también hacer referencia, a las demás formas de disolución del matrimonio, la forma de llevarlos, y las verdaderas causas que lo motivan.

Por todas las razones expuestas, considero trascendente, el estudio de la causal XVIII del artículo 267 del Código Civil Vigente para el Distrito Federal, ya que la familia, es la base primordial de toda sociedad bien organizada.

I. ANTECEDENTES HISTORICOS.

1.1. DERECHO HEBREO.

En nuestro estudio, comenzaré por analizar las consideraciones que hicieron los hebreos con la figura del repudio, que es un antecedente inmediato al divorcio, así como también la forma en la que se llevaba a cabo, en que casos y la formalidad, que para tal acto se tenía. Por ser uno de los pueblos de tan relevante importancia y trascendencia, y así mismo las inspiraciones que otros pueblos tuvieron.

La forma de caracterización de los pueblos antiguos, es sin duda alguna la religión, esa necesidad imperiosa del hombre para creer en un ser superior a él, y que al mismo tiempo ayudaba a gobernar, y a organizar la naturaleza, fue haciéndose una tradición en cada una de las familias, hasta llegar a la organización definitiva de los propios pueblos. Por tal virtud en el pueblo judío, los mandamientos se debían de respetar, ya que Moisés, al pueblo ya se los había enviado por orden de Yahue.

Sin embargo para entrar a este estudio, considero primero la organización del pueblo judío, que en cada ciudad encontraba un sanedrín o consejo de 23 jueces y de tres en las pequeñas poblaciones, integradas por sacerdotes levitas y hebreos ricos y sabios, que como un requisito indispensable debían de encontrarse libres de toda mancha de cuerpo y espíritu; lo cual significaba, que no cualquiera podía ser juez, ya que al tener este requisito lo que se exigía, era porque debían de ser neutrales; ya que al no tener esas manchas eran más limpios que cualquier otro para dictar su fallo.

En este marco de organización es importante la figura del repudio, como antecedente inmediato del matrimonio, para la sociedad hebrea. Esta unión que se tenía entre un hombre y una mujer; el respeto que cada uno de los cónyuges le tenía al otro, se fundamenta en la religión que no permitía las separaciones, sino sólo en ciertas condiciones, y únicamente se concedía cuando se cumplían estas.

Preveían ciertas circunstancias, que se encontraban fuera de su alcance para que se unieran: como era la guerra ésta era una circunstancia que se daba, cuando los cautivos, tenían mujeres, y en este caso se enamoraba un hebreo de una de las cautivas; éste, la podía introducir a su casa, la cuidaría, y si después de un tiempo ya no le agradaba, tenía la obligación de dejarla libre sin venderla, ni oprimirla con tiranía por que la desfloró; por lo anterior se puede desprender, que en este caso particular se podía dar el repudio; sólo si la mujer no daba motivo grave para que se le repudiara, entonces no la despedirían del lado del soldado como una mujer que hubiere faltado a sus obligaciones, ya que ni siquiera la vendería.

Dentro del matrimonio, una virtud grande que poseía la mujer para entregar a su marido, era la virginidad; el que una mujer ya no lo fuera, era otro motivo suficiente para que se le repudiara. Como lo podemos observar en este pasaje.

“Si un hombre se casare con una mujer, y después disgustado con ella, buscare un pretexto para repudiarla, infamándola y diciendo: Yo tome a esa mujer y juntándome con ella, no la he hallado virgen, el padre y la madre de ella la tomarán, y presentarán las señales de su virginidad, al tribunal de los ancianos a la puerta de la ciudad y dirá el padre: Yo entregue a este hombre mi hija por mujer; y porque la ojeriza, le imputa un delito muy feo, diciendo: No he hallado virgen a tu hija. Pues ved aquí las señales de la virginidad de mi hija; y desplegarán las ropas delante de los ancianos de la ciudad. Y pretenderán éstos al marido si es culpable, y lo azotarán, multándole además en cien siclos de plata, que dará al padre de la muchacha, por haber infamado gravísimamente a una virgen de Israel; y la retendrá por mujer; ni podrá repudiarla en todos los días de su vida; mas si es verdad lo que le imputa, y la muchacha no fue hallada virgen, la echarán fuera de la casa de sus padres, y morirá apedreada por los vecinos de aquella ciudad por haber hecho tan detestable cosa en Israel.”¹

Como podemos observar, los hebreos fueron un pueblo que al igual que otros pueblos antiguos se distinguieron por no considerar la opinión de la mujer, y sin embargo, si darle un valor importante, según ellos, que es la virginidad; el comportamiento de las mujeres se encontraba controlado desde los padres hasta los esposos de tal forma que en cualquier momento cuando se considera una de estas causas para el repudio lo solicitaban, en tanto que para las mujeres no lo había. Por otro lado, nos encontramos que la conducta de los

¹ Testamento Antiguo, Deuteronomio Versículo XXIV.

hombres debía ser mas que nada encaminada a la verdad, ya que el difamarla le podía costar caro, aunque no tanto como a las propias mujeres que cometían ésta falta.

La pureza que los hebreos consideraban, no nada más de espíritu sino también de cuerpo era importante porque el castigo al que se hacían acreedores era mortal, como el de morir apedreados a la puerta de la ciudad por todos los vecinos; de igual manera, es preciso destacar que los padres no podían hacer nada porque la doncella que había contraído matrimonio había permanecido un largo tiempo en casa de sus padres antes de pasar a la de su esposo, y las faltas que cometía en ese tiempo eran castigadas como si se hubiera cometido adulterio ya que se encontraba comprometida para pertenecer a un hombre y el perder la virginidad antes de contraer nupcias se consideraba una burla a la autoridad de los padres.

El castigo de morir apedreados se debía, en el caso de la doncella, por no evitar, si en sus manos estuvo, que los hechos ocurrieran, suponiendo entonces que ella deliberadamente no cuidó su honor y por tanto debía morir; por lo que hace al hombre, éste tendría que morir por faltar al mandamiento de no desear la mujer de su prójimo.

Ahora bien, también se podía dar otro caso, en el que la doncella se hubiere encontrado sola en el campo, entonces no se consideraba que tuviera culpa, ya que por las circunstancias, aún cuando hubiese gritado para defenderse nadie la podía haber escuchado y, por tanto, fue fácilmente ultrajada perdiendo así su virginidad. De tal modo, quien moría apedreado en este caso era el hombre que deshonoró a la doncella, ya que no se le podía exigir a la mujer que tuviera una fuerza física superior a la del hombre.

El matrimonio era una figura muy importante, por lo que la terminación del mismo sólo se daba bajo ciertas circunstancias como las que se han mencionado; en virtud de lo que pretendía la sociedad hebrea era mantener unida a la familia que se formaba, porque con esa base sólida y firme que se daba al tener unida a una familia era también la base para que las tradiciones religiosas y de toda la sociedad se siguieran conservando y sólo en casos muy

particulares concedía el repudio, con la salvedad de que debían ser demostrados los hechos.

En cuanto a la formalidad que se le daba al repudio, nos encontramos con que existía una escritura que se le entregaba a la mujer repudiada, y en ella decía la manera en la que había quedado manchada, como lo podemos observar a continuación:

"Si un hombre toma a una mujer y después de haber cohabitado con ella, viniere a ser mal vista de él, por algún vicio notable de alma o de cuerpo, basta una escritura de repudio y la pondrá en mano de la mujer, y la despedirá de su casa, si después de haber salido toma otro marido, y éste también concibiere aversión de aquella le diera escritura de repudio y la despidiere de su casa, o bien si el viene a morir, no podrá el primer marido volverla a tomar como esposa, pues quedo mancillada y hecha abominable delante del Señor, por haber tomado otro marido viviendo el primero."²

De lo anterior se desprende que el repudio era más que una separación de un hombre y una mujer, ya que sólo concebía al matrimonio como una sola decisión y por tal virtud, a pesar de que se hubiera separado la mujer no debía olvidar a su primer esposo ya que para ella nada más debería de contar el primero.

Por otro lado también es importante destacar, que para la mujer de hecho ni siquiera existía el repudio, ya que el único facultado para repudiar era el hombre y solamente el decidía si lo hacía o no y dando causas que fueran verdaderas para el repudio, por tanto, nos damos cuenta que en esta época a la mujer no se le consideraba en modo alguno y sin embargo si se exigía de ella la virginidad, con unos castigos severos si no cumplía con esta cualidad, y al hombre no se le exigía de ninguna manera, nada absolutamente, y con un gocé mayor de privilegios, ya que aún cuando se hubieren separado, al primero si se le tomaba en cuenta ya que la mujer no podía volverse a unir, y si se le consideraba como una mujer mala que faltaba a su deber si lo hacía, a pesar de haber sido repudiada, por su primer marido, sí se le consideraba para unas segundas nupcias.

Fue un pueblo contradictorio, ya que no existía una igualdad, porque a la mujer no se le tomaba en cuenta y sí se le exigía mucho; al hombre, se le exigía que para poder

² *Ibid.*

gozar de todos los beneficios, fuera únicamente hombre; la mujer era considerada como un objeto, porque cumple con una función determinada, sin embargo a la mujer además de todas las obligaciones que se le exigía, todavía, se le pedía más, como esa fidelidad, a pesar de haber sido repudiada.

Era muy marcada la diferencia de sexos, por los roles que a cada uno le tocaba desempeñar, sin embargo, hoy en día no podemos verla mas que injusta.

1.2. DERECHO ROMANO.

En el Derecho Romano, se reconocieron dos clases de uniones, que eran las *iustae nuptiae*, que era en la que el padre tenía, la Patria Potestad, sobre sus hijos y que por tanto, podía disponer, de ellos; y la segunda unión, que reconoció Roma, fue el concubinato, que era un matrimonio de orden inferior, con ninguna consecuencia jurídica.

La Patria Potestad, era una figura importante, en la que, al quererse unir en matrimonio, no solamente basta la opinión de los contrayentes, sino que era además indispensable que también, lo aprobara el Pater Familias, ya que de lo contrario entonces no se celebraría ninguna unión. Por lo que era también de destacar la opinión, del Pater Familias, de una contrayente, si éste no daba ninguna razón, de su no aprobación para que se celebrara la ceremonia, pudiéndose compeler para que se reconsiderara su opinión caso contrario, del Pater Familias del contrayente, ya que en este caso no se podía compeler para la reconsideración.

El matrimonio en el Derecho Romano, era una situación jurídica, en la que de acuerdo a la clase social a la que pertenecieran los contrayentes, era la forma de celebrarse, como en el caso del concubinato en el que, a pesar de que era una unión en el Derecho Romano, se le consideraba como un matrimonio de orden inferior, en el que no se le concedía ninguna consecuencia jurídica, y las personas que se unían de esta forma, no eran ciudadanos romanos, sino personas de otros extractos sociales, siendo por esta razón que existían varias formas de celebrar el matrimonio.

Como una de las uniones que solían celebrarse comúnmente era el *cum manu*, en donde la mujer, salía de su casa, es decir de su familia original, para pasar a formar parte de la familia del esposo; esta celebración se llevaba a cabo no con la finalidad de que la mujer saliera únicamente del seno familiar, sino que pasara a formar parte de las costumbres religiosas, en las que su esposo se encontraba integrado; es decir en la antigüedad, la religión, era más que una tradición, una forma de integrarse, como una organización, en virtud de que además de organizar a la sociedad también lo hacía, por cada una de las familias que integraba esa misma agrupación, ya que existían antepasados que las familias tenían, y que su forma de adorarlos era lo que constituía una tradición doméstica, y que era muy diferente de una familia a otra, por lo que si una pareja deseaba unirse en matrimonio, la mujer al salir de su casa, también salía de sus costumbres religiosas. Era difícil, dicha situación tanto para la nueva esposa como para el esposo, en virtud de que debía de revelarse todos los secretos de tradición y que para ellos era una herencia muy grande, y que desde el momento en el que contraían nupcias ya debía la mujer de compartir esos secretos también.

La *conventio in manu* se realizaba, como consecuencia de las nuptias confarreatae, que celebraban los patricios en honor de Júpiter, ya que ésta constituía otra forma de unión; La *coemptio* era una especie de renta al marido, utilizada por los plebeyos, principalmente.

De lo anterior podemos desprender que las formas, de contraer matrimonio, era diferentes, cuanto diferente era el estrato social del que provenían los contrayentes, y en esa magnitud también cambiaba la forma. También tenemos el *usus* que era esa convivencia de la mujer con su marido durante un año, dando a éste la manus, y que la única forma de evitarla era que la mujer se ausentara por tres días, quedando roto tal compromiso.

Finalmente el *concubinatio*, al cual no se le consideró, como una forma de contraer matrimonio, ya que era una unión ilegítima, la cual ni siquiera era digna de mencionarse, entre los ciudadanos romanos; sin embargo los soldados sí recurrían frecuentemente a esta forma, ya que no podían contraer matrimonio de las otras formas; sin embargo además

de que se tenía como una relación ilegítima, muchos acudían a esta unión, cuando se encontraban frente a matrimonios prohibidos; por lo que no era en este caso único de alguna clase social específica, que las mujeres libres y esclavas, se unieran por medio de esta figura, que desde entonces ya se daba en la sociedad romana.

Dentro de las obligaciones, que tenía, la concubina en esta unión era la de no cometer adulterio, y que sus hijos se les consideraban ilegítimos por lo tanto *spurii*. Por lo demás, las únicas ciudadanas que no debían de unirse por el concubinato eran las ingenuas y las mujeres respetables; ya que además de ser una relación ilegítima como lo era el concubinato, era para aquellas mujeres de mala reputación y no para las ciudadanas romanas.

Caso contrario era para los hombres; ellos sí podían tener hasta dos concubinas a un mismo tiempo, lo que era una salida muy audaz, sin embargo el principio de la monogamia, era muy respetable en esta posición, su audacia, consistía en argumentar que el encontrarse en concubinato, no se encontraban casados por lo que no faltaban al mencionado principio; ahora bien, la esposa desde antes de contraer nupcias, o incluso después de celebrado el matrimonio, podía fijar una pena, en caso de que su esposo incurriera en dicho concubinato, ya que hasta incluso se podía pedir el divorcio, por esta falta.

Por lo que podemos desprender de lo anterior es, que el matrimonio era una figura, tan importante para los romanos que lo definían como "una situación de convivencia de dos personas de distinto sexo, situación cuyo comienzo no está marcado por la exigencia de la formalidad alguna de orden jurídico, manteniéndose por la *affectio maritalis* o intención continúa de vivir como marido y mujer."³

La importancia de la definición anterior diríamos que, si bien es cierto que la convivencia es fundamental, para que una pareja se encuentre unida, y que si en principio no se exigía formalidad de orden jurídico, sí se encontraba para los demás y sobre todo para los hijos, que se encontraban también divididos como legítimos e ilegítimos.

³ J. Arias Ramos, *Derecho Romano*, De. Revista de Derecho Privado., Madrid. p. 714.

Es importante destacar aquí los requisitos que debían de reunir los contrayentes, para la celebración de las nupcias los cuales eran los que se mencionan a continuación:

1.- La pubertad. Que es la función primordial en la que el hombre puede procrear y la mujer concebir, para lo cual la edad preferente en la que se fijo fue para las mujeres de doce años y la del hombre de catorce años, y dicha fijación la hizo precisamente Justiniano.

2.- El consentimiento del Pater Familias. Que también era primordial para mantener nupcias, ya que una de las figuras de mayor relevancia era sin duda alguna, el del padre quien ejercía la patria potestad y disponía de los hijos de igual manera, antes de casarse.

3.- El *Connubium*. Que era esa aptitud para poder contraer nupcias, las *iustae nuptiae*.

4.- Responsabilidad de los contrayentes. Que era necesaria, en virtud de las obligaciones a las que se hacían ya cargo, cuando se unían en matrimonio.

Los efectos que producía dicha unión, eran los de proporcionar la base para la *manus mariti*, que no se daba de manera automática para la celebración de las nupcias, por lo que se requería de un acto especial, y que en Roma, se conocieron únicamente dos clases de éste acto, que era la **Confarreatio** y la **Coemptio**; siendo estas las formas de adquirir la *manus mariti* y no como forma de celebración del matrimonio.

La **Confarreatio**, era el acto sagrado en el que colaboraban los sacerdotes y se pronunciaban fórmulas orales. En ella también participaban testigos, y se ofrecía un pan u hogaza que debían de compartir los que se casaban, como una prueba de unión y de aceptar la *manus mariti*.

Aunque dicha tradición se fue perdiendo, por no encontrarse con sacerdotes que llevaran a cabo el acto.

La **Coemptio**, que consistía en que una mujer era vendida o se podía auto vender a su marido. Por una cláusula especial que era la *mancipatio*, con modificación en las palabras para producir la *manus* y no el *mancipacium*, se declaraba que la

mujer era vendida para la causa matrimonial y no como esclava, porque el efecto que tenía este acto, era que el marido tenía la manus de su mujer y ella quedaba sometida, sin embargo dicho acto, no dejaba de ser indignante para la mujer, y por lo tanto se tuvo que ir ignorando, por lo repugnante de dicho acto.

La manus, como mencioné anteriormente, no era la celebración del matrimonio, sino que adquiría la manus el esposo, como signo de ese poder que ejercía sobre su consorte, con las restricciones naturales, como la de no venderla, siendo ésta una de las razones más poderosas para que la esposa, sintiera esa repugnancia. Es necesario considerar en suma, que en Roma, a la mujer no se le consideraba una persona, y mucho menos importaba su opinión y que estos actos a pesar de ser necesarios no dejaban de ser humillantes.

Más adelante en el derecho Republicano, se reconoció otra forma de adquirir la manus, que consistía en aplicar las normas, propias de la usucapión, de esta forma la manus era adquirida por el marido, lo cual quería decir, que el marido retenía en su posesión a la mujer durante un año, aunque la mujer podía interrumpir dicho término, con el hecho de no permanecer a su lado por tres días a su vez esta figura no tuvo mucho tiempo de vigencia, y se fue perdiendo esta tradición.

Los efectos de la manus mariti, se extendían a los bienes; podía poseer, la mujer antes de casarse o bien, después de casada podía heredar bienes, los cuales pasaban a manos del marido quien se convertía en propietario de dichos bienes, y que por tanto podía disponer de ellos como bien quisiera.

Ya para la época clásica, había desaparecido la manus, en una posibilidad de que la mujer como el hombre pudiera administrar sus propios bienes, y no exclusivamente el hombre. Lo anterior se dispuso, en virtud de que en varias de las ocasiones el hombre, por ese poder que tenía sobre los bienes, cometía fraude en contra de los bienes de su consorte.

Ahora bien, se habla de bienes que la mujer podía poseer, sin embargo se entregaban al casarse las parejas, dotes, que consistían en ese conjunto de bienes que la mujer posee y que se le entrega al marido, para las necesidades y gastos que la vida matrimonial supone.

La constitución de la dote, y las clasificación de las mismas se daban en cuatro clasificaciones que primordialmente eran las siguientes :

a.- Dote Necesaria y Dote Voluntaria. La primera era la que se constituía por la mujer, su padre o ascendiente paternos y excepcionalmente por la madre, ya que se encontraban obligadas por la ley, y la que se diera en cualquiera otra forma era voluntaria.

b.- Dos Profectia y Dos Adventitia. La primera de ellas, era la constituida por el padre o ascendiente de la mujer que se unía en matrimonio y la segunda, la que constituía cualquier persona o personas.

c.- Dos Aestimata. Que era aquella cuyo valor ha sido tasado. Se distingue la dos *aestimata venditionis* causa, cuando la constitución se juzga equivalente a una venta hecha al marido, que entregará cuando se disuelva el matrimonio y la dos *aestimata taxationis* causas, la finalidad de la taxación se ciñe a establecer el límite de la responsabilidad del marido, en caso de falta de restitución.

d.- Dos Recepticia. Se llama a la dote en la que el constituyente ha convenido la devolución, pero cuando se disuelve el matrimonio.⁴

El marido, tiene sobre la dote todo el derecho, desde el momento en el que se le confiere, por tal motivo era únicamente él quien podía disponer de la dote administrando, los bienes que la constituían, hasta el momento en que debería de regresarla, cuando se disolvía su lazo conyugal, por lo que su disposición era más bien como un usufructo, del cual debería de responder en el caso de que se lo pidieran.

⁴ J. Arias Ramos, *Derecho Romano*, De. Revista de Derecho Romano., Madrid. p. 723.

Por lo que durante el matrimonio, era necesario, que la mujer se sujetara a ciertas normas ya establecidas, como la de no interferir en las facultades otorgadas a su marido, en tanto que éste tenía derecho a usar de los bienes dótales y además a percibir de los frutos de dichos bienes; sin embargo una de las disposiciones, que fueron trascendentes, fue en la época de Justiniano, no permitió por ninguna razón se enajenaran los bienes, que hubieren sido entregados en dote; ya que no quería que por ningún motivo se alentara el divorcio, y por tal virtud también dispuso dicha regla, incluso se reconoció la posibilidad de restituir la dote, aún en el matrimonio, reconociéndole derechos en este entonces a la mujer, por los bienes que le hubieren dado en dote a su consorte.

Detalle importante es, que se podía estipular al momento de la constitución de la dote, la recuperación de la misma; sin embargo, sino se estipulaba, se le concedía una acción que era el *actio rei uxoriae*, que era para la reclamación de la dote, sus condiciones consistían en que primero, si la mujer durante su matrimonio fallece, la dote se le quedaba en definitiva al marido, quedando excluidos los herederos, como los parientes.

La *dos profectia*, debía ser restituida al padre si éste vivía aún, ya que si hubiere muerto, quedaba en poder del marido; cuando el matrimonio, se disolvía por muerte del esposo, o por el divorcio, tanto la *dos profectia* como la *adventitia* se debía de restituir, siendo una acción que le correspondía únicamente a la mujer, y si se hallaba bajo la *Patria Potestad*, entonces era la acción intentada por el padre. Ya que la dote era para soportar las cargas de la vida conyugal, y al dejar de existir tales lazos, no tenía ya ninguna función sólo que se regresara a la vida conyugal.

Sin embargo a pesar de que en esos casos se debía de entregar la dote, cuando se contraían nupcias, también existían algunas causas en las que el marido, no se veía obligado a entregar la dote, y por el contrario se le podía dejar, y no restituir, en caso de que la conducta de la mujer fuera licenciosa, así como por los gastos que hubiere hecho durante la administración de la *dos* y aquellas donaciones que el marido hubiere hecho a su mujer y durante el matrimonio.

Posteriormente en caso de un matrimonio libre, la mujer podía tener bienes de su propiedad, con lo que tenía su exclusiva disponibilidad, sin ningún límite. Fueron disposiciones estas en las que ya no hacía falta el consentimiento del marido para poder disponer de ellos, y a la vez se consideraron muy importantes avances en las legislaciones romanas.

Ahora bien el matrimonio, también tiene un riesgo no deseable, pero que sin embargo en algunos casos, se da y es llegar a su disolución, que desde los romanos se denominó Divorcio, *divortium* o *repudium*, figura que podemos definir como aquella ruptura voluntaria del lazo conyugal que puede resultar o del consentimiento mutuo de los cónyuges, o por la voluntad de uno sólo o bien por repudio en cuyo caso el esposo que renunciaba a la vida en común, lo hacía del conocimiento del otro por medio de un liberto

Cuando resultaba un acuerdo en las voluntades de ambos consortes, se conocía por *Bona Gratia*, es decir porque no había culpa por parte de alguno de los consortes, como en el caso de la impotencia, la ausencia por más de cinco años, circunstancias que hacen prácticamente imposible el matrimonio.

Cuando se estableció el divorcio, entre los romanos, lo consideraron el ocaso de la moral, porque ellos únicamente veían y se guiaban por las costumbres primitivas, y que además eran muy severas en este aspecto, porque lo consideraban indisoluble, y por otro lado al contemplarse dicha figura, se fue desintegrando la sociedad romana.

Es notable lo que respecta al primer divorcio que se tiene registrado en la historia romana, el de Carvilio Ruga, ya que Aulo Gelio "hombre de ilustre familia se separó de su mujer mediante el divorcio, porque no podía tener hijos de la. La amaba con ternura y solo contento recibía de su conducta. Pero sacrifico su amor a la religión del juramento, pues había jurado en la fórmula del matrimonio que la tomaba por esposa para tener hijos."⁵

⁵ *Ibidem.* pág. 61.

Entre los romanos la familia y la religión eran muy importantes regulaban de hecho sus vidas y sus costumbres; sin embargo el no poder tener hijos para que se continuara con la tradición doméstica, fue una causal que dio paso a el divorcio en contra de lo que se acostumbraba, en virtud de la tradición, y aunque en un principio se consideró el divorcio casi imposible en estos casos, tan precisos, la misma sociedad lo consideraba necesario; caso contrario, si el que no podía concebir hijos era el hombre, entonces el familiar mas cercano de éste debería de concebir los hijos por él, y por lo tanto no se le consideraba de ninguna manera adulterio, ya que era el consentimiento del marido, y además por continuar con una tradición religiosa, siendo una razón tan poderosa que de ninguna manera se le consideraba vergonzosa. Por la importancia de este hecho, de continuar con la tradición, se permitió la separación, para el caso en el que se encontraba estéril la mujer, siendo este hecho el primer caso registrado en la Roma antigua.

Debido a que en éste el marido era, el único que se encontraba legitimado para pedir el divorcio, posteriormente se dio paso para que ambas partes solicitaran el divorcio y no únicamente el marido; ahora bien si el esposo tenía la manus sobre la mujer o bien no la tenía, podía disolverse la unión por voluntad de los consortes o bien por una simple notificación hecha por uno de ellos al otro cónyuge, una de las cuestiones que causo un enojo generalizado fue que ante el divorcio no se estipulaba ninguna pena, sobre todo por la moral tan rigorista que entonces existía. En principio se le consideró que el matrimonio no era ningún negocio jurídico, que se terminaba como en el caso de la societates en las que se podía renunciar en cualquier tiempo, y que cualquiera limitación de ese derecho del socio, por virtud de un acuerdo, es nula. Por lo que se desprende que la libertad personal resultaba más afectada que la de las societates.

Desde luego no se consideró la posibilidad de una penalidad, ya que la separación no la había considerado dentro del matrimonio, como una figura que regulaba la convivencia en armonía. Así se tuvo que considerar el divorcio como un remedio, para que esa armonía también fuera continuada, cuando ya no se podía vivir bajo el mismo techo; sin embargo el regreso de la dote fue una forma de considerarse como un castigo, ya no se le consideraba con la

facultad de continuar administrando , los bienes que le fueran dados en dote, salvo en casos muy particulares, como el de sorprender en adulterio a su mujer, en este caso el castigo que tenía la mujer era la del repudio, y por otro lado el que no le regresaran la dote.

Lo importante de la disolución del matrimonio, era el que a ambos se les permitía volver a contraer nuevas nupcias; desde luego cabe mencionar que respecto a la Patria Potestad, cuando se encontraban sometidos, los padres tenían el derecho de pedir el divorcio, sin el consentimiento de los hijos, aunque dicha norma se derogó en los tiempos de Marco Aurelio o de Antonio Pío, cuestión que todavía los estudiosos del derecho romano no han podido fijar.

Cuando se solicitaba el divorcio, lo primero que se pedía era la separación del mismo techo que habitaba con su consorte. Existió una excepción que estableció la *Ley Julia de Adulteris*, que era la del adulterio en la que se exigía, al marido que hubiere sido ofendido, la separación cuya formalidad consistía en una declaración formal con siete testigos, y que era más que suficiente para que se le considerara disuelto el matrimonio.

Una directriz que marcó la sociedad romana, fue precisamente la diferencia de clases sociales, que ya hice mención en líneas anteriores, por lo que también delineaba la manera en la que debería de contraer matrimonio, como el caso de los plebeyos y los patricios, quienes pudieron contraer matrimonio, gracias a la *Ley Canuleia*; el matrimonio entre los ingenuos y los libertos, que si bien es cierto que al inicio de la República se permitía, ya para el final de ésta se había derogado dicha disposición; así como los esclavos de color que hubieran sido manumitidos y que hubieran obtenido la ciudadanía romana, podían contraer nupcias con ciudadanas romanas y por otro lado tenemos que a los soldados se les prohibió el matrimonio, siendo injusto así como también inhumano, por lo que este hecho en Roma provocó que se viviera en concubinato, quienes además eran libertas o extranjeras.

Como ya se expuso con anterioridad, lo que era la *manus mariti*, que era esa disposición que el marido tenía sobre la

mujer, por lo que se requería de un acto especial, ya que al separarse no desaparecía simultáneamente, si había existido una *coemptio* era necesario una *remancipatio* y en el caso de una *Confarreatio* se requería una *difarreatio*.

Este acto de divorcio, en la antigüedad, se realizaba como el matrimonio, por lo que si el marido no quería que se llevara a cabo, se le obligaba y consistía, en que los esposos "que quería separarse comparecían por última vez ante el hogar común: un sacerdote y algunos testigos se encontraban presentes. Se les ofrecía a los esposos, como el día del casamiento una torta de flor de harina pero, probablemente, en vez de compartirla, la rechazaba, luego en lugar de oraciones, pronunciaba fórmulas de una carácter extraño, severo, rencoroso, espantoso, una especie de maldición, por lo que la mujer renunciaba al culto de los dioses de su marido: siendo desde este momento que el lazo religioso quedaba roto. Cesando la comunidad de culto, cualquiera otra comunidad cesaba de pleno derecho y el matrimonio quedaba disuelto."⁶

Otra de las formas que existió para que se extinguiera el matrimonio fue la muerte. Asimismo, cuando alguno de los cónyuges se hallaba ausente durante largo tiempo, y de esta forma resultaba dudoso saber si todavía existía o no, se hacía una declaración de ausencia quien tuviera interés.

Una vez que se había disuelto el matrimonio, se ponía a los cónyuges en posibilidad de volver a contraer otro; sin embargo, el tiempo en que la mujer debería dejar transcurrir antes de volver a contraer nuevas nupcias, era de diez meses, tiempo en que se encontraría de luto.

1.3 DERECHO CANONICO.

Para la iglesia como una institución a la que se concedieron muchas intervenciones por parte de los gobiernos considerándola a un nivel universal, también tuvo interés en que las parejas se encontraran unidas en armonía, ya que al no tener una formalidad jurídica en un principio, sí la había de una forma espiritual, condenando las relaciones de

⁶ Fustel de Coulanges, *La Ciudad Antigua*. Edit. Porrúa, México, 1989, pág. 35.

concubinato manifestando que esas relaciones eran pecaminosas, y por lo tanto adoptó una actitud hostil frente a esta figura.

En el derecho canónico, la iglesia a partir del siglo X tomó para sí, la plena autoridad sobre el matrimonio y tomando en cuenta como base esencial los pasajes bíblicos de San Mateo y San Pablo, principalmente, pronunciaron el principio de indisoluble y por lo tanto el divorcio fue condenado por la misma institución así como su ordenamiento.

Ahora bien, las consideraciones que hizo el derecho canónico en cuanto al matrimonio, parten de una clasificación que es por demás importante "ya que la cópula carnal se le consideraba como matrimonio consumado; de esta manera el matrimonio no consumado podía ser disuelto en dos casos que eran: por profesión solemne en una orden religiosa reconocida por la iglesia y por dispensa pontificia".⁷

También en este ordenamiento fue aceptada la separación de la comunidad conyugal, como una separación de cuerpos únicamente que podía ser temporal o perpetua, esta última se daba cuando existía o se cometía el adulterio, en tanto que la primera la fijaban las autoridades competentes y para hacerlo bastaba la voluntad de lo consortes.

La influencia de la religión en tiempos tan antiguos, fue motivo para que las uniones en matrimonio se llevaran a cabo bajo ciertas condiciones como es el caso de la antigua Roma de la que ya hice mención en cuanto a su principal objetivo al contraer nupcias. Dentro de la vida conyugal, los antepasados de la nueva esposa se quedaban atrás y olvidados junto con los de sus padres que ellos habían adorado, para dar paso a todas aquéllas tradiciones religiosas de su esposo, todos ellos sujetos a una forma de vida diferente con el matrimonio; y aunque este hecho surgió en Roma siguió llevando los mismos efectos después de Cristo.

San Agustín y los concilios, proclamaron la indisolubilidad absoluta del matrimonio consumado; por lo que es necesario aclarar que para el derecho canónico la consumación del matrimonio se llegaba a la cópula carnal y

⁷ Ignacio Galindo Garfías, *Derecho Civil*, Edit. Porrúa, México, 1989, pág. 579.

el matrimonio no consumado se disolvía por profesión solemne en una orden religiosa y por dispensa pontificia.

En el Nuevo Testamento del evangelio de San Mateo XIX, dispone lo siguiente:

"Habiendo Jesús pronunciado estos discursos, partió de Galilea y vino a los términos de Judea, del otro lado del Jordán, 2) a donde le siguieron gran muchedumbre de gente y curó ahí a sus enfermos. 3) Y se llegaron a él los fariseos, para tentarle, y le dijeron: ¿Es lícito a un hombre repudiar a su mujer por cualquier motivo? 4) Jesús, en respuesta les dijo: No habéis leído que aquel que al principio creó el linaje humano, creó un sólo hombre y una sola mujer: y que dijo 5) Por lo tanto, dejará al hombre a su padre y a su madre, para unirse con su mujer y serán dos en una sola carne, Lo que Dios ha unido, no lo desuna el hombre. 6) Pues por qué replicaron ellos, ¿mandó Moisés dar libelo de repudio y despedirla? 7) Dijoles Jesús: A causa de la dureza de vuestro corazón os permitió Moisés repudiar a vuestras mujeres; más en principio no fue así 9) Así pues, os declaró que cualquiera que despidiere a su mujer, si no en caso de adulterio; y que quien se casara con la divorciada, también lo comete. 10) Dicense sus discípulos: si tal es la condición del hombre con respecto a su mujer, no tiene cuenta el casarse 11) Jesús les respondió: No todos entienden esta razón, sino aquellos a quienes es concedido. 12) Porque hay eunucos que nacieron castrados por los hombres; y eunucos hay que se castraron de cierta manera a sí mismo por amor al reino de los cielos con el voto de castidad. Quien pueda entender que entienda."⁸

En este pasaje bíblico, de San Mateo, son importantes las interpretaciones que le dieron respecto al matrimonio, en virtud de que reconocía una forma de disolución, que era el adulterio, y además de que en este caso, no existía la disolución todavía, ya que la unión que se realizaba era indisoluble, por lo tanto aun a pesar de que se volviera a unir la divorciada, la consideraban como una adúltera, y no la podían considerar unida bajo la ley de Dios.

Si bien es cierto que San Mateo hizo algunas consideraciones, respecto al matrimonio, San Pablo, de quien también se tomó la base esencial, por el derecho canónico, las interpretaciones que tomó fueron las siguientes:

"En orden de las cosas sobre que me habéis escrito, responde loable cosa en el hombre no tocar mujer; 2) más por evitar la fornicación, viva cada uno con su mujer, y cada una con su marido. 3) El marido porque dé a la mujer el débito, y de la misma suerte la mujer al marido, 4) Porque la mujer no es dueña de su cuerpo si no que es el marido. Y así mismo no es dueño el marido de su cuerpo si no que es la mujer. 5) No queráis defraudarlos el derecho recíproco a

⁸ Nuevo Testamento, San Mateo, Versículo XIX..

no ser por algún tiempo de común acuerdo, para dedicarlos a la oración, y después volved a cohabitar, no sea que os tiente Satanás por vuestra incontinencia 6) Esto lo digo por condescendencia, que no lo mando. 7) A la verdad, me alegra que fueseis todos tales como yo mismo, mas cada uno tiene de Dios su propio don, quién de una manera y quién de otra manera. 10) Pero a las personas casadas, mando no yo si no el señor, que la mujer no se separe de su marido. 11) Y si se separa por justa causa, no pase a otras nupcias, o bien reconciliase con su marido; ni tampoco el marido repudie a su mujer, y en caso de separarse de ella no pase a casarse con otra. 12) Pero en las demás digo yo mi dictamen, no que el señor lo mande: si algún hermano tiene por mujer a una infiel y ésta consciente en cohabitar con él, no la repudie. 13) Y si alguna mujer fiel tiene por marido a un infiel, y éste consciente en habitar con ella, no abandone a su marido. 14) Porque un marido infiel, es santificado por la mujer fiel, y la mujer infiel es santificado por la mujer fiel, y la mujer infiel santificada por el marido fiel, y así santificado el matrimonio por la santidad de uno de los consortes, de lo contrario vuestro hijos serían mancillados, en vez de que ahora son santos, serían ilegítimos. La religión cristiana no exige el mudar de condición, si no de costumbre, arreglándolas al Evangelio: ni destruye nunca el mundo el orden civil si no solamente el pecado y las ocasiones de pecado."⁹

De acuerdo a las interpretaciones de San Pablo podemos notar el ánimo de la misma religión cristiana, de la indisolubilidad del matrimonio, de alguna manera no debería de existir, ya que además de que en casos muy precisos existe la separación, de todas maneras serán considerados no válidos, como en el caso de los adúlteros, que a pesar de que uno de los cónyuges hubiere tenido culpa, el consorte que no tubo culpa no deberá de casarse, porque se le considera que vive en adulterio, porque lo que se encuentra unido, la mano del hombre no lo puede separar, y solamente en casos excepcionales se concede la desunión, lo curioso es que la alternativa que concedían para la separación era por la muerte, para que no se cometiera el adulterio, a pesar de que el cónyuge inocente no tuviera culpa alguna.

Sin embargo a pesar de las mismas concepciones que tiene el derecho canónico del matrimonio, en cuanto a la indisolubilidad que el mismo tiene, acepta, la separación de la comunidad conyugal, que se le denomina separación de cuerpos que puede ser perpetua o temporal, siendo la primera por una causa grave como es el ya citado adulterio, y la segunda por enfermedad que posteriormente se establezca, y además de que debe de ser una orden eclesiástica, la que medie y no por simple voluntad de los consortes, por aquel principio de la unión.

⁹ Nuevo Testamento, San Pablo, Corintios Versículo VII.

Por otro lado la relación que sostenía una pareja en concubinato, para la iglesia ha sido una relación pecaminosa y por lo tanto no lo acepta, ya que considera que el vivir en concubinato, va en contra de los principios que establece la iglesia y que la unión de una pareja, debe ser completa, es decir aceptada por la misma institución.

Como podemos percatarnos en el matrimonio religioso, no existe el divorcio, y que si por alguna causa lo llegan a consumar, y de nueva cuenta vuelven a contraer nupcias; el volver a realizarlo, significa ante la comunidad religiosa, que se vive en un adulterio, en virtud de que no los ha separado la muerte como lo establece, la institución, aunque ante la sociedad se encuentren legalmente divorciados.

Lo cierto es que desde tiempos atrás, se ha considerado ese lazo indisoluble; y se debe quizá porque la religión es uno de los valores que el humano, desde su aparición en la tierra, ha tenido que ir formando y sobre todo creer en Dios, independiente de qué cultura se trate, porque se llega a lo mismo, a ese ser superior a los hombres, y nos encontramos con esa manifestación, al declarar un lazo que no se puede romper, ante los ojos de ese ser supremo.

En el derecho canónico, la integridad del matrimonio en orden al cumplimiento de los fines propios, es como se deriva el deber de vida en común, por lo que el vivir en armonía y concordancia, ayuda para la estabilidad de un buen matrimonio, ya que como mencioné en líneas anteriores, en el presente ordenamiento, en ningún momento busca la separación por la simple decisión de la pareja; sin embargo se dan dos alternativas de separación con causa justificada.

Se puede entender desde el punto de vista en el que se deriva una vida anómala en el matrimonio, y que por el contrario, lo que trata de hacer es de corregirla, no imponerla como un castigo, ya que no lo es; sino por el contrario esa no es la idea del derecho canónico, ya que ofrece dos formas de separación, una temporal de los cónyuges, para un tiempo determinado y por otro lado la separación perpetua, tienen una finalidad, muy bien definidas, ya que para la primera es de carácter preventivo, para evitar posibles daños que puedan llegar a formarse en el futuro y en tanto la segunda su aplicación va más allá,

cuando se da el adulterio en la que se tiene incluso que autorizarla y que se contempla en el Código Canónico en sus artículos 1129 y 1130 y que disponen: "Por el adulterio de uno de los cónyuges puede el otro, permaneciendo el vínculo, romper, aún para siempre, la vida en común ..."

Lo que sucede es que viola uno de los principios más importantes y por lo tanto, el más grave, que es la fidelidad en el matrimonio. Desde luego debe de ser verdadero, consumado y deliberado; debe de ser verdadero y consumado porque para el derecho canónico, el matrimonio se efectúa cuando se llega a la cópula, y por lo tanto al encontrarse en un verdadero adulterio, debe de cometerse igual. Consumado, en virtud de que de no llegar a consumarse y únicamente por la mente lo hiciere, no se estaría frente al adulterio. Y deliberado, que debe de ser con toda la intención de quererlo cometer y que debe ser consentido.

Y por otra parte es importante destacar que para el derecho canónico, es importante también que el cónyuge inocente, es decir el que no provoco la separación, cumpla con ciertos requisitos, ya que de no hacerlo extingue el derecho de separarse, esto es que, el cónyuge inocente haya consentido en el crimen o que bien haya dado motivo para él o, lo haya perdonado expresamente o tácitamente, o él mismo lo haya cometido.

Ahora bien cabe anotar que para el Derecho canónico, existen tres formas de renuncia a la separación, que son por el perdón expreso, por palabras o signos manifiestos. además puede ser tácito, cuando deriva de situaciones o hechos que supone de forma inequívoca el perdón y puede ser presunto, cuando en seis meses no ha abandonado al culpable ni lo acusa en forma legítima.

Por otro lado, para el derecho canónico, la necesidad de la prueba en el caso concreto del adulterio, resulta un tanto difícil de comprobar, por la intimidad en la que se desarrolla dicha actitud, y por lo que deja a las partes la carga de la prueba, por medio de la certeza moral del adulterio, por confesión de las partes, presunciones y otras circunstancias, y bien en ese específico caso, la separación del juez.

Por lo que respecta a este caso la autoridad eclesiástica no actúa en casos de separación perpetua, sino através de la vía judicial, por lo que representa ante la sociedad dicha separación en los términos en los que ésta se da.

Ahora bien, por otro lado, la separación temporal, en cuento a las causas que el derecho canónico establece se refiere a dos tipos de circunstancias, que son las espirituales y las corporales, que pueda llegar a tener dificultades muy graves para continuar con una vida en común dentro del matrimonio, por atentar contra la integridad física o espiritual, del cónyuge y de los hijos; lo anterior corresponde a la separación con base en las sevicias físicas y morales, ya que las primeras son todas agresiones físicas, que hace imposible un dialogo y convivencia, en la cual se pueda manifestar sus múltiples problemas de comunicación, en virtud de que la hace imposible cuando se llega a este nivel y a este grado de violencia. Por otro lado se tienen las sevicias morales, que van en contra de la dignidad y sentimientos de la persona, como son la difamación, riña, insultos y por tanto no se puede llegar a un arreglo para las partes. En estos casos muy específicos el derecho canónico acepta la separación, y de una manera reiterativa en ningún momento se acepta que sea, como un castigo, ni aún en el caso de la separación perpetua, a pesar de que, sea por el adulterio, ya que si existe una de las formas de perdón, entonces no se deberá de separar.

Y por último se tiene otra forma de abandono que es la maliciosa, y que para que se de, deben de existir tres condiciones que son: el abandono o la separación de hecho, el ánimo de interrumpir las obligaciones conyugales, y la no existencia de causa legítima, que responde a la omisión de un deber, como es la caso de la negación de cumplir con las obligaciones impuestas, derivado del matrimonio, en contra de los hijos, ya que no existe ninguna causa que pueda ser legítima para dejar de cumplir.

Se encuentran estas causas muy bien delineadas, ya que incluso, para el cónyuge inocente debe de cumplir con ciertos requisitos para que se le considere que en verdad, no ha tenido, nada que ver con la actitud del cónyuge que en realidad culpable; no descarta la posibilidad de que el

cónyuge inocente pueda perdonar , y además hace una clasificación, que resulta de por sí un tanto ,más flexible para una reconsideración a fin de que se pueda vivir en armonía, a pesar de que en realidad no lo perdona el derecho canónico, el hecho de violar uno de los principios y de los valores más importantes, que es la fidelidad, y que de alguna manera tampoco muestra legislación la deja a un lado, no es exclusiva del derecho canónico, sino de toda una regulación jurídica, que además de que se debe de observar; de no hacerlo de igual manera se le considera con una sanción ya que dentro de dichos principios, independientemente de lo que considere el derecho canónico debe de existir una fidelidad, para una mejor convivencia.

1.4. DERECHO ITALIANO.

En la ley italiana, que como es bien conocido a pasado por momentos históricos muy importantes, con respecto a esta figura, por ser uno de los pueblos más representativos, para tomarlo como un pilar indispensable en nuestro sistema jurídico; ahora bien por todos esos momentos importantes por lo que ha pasado Italia, en este apartado nos referimos, a la época más actual; como es que este pueblo ahora en día encuentra el divorcio, con sus cambios y modificaciones.

En 1983, surgió un referéndum, que dividió al país en dos corrientes ideológicas definidas, en las que se imponía por una parte a las parejas el vivir en una reflexión por cinco años, lo que fue una imprudencia, ya que se provocó una crisis con esta medida, en virtud de que las parejas en lugar de divorciarse conforme a derecho, lo que hacían era, separarse clandestinamente y con ello el número de parejas que se separaban era mayor, que las que se encontraban unidas; porque además no obstante con esta medida tan grave, los trámites, que se les exigía eran largos, lo que provocaba que en lugar, de lograr que las familias vivieran sin ningún problema, ante la sociedad, existía una crisis mayor; siendo esta medida contraproducente, ya que además los tramites eran muy largos y la integridad de la familia se veía lesionada, ya que en lugar de mantener unida a la pareja, lo que ocasionaba que varias parejas vivieran en

adulterio, o incluso en concubinato por el temor a esos procesos de duración.

Lo que la legislación italiana, no comprendía, es que si bien es cierto que las parejas unidas en matrimonio deberían de permanecer todo el tiempo posible juntos, no era una regla por siempre, porque cuando existen causas que hacen imposible esta regla, lo mejor es la separación, y precisamente para que no existan parejas, que hicieran lo que la sociedad italiana estaba provocando, con sus disposiciones.

En la legislación actual de Italia sobre el divorcio, nos encontramos; además de ser una de las culturas de mayor trayectoria histórica en relación con esta figura jurídica, también es una de las culturas que ha sufrido cambios dignos de tomarse en cuenta, ya que uno de los autores como Pisanelli, sobre el proyecto del Código Civil Italiano opinaba, que es un contrato y con esta disposición se a querido decir que en el matrimonio hay alguna condiciones que al igual que en un contrato se llevan a cabo cuando no existen cláusulas como tales. Por lo que toca a las capitulaciones matrimoniales, solo nombra algunas de las obligaciones y deberes, sin embargo no son definitivas, para que sean tomadas como causales, por que no hay una fecha de terminación del contrato. En 1975, se quiso imponer un sistema de separación, abandonándose de esta forma el sistema por culpa, y fundando la separación judicial en la intolerable continuación de la convivencia o en le grave perjuicio para la educación de los hijos.

Por otro lado tenemos que en 1983, surgió un referéndum que como ya expuse dividió al país, en dos posiciones, y lo más importante es que las parejas ya no querían casarse en virtud de que si no resultaba, el matrimonio la separación se haría casi imposible, porque por más trámites largos que existan, siempre habrá una forma en la que se salgan de ella.

Lo riesgoso de estos años de espera en reflexión era que las parejas al encontrar obstáculos para su separación, se unían, con otras personas, hasta en tanto se dictaba el divorcio, por lo que se provocaba una situación lesiva, para

los cónyuges e incluso para los hijos que se llegaban a procrear fuera de un matrimonio.

La ideología, en la que se construyó la ley civil de Italia, descansa, en las posiciones de que vivieran juntos hasta que la muerte los separe, sin embargo no se puede dejar de reconocer que en algunas ocasiones, la armonía que debe de durar en un matrimonio, se destruye, y no es posible volver a construirla por la pareja, por lo que la medida tomada fue muy rigurosa provocando, una lesión en la familia, y no como pretendían años de reflexión, es importante que cuando se llega a una decisión la ley sea la mas respetada y no como ocurrió en Italia, que al conocer la situación en la que se vivían varias parejas, no hicieran nada por mejor regularizar, porque se cometía u fraude a plena luz de la ley italiana.

Lo importante, en esta figura del matrimonio, resulta de la naturaleza jurídica, y que provoca varias corrientes que las puede clasificar, y por lo misma darle ciertas reglas que pueden variar, sin embargo a pesar de lo discutido que se encuentra su naturaleza jurídica, no se puede dejar de regular y por lo mismo darle una solución a la separación.

1.5. DERECHO FRANCES.

Para el derecho francés, la revolución jugó un papel determinante, por aquellos ideales por los que lucharon, siendo el dogma de igualdad, y uno de sus principios, por los que llegaron al cambio; justamente en el Derecho constitucional, quedando recogidos, ya partir de él se desprende que también en las demás ramas del derecho como el civil, penal, procesal y administrativo entre otras; por la expresión constitucional que sirvió, como pilar de todos aquellos ideales y que como voluntad general, es precisamente de donde deriva su terminología Rousseau.

Y lo podemos notar en la constitución de 1791, que se encuentra inspirada en la separación de poderes, aunque todavía monárquica con base en el rey, que a su vez ya no tenía el mismo poder de antes, ya que si bien es cierto,

gozaba de privilegios, también le habían suprimido dichos goces, ya que también recibía un salario; sin embargo ya no como antes, en que el poder del que gozaba era ilimitado; pues también habían sido nacionalizados los dominios de la corona, siendo esta la razón por la que el rey ya recibía un salario.

Aunque un año más tarde se proclamará, la República y se promulgará la segunda constitución, con sufragio universal amplias concesiones al refrendo popular, se tubo que suspender porque se buscaba un mejor equilibrio entre los poderes ejecutivo, legislativo y judicial, sin embargo la siguiente constitución se abrió paso con un golpe de Estado que organizaría Napoleón Bonaparte en 1799, en la que se encuentra una interesante legislación referente a los derechos individuales y al sistema administrativo.

Ahora bien por lo que respecta a la figura que nos ocupa, comencare por examinar, lo que interpretaban como matrimonio, y conviene destacar, que no se le consideró mas como un sacramento, sino como un contrato civil surgiendo al mismo tiempo la legalización del registro civil, naciendo de esta manera dicha institución, como un elemento indispensable para celebrar el matrimonio, y simultáneamente la introducción del divorcio, en 1792, a condición de que se encontrar causa comprobada o bien por mutuo consentimiento, aboliendo de esta forma la separación.

Justamente con la promulgación de la ley sobre el divorcio del 20 de septiembre de 1792, se reconoció la posibilidad de la separación incluso, por incompatibilidad de caracteres. Sin embargo en 1804, el Código de Napoleón, redujo las causas de divorcio, a solo tres: el adulterio, las sevicias y las injurias graves, aceptando la separación por actos culposos y negando la separación cuando uno de los consortes, padeciera alguna enfermedad mental; ya que de no existir cónyuges culpable en este caso, no se puede conceder el divorcio, lo cual resultaba una medida muy severa, por que de las mismas circunstancias tan especiales, se desprende que no puede existir armonía en un matrimonio, y sin embargo con ese afán de mantener dicha figura, lo que se ocasionaba era que, el otro cónyuge se mantuviera sólo, sin la oportunidad de contraer nuevas nupcias.

Retomando esos principios que existieron, en la revolución francesa, los filósofos los tomaron, para concluir y atacar ese principio de indisolubilidad matrimonial, por tanto para la constitución de 1792, los divorcios se encontraban superados en relación a los matrimonios; y por lo tanto se quedaban en una inestabilidad, provocando con el lo que los legisladores del Código Civil en esta materia se encontraban divididos, por lo que el divorcio unilateral, quedaba suprimido y se conservó el divorcio por voluntad de los consortes; desde luego este se convirtió en un verdadero problema, ya que consideraban que se encontraban ante el repudio, por ser permitido en un principio el divorcio por una de las partes; sin embargo ante tales problemas por resolver.

Con la restauración de la República, se proclamó nuevamente el catolicismo como religión de Estado, y con ello la ley de 1816, que suprimió el divorcio y hubo que esperar hasta la III República para la reintroducción definitiva del divorcio. Cabe señalar la importancia que tubo y que tiene la iglesia, en este aspecto, sin embargo, ahora daremos un largo paso, por el tiempo, porque surgieron varias polémicas en relación ala figura del divorcio, por lo que nos centraremos en sus legislaciones mas recientes, por lo que nos centraremos en sus legislaciones mas recientes, por lo que el 11 de julio de 1975, apareció una ley inspirada en un proyecto del profesor Jean Carnonnier, en la que ayudado por un profundo estudio del caso llega a conclusiones, en las que; primero acepta el divorcio por mutuo consentimiento, el divorcio sanción, y también admite el divorcio por causas objetivas en casos determinados.

Ahora bien el régimen vigente del divorcio en Francia puede describirse de la siguiente manera :

"1) Se mantiene el divorcio como sanción suprimiéndose las causas anteriores, y se forma una sola causa general, hechos imputables a la otra parte, cuando constituye una violación grave o renovada de los deberes y obligaciones del matrimonio, que hacen intolerable el matrimonio de la vida en común.

No obstante, el legislador ha conservado la condena de una pena afflictiva e infamante como causa específica de divorcio.

2) Se establece el divorcio por mutuo consentimiento, que existió de 1804 a 1816, bajo dos formas, la normal como petición conjunta de ambos cónyuges, que debía ir acompañada de un proyecto de convenio en orden a las consecuencias del divorcio sobre los hijos y los bienes (exige seis meses de matrimonio y que sea renovada la petición a los tres meses de presentada), y la excepcional, consistente en que uno de los cónyuges se adhiere a la solicitud del otro, reconociendo la certeza de los hechos que hacen intolerable la vida en común.

3) Se introduce el divorcio por ruptura de la vida en común basado en causas objetivas, bien en base a la alteración profunda de las facultades mentales de uno de los cónyuges, que conducen a una separación efectiva por el mismo periodo. El carácter restrictivo de esa forma de divorcio resulta de la obligación de quien la solicita de asumir el cumplimiento de todas las cargas pecuniarias derivadas de aquel y de la existencia de una cláusula de duración (si el otro cónyuge establece que el divorcio tendría para él, teniendo en cuenta su edad y la duración del matrimonio o para los hijos, consecuencias materiales o morales de excepcional dureza, el juez rechaza la demanda, según el artículo 240) la cual, puede ser estimada de oficio en caso de divorcio por enajenación mental."¹⁰

En Francia, como opina Planiol, se ha llegado a circunstancias especiales, en las que el divorcio voluntario, se llegó a no admitir del todo por lo que incluso, existieron divorcios simulados, recurriendo a cualquiera posible causa, o que fuera precisamente por mutuo consentimiento, es decir, únicamente se admitía por causa grave.

Sin embargo, sí se llegó a una conclusión importante por parte de los legisladores en Francia; que de una o de otra manera, al encontrarse unidos con un apersona en la que ya no se puede encontrar apoyo como pareja, es necesario por el bien de ambos y por el de los hijos si es que los hay, que se puedan divorciar, con una legislación sólidas, en las que sea necesario sostener, que si el matrimonio se le considera como un contrato, también se exija que se cumpla y

¹⁰ Manuel F. Chávez Asencio, *La Familia en el Derecho, Relaciones Jurídicas Conyugales*. Edit. Porrúa. México., pág. 419.

no recurran a varios artificios, burlando de esa manera a la propia ley, y no defraudar incluso a los hijos que son lo más importante, que siempre se dejan al último al tomar una decisión como el divorciarse.

No es que no se deba de tomar una decisión, y más si es el de separarse, cuando las relaciones familiares se han deteriorado, pero no es que lo hicieran con engaños, sino que debe de actualizarse su relación legalmente, a grandes rasgos este fue el sistema jurídico en función del divorcio en Francia.

II. EL DIVORCIO EN MEXICO.

2.1. LOS AZTECAS.

En este apartado entraremos al estudio del Derecho civil Mexicano, por lo que comenzaremos por hacer una reseña histórica iniciando con una de las culturas de mayor importancia que es la azteca, ya que ésta abarca aproximadamente ciento cincuenta años, casi la mitad de lo que es toda nuestra historia en México, del derecho.

Todos los pueblos primitivos, se basaban en la costumbre, que era observada en forma obligatoria, por lo que esa aplicada por las tribus; además de la costumbre tenían toda una organización, de aplicación de justicia en el que cada uno de sus integrantes le correspondía una tarea y una función que, dependiendo de su estatus social debía de desarrollar, en el campo político daban mayor agilidad a la administración pública en sus distintos niveles. Uno de los cuerpos mas importantes en la organización, era el tlatocan, que se encontraba integrado por cuatro nobles, que actuaban como jueces, su opinión se tomaba en cuenta en asuntos particularmente difíciles o de primordial importancia y eran electos en caso del gobernante supremo.

Sin embargo, cabe destacar que existieron otras culturas cuya influencia fue también trascendente, como la olmeca, en la que la escasez de figuras femeninas sugiere una sociedad sin matriarcado en donde las grandes obras inducen a la existencia de esclavos o de una plebe sometida a la élite. "En cuanto al derecho civil maya, el matrimonio era monogámico, pero con la facilidad del repudio que con frecuencia presentaba una especie de poligamia sucesiva; con los mayas se seguía el sistema del precio de la novia, el cual consistía en que el novio trabajaba por un tiempo con el futuro suegro, de igual manera existían los intermediarios para arreglos patrimoniales y para concertar los matrimonios. En el derecho civil chichimeca se regía por el sistema de la residencia matriarcal; en virtud de que el

hogar se formaba alrededor de la madre, entre las clases sociales faltaba la de los sacerdotes".¹¹

Para el derecho civil azteca texcocanos encontramos que su organización social contaba con clases y grupos de clanes a los cuales se les denominaba *calpulli*, que eran los terrenos comunales se que correspondían a cada clan.

Originalmente dentro de estos grupos hubo una vida democrática que se encontraba bajo un gobierno de ancianos, en la que tenía sus propios dioses.

En cuanto a la organización social, encontramos que existían clases, iniciando con la nobleza después del monarca, cabe destacar que los integrantes de la clase popular podían ascender a la nobleza mediante hazañas guerreras; al lado de la clase noble se encontraba la sacerdotal sumamente numerosa que además de as funciones de culto, se encargaba de la educación de los nobles del calmecac, y del resto de la población en los tepochcalli. Dentro de esta misma escala social encontramos en una situación de privilegio a los comerciantes que poseían tal condición hereditariamente mediante concesión real; en el siguiente eslabón se localizaban los artesanos, los cuales se encontraban organizados en gremios, a los que solamente se podían pertenecer a través de un examen; posteriormente se encontraban los agricultores o llamados también *macehuallis*, organizados en *calpullis* agrícolas, donde poseían una parcela y el aprovechamiento del terreno comunal perteneciente a ese *calpulli*, mientras no dejaran de trabajar sus parcelas por más de dos años. Y finalmente los esclavos, entendiéndose no como en el derecho romano, en el que esta clase social no se le consideraba siquiera como persona, por el contrario en la cultura azteca no se le privaba de su personalidad al esclavo, ya que incluso podía tener bienes y familia, con "las únicas excepciones de que los prisioneros de guerra, los jóvenes y doncellas entregados como tributo se destinaban al sacrificio."¹²

Ahora bien la esclavitud se originaba por guerra, con los prisioneros o civilmente; ésta última se originaba como

¹¹ Manuel Aragónes, Ezequiel Tomás Biosca, *Nociones de Derecho Positivo Mexicano*, Edit. Patria, México, 1981.

¹² *Ibidem*, pág. 322.

castigo por ciertos delitos o en pago de deudas, o por la venta de hijos en época de carestía y siempre que, en este caso, el padre tuviera más de cuatro hijos.

Los esclavos podían obtener su libertad mediante el pago de deuda o del precio de la compra, o por concesión del dueño, así como por matrimonio de esclava con el dueño, cabe destacar que el hijo del esclavo nacía libre.

En cuanto al sistema político, en la citada cultura azteca, existían tres alianzas, que era Tenochtitlán, Texcoco y Tlacopa o Tacuba, cuyos soberanos eran independientes uno del otro; sin embargo se produjo una hegemonía tal del emperador azteca que con frecuencia podían determinar quien sería el gobernante en las regiones aliadas.

Por lo que se refiere a la estructura de los órganos judiciales aztecas, se componía de la siguiente manera:

a) Tribunal del monarca, que se reunía cada veinticuatro días y era la autoridad judicial superior, constituyéndose en tribunal de apelación.

b) Tribunal de tres jueces vitalicios nombrados por el cihuacoatl, quien era el sumo sacerdote y presidente del tribunal superior del monarca citado con anterioridad.

c) Juez de elección popular o llamado también tecutli, designado anualmente.

d) Los auxiliares de los tecutli, cuya misión era prevenir y evitar los delitos."¹³

La división de las tierras eran muy importantes, por lo que xolotl, quien era un guerrillero chichimeca, designó un nombre a cada una de las tierras, como el Tecpantlalli, que eran tierras propias del rey, el cual podía poseer tierras por ser rey además de las propias o personales; las pillali, que eran las tierras que el rey concedía a los nobles en una forma hereditaria; tlatocamili, que se le asignaba a los funcionarios; los tecutli, destinados a los guerreros; teopantlalli, tierras pertenecientes a los nobles de carácter inalienable. En cuanto a los calpulli, que eran tierras atribuidas a clanes familiares del mismo origen, de

¹³ Manuel Aragónes, Ezequiel Tomás Biosca, *Nociones de Derecho Positivo Mexicano*, Ed. Patria, México, 1981, Pág. 321.

los que una parte se poseían en común, mientras que la otra estaba dividida en parcelas individuales cuyo uso se transmitía de hecho sucesoriamente y cuyo usufructo se podía perder si abandonaba el cultivo por más de dos años.

Por lo que toca a la organización de la familia, siendo un pueblo guerrero poseían un carácter patriarcal, e la que por encontrarse bajo la autoridad del padre, la mujer sal contraer nupcias pasaba de su calpulli al de su marido, siendo una de sus principales funciones la de tener hijos para fortalecer el pueblo azteca.

A la organización jurídica de la familia azteca, le daban una significación inmensa, en virtud de que para este pueblo, la grandeza dependía en gran medida de las batallas que tenían que librar con los demás pueblos para mantener ese poder que lo caracterizó como una de las culturas mas importantes, por lo que no se permitían incluso los solteros, por el contrario tanto a los hombres como alas mujeres se les exigía el enlace matrimonial, con el firme propósito de crear con el nacimiento de los hijos más guerreros al servicio del pueblo azteca.

Por lo que se refiere al matrimonio, éste era "poligámico; en el que la primera esposa tenía la preferencia respecto de las demás, por otra parte también existía la costumbre de que los hermanos podían y debían de casarse con la viuda de uno de ellos; estos enlaces se celebraban en un acto formal con intervención de los sacerdotes; las uniones se clasificaban por raptó o por venta, incluso bajo condición resolutoria, la cual duraba hasta el nacimiento del primer hijo, en el que la mujer optaba por mantenerse unida por tiempo indefinido, sin embargo existía la opinión del hombre el cual si se lo llegaba a negar, terminaba el matrimonio."¹⁴

Ahora bien, el divorcio, que fue una de las figuras importantes, se llevaba s cabo mediante la intervención de autoridades, necesitando como en todo la existencia de causales que motivaran dicha separación, se tenían presentes los siguientes fundamentos para la separación que eran: la esterilidad, que por razones de ser un pueblo guerrero necesitaban de más beligerantes, otra de las causales era

¹⁴ *Ibid.*

por la pereza de la mujer; por la incompatibilidad de caracteres; sevicias e incumplimiento económico.

Al momento de aprobarse la disolución, el cónyuge culpable se quedaba con la mitad de los bienes; en cuanto al cuidado de los hijos los varones les correspondía al padre en tanto que las mujeres se quedaban con la madre, por lo que cuando quedaba divorciada la mujer o quedaba viuda, se debían de observar un tiempo determinado para volver a contraer nuevas nupcias.

Una de las cuestiones interesantes que cabe destacar es que en el derecho civil azteca, las mujeres que quedaban viudas o divorciadas, necesitaban de un determinado tiempo para volver a contraer nuevamente nupcias, y además de que el nuevo esposo debía por fuerza, de ser de rango superior al del primer consorte o a los anteriores, si es que con anterioridad hubieran existido más esposos.

Por lo que se refiere al procedimiento, éstos carecían de tecnicismos, con una defensa limitada y cruelísimas las penas.

En cada calpulli, había cierto número de *centectlapiques*, que hacían las veces de jueces de paz en los asuntos de mínima importancia. Para los deudores morosos había una cárcel llamada *teipiloyan*.

En cuanto al procedimiento civil se iniciaba con una forma de demanda, denominada *tetlailaniliztli*, librada por el *tecutli*, y notificada por el *tequitlatoqui*. El juicio siempre era oral; la prueba principal era la de testigos y la confesión era decisiva.

"Pronunciada la sentencia, que se le llamaba también *tlazolequiliztli*, las partes podían apelar al tribunal de *tlacatecatli*, el principal medio de apremio era la prisión por deudas, el *tepoxtl* o pregonero publicaba el fallo.

En los negocios importantes el *cuahnoxtli*, uno de los jueces del tribunal del *tlacatecatl*, era el ejecutor del fallo."¹⁵

¹⁵ *Ibidem.*, Pág. 313.

El maestro Esquivel Obregón, "calificaba los procedimientos de rápidos, ya que en materia mercantil el tribunal de doce jueces que residían en el mercado y decidían sumariamente las diferencias que surgían en las transacciones mercantiles, podían imponer como pena, la muerte, que se ejecutaba en el acto."¹⁶

2.2. PERIODO COLONIAL.

Quando llegaron los conquistadores a América, en la antigua Tenochtitlán, los aztecas tenían su propia organización, sin embargo por el dominio al que fueron sometidos los españoles sistematizaron el comercio colonial a semejanza de los monarcas portugueses, es decir en base a un monopolio estatal.

Por lo que respecta a la coordinación del sistema legislativo en la Nueva España, cabe mencionar que se organizaron de la siguiente manera :

- 1) Leyes elaboradas especialmente para la Nueva España, recogidas en el llamado cedulario de puga.
- 2) Leyes de India, es decir las leyes que se dictaron para las colonias españolas de América y que, por tanto rigieron también en la Nueva España.
- 3) Legislación castellana vigente.
- 4) Supletoriamente, los usos y costumbres indígenas, que eran aplicables exclusivamente a los aborígenes, en los casos no previstos por las normas españolas y siempre que no se contravinieran la religión cristiana ni las leyes indias."¹⁷

Sin embargo las leyes de indias, fueron las que tuvieron una vigencia, como derecho supletorio, en virtud, de que este ordenamiento constó de cuatro importantes y fundamentales leyes, las cuales fueron; las partidas, las

¹⁶ José Becerra Bautista, *El Proceso Civil en México*, Edit. Porrúa, México, 1990, Pág. 543.

¹⁷ Manuel Arágonés, Ezequiel Tomás Biosca, *Nociones de Derecho Positivo Mexicano*, Edit. Porrúa, México, Pág. 314.

leyes de toro, la nueva recopilación y la novísima recopilación.

Las partidas fueron promulgadas bajo el poder de Alfonso X, el sabio, éstas obras fueron las más trascendentes por lo que toca al derecho castellano, ya que las partidas fueron inspiradas en la doctrina del Derecho Romano de Justiniano, y aunque fueron recibidas con hostilidad por las clases populares, en virtud de querer sustituir el viejo derecho local de los fueros municipales, por un nuevo sistema jurídico de carácter territorial, éste subsistió.

Las leyes de Toro, proceden de una reunión de Cortes, celebrada en la ciudad castellana de toro en 1505. En ella se fijaron los requisitos exigidos para la presunción de la viabilidad en el nacimiento, así como para definir la condición jurídica de los hijos naturales, es decir la esfera del derecho familiar, la reguló.

En cuanto a la Nueva Recopilación de las leyes de Castilla, este ordenamiento se debió a la necesidad de recopilar sistemáticamente el derecho castellano, para acabar con la confusión producida por la multiplicidad de sus fuentes en vigencia, muchas de ellas de contenido contradictorio; se hizo sentir de manera muy aguda desde los últimos tiempos de la baja edad media.

Respecto de la Novísima Compilación de las leyes de España, alcanzo la sanción oficial en 1805 y rigió no solo en éste país, sino también en América, antes y después de la independencia. Su promulgación, sin embargo, no hizo disminuir la autoridad doctrinal de las partidas, que durante la edad moderna había venido siendo la fuente del derecho más consultada, tanto por los juristas de la metrópoli como por lo letrados y oidores de las audiencias de las indias.¹⁸

Ahora bien, con la nueva reorganización, que hubo en la Nueva España, en la colonia existió un supremo tribunal que era el Real Consejo de Indias, en el que además de ser el supremo tribunal de apelación también fue un cuerpo

¹⁸ José Ma. OTS y Capdequi, *Historia del Derecho Español en América y del Derecho Indiano*, Edit. Aguilar, Madrid, España. Pág. 325.

consultivo general de la corona en todo lo referente a las indias, del que dependían las audiencias.

Las principales funciones del Real Consejo de Indias era:

- a) Consultor del monarca español.
- b) Órgano político para la elección de virreyes, gobernadores e intelectuales, capitanes generales y miembros de las audiencias.
- c) Proponer el nombramiento de empleados civiles y eclesiásticos.
- d) Dar autorización para que tomaran posesión de sus cargos los obispos y arzobispos.¹⁹

La Real academia de la Nueva España era el órgano judicial, superior de la época colonial, que era también gubernativo; ya que el virrey tenía que consultar con ella a los asuntos importantes, aunque sin obligación de atender su decisión, así como también constituía un órgano legislativo a través de los autos acordados que, dictaban bajo presencia del virrey, en la que sus miembros se denominaban oidores.

Los tribunales que se formaron con el propósito de dar un mejor manejo en cuanto a los asuntos que se ventilaron, con el tribunal de Minería, que era el destinado exclusivamente a resolver los conflictos mineros, el tribunal de la acordada, al que competía la persecución de los delitos cometidos por salteadores y maleantes.

El tribunal de la Santa fe, que era mejor conocido como el tribunal de la Santa Inquisición, quien se encargaba de los asuntos que se hallaban en contra de la iglesia.

Una de las influencias determinantes, en el periodo colonial fue la iglesia, a la cual se le concedió una jurisdicción con el prelado y otras autoridades eclesiásticas para conocer en asuntos de carácter espiritual y religioso. Este tribunal de la Santa Inquisición, el cual fuera establecido en las indias, lo mismo que en España,

¹⁹ *Ibid.*

para la defensa de la Fe católica y la persecución de la herejía, al parecer no procedió en los dominios de América con tanto rigor como en la península.

Se admitía el tormento para conseguir la confesión del acusado y la revelación de los nombres de sus posibles cómplices, y podían imponer como penas: la reconciliación, la penitencia, la prisión y la muerte en la hoguera, con entrega en ese último, caso del condenado a las autoridades civiles para el cumplimiento de la sentencia.

Las partidas definieron el estado de los hombres como "Condición o manera en que los hombres viven o están". Ley 1t.23.²⁰

Esta condición o manera que caracterizaba al estado de la persona como sujeto de derecho, podían proceder o de la propia naturaleza humana, o de las leyes positivas. De aquí que pudiera hablarse de un estado natural o de un estado civil.

Por razón de la edad, sólo los mayores de veinticinco años gozaban, según las partidas, de la plena capacidad jurídica pero los varones mayores de catorce años y las mujeres mayores de doce años estaban capacitados para poder contraer matrimonio y también para otorgar testamento.

Los indios, por estar equiparados jurídicamente a los españoles, habían de cumplir con los preceptos establecidos para la obtención de la licencia paterna al celebrar sus matrimonio. Por la Real Cédula de 20 de junio de 1500, se condenaron las actividades esclavistas desplegadas por Colón en las islas por él, descubiertas y se declaró que los indios debían ser considerados jurídicamente, como vasallos libres de la corona de Castilla.

Se admitió, sin embargo que pudieran ser conservados como esclavos cautivos en justa guerra. Pero el amparo de esta excepción se cometieron tales abusos que en un 2 de agosto de 1530, hubo de decretarse que ni aún en los casos de guerra justa, pudieran ser hechos esclavos los indios capturados.

²⁰ *Ibidem*. Pág. 48.

En términos generales, puede decirse que los mismos preceptos que en España regulaban la celebración canónica del matrimonio estuvieron vigentes en los territorios hispanoamericanos de ultramar.

Se repartieron indios a título de encomienda que era una institución de origen castellano que, pronto adquirió en las indias caracteres peculiares que la hicieron distinguirse plenamente de su precedente peninsular.

Ahora bien sobre la regulación jurídica del derecho de familia comenzando por los esponsales y el matrimonio, fueron definidos por las partidas, los primeros como, "el prometimiento que hacen de palabra hombre y mujer cuando quieren casarse."²¹ Los que estuvieran privados del habla podían hacer esta promesa por señales evidentes o por escrito.

En cuanto al matrimonio, lo definieron las partidas como "ayuntamiento o enlace de hombre y mujer hecho con intención de vivir siempre en uno, guardándose mutua fidelidad."²²

En cuanto a los impedimentos, las partidas aceptaron la doctrina canónica de la época. Por lo que dentro del grupo de los llamados dirimientes, es decir de aquellos que no son susceptibles de dispensa, se encontraban además del error, la fuerza, el parentesco, la condición puesta contra la naturaleza o fin del matrimonio, el voto solemne de castidad, el homicidio del cónyuge, la diversidad de religión, la impotencia para procrear y el rapto.

Sin duda, una de los aspectos más relevantes e interesantes, fue la forma en que debieron de regularse los matrimonios entre los indios recién convertidos al catolicismo, ya que a la llegada de los españoles a América, los indígenas adoraban varios dioses, por lo que la manera en que constituyeron a las distintas figuras como el matrimonio, era completamente distinta.

²¹ *Ibidem.* Pág. 50.

²² *Ibid.*

En cuanto a la disolución del matrimonio, sólo se producía por la muerte; el divorcio no vincular, se producía por la sevicia; otras causales que establecía la ley eran, las enfermedades contagiosas y el adulterio.

Las partidas reglamentaron por otra parte la barraganía, siendo una disposición bastante cuestionable, ya que la iglesia perseguía y además condenaba este tipo de uniones sexuales irregulares, sin embargo el sustento al cual llegaron las partidas, para permitir y reconocer estas uniones, fue que en la realidad social que les había tocado vivir a los legisladores de este ordenamiento, éste tipo de uniones se daban constantemente, por lo tanto se trató de un acto no punible en la esfera civil.

Sin embargo cabe señalar que las consecuencias jurídicas de este principio fueron fijados en las leyes de Toro, principalmente, y se recogieron más tarde por las demás fuentes ya citadas.

2.3. CODIGO DE 1870.

Ahora bien en nuestra legislación mexicana, no se reglamentaba jurídicamente en un principio el matrimonio, ya que la influencia que ejercía la iglesia en nuestra cultura ha sido determinante, por lo que de esta manera surgió ese dominio en el que la propia institución que es la iglesia, se encargó de las uniones y por tanto quiénes también registraban dichas uniones, teniendo un control absoluto de los mismos, además de otros actos también, el registro de mortalidad, la administración de los panteones, controlando por otro lado las festividades, en las que además dejaban a los trabajadores inactivos, para las celebraciones; era un poder total que la iglesia tenía en otros muchos actos, y no fue hasta 1859, que con las leyes de reforma que impulsará Juárez, en donde se dicta la ley reglamentaria del 28 de julio de 1859, en la que a el matrimonio ya se le consideró una figura dentro del derecho civil mexicano, haciendo a un lado las disposiciones religiosas; no obstante con este ordenamiento el principio de la indisolubilidad continuó; por lo que respecta a la iglesia, a ésta se le retiró el control que tenía en estos actos y el Estado por medio del

juez del registro civil, fue quien llevó ese archivo de matrimonios, además de las defunciones y otros actos también se instituyeron varias leyes, para un mejor control, de estas reformas; las más importantes que se pueden mencionar son las siguientes :

1) La ley que estableció el matrimonio como un contrato civil, la cual exigía como requisito para la licitud y validez del matrimonio que éste se efectuara ante la autoridad civil y una vez celebrada lo declaraba indisoluble, admitiendo sólo el divorcio temporal. (23 de julio de 1859).

2) La ley que fundó el registro civil de las personas y retiró a la iglesia la facultad de registrar los nacimientos, los matrimonios y defunciones y para lo cual instituyó a los jueces del registro civil (28 de julio).

3) La ley de secularización de los cementerios, que hacía cesar la intervención de la iglesia en la administración de los panteones, dejando ésta a cargo de las autoridades civiles y prohibiendo sepultar cadáveres en el interior de los templos. (31 de julio).

4) La ley que reducía el número de festividades religiosas, cuya tendencia era disminuir los días en que la iglesia obligaba a los trabajadores a suspender sus labores. (11 de agosto).

5) La ley sobre la libertad de culto, principios que no había podido incluirse en la constitución de 1857 por la agitación que provocó en la sociedad, y que establecía por vez primera en nuestro país la libertad de creencias.

Estas fueron las principales leyes sociales que se dictaron en esta época, las reformas de Juárez, como una necesidad de reformar a la sociedad, se dieron paso; como podemos percatarnos el dominio que ejercía la autoridad eclesiástica; también provocó que se encontraran en un total desacuerdo, surgiendo varios movimientos en contra, de las medidas que se habían tomado, por lo que Juárez, quitó los elementos que le servían de apoyo, como fueron:

a.- Adoptar como regla general invariable la más perfecta independencia entre los negocios del Estado y los puramente eclesiásticos.

b.- Suprimir todas las corporaciones de regularse del sexo masculino, sin excepción alguna secularizándose los sacerdotes que hubiere en ese momento con ellos.

c.- Extinguir igualmente las cofradías, archicofradías, hermandades y en general todas las corporaciones o congregaciones que existen de esa naturaleza.

d.- Cerrar los noviciados de los conventos de monjas, conservándose los que actualmente existen con los capitales o dotes que cada uno haya introducido, y con la asignación de lo necesario para el servicio del culto en sus respectivos templos.

e.- Declarar que han sido propiedad de la nación todos los bienes que hoy administra el clero secular y regular con diversos títulos, así como el ascendente que tengan los conventos de monjas, deduciendo el monto de sus dotes, y enajenar dichos bienes, admitiendo, en pago de una parte de su valor, títulos de la deuda pública y de capitalización de empleos.

f.- Declarar, por último, que la remuneración que dan los fieles a los sacerdotes, así por la administración de los sacramentos como por todos los demás servicios eclesiásticos, y cuyo producto anual, si bien distribuido, basta para atender ampliamente al sostenimiento del culto y de sus ministros, es objeto de convenios libres unos y otros, sin que para nada intervenga en ellos la autoridad civil.²³

En estos elementos que Juárez desmembró, también perdió ese poder tan ilimitado que tenía la iglesia, por lo que las reformas fueron muy benéficas, en particular cuando se comenzó a reglamentar la familia, ya que de alguna manera podemos incluso considerar que las parejas que se unían, en matrimonio por medio de la institución de la iglesia, aunque ésta los registraba, ante la ley se consideraba en concubinato, y con ello el matrimonio, y en general todos

²³ Julián Guitrón Fuentes, *Derecho Familiar*, Edit. UNAM, México, 1988, Pág. 93.

esos actos que tenía la iglesia a su cargo, ya tenían un respaldo jurídico y no espiritual, hasta antes de las reformas.

El Código Civil de 1870, ya reglamentaba a la familia, como era el matrimonio, el parentesco, la filiación y la separación de cuerpos, que era en aquel entonces como una especie de divorcio, con notables diferencias, ya que seguía rigiendo el principio que Juárez había manifestado que era indisoluble, que más adelante analizaremos.

Comentando el presente código, debemos destacar los errores, en los que incurrió, describiendo, las figuras que contenía en su cuerpo, como el artículo 159, de la citada ley, considerando al matrimonio, de la siguiente manera:

"El matrimonio es la sociedad legítima de un solo hombre y de una sola mujer que se unen con el vínculo indisoluble para perpetuar a la especie y ayudarse a llevar el peso de la vida." ²⁴

De este concepto que preceptúa el Código de 1870 se desprende que el principio de indisolubilidad, se encontraba vigente, no obstante que en las leyes de reforma en las que, se le concedían al Estado una mayor participación e los que se refiere a los matrimonios, nunca se proclamó, que se pudiera romper dicho vínculo, aunque en el mismo concepto de matrimonio, que daba el código, no abarca todo lo que representa la institución del matrimonio, ya que partiendo de que es una figura sui generis, como una base integrante de la sociedad, y que necesariamente en este principio se funda su importancia, por pertenecer a una organización sistematizada jurídicamente, el papel que desempeña es fundamental en virtud de la seguridad que existe entre los consortes, para educar a los hijos que puedan procrear, y que no se agota, con una sociedad indisoluble, ya que al no poder encontrar la armonía que es precisa en una pareja el desarrollo que se le da a los hijos ya no es la propicia.

Con respecto a perpetuar la especie, lo curioso, es que en la actualidad, quizá hasta se puede afirmar que ya no es tan indispensable el tener familia, en las uniones existen

²⁴ *Idid.*

matrimonios que al contraer nupcias, también hacen pactos personales para no concebir, que si bien por un lado es una de las funciones básicas del matrimonio, algunas parejas lo consideran que ya no es función primordial.

Por otro lado nos encontramos frente a un Código que no establece los impedimentos, en una clasificación que hoy en día, sí existen, como los impedimentos dirimentes o los impedimentos impeditivos, que como cabe señalar los primeros, son aquellos en que la violación de la prohibición produce la nulidad del matrimonio, o incluso la inexistencia, y en cuanto a los segundos la transgresión de la prohibición no invalida el matrimonio, sólo produce su ilicitud.

En el primer grupo podemos mencionar el incesto, que es la relación sexual entre parientes próximos, y la poligamia s decir la subsistencia de un primer matrimonio, antes del segundo; la imposibilidad de copular, la impotencia; en tanto que en el segundo grupo nos encontramos frente a la falta de edad, el matrimonio del tutor con el pupilo cuando no se encuentren aprobadas las cuentas de la tutela; sólo por mencionar algunos ejemplos, de los que hoy en día se encuentran previstos en la ley.

En el Código de 1870, no existió tal distinción, de los impedimentos dirimente y de los impeditivos, sin embargo se enumeraron los principales, los cuales se fijaron de esta manera:

- I.- Falta de edad requerida por la ley;
- II.- La falta de consentimiento del que conforme a la ley tiene la patria potestad;
- III.- El error cuando es esencialmente sobre la persona;
- IV.- El parentesco consanguíneo legítimo o natural sin limitación de grado, en la vía recta, ascendente o descendente. En línea colateral, igual el impedimento se extiende solamente a tíos y sobrinas y al contrario, siempre que estén en el tercer grado; y cuando no hallan obtenido dispensa;
- V.- La relación de afinidad en la línea recta sin limitación de grados;

VI.- El atentado contra la vida de uno de los casados para contraer nupcias con el que quede libre;

VII.- La fuerza o miedo grave, en caso de rapto, subsisten los impedimentos sobre el rapto y la robada mientras ésta no sea restituida a lugar seguro, donde libremente manifieste su voluntad;

VIII.- La locura constante e incurable;

IX.- El matrimonio celebrado con persona distinta de aquella con quien se pretende contrae.²⁵

Otro de los aspectos que también se manifiesta en el código en la edad, para contraer nupcias ya que en un principio, se fijó que fuera de catorce años para el varón y de doce años para la mujer, sin embargo la edad que fijaron posteriormente fue para la mujer de catorce años y de dieciséis para el hombre; por considerar que en las primeras edades todavía, no se llegaba a una madurez física capaz de permitir las relaciones sexuales.

En cuanto al consentimiento por propia voluntad, era preciso que se cumpliera 21 años, en caso contrario se debía de requerir el consentimiento de los padres o de los tutores, o quienes estuvieran a su cargo.

En cuanto a la legislación sobre parentesco, lo más sobresaliente es lo que expresa el artículo 192, que preceptúa lo siguiente:

"Afinidad es el parentesco que se contrae por el matrimonio consumado o por cópula ilícita, entre el varón y los parientes de la mujer y entre la mujer y los parientes del varón."²⁶

En este apartado encontramos una definición de afinidad, que la llama cópula ilícita, por lo que se puede desprender que el legislador ya en este caso, reconocía el concubinato, es decir esa unión que no se encontraba regulada en los libros del registro civil, fundando de esta manera la base jurídica del concubinato, y que sin embargo reconocía a esa relación fuera del matrimonio.

²⁵ *Ibidem.* Pág. 95.

²⁶ *Ibid.*

En este código, los legisladores optaron por no conceder el derecho a volver a unirse en matrimonio una vez separados, por lo que solamente se permitía la separación de cuerpos y la suspensión provisional de alguna de las obligaciones consignadas, y de esta manea el artículo 240 de dicho ordenamiento enuncio lo siguiente:

"Son causas de divorcio:

- 1.- El adulterio de uno de los cónyuges.
- 2.- La propuesta del marido para prostituir a su mujer no sólo cuando el marido lo haya hecho directamente, sino cuando se pruebe que ha recibido dinero o cualquier remuneración con el objeto expreso de permitir que otro tenga relaciones ilícitas con su mujer.
- 3.- La incitación ola violencia hecha por un cónyuge al otro para cometer un delito, aunque no sea de incontinencia carnal.
- 4.- El conato del marido o de la mujer par corromper a los hijos, o la convivencia en su corrupción.
- 5.- El abandono sin causa justificada del domicilio conyugal prolongada por más de dos años."²⁷

De lo anterior se desprende, que el matrimonio, como una institución, regulada por el derecho familiar, se le considera como un lazo indisoluble, por lo que aún a pesar de que se concedieron estas causas para llevarse a cabo el divorcio, también se le obligaba a las parejas a no volver a contraer nuevas nupcias, por otro lado a la mujer se le prohibían varios derechos, ya que al contraer matrimonio, quedaba representada legítimamente ante la sociedad por el marido, por lo que si quería ejercer sus derechos tenía que dar la autorización por escrito se marido, considerándose como un ser incapacitado.

Respecto al divorcio, en esta época se consideraba, únicamente la separación de cuerpos, no quedando los cónyuges en aptitud de contraer nuevas nupcias, que en realidad eran dispensas para cohabitar en ciertos casos de enfermedad de algunos de los cónyuges; esta medida fue demasiado estricta y por demás absurda, ya que si en un momento determinado la pareja que se unía en matrimonio, no llegaba a mantener la estabilidad en su matrimonio como

²⁷ *Ibid.*

debiera de ser; los legisladores continuando con su espíritu de querer mantener y proteger a las parejas, lo que ocasionaba era la inestabilidad de las mismas, provocando la desintegración de familias con una individualidad, no tomando en cuenta a la mujer, ya que su participación se reducía, a concebir hijos y nada más. Por otro lado nos encontramos con trámites muy largos, con el objeto de persuadir a las parejas de no llegar a la separación de cuerpos, cabe destacar que para los legisladores del código de 1870, no existía el divorcio sino únicamente la separación de cuerpos, por lo que si en un momento determinado se separaban, no podían volver a unirse como indique en líneas anteriores, además de que para pedir la separación de cuerpos se establecía que debían de pasar por lo menos dos años de matrimonio.

El mencionar que el legislador del 70', tuvo un espíritu, mas individualista que de sociedad, es por todas las figuras que regularon, como es el caso de los hijos nacidos fuera del matrimonio, existiendo una clasificación entre hijos legítimos y los llamados naturales; precisamente porque tuvieron carácter más individualista que de colectividad, a los hijos no los clasificaron como integrantes de una sociedad, sino, que fue una clasificación más denigrante y que los ponía con un sello de calidad, ante la sociedad, y por otro lado la poca o casi nula participación de la mujer, como se puede notar al establecerse que la patria potestad en su ejercicio se limitaba, por el padre, y sólo a falta de éste podía ejercer la madre, significando muy poco la mujer.

2.4. CODIGO DE 1884.

Al respecto de este código, fue una copia exacta del código de 1870, ya que considerando; que se encuentra a catorce años de promulgado el anterior los avances, en realidad no fueron muchos; por lo que toca en materia de familia el adelanto más grande fue hacia la libre testamentificación, una de las razones por la que no se dieron importantes cambios fue por el pensamiento predominantemente liberal e individualista.

Por lo que se refiere al divorcio, también no se registraron grandes cambios, siendo una repetición del código de 1870, con una disposición en la que se "prohibía el divorcio en el matrimonio que tuviera veinte años de celebrado o cuando la mujer hubiera cumplido 45 años, esto último lo copiaron del artículo 277 del Código de Napoleón."²⁸

Después de estas disposiciones ya no se dieron mayores aportaciones, ya que fue entonces cuando el movimiento de 1910, dio respuesta a las diferencias tan marcadas de las clases sociales, enarbolando los principios de igualdad basados en un socialismo, fue como se antepusieron a los intereses individuales los de la colectividad, en donde se proyectó, así una regulación jurídica más justa, y sobre todo dando una mayor seguridad respecto de la familia.

En el Código Civil de 1884; reprodujeron siete causa más de divorcio, agregándose las siguientes:

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

2.- La negativa de uno de los cónyuges de suministrar alimentos conforme a la ley.

3.- Los vicios incorregibles de juego o embriaguez.

4.- Una enfermedad crónica e incurable, que sea también contagiosa o hereditaria, anterior a la celebración del matrimonio y que no haya tenido conocimiento el otro cónyuge.

5.- La infracción de las capitulaciones matrimoniales.

Además, este código reglamento el divorcio por separación de cuerpos através del mutuo consentimiento de los consortes.²⁹

2.5. LEY DE RELACIONES FAMILIARES.

Ahora bien antes de entrar al estudio de tan importante disposición, comenzaremos por la ley de divorcio de 1914,

²⁸ *Ibidem.* Pág. 99.

²⁹ Julian Guitron *Op. Cit.* Pág. 101.

expedida en Veracruz por Venustiano Carranza; encontramos que ya se da una medida, más apropiada a la separaciones, ya no era tan estrictos como en las medidas tomadas en la separación de cuerpos, en las que no se podían volver a casar, ya que el fundamento principal en el que se basó, fue el de la realidad social, que existía y respondiendo a esta base expide dicha ley.

Comparando la ley en comento, con las anteriores a ella, podemos percatarnos de las grandes diferencias, así como de las grandes similitudes, a las legislaciones más importantes que fueron las de 1870 y 1884, por lo que la ley del divorcio de 1914, en sus artículos prevé.

"Artículo 1.- Se reforma la fracción IX del artículo 23 de la ley del 14 de diciembre de 1884, para quedar como sigue:

Fracción IX; El matrimonio podrá disolverse en cuanto al vínculo, ya sea por mutuo consentimiento tenga más de tres años de celebrado, o en cualquier tiempo, por causas que hagan imposible o indebido la realización de los fines del matrimonio o por faltas graves de uno 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 en la República, los gobernadores de los Estados Unidos Mexicanos quedan autorizados para hacer en los respectivos códigos civiles, las modificaciones necesarias, a fin de que esta ley pueda tener aplicaciones."³⁰

Es la introducción del divorcio que, se produce a partir de la presente ley, en la que a las parejas ya les dejaban la opción de volver a contraer nuevas nupcias, y ya no como en los códigos anteriores, en los que se permitía la separación de los cuerpos y de ninguna manera volver a casarse; ahora bien se estipulaban ciertas causas graves en las que se podía pedir el divorcio, como las siguientes:

a) Impotencia incurable para la cópula, por impedir la perpetuación de la especie.

³⁰ *Ibid.*

b) Enfermedades crónicas e incurables que fueron contagiosas o hereditarias.

c) El abandono de la casa conyugal o por ausencia, pues al no realizarse la vida en común, ya no se podían cumplir los fines matrimoniales.

d) Faltas graves de uno de los cónyuges para con otro.

e) Delitos de un cónyuge contra un tercero para arrojarse una mancha irreparable.

f) Prostitución de la mujer, en actos directos o en tolerancia.

g) Corrupción de los hijos.

h) Incumplimiento en alimentos para con los hijos o cónyuge y abandono en condiciones afflictivas de un consorte o de los hijos.³¹

Haciendo la comparación de esta legislación con las anteriores, nos podemos dar cuenta de que el avance, en materia de divorcio, existió, ya que, el problema social al que se estaban enfrentando, era al de la relación ilegítima, que era el concubinato; el cual había incrementado de una manera escandalosa, ya que las mismas parejas deseaban encontrarse en esta forma de cohabitar, y que en lugar de vivir en matrimonio, por todos esos trámites tan largos que existían, y para evitar, además de que si se separaban, no podían volver a contraer nupcias, era por ello que el avance fue muy importante; iniciando una nueva etapa en la relación familiar, rompiendo con los esquemas establecidos, y sobre todo con el principio de indisolubilidad del matrimonio y otorgándoles a las parejas la opción de contraer nuevamente matrimonio, sin encontrarse fuera de la ley.

Pasaremos a una de las leyes que sobre la misma materia a tenido un beneficio tan grande y además ha ayudado, para que la base del divorcio se mantuviera firme, y no cayera en las intolerancias de los códigos anteriores, y que precisamente promulgara el propio Venustiano Carranza, quien preocupado por esta figura e institución que es la familia, impulsara un gran auge en materia de divorcio.

Es la ley sobre Relaciones Familiares de 1917; y que surgió debido al cambio social que vivió nuestro país en 1910, fue motivo que impulsó el propio Venustiano Carranza, para la expedición de la presente ley, la cual se dio, como

³¹ *Ibidem.* Pág. 102.

el anterior ordenamiento, la Ley de Divorcio de 1914, al margen del Código Civil de 1884, el cual se encontraba en vigor, dándole un carácter autónomo, con el objeto de regular mejor a las instituciones principales, tales como el matrimonio y la adopción, entre otras.

En cuanto a las obligaciones nacidas del matrimonio encontramos en el artículo 41 lo siguiente:

"La mujer debe vivir con su marido, pero no estará obligada a hacerlo cuando éste se ausente de la República o se estableciere en lugar insalubre o en lugar no adecuado a la posición social de aquella."³²

Analizando dicho precepto, encontramos abiertas las posibilidades para prescindir de los derechos y sobre todo de las obligaciones contraídas por el matrimonio, ya que suponiendo que el marido tiene que trabajar y establecerse en el extranjero, la mujer aunque su obligación es encontrarse al lado de su esposo la disculpa, ya que de acuerdo al precepto no se encuentra obligada a hacerlo, si se llega ausentar.

Por otro lado, si una pareja de posibilidad media, para sufragar los gastos que implica el matrimonio, se viene a menos, a mujer según la interpretación del artículo, no se encontraba obligada a seguirlo si no la coloca en un lugar adecuado a la posición social de aquella, y por lo tanto la disculpa de cumplir con sus obligaciones que contrajo al casarse.

En cuanto a materia de nulidades nos encontramos que el artículo 119, preceptuaba:

"No se admitirá a los cónyuges la demanda de nulidades por falta de solemnidades contra el acto de matrimonio celebrado ante el juez del Registro Civil, cuando a la existencia del acto se une la posesión del estado matrimonial."³³

³² *Op. Cit.* Pág. 104.

³³ *Ibid.*

En esta redacción encontramos que se mencionan solemnizadas siendo que no existen tales, si no que si bien es cierto que el matrimonio, cuenta con ciertos requisitos de formalidad y de existencia, la solemnidad se da cuando los funcionarios que se encuentran con las atribuciones de ley para poder llevar a cabo la celebración del matrimonio, le dan la solemnidad y en cuanto los mismos contrayentes son declarados esposos ante la sociedad.

Por otro lado también menciona la posesión del estado matrimonial; que cabe destacar como una influencia del Derecho Canónico, cuando dividía al matrimonio consumado del no consumado.

Uno de los preceptos, que se creó con el fin de dar una protección a la familia fue el 128, que indica:

"El matrimonio contraído de buena fe, aunque sea declarado nulo, produce todos sus efectos civiles en favor de los cónyuges mientras dure, y en todo tiempo en favor de los hijos nacidos antes de la celebración y durante él, trescientos días después de la declaración de nulidad, si no se hubiere separado antes los consortes, o desde la separación de éstos en caso contrario."

Lo obscuro con este precepto, es que el legislador no mencionó cuando un matrimonio es de buena fe y cuando es de mala fe; sin embargo lo importante es que en el mismo artículo el planteamiento principal favorece a los hijos; ahora bien en su espíritu de querer proteger a los menores también le quiso dar una personalidad jurídica a la del feto, sujetándose a ciertos requisitos como lo disponía el artículo 156 que preceptuaba:

"Para los efectos legales sólo se reputa el feto que, desprendido enteramente del seno materno, nace con figura humana y que vive 24 horas o es presentado vivo al registro civil."³⁴

Al intentar los legisladores darle una personalidad jurídica al feto, también lo sujetaron a ciertos requisitos como son la viabilidad, que tenía que tener al presentarse ante el juez, del Registro Civil, y que además debía de ser en un tiempo determinado; el de 24 horas.

³⁴ *Op. Cit.* Pág. 106.

Incluso para hacer legal la adopción, los matrimonios que ya tenían familia lo podían hacer, ésta fue una de las cuestiones que se tuvo que modificar, en virtud de pedir que las parejas que desearan adoptar un hijo, lo fueran solo aquellas que no tiene familia; por otro lado desapareció la barrera de los hijos naturales, haciendo extensiva la legitimación de los menores nacidos extra-matrimonio, y la implantación del régimen de separación de bienes y otorgándole a la mujer plena libertad para administrarlos.

En este mismo ordenamiento recoge las disposiciones de la ley de divorcio de 1914; lo acoge, lo reglamente minuciosamente e instituye el divorcio por mutuo consentimiento.

El Código Civil de 1928 para el Distrito y Territorios Federales, acepta en términos generales las causas que conforme a la Ley de Relaciones Familiares permiten la disolución del vínculo matrimonial por medio del divorcio; reconoce la posibilidad de disolverse por mutuo consentimiento de los cónyuges e introduce un procedimiento especial administrativo del divorcio por mutuo consentimiento, sin intervención de autoridad judicial autorizado por el juez del Registro Civil, cuando los cónyuges sean mayores de edad, no tengan hijos y hayan liquidado de común acuerdo la sociedad conyugal, si bajo este régimen se casaron.

III. CONCEPTO Y CLASIFICACION DEL DIVORCIO.

3.1. CONCEPTO.

En este tercer capítulo de nuestro estudio, analizaremos los alcances, así como las características y clasificación del divorcio, por lo que comenzaré por definir el divorcio, el cual viene de las voces latinas *divortium* y *divertere*, que significa; separarse lo que estaba unido, tomar líneas divergentes.

"Divorcio es la forma legal de extinguir un matrimonio válido en vida de los cónyuges, por causas surgidas con posterioridad a la celebración del mismo, que permite a los divorciados contraer con posterioridad un nuevo matrimonio válido. De acuerdo a su forma legal, el divorcio sólo puede demandarse por las causas previamente establecidas en la ley, ante autoridad competente y cumpliendo con todos los requisitos legales de procedimiento."³⁵

Después de esta definición, podemos concluir que el divorcio se le considera como aquella disolución del vínculo matrimonial declarada por la autoridad, en la que un juez competente separa por sentencia legal a personas unidas en matrimonio.

Para comprender mejor dicha definición, es necesario, desprender de la misma definición las características que como lo menciona el maestro Rojina Villegas, pueden considerarse las siguientes:

- a.- Una acción sujeta a caducidad,
- b.- Es personalísima;
- c.- Se extingue por reconciliación o perdón;
- d.- Es susceptible de renuncia y de desistimiento;
- e.- Se extingue por la muerte de cualquiera de los cónyuges antes de ser ejercitado durante el juicio;
- f.- Puede ejercitar la acción de divorcio el cónyuge que no hubiera dado motivo a la separación.

³⁵ Instituto de Investigaciones Jurídicas, *Diccionario Jurídico Mexicano*, Edit. Porrúa, 1987, Pág. 1184.

La acción para ejercitar el divorcio, se encuentra sujeta a caducidad, que es aquella sanción que se aplica por la falta de ejercicio oportuno de un derecho o de una opción; es sumamente importante destacar la diferencia que existe de la prescripción, ya que por sus efectos, ésta última, se puede interrumpir y por lo tanto no se puede extinguir la acción para ejercitar el derecho o bien la opción de exigir. Por lo que toca a nuestra legislación en materia de caducidad, nos preceptúa que todas causas de divorcio son susceptibles de caducidad, como lo indica el artículo 278 del Código Civil Vigente, al mencionar que: "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 funda la demanda." Aunque la legislación no lo mencione, se deben de separar las causas de tracto sucesivo de las causas de realización momentánea, la cual quiere decir que las primeras, se cometen día a día y que por lo tanto no se pueden limitar a un determinado tiempo, en tanto que las segundas, no se realizan en el tiempo, sino que se agotan en el mismo acto en el que se cometen, como son las sevicias, las amenazas. Sin embargo, la caducidad debe de ser en el momento mismo, en el que se tenga conocimiento de alguna de las causales para pedir el divorcio.

Es de carácter personalísimo, porque únicamente les compete a los cónyuges la facultad de determinar si ejercitan o no la acción de divorcio, por lo que no se puede entender que la puedan ejercitar los familiares, ya que es de carácter personalísimo, íntimo, en el que se encuentran en conflicto sus propios intereses; en el caso particular de los menores de edad, existe el caso singular que, al contraer matrimonio, alcanzan la emancipación y en todo caso sí existe una asistencia, que se traduce en un asesoramiento, de los actos que realice el menor. Por otro lado cuando se trate de personas enfermas, se puede demandar el divorcio porque, no es posible para los fines del matrimonio que la relación de la pareja subsista, por lo que en todo caso se pide un representante legal, lo que lleva a una conclusión que, no se puede admitir que sea por una voluntad bilateral; claro que si se trata de un divorcio, entre personas que no tengan ninguna de las características, también se puede nombrar un representante

par llevar el divorcio es decir no es exclusivo de las anteriores causas que motivan un divorcio.

Como una tercera característica, en el divorcio encontramos que se extingue por reconciliación o perdón, por lo que en nuestra legislación encontramos dicha disposición en los artículos 279 y 280 del Código Civil Vigente, en los que se prescribe que : "ninguna de las causales enumeradas en el artículo 267, pueden alegarse para pedir el divorcio, cuando haya mediado perdón expreso o tácito la mera suscripción de una solicitud de divorcio voluntario, ni los actos procesales posteriores". Y por otro lado tenemos que "la reconciliación de los cónyuges pone término al juicio de divorcio en cualquier estado en que se encuentren, si aún no se hubiera dictado sentencia y cause ejecutoria. En esté caso los interesados deberán anunciar su reconciliación al juez, sin que la omisión de esta renuncia destruya los efectos producidos por la reconciliación."

Como se puede notar, al hablar de un perdón, se refiere sin duda alguna, al cónyuge inocente, que puede darlo por ser un acto unilateral de voluntad, en tanto que si nos referimos a la reconciliación estamos frente a una declaración de voluntad bilateral, en la que el consorte que hubiera dado motivo a la separación; como el cónyuge que no lo hubiera concedido, se unen para continuar con la unión en el matrimonio; para el Estado es de suma importancia que la institución, que es el matrimonio subsista, ya que considerando a la familia como célula de la sociedad, y cuando existe una sociedad, en la que el incremento de divorcios es muy grande, significa, que se tiene una sociedad muy débil, cuestión que debe preocupar al Estado, por lo que si en un momento determinado los consortes ya no desean divorciarse, el Estado no puede intervenir en las decisiones que tomen, salvo que se hubiera dado una sentencia en la que además se cause ejecutoria, ya que si se dan estas condiciones aún cuando se otorgue el perdón o la reconciliación, el vínculo matrimonial se habrá disuelto. Por lo que existen términos para otorgar el perdón o la reconciliación.

Por otro lado encontramos, que en el divorcio, también es susceptible de renuncia, o de desistimiento, en esta característica, la renuncia, no implica que exista un

perdón, o una reconciliación, sino por el contrario; que ya se llevó ante los tribunales el conflicto de interés derivados de las relaciones familiares, por cualquiera de las causales enumeradas en el artículo 267 del Código Civil Vigente para el Distrito Federal, por lo que en estos casos la renuncia se puede conceder en dos casos, o bien antes o después de interponer la demanda de divorcio, por lo que toca a la renuncia. En cuanto al desistimiento, se puede conceder antes o después de haber presentado las pruebas y en todo caso se dispone que no haya un desistimiento, cuando después de haber presentado los elementos constituidos de la acción, se desprende que la sentencia no se va a encontrar favorable, que pretende desistirse de la acción.

En cuanto a la renuncia solamente se puede renunciar a las causas ya consumadas y nunca de ningún modo a las causas futuras, en tanto que el desistimiento, implica una renuncia cuando ya se hubiere ejercido la acción de divorcio. Una vez ya conocida la causa de separación, el cónyuge que no hubiera dado motivo a la separación, será quien podrá conceder el perdón, el desistimiento o la renuncia en su caso, cabe señalar que nuestra legislación en su artículo 281, del Código Civil Vigente, menciona el perdón que el cónyuge inocente puede otorgar y de esta manera poner fin al conflicto antes de que se pronuncie sentencia; y por otro lado la limitante de que, no se puede volver a invocar las mismas causas de divorcio, pero sí otras causales aunque sean de la misma especie.

Sin embargo es frecuente que cuando el actor, presente pruebas y no son lo suficientemente fehacientes para obtener una sentencia a su favor, y si se llegara a desistir de la acción de divorcio, de acuerdo al artículo 268, de la mencionada disposición, puede a su vez pedir el divorcio el demandado.

Y como una última característica del divorcio, nos encontramos que se puede extinguir por la muerte de cualquiera de los cónyuges antes de ser ejercitada o durante el juicio. Nos encontramos, que si bien es cierto que una de las características para ejercitar el divorcio, es que debe ser personal, cuando se da la muerte de cualquiera de los consortes, no importa que se pronuncie una sentencia, ya que al no existir materia, para condenar o exonerar, queda

sin ningún efecto; caso contrario, si se llega a dar el caso de una herencia; ya que el cónyuge supérstite sí podrá heredar siempre y cuando no se haya fallado el divorcio antes de sobrevenir el deceso.

Por último juzgo conveniente observar, que al pedir el divorcio, nuestra legislación de alguna manera concede el derecho al consorte que no hubiera dado motivo a la separación, es decir el cónyuge inocente o en su caso el sano; como es el caso de que algunos de los consortes contraiga una enfermedad incurable, o le sobrevenga después de celebrado el matrimonio, sin embargo no se le puede considerar una característica propia del divorcio, es decir para pedirlo, en virtud, de que no todas las causas de divorcio operan, como es el caso de la causal XVIII, en la que aparentemente existe ningún cónyuge que sea el culpable, por lo que aparentemente a ser la excepción, sin embargo sí podemos notar que, es una causal que deja espacios abiertos para una separación más propicia, en la que, ni siquiera se le condena al culpable, ya que aún cuando hubiera existido un consorte que hubiera originado la razón para la separación, puede después de transcurrir determinado tiempo para pedir el divorcio, incluso exigirlo, circunstancia que hace más propicia la desintegración familiar, que si bien es cierto que en toda relación familiar es importante la armonía, también es cierto que con la sola ausencia se deben de romper lazos de compromiso, que previamente se contrajeron.

3.2. NATURALEZA JURIDICA.

Para poder comprender mejor la naturaleza jurídica del divorcio, es necesario comprender las formas de disolución del matrimonio, ya que en la institución que es el matrimonio, la podemos definir como *aquel acto jurídico complejo, estatal, que tiene por objeto la creación del estado conyugal entre un hombre y una mujer y que como cualquier otro acto jurídico, también pueden surgir causa que lleven como una consecuencia a la separación legal, y por lo que toca al matrimonio, son tres las causas por las que se puede llegar a la separación; y son por muerte de uno de los cónyuges, por nulidad y por divorcio.*

En el primer caso cabe señalar que, cuando existe la declaración de ausencia o presunción de muerte, no basta para dar por terminado el matrimonio, sin embargo si puede dar paso a que se demande el divorcio automático, que es una expresión que se le denomina entre litigantes, ya que si bien es cierto que en la práctica se le denomina de esta manera, es un procedimiento que de ninguna manera opera tan simple, ya que no se llega a efectuar por el simple transcurso del tiempo, aunque la mayoría de las personas que se encuentra casadas, piensan que aunque no se hubiere hecho ninguna promoción ya que se encuentran separados operara de esa manera.

Por lo que toca a la segunda causa o forma de disolución del matrimonio, que es la nulidad, es un poco más complejo, en virtud de ser el matrimonio un acto jurídico, que se encuentra discutido en cuanto a su naturaleza jurídica, y que si se omiten ciertos requisitos, puede provocar su nulidad o bien incluso su inexistencia, por lo que es necesario, en primer lugar como debemos de entender el matrimonio, en cuanto a su naturaleza jurídica, ya que algunos autores la consideran una figura muy compleja, algunos aseguran que es un contrato, un acto condición, acto de poder estatal, acto mixto, también como un contrato de adhesión y hasta como una institución.

Lo cierto es que el matrimonio, es una figura muy compleja, que para su estudio, considerando las acepciones que se le dan, comenzaré por precisar si se trata de un contrato; en la que los defensores de la familia, se encuentran en un total desacuerdo, por lo que fundamentan que si bien es cierto que el matrimonio es un acuerdo de voluntades, en la que la ley fija sus derechos y obligaciones, para cumplirlas dentro de los límites que se establecen, y que de acuerdo a los requisitos de existencia de todo contrato el objeto, del matrimonio no se puede fijar en el comercio para considerarlo como un contrato.

Ahora bien como un contrato de adhesión, no se le puede considerar en virtud de que a una de las partes se le imponen los deberes y los derechos, en tanto que la otra parte únicamente los acepta, y éste no es el caso del matrimonio, ya que en ningún momento se le menciona al

momento de celebrar las nupcias y tampoco se acepta bajo estas condiciones.

Si es un acto condición; se dice debido a que al momento de celebrarse el matrimonio, se expresa primordialmente un acuerdo de voluntades a la que la ley le otorga derechos y obligaciones, con determinados efectos y se le considera condición porque es el resultado de un estado jurídico previamente establecido, en el que no se pueden alterar los derechos y las obligaciones, teoría sostenida por León Duguit.³⁶

Como un acto de poder estatal, su exponente Antonio Cicu, afirma que "sus efectos se presentan en la declaración del Juez del Registro Civil, y no así en la voluntad de los contrayentes, ya que la función del juez es declararlos unidos en legítimo matrimonio, ante la ley; sin embargo ante esta postura se le cuestiona, en virtud de distinguir el hecho de que ninguna ley impone por unilateralidad de voluntad el matrimonio, ya que si bien es cierto que debe de surtir sus efectos el acto también debe de cumplir con ciertos requisitos; como es cierto que debe de contar con la voluntad previa de los contrayentes para llevar a efecto el matrimonio, ya que de lo contrario ni siquiera se puede dar dicho acto, por la falta de uno de los elementos de existencia, que es uno de los principales."³⁷

Como un acto mixto o complejo; se le considera de esta manera en virtud de ser o que debe de concurrir la voluntad tanto de los contrayentes como del estado para la celebración del matrimonio.

Y finalmente como una institución, la cual sostiene Bonnacase, en la que además de explicar los efectos de la celebración del matrimonio, manifiesta que es una institución jurídica; en virtud de entenderse como una organización de reglas de derecho, unidas con el fin común y a las cuales se quedan supeditados los esposos al contraer matrimonio, es decir al declarar su voluntad en el acto de la celebración.³⁸

³⁶ Ignacio Galindo Garfias, *Derecho Civil*, Edit. Porrúa, México, 1989, Pág. 478.

³⁷ *ibid.*

³⁸ *Ibid.*

Lo cierto es que, el matrimonio es una figura muy compleja, y que de acuerdo a la clasificación que otorga, la ley en cuanto a esta figura, es que es un contrato, el cual sin duda alguna es sui generis, que al momento de celebrarse, se necesita como en todo acto jurídico celebrado, de un acuerdo de voluntades, de un objeto que si bien es cierto no se encuentra en el comercio, sí se enuncian las obligaciones que tienen los esposos, y además con ciertos requisitos de solemnidad, que en este caso es indispensables.

Para que cualquier acto jurídico surta sus efectos legales es preciso y necesario, que en principio dicho acto exista y para que exista se necesitan tres requisitos indispensables que son: la voluntad o el consentimiento, que el objeto sea lícito y posible y en algunos actos jurídicos la ley exige que debe de tener cierta solemnidad.

Por lo que toca a la voluntad o al consentimiento, de acuerdo como lo define el maestro Rojina Villegas, es "aquel acuerdo o concurso de voluntades que tiene por objeto la creación o transmisión de derechos y obligaciones, por lo tanto implica la manifestación de dos o más voluntades y su acuerdo sobre un punto de interés jurídico."³⁹

El consentimiento parte de dos elementos fundamentales esenciales, que son la policitación, denominada también oferta, que es la que se manifiesta primero, para que se dé con posterioridad la aceptación que es le segundo elemento, y de esta manera se enlaza el consentimiento.

En cuanto al objeto, su posibilidad jurídica, se encuentra con tres requisitos fundamentalmente, que son: primero debe de existir en la naturaleza, debe de ser determinada o susceptible de determinación en cuanto a su especie y encontrarse en el comercio como bien lo señala la propia legislación en su artículo 1824 del Código Civil Vigente, por lo que cabe en éste momento aclarar; que si bien es cierto que el matrimonio es una institución, ya que mucho se a discutido en torno a ello, pues no pocos autores manifiestan que es un contrato, y que por otro lado los defensores de dicha institución opinan lo contrario; sin embargo, se ha manejado también como un acto jurídico

³⁹ Rafael Rojina Villegas, *Compendio de Derecho Civil*, Edit. Porrúa, México., 1980, Pág. 120.

complejo, y si bien es cierto que tiene muchas características para colocarlo como un contrato, también lo es, que no se encuentra en el comercio, como debería de ser para cumplir con ciertas condiciones estrictas para ser considerado como un contrato.

En cuanto al tercer requisito de existencia para los actos jurídicos, nos referimos a lo que es la solemnidad, la cual establece la misma ley, para cada acto jurídico que se celebre, porque el Estado para exteriorizar la voluntad de la celebración del acto jurídico exige dicho requisito, en el caso muy particular del matrimonio, la solemnidad que se exige se resume de la siguiente manera:

- 1.- En la presencia del Juez del Registro Civil;
- 2.- En las declaraciones de voluntad de los contrayentes, emitidas ante dicho funcionario en el acto de la celebración del matrimonio;
- 3.- En la declaración del Juez del Registro Civil;
- 4.- En la redacción del acta de matrimonio que debe de levantarse en el mismo acto, por el Juez del Registro Civil, precisamente en el libro IV del Registro Civil, destinados a contener las actas del matrimonio.⁴⁰

Si en un momento determinado falta uno de los requisitos para la solemnidad, entonces nos encontramos frente a un acto que ni siquiera existe, aunque en apariencia si lo pareciera.

Es por esta razón que es muy importante que se separen los elementos de existencia, de los elementos de validez, por los efectos en la omisión de cualquiera de ellos, es diferente; en la doctrina tienen diferentes efectos no así en nuestra legislación que llega a confundirlos y a darles la misma solución jurídica.

Los requisitos de validez para el matrimonio como acto jurídico son:

- a) La capacidad;
- b) La ausencia de vicios de la voluntad;
- c) La ilicitud en el objeto; y

⁴⁰ Ignacio Galindo Garfias, *Derecho Civil*, Edit. Porrúa, México, 1989, Pág. 506.

d) La formalidad.⁴¹

Por lo que toca a la capacidad de goce, a está se le debe de interpretar dentro del matrimonio, como la aptitud para la realización de la copula entre los consortes, en tanto la capacidad de ejercicio, como aquella capacidad para contraer nupcias, como los menores de edad que requieren del consentimiento de quienes ejercen la patria potestad o la tutela, cuando no haya padre o tutores, el juez de lo familiar de la residencia del menor.

La voluntad se debe de encontrar exenta de vicios, porque vicia el consentimiento y las causas que lo originan son, el error en la persona; la violencia que consiste en la fuerza o miedo grave, esté último tan grave que no se pueda negarse a contraer nupcias, provocando que se vicie el consentimiento.

La licitud en el objeto, que no puede ser parientes consanguíneos, afín o civil, el adulterio entre las personas que pretenden contraer nupcias y la bigamia.

En cuanto a las formalidades el maestro Galindo Garfias, nos indica cuales son:

- 1.- La solicitud que previamente han de suscribir y presentar los contrayentes;
- 2.- La mención del lugar y la fecha en el acta del matrimonio, así como la edad, ocupación y domicilio de los contrayentes;
- 3.- La constancia de que son mayores o menores de edad, y en este segundo caso de que se presente el consentimiento de los padres;
- 4.- Que no existan impedimentos para la celebración del matrimonio;
- 5.- La mención del régimen patrimonial de los contrayentes, así como los nombres, apellidos y ocupación de los testigos.⁴²

Encontramos frente a la celebración del matrimonio que cuando no existen los elementos de validez, se impide que haya celebración, porque se le prohíbe al juez la

⁴¹ *Ibidem.* Pág. 490.

⁴² *Ibidem.* Pág. 507.

realización de dicho acto, ya que a esas limitaciones se les llaman impedimentos, que se clasifican en impedimentos dirimentes e impedimentos impeditivos; en los primeros la prohibición a la violación produce la nulidad del matrimonio o incluso su inexistencia, en tanto que los segundos produce solamente su ilícitud, acompañado de sanciones como multas, destitución de cargo, entre otras.

De tal manera dentro de estos impedimentos existe también una clasificación, por lo que dentro de los llamados impedimentos dirimentes podemos encontrar a : la prohibición de la poligamia, del incesto, la imposibilidad para la copula y por enfermedades que sean incurables o contagiosas; por lo que toca a los impedimentos impeditivos, que son los que provocan la ilícitud y no así la invalidez, los podemos agrupar en : cuando se a contraído un matrimonio, en el que todavía no se hubiere resuelto la dispensa, como es el caso de la edad pues la ley exige que se a de 16 años en el hombre y de 14 para la mujer, cuando no se han respetado los trescientos días que la ley exige en caso de un divorcio; se a decretado una nulidad, o ha fallecido, en el caso de los viudos, y finalmente cuando el tutor contrae matrimonio con el pupilo sin antes haber aprobado las cuentas de la tutela.

Ahora bien la nulidad, cuando los autores del acto, persiguen con su celebración un objeto ilícito, al interés social directamente lesionado por el acto, se impone la necesidad de privar al acto que se lleva a cabo, de todos sus efectos, ya que por la gravedad y dependiendo de las mismas, serán nulos absoluta o relativamente. En el caso de la nulidad absoluta, por regla general no impide que el acto produzca sus efectos; que de ella pueda valerse todo interesado; ya que no desaparece con la confirmación o la prescripción, en tanto que con la nulidad relativa, ésta surge cuando no se reúnen las características de la nulidad absoluta, y que en todo caos no se le afectará de nulidad sino de ilícitud, por lo que sus efectos quedaran destruidos al dictarse sentencia de nulidad.

Es importante insistir en que los efectos de la ausencia de los elementos de existencia como de los elementos de validez, son diferentes aunque nuestra legislación les de los mismos efectos.

Son causales de nulidad relativa en el matrimonio:

- 1.- El error en la persona;
- 2.- La violencia;
- 3.- La falta de capacidad por minoría de edad;
- 4.- La falta de aptitud física que constituye impedimento para la celebración del matrimonio.
- 5.- La falta de autorización para la celebración del matrimonio de los que ejercen la patria potestad, en el caso de los menores de edad;
- 6.- La impotencia incurable para la copula, anterior al matrimonio, así como la embriaguez, el uso de las drogas, la sífilis y demás enfermedades contagiosas e incurables;
- 7.- La relación de parentesco entre adoptantes y adoptado;
- 8.- La tentativa de homicidio u homicidio consumado del cónyuge de alguno de los que pretenden contraer nuevo matrimonio;
- 9.- Adulterio.

Son causas de nulidad absoluta en el matrimonio:

- a) El incesto y
- b) La bigamia.⁴³

En las causales de la nulidad relativa, si estas son subsanadas puede volver a surtir sus efectos legales el matrimonio, en tanto que en la segunda es imposible que las haya, en virtud de todos los intereses que protege la misma legislación con estas prohibiciones, por lo que toca a las nulidades relativas como mencioné en líneas anteriores, estas sólo provocan la ilícitud y no la invalidez, por lo que la sanción a la que se hacen acreedores, son de carácter administrativo, son para los contrayentes como para el juez del Registro Civil por haber celebrado el acto en el ámbito penal cuando se ha incurrido en falsedad de declaración ante una autoridad.

En cuanto a las sanciones que provocan los que hubieran incurrido en nulidades absoluta, son las que el Código Penal establezca, como los delitos en el caso de incesto y de bigamia.

⁴³ Edgard Baquero Rojas, *Derecho de Familia y Sucesiones*. Edit. Harla, México, Pág. 139.

Nuestro Código Civil Vigente señala tres causas por las que se da la nulidad, como es el error en la persona con quien se contrae matrimonio, la celebración del mismo existiendo alguno de los impedimentos señalados en el artículo 156 y la falta de formalidades establecidas para su celebración.

Por otro lado nos encontramos al llamado matrimonio putativo, en el que al momento de la celebración de las nupcias, los consortes o cuando menos uno de ellos ignora la existencia de un impedimento, este surtirá todos sus efectos por que se contrajo nupcias de buena fe, aunque sea únicamente la ignorancia de uno de ellos y de esta manera la doctrina así lo conoce; no es que disculpe la ley la ignorancia sino que cuando uno de los consortes se caso de buena fe, surte todos sus efectos, hasta en tanto sea declarado nulo, y por lo que toca a las donaciones, si en un momento determinado se hubiera efectuado, se darán, por legales, y en ningún momento deberán de reclamarse.

Ahora bien como una tercera forma de disolución del matrimonio tenemos al divorcio, que en principio lo podemos definir como ya lo hicimos, en la forma legal de extinguir un matrimonio válido en vida de los contrayentes por causas posteriores, a la unión.

Para la clasificación del divorcio lo podemos distinguir por sus efectos, a los cuales los podemos clasificar en vincular y no vincular.

En el divorcio vincular sus efectos, o la principal característica, es que se disuelve el vínculo matrimonial deja a los esposos en la aptitud de contraer nuevas nupcias. En tanto que en el divorcio no vincular, se refiere únicamente a la separación de cuerpos; en este sistema queda subsistente la fidelidad, la de suministro de alimentos y consecuentemente ña imposibilidad de volver a contraer nuevas nupcias, en nuestra legislación, se contempla, para aquellas parejas que no deseen divorciarse sino únicamente separarse, generalmente por enfermedad.

Como una segunda división tenemos el divorcio sanción y el divorcio remedio; que se puede llegar a dar tanto en el divorcio vincular como en el no vincular. En el primer caso

tenemos el divorcio sanción que se da, cuando una causa, que sea la violación grave en el matrimonio; por lo que únicamente toca al cónyuge inocente intentar la acción de divorcio y de esta manera se le aplica la sanción al cónyuge culpable.

En cuanto al cónyuge culpable, en el divorcio remedio, surge en el matrimonio cuando ya las relaciones familiares son insostenibles y por lo tanto, llega más como un remedio, como es el caso de las enfermedades, que por ser incurables, éstas hacen que en una relación de pareja sean imposibles, o como lo son las causas que se derivan de abandonos, así como las derivadas del hecho de que cualquiera de los cónyuges demanden la nulidad del matrimonio o bien el divorcio y en esta demanda no se le de entrada, por encontrarse desestimada o se hubiere desistido de la acción por lo que entonces no hay culpable.

A continuación hablaré del divorcio necesario y del voluntario, el cual se clasifica o se subdivide en administrativo y judicial, para nuestra legislación cuenta con esta división. Por lo que toca al divorcio necesario, la ley preceptúa las causas por las que se puede pedir el divorcio ya que se origina un proceso en todas sus facetas, sin que se puedan invocar causas, que además se completen, es decir son autónomas.

Por lo que toca a los efectos en el divorcio, nos encontramos que pueden ser provisionales en tanto se admite la demanda de divorcio; para que después cuando se pronuncie sentencia sean dictados los efectos definitivos. En cuanto a los primeros efectos: son medidas cautelares que el juez debe disponer para la protección de los cónyuges, sus hijos y de sus bienes; para que no atenten contra ninguno de ello.

Dependiendo de la forma de divorcio que opten los consortes, será como se tomen las medidas provisionales. Y posteriormente las definitivas, las sanciones, las restricciones que puede llegar a tener los cónyuges; sin embargo paso a analizar esas formas de divorcio, y sus respectivas consecuencias.

3.3. DIVORCIO VOLUNTARIO ADMINISTRATIVO.

El divorcio tiene una clasificación en nuestra legislación y se divide, en función de las causas que den motivo a la separación; por lo que se le denomina como divorcio voluntario, al que podemos definir como aquella decisión por la que pueden optar los esposos cuando existiendo una causa suficiente para pedir el divorcio, no desean que se ventile en público y reuniendo los requisitos de ley, deciden poner fin al matrimonio con el divorcio voluntario; ahora bien nuestra legislación hace una diferencia con el divorcio voluntario, en administrativo y judicial; ya que parten de dos supuestos diferentes, por lo que toca al divorcio voluntario administrativo que es al que me refiero en primer lugar, se encuentra previsto en la primera parte del artículo 272 del Código Civil Vigente, el cual dispone que: "Cuando ambos consortes convengan en divorciarse y sean mayores de edad, no tengan hijos y de común acuerdo hubieran liquidado la sociedad conyugal, si bajo régimen se casaron, se presentaran personalmente ante el juez del Registro Civil del lugar de su domicilio; comprobaran con las copias certificadas respectivamente, que son casados y mayores de edad y manifestaran de una manera terminante y explícita su voluntad de divorciarse."

Por lo que ante tal situación nuestra legislación la previene; ya que debe de seguirse ante el juez del Registro Civil del domicilio de los cónyuges; ante quien deberán de comprobar la mayoría de edad de ambos, que no hay hijos, y que ya se liquidó la sociedad conyugal si bajo ese régimen se casaron; con estos requisitos, deberán de presentarse, personalmente para que se les asista de una solicitud, ya que en caso del divorcio administrativo no se admite ningún representante, porque es una de las características de este divorcio, considerando que es una acción personal, y sobre todo porque no se encuentra ventilando controversia alguna.

Después de haber reunido los requisitos, que en forma precisa señala la ley, el juez levantará un acta de solicitud y los citara, para que en el término de 15 días asistan a ratificarla en una segunda presentación; cabe señalar que en esta forma de divorcio, el juez del Registro Civil, no induce a los consortes para que no se disuelva el matrimonio; ya que como no existen hijos tampoco hay interés para que se mantengan unidos; sin embargo, se debería de

encaminar a una reflexión, para que no se realizara este divorcio, sin embargo es explicable la situación por la que el Estado le interesa muy poco, que subsista estos matrimonios, ya que no existen hijos y por lo tanto los lazos de una buena relación se han perdido, y es mejor que ya no existan.

En este sentido bien afirma el maestro Eduardo Pallares, "que el Juez del Registro Civil, únicamente tiene un papel pasivo, porque precisamente no habiendo hijos de por medio, no hay razón para que subsista el matrimonio y considera el divorcio como una especie de rescisión de un contrato, el cual por no cumplir con los fines del mismo, pone a las partes en la libertad de volver a unirse con otra persona, si es que lo desean."⁴⁴

Ahora bien, la tramitación para la presente forma de divorcio, después que han sido convocados por segunda ocasión los solicitantes, es para que ratifiquen su petición; el juez entonces declarara que quedan divorciados, levantando el acta respectiva, lo que será anotado al margen de la partida del acta de matrimonio; nuestra legislación dispone que para el dado caso de que se llegara a demostrar que no cumplieron con los requisitos previstos en la ley, el divorcio será nulo y no surtirá sus efectos.

La reconciliación de los cónyuges pone fin al procedimiento de divorcio por mutuo consentimiento; los cónyuges no podrán solicitar el divorcio por mutuo consentimiento, sino después de que transcurra un año desde su reconciliación.

Algunos estudiosos del Derecho de Familia, y sobre todo los defensores de la institución del matrimonio, se encuentran en un total desacuerdo con el divorcio voluntario en general y muy particularmente con el administrativo, es decir con el divorcio por mutuo consentimiento, en virtud de la rapidez con la que se tramita, como si se tratara de un contrato, que aunque la ley, así lo contempla, para ellos no lo es.

Lo que sí me parece que debería de existir en este tipo de divorcios, es que se les exhortara a una reflexión por el

⁴⁴ Eduardo Pallares, *El Divorcio en México*, Edit. Porrúa, México, 1991, Pág. 38.

acto que van a realizar, y no únicamente cuando hay hijos de por medio, como es el caso del siguiente tipo de divorcio, que se analizará en el siguiente apartado, ya que en algunas ocasiones, al llevar a una pareja a la reflexión significa, que puede darse el caso que los consortes no se separen, claro esta que cuando los esposos han decidido firmemente divorciarse, lo harán, aún cuando se les encamine a no hacerlo. Sin embargo considero que tampoco se pierde nada con intentarlo.

Por otro lado es positivo, que cuando se ha discutido y optado por la separación y no existen hijos, que la separación se lleve a cabo sin que medien obstáculos como suele suceder cuando uno de los consortes no desea separarse.

Quizá lo que sí parece discutido, es que en este tipo de divorcios, se exige una identificación, por parte de los consortes; sin embargo se presta a que no sean los verdaderos cónyuges los que piden el divorcio, y por lo tanto sin pensarlo se encuentran divorciados, obviamente también se encuentran previstas las sanciones, con todo no deja de ser cuestionado.

Por otro lado parecerá contradictorio, la posición de que se les convoque a una reflexión, para las parejas que optan por este tipo de divorcios; y desde luego la otra posición, que es un tramite rápido; sin embargo no es así, considerando que el Estado le interesa la buena armonía entre las familias, considerándolas integrantes de una sociedad, y que si al llevarlos a una reflexión se logra que no se separen, es bueno; pero si por el contrario se ha decidido la separación, los tramites deben de ser cortos y no largos, también es favorable en virtud, de que se lleve a cabo a la luz de la ley, y no se omitan, y se separen únicamente de hecho, no haciendo legal el divorcio. Es por esta razón que no suenan contradictorias mis posiciones, ya que finalmente es buenc par el Estado, que las relaciones familiares se arreglen o mejor no entren en conflicto.

3.4. DIVORCIO VOLUNTARIO JUDICIAL.

Partiendo del concepto de que el divorcio voluntario es la forma de disolución del vínculo matrimonial, por la que pueden optar los esposos cuando, sin aducir causa específica y reuniendo los requisitos de ley, hayan decidido poner fin al matrimonio.⁴⁵

En el divorcio voluntario judicial, encontramos que a diferencia del divorcio voluntario administrativo, se requiere que sean mayores de edad, que tengan hijos y que de común acuerdo disuelvan y liquiden la sociedad conyugal; si en todo caso se hubieran casado bajo este régimen.

Por lo tanto nuestra legislación la previene en el Código de Procedimientos Civiles, dedicándole un capítulo especial, en esta clasificación del divorcio voluntario, hallamos que el papel del juez es más activo, ya que éste se solicita ante el juez de lo familiar del domicilio de los consortes y se debe de dar vista al Ministerio Público, y posteriormente el juez, por lo que toca a la legislación, el artículo 273 del Código Civil Vigente, menciona cuales deben de ser los puntos de dicho convenio:

I. Designación de personas a quien sean confiados los hijos del matrimonio, tanto durante el procedimiento como después de ejecutoriado el divorcio;

II. El modo de subvenir a las necesidades de los hijos tanto durante el procedimiento como después de ejecutoriado el divorcio;

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

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

V. La manera de administrar los bienes de la sociedad conyugal durante el procedimiento y la de liquidar dicha sociedad después de ejecutoriado el divorcio, así como la designación de liquidadores. A ese efecto se acompañara un

⁴⁵ Edgard Baquero, *Derecho de Familia y Sucesiones*, Edit. Porrúa, México, 1990, Pág. 156.

inventario y avaluó de todos los bienes muebles e inmuebles de la sociedad.

Por lo tanto el convenio que presenten, debe de contener estos requisitos, sino de lo contrario se tendrá que modificar, hasta en tanto no se le corrija se le podrá dar entrada.

Por otro lado tenemos que si el divorcio es una acción personalísima; también es cierto que tiene ciertas limitaciones, como bien lo prescribe el artículo 643, en su fracción II, del Código Civil Vigente, al enunciar que el emancipado tiene la libre administración de sus bienes, pero siempre necesita durante su minoría de edad, de un tutor para negocios judiciales. En dicha norma cabe destacar que, el rol que juega el tutor, en un caso de divorcio, es de asesor, en relación a los bienes que tiene el menor y no, así acerca de la determinación de querer o no divorciarse.

Ahora bien, en cuanto a los documentos que deben de presentar los esposos son : las actas de matrimonio, el acta del Registro Civil de nacimiento de los menores hijos que durante el matrimonio se procrearon, y desde luego el convenio, que líneas atrás se describió, posteriormente el juez exhortara a los consortes para que se desistan de la intención de quererse divorciar, en cuanto los esposos expresen su voluntad de continuar con el procedimiento, se pasará a examinar el convenio, y si en ningún momento se lesionan los intereses de los menores como de los consortes, se pasara a homologar el convenio por el juez, previa revisión del mismo.

Como ya expuse con anterioridad, el matrimonio es una figura muy compleja, por lo que el divorcio no viene a ser menos, ya que si consideramos, al matrimonio una figura sui generis, el divorcio como figura subsecuente después de haber terminado la armonía de las relaciones familiares, también lo es, como es el caso del convenio que la ley exige.

Para el maestro Manuel Chávez Ascencio, le sugiere ciertos comentarios el divorcio por las características que presenta.

Menciona que es un acto jurídico, sujeto a transacción; es un convenio modificable, no rescindible y tiene efectos de sentencia ejecutoriada; lo considera el maestro de esta manera porque, es un acto jurídico del derecho de familia en la que se encuentran tres partes fundamentalmente que son: los consortes, quienes desean disolver el vínculo matrimonial; posteriormente el Ministerio Público, quien va a interceder por lo menores o incapacitados y finalmente el juez quien va a homologar la resolución tomada por el Ministerio Público, siempre que no lesione ningún derecho; y acto jurídico, porque si bien no es solemne sí es jurisdiccional.⁴⁶

Se dice que se encuentra sujeta a una transacción, porque antes de que los cónyuges resolvieran la separación, se produjo ya un conflicto, entre los propios interesados y afectados en primera instancia, que se encuentran resolviéndolo, mediante un convenio que concede mutuas concesiones, sin lesionar los intereses de la otra parte.

Es un convenio modificable, considerando las circunstancias previstas en el Código de Procedimientos Civiles en su artículo 94, cuando considera que las resoluciones judiciales dictadas con el carácter provisional se pueden modificar en sentencia interlocutoria o definitiva. Es no rescindible el convenio, lo cual quiere decir que no es objeto de rescisión por incumplimiento por ninguna de las partes, ya que a diferencia de otros convenios en que se pueden llegar el caso de que si se puedan rescindir, en este caso no opera, porque incluso se puede pedir el cumplimiento forzoso, por vía judicial.

Tiene efectos de sentencia ejecutoriada, porque ya se hubiera aprobado el convenio adquiere la fuerza de una sentencia ejecutoriada, y en ella queda prevista, la situación de los consortes, es decir el lugar en donde se encontrarán durante el procedimiento, así como asegurados los alimentos, tanto para los menores hijos, como al cónyuge que los necesite; también se resuelve sobre la custodia de los hijos; la manera en que quedaran los bienes, quien los administrara en tanto se liquida la sociedad conyugal, si bajo este régimen se casaron.

⁴⁶ Manuel F. Chavéz Asencio, *La Familia en el Derecho. Relaciones Jurídicas Conyugales.*, Edit. Porrúa, México, 1990, Pág. 456.

A diferencia del divorcio voluntario administrativo, en este caso, del divorcio voluntario judicial, el juez desempeña un papel más activo, ya que los exhorta a llegar a una reconciliación en una primera audiencia, la cual deberá de celebrarse después de ocho y antes de quince días siguientes y deben además de asistir personalmente, y en todo caso si no los logra persuadir de la intención de divorciarse debe de aprobar en esa primera audiencia, el convenio provisional, oyendo previamente al Ministerio Público sobre aquellos puntos relativos a la situación de los hijos menores o incapacitados, a la separación de los cónyuges, y desde luego a los alimentos; y si continúan con la misma determinación entonces el juez citará, a la pareja para una segunda audiencia que se efectuara después de los ocho y antes de los quince días, con el propósito de volver a exhortar a la pareja para su reconciliación, y si no lo consigue y en el convenio queda completamente asegurados y garantizados los intereses de los menores hijos y oyendo al Ministerio Público sobre estos puntos, para lo que se requiere de su presencia, el juez declara disuelto el vínculo matrimonial y decidirá sobre el convenio presentado.

La ley considera muy importante que queden asegurados los derechos de los menores o de los incapacitados, por que si el Ministerio Público, considera que en el convenio se están violando algunos derechos, puede oponerse y pedirles a los consortes que, lo modifiquen, y si estos se opusieran, entonces el tribunal será quien determine de acuerdo a derecho, por medio del juez de lo familiar.

Cabe destacar, que como una nota importante, para efectos del divorcio deben de realizarse las juntas de avenencia en los términos fijados por la ley, ya que de lo contrario se tendrán por nulas por tratarse de leyes procesales que son de orden público.

SEPARACION DE LECHO Y HABITACION.

El artículo 277 del Código Civil Vigente, contiene únicamente dos casos en los que se puede pedir la separación del lecho y habitación, quedando subsistente las demás obligaciones conyugales; por tanto se requiere de la

intervención del juez de lo familiar y mediante sentencia judicial se decreta la separación de cuerpos.

El legislador considero, que se llevara a cabo esta separación que no es propiamente un divorcio; ya que al respecto, la misma ley considera que las demás obligaciones derivadas del matrimonio continúen, cosa que no ocurre en un divorcio, ya que al pedir la separación legal, lo que desean ambas partes, es que ya no queden subsistentes las obligaciones derivadas del matrimonio, y solamente quede la responsabilidad sobre los hijos. En tanto que en la separación de lecho, quedan relevados algunos cumplimientos de los deberes conyugales, principalmente del débito carnal.

Esta disposición, quedó vigente desde el Código de 1870, en el que se permitían dichas separaciones, y si se llegaban a separar era porque había de por medio una causa suficientemente poderosa, para que se cumpliera con el fin del matrimonio generalmente, por enfermedad; por lo que se pueden separar para no sufrir contagio, y aunque se pueden separar mediante un divorcio, existen parejas que lo único que desean es no enfermar a su consorte, y sí continuar con las demás obligaciones del matrimonio.

Por lo que toca a la creación de dicha norma, se debió, en un principio, porque no se encontraba regulado ni se permitía el divorcio; sin embargo al permitir el divorcio, se continuó con esta norma, por las razones ya expuestas, y como tampoco existe un impedimento, para que se divorcien según lo juzguen conveniente los consortes, que son los que en última instancia decidirán al respecto.

Por ser optativo, este tipo de resoluciones, las parejas que lo deseen hacer es porque de esta manera lo decidieron y que mejor, que la ley considere también esta posibilidad, que se puede dar en menos casos, sin embargo también es una solución.

3.5. DIVORCIO NECESARIO O CONTENCIOSO.

En esta última clasificación del divorcio, que es el divorcio contencioso o necesario, es el que ya presupone un litigio; nuestros legisladores tomando en cuenta que la separación es la última instancia a la que deberían de acudir las parejas para poner fin a sus desavenencias y conceder el divorcio, sin embargo, existen circunstancias que son adversas a las propias parejas, como es el caso de que uno de los dos no quiera conceder el divorcio, entonces se llevará el caso a los tribunales, si en un momento determinado no llegan acuerdo. Esto es que el divorcio, no lo tramiten en la vía de un divorcio voluntario, en el que además no queden lesionados los intereses de ninguno de los consortes, así como el de los hijos si los hubo en el matrimonio, por lo tanto se puede definir a este tipo de divorcios como: " aquella disolución del vínculo matrimonial decretado por autoridad judicial competente a petición de uno de los cónyuges en los casos verdaderamente graves señalados por la ley."⁴⁷

Y por lo tanto considerando dicha definición del divorcio necesario, nuestra legislación considera para tales efectos de poder accionar los órganos jurisdiccionales en busca del divorcio, enunciando dieciocho causales, que se encuentran previstas en el artículo 267, del Código Civil Vigente para el Distrito Federal.

La legislación previene en el momento en el que han sido enumeradas las causales por las que se puede pedir el divorcio necesario, son autónomas y por lo tanto en el momento de invocarse a serán únicamente una de las dieciocho, ya que no se pueden invocar mas de una, como tampoco completar, unas con otras por el carácter autónomo que la ley les concede.

Ahora bien considerando al matrimonio como una figura compleja, en virtud de las características ya expuestas, en líneas anteriores, se desprende que aún independientemente de la definición que se le quiera conceder al matrimonio, si es la figura propicia, para un óptimo desarrollo de la familia y por consecuencia de la sociedad, por consecuencia

⁴⁷ Edgar Baqueiro, *Op. Cit.* Pág. 164.

el divorcio, es una figura que si bien es cierto que viene a resolver los problemas que descomponen la familia, también se nota claramente, que es un factor que desmembra a la sociedad y por lo tanto al Estado mismo; por lo que se le considera al divorcio, una figura no muy recomendable la que deberían de llegar las parejas cuando, sea el último recurso para resolver sus problemas conyugales; ya que hoy en día se encuentra en una crisis muy seria los matrimonios, y los divorcios tienen un incremento, que es todavía mayor al de las uniones, y el desarrollo que deberían de tener los hijos habidos en el matrimonio, no son los más propicio, sin embargo cuando se ha tomado la determinación de la separación por cualquiera de las causales enumeradas en el Código Civil Vigente, es mejor, para los menores; sin embargo, si es necesario regularizar la situación para, que no al cabo de un tiempo determinado, se divorcien legalmente, ya que el engaño en varias de las ocasiones también afecta a la familia y también se puede observar un claro proceso de descomposición social.

Para comenzar con el procedimiento, que es diferente a los anteriores, cabe señalar que es como cualquier otro juicio judicial que comienza con la interposición de una demanda, y que debe de ser contestada, en la que se puede reconvenir, se abrirá un periodo de pruebas, y se dictara una sentencia, en dicho procedimiento; se ventila en una privacidad, en la que solamente concurren las partes; a diferencia del divorcio voluntario en sus dos modalidades es que en este tipo de divorcios sí pueden ir representados, ya no es necesario que sea personalmente, aunque sea una acción personalísima, porque también los ánimos con los que se separan no son los mismos, y por lo tanto, se encuentran con una predisposición, para actuar uno en contra del otro. Por lo mismo algunos jurista, encuentran con deficiencia, el procedimiento, al encontrar ausente la figura del Ministerio Público, como es el caso del divorcio voluntario judicial, ya que cuando entre las parejas, no desean llegar a un acuerdo, para resolver sus problemas conyugales y únicamente recurren a hacerse el mayor daño posible, los hijos son los que de alguna manera sufren las consecuencias de los problemas de los padres, por lo tanto los intereses de los menores son los que pueden quedar en un momento determinado lesionados, y es por esta razón que es muy criticada, la disposición de la ley en este aspecto.

Por lo que toca ante que autoridad deberá de presentarse para hacer las promociones, la legislación previene que deberá de ser el juez de lo familiar del lugar del domicilio conyugal, el cual deberá de prevenir a los cónyuge sobre los menores o incapacitados y los bienes. Se decretan efectos provisionales, en cuanto se admite la demanda de divorcio, para después de concluido el procedimiento, también debe de asegurar los alimentos, para que el deudor alimentista cumpla con su obligación, con los hijos y con el cónyuge; en cuanto a los menores hijos, deben de quedar a cargo de la persona que los mismos consortes hubieran designado, y de no ser así, previa audiencia se determinara si el actor o el demandado será quien se quedé con la guarda y custodia de los menores hijos; si el juez estima que no existe ninguna causa grave para el cuidado de los menores de siete años se pueden quedar con la madre.

En cuanto a los bienes el juez tomara medidas conducentes a asegurar los mismos, para efectos de que no se defrauden ninguno de los consortes, ya sea ocultándolos o bien disfrazándolos. Por otro lado el juez debe de tomar las medidas cautelares correspondientes, cuando la mujer hubiera quedado en cinta, como lo dispone nuestra legislación vigente, en su artículo 1638 a 1648 del Código Civil Vigente para el Distrito Federal, y que son aplicables en el juicio de divorcio; que son las precauciones que deben adoptarse cuando la viuda queda en cinta.

En tanto los efectos definitivos, serán aquellos que queden actualizados, cuando se pronuncie sentencia, con cada uno de los puntos que tomo, como referencia para dictar sus medidas provisionales, pero ahora ya definitivos, quedando en la libertad de volver a contraer nuevas nupcias, con un tiempo que se determinara, si dentro del proceso se desprende que existió un cónyuge culpable, y se determinar que deberá de esperar dos años para volver a casarse.

Por lo que toca al divorcio por mutuo consentimiento deben de esperar un año. Una de las cuestiones que resuelve la legislación, es que podrá la mujer recibir una pensión alimenticia, durante un tiempo igual al que haya durado el matrimonio, siempre que no se vuelva a casar o se una en concubinato, por lo que toca al divorcio voluntario.

En cuanto a los hijos, se puede llegar a suspender o incluso a perder la patria potestad, siempre que el juez lo estime pertinente. En cuanto a los bienes, el principal efecto es la disolución y liquidación de la sociedad conyugal, y ésta se va a realizar de acuerdo a las capitulaciones matrimoniales; y si estas fueran omisas al respecto se estará a las reglas generales de la liquidación de las sociedades civiles.

Ahora bien en el caso de las ya mencionadas dieciocho causales se encuentran las que, pueden ser aplicadas como una sanción o bien como un remedio; el primero se da cuando uno de los cónyuges hubiera dado motivo para la separación y de las actuaciones se desprenda su culpabilidad porque su conducta sea ilícita, cuando se encuentre su actuación contraria a las leyes de orden público, como lo es la familia y el matrimonio, haciéndose acreedor a las respectivas sanciones. También se puede dar el caso que el divorcio venga a ser un remedio, por situaciones que sean lesivas para el matrimonio, como es el caso de las enfermedades que por razones de fuerza mayor cualquiera de los consortes puede pedir el divorcio, y por tal motivo llega a ser mas bien un remedio ante tal situación.

Es frecuente que en el momento de entrar en conflicto de intereses, los consortes reconvengan en una contestación de demanda, y posteriormente se desprenda que ambos sean culpables, y si una de las partes deja de contestar la demanda se puede continuar el juicio y se seguirá por rebeldía, en virtud de no comparecer a juicio, por lo que corresponde a la etapa de pruebas, estas deben de ser en principio con testigos y en este sentido la ley dispone que pueden comparecer los familiares, ya que son los mas cercanos a la pareja y de laguna manera conocen mejor los problemas de los esposos; al igual lo harán los vecinos por la convivencia más cercana que tienen, como los empleados domésticos, que también se encuentran al tanto de los conflictos de la pareja.

Es importante que cuando surjan las causas que propicien un divorcio, se actúe tan pronto tengan conocimiento, ya que tienen un período de caducidad de seis meses a partir de que se tenga conocimiento, ya que de lo contrario no se podrá ejercitar la acción en tiempo.

Por lo que toca a la sentencia, ésta debe de dictarla el juez de lo familiar que haya conocido del divorcio, y tiene características de declaratoria y condenatoria. Ya que por un lado declara la culpabilidad de cualquiera de los cónyuges, dependiendo del grado de responsabilidad en el que hubiera incurrido, por lo que cuando el juez señala responsable, puede condenar al consorte culpable, a la pérdida, suspensión o limitación de la patria potestad; a los alimentos que se debe de suministrar al cónyuge inocente, así como en favor de los hijos; el pago de daños y perjuicios al consorte inocente; a las devoluciones de las donaciones hechas a favor del culpable y pérdida de lo prometido; resarcimiento de los daños causados por daño moral, y una espera de dos años para volver a contraer nuevas nupcias.

Por lo que toca al pago de daños y perjuicios, estos deben de pagarse, cuando se hubieran dado pruebas del importe para su liquidación; en el caso que no se hubiera hecho de esta manera y no se hubieran dado las bases para la liquidación, conducen al pago genérico de los mismos.

Ahora bien el juicio de divorcio necesario puede terminar cuando concorra cualquiera de las circunstancias tales como el perdón expreso o tácito del cónyuge ofendido; reconciliación de los cónyuges; desistimiento del cónyuge que no ha dado causa a la separación y por último por la muerte durante el procedimiento de uno de los consortes.

Cabe señalar y distinguir las causas por las que se puede llegar a terminar el juicio de divorcio; el perdón es un acto unilateral en el que el cónyuge ofendido, disculpa al cónyuge que dio motivo para la separación, y puede ser expreso o tácito, es decir se puede volver a regresar a sus costumbres cotidianas, en el seno familiar, como una condición sustancial, se desprende que debe de convivir con su esposa o esposo nuevamente.

En cuanto a la reconciliación, es un acto bilateral en el que se considera a ambas voluntades tanto del cónyuge que dio causa para la separación, como del cónyuge que es inocente en dicha situación.

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

En cuanto al desistimiento, se puede afirmar que es una de las modalidades del perdón, en el que se desiste el cónyuge que hubiera promovida la acción del divorcio, en contra del consorte que hubiera dado motivo a él, por tanto se debe de hacer de conformidad con el demandado, como condición indispensable; para que se dé por terminado el litigio debe de condenarse al retorno, por parte del consorte culpable al hogar conyugal.

Por último tenemos a la muerte durante el procedimiento, de uno los cónyuges como una terminación del juicio de divorcio, ya que cuando ocurre cualquiera que sea el consorte; el culpable o el inocente, ya no existe materia para condenar y por lo tanto ya no importa sea cual fuere la condición del consorte fallecido, salvo que existiera una herencia, y si la sentencia no se hubiere fallado antes de sobrevenir el deceso, el cónyuge supérstite sí podrá heredar.

Sin embargo por lo que es en esencia misma del divorcio, se termina el procedimiento.

IV. ESTUDIO COMPARATIVO SOBRE EL BIEN JURIDICO TUTELADO EN LAS CAUSALES DE DIVORCIO.

En el divorcio, existen causas que nuestra legislación considera que rompen, los lazos de concordancia y equilibrio que deben de existir en una pareja, que se encuentra esposada, y por tanto enumera en su artículo 267 del Código Civil Vigente para el Distrito Federal; los únicos motivos por lo que se puede requerir la separación y son :

"Art. 267.- Son causales de divorcio :

- I.- El adulterio debidamente probado de uno de los cónyuges;
- II.- El hecho de que la mujer dé a luz, durante el matrimonio, un hijo concebido antes de celebrarse el contrato, y que judicialmente sea declarado ilegítimo;
- III.- La propuesta del marido para prostituir a su mujer, no sólo cuando el mismo marido lo haya hecho directamente sino cuando se pruebe que ha recibido dinero o cualquiera remuneración con el objeto expreso de permitir que otro tenga relaciones carnales con su mujer;
- IV.- La incitación o la violencia hecha por un cónyuge al otro para cometer algún delito, aunque no sea de incontinencia carnal;
- V.- Los actos inmorales ejecutados por el marido o por la mujer con el fin de corromper a los hijo, así como la tolerancia en su corrupción;
- VI.- Padecer sífilis, tuberculosis o cualquiera otra enfermedad crónica o incurable, que sea además, contagiosa o hereditaria y la impotencia incurable que sobrevenga después de celebrado el matrimonio;
- VII.- Padecer enajenación mental incurable, previa declaración de interdicción que se haga respecto del cónyuge demente;
- VIII.- La separación del hogar conyugal por mas de seis meses sin causa justificada;
- IX.- La separación del hogar conyugal originada por una causa que sea bastante para pedir el divorcio, si se prolonga por más de un año sin que el cónyuge que se separó entable la demanda de divorcio;
- X.- La declaración de ausencia legalmente hecha, o la de presunción de muerte, en los casos de excepción en que no se necesita para que se haga que proceda la declaración de ausencia;
- XI.- La sevicia, las amenazas o las injurias graves de un cónyuge para el otro;
- XII.- La negativa injustificada de los cónyuges a cumplir con las obligaciones señaladas en el artículo 164, sin que sea necesario agotar previamente los procedimientos tendientes a su cumplimiento, así como el incumplimiento, sin justa causa, por alguno de los cónyuges, de la sentencia ejecutoriada en el caso del artículo 168.

- XIII.- La acusación calumniosa hecha por un cónyuge contra el otro, por delito que merezca pena mayor de dos años de prisión;
- XIV.- Haber cometido uno de los cónyuges un delito que no sea político pero que se a infamante, por el cual tenga que sufrir una pena de prisión mayor de dos años;
- XV.- Los hábitos de juego o de embriaguez o el uso indebido y persistente de drogas enervantes, cuando amenazan causar la ruina de la familia o constituye un continuo motivo de desavenencia conyugal;
- XVI.- Cometer un cónyuge contra la persona o los bienes del otro un acto que sería punible si se tratara de persona extraña, siempre que tal acto tenga señalada en la ley una pena que pase de un año de prisión;
- XVII.- El mutuo consentimiento;
- XVIII.- La separación de los cónyuges por mas de dos años, independientemente del motivo que haya originado la separación, la cual podrá ser invocada por cualquiera de ellos."

No obstante con esta enumeración, nuestros legisladores, les señalaron un carácter de autónomas, en el sentido de que no se pueden vincular unas con otras, completándolas, por lo que la Suprema Corte de Justicia, emite una jurisprudencia al respecto, la cual indica que:

"AUTONOMIA DE LAS CAUSALES DE DIVORCIO.- Las causales de divorcio que establece la ley son autónomas, y no deben involucrarse las unas con las otras. Además son limitadas y no cabe respecto de ellas la interpretación extensiva por analogía o por mayoría de razón."⁴⁸

Ahora bien cabe destacar que en cada una de las causales descritas por la ley, se protegen ciertos derechos y obligaciones que se contraen al casarse, sin embargo en algunos casos la ley resulta bastante obscura por lo que, para comprender mejor, es preciso que analicemos todas u cada una de las causales, así como el porque de su existencia y aparición en el Código Civil Vigente para el Distrito Federal.

⁴⁸ Citada en Eduardo Pallares, *Divorcio en México*, Edit. Porrúa, México, 1991, Pág. 61.

4.1. EL ADULTERIO.

Comenzaré primero por el adulterio, que en su primera fracción, del artículo 267 del ordenamiento en comento señala que:

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

El adulterio es el acceso carnal que tiene uno de los consortes con persona distinta de su cónyuge. Corresponde ésta causal al compromiso de salvaguardar la fidelidad que se deben los esposos en el momento de contraer nupcias.

En un principio tanto en el Código de 1884 como en la Ley de Relaciones Familiares, se precisaba, que cuando el adulterio lo cometía la mujer; se pedía la separación, en tanto que para el varón debía de ser con escándalo, que bien tuviera, una concubina o se llegara a consumir en el hogar conyugal.

Hoy en día ya no es una regla que continúe, ya que sea el hombre o la mujer quien lo cometa, es una causa suficiente para pedir el divorcio. Cabe mencionar que el adulterio, también se encuentra contemplado en la legislación penal, sin embargo, en ésta se exige que sea cometido en el domicilio conyugal o con escándalo, lo que la legislación en materia civil no requiere; nuestros legisladores de alguna manera retomaron, los elementos que en las anteriores leyes, contenían para constituir el divorcio, como el escándalo debidamente probado, solo que lo dividieron para contemplar uno en el derecho civil y otro en el derecho penal. Algunos autores señalan que "basta la comprobación de la existencia de esas relaciones sexuales, en cualquier circunstancia, para tener por probada la causa de divorcio."⁴⁹

Sin embargo, en esta causal, se requiere que para ser invocada sea absoluta, no se puede dar por admitida la prueba presuncional.

⁴⁹ Ignacio Galindo, *Op. Cit.* Pág. 599.

Dato importante es que, nuestra codificación, sólo tomó en cuenta, las relaciones que no fueran una degeneración sexual, como son los actos de "sodomía y bestialidad", entre otros, considerando aptas las demás relaciones; porque son idóneos para la generación de la prole, y no se consideran como adúlterinas las relaciones homosexuales o lésbicas de uno de los consortes.

Sin embargo, si bien es cierto que con la descripción, de las legislaciones corresponde al adulterio, a otro tipo de relaciones sexuales, se dan en la realidad, con todo tomando en cuenta que hubiera una pareja, que cometiera infidelidad de la manera más común, aunque fueran cometidos esos tipos de actos, de alguna manera no se consideren normales.

El bien que se protege con la estipulación del adulterio en nuestra legislación es la fidelidad, que ambos consortes se deben. Y aunque las personas que lo cometen no tuvieran la capacidad para la creación de los hijos, se está violando, esa fidelidad.

La relación carnal, *secundum naturam*, es la derivada del adulterio y se encuentra prevista, por la posibilidad de que se pueda concebir un hijo, que será ilegítimo al matrimonio; en tanto que la *contra naturam* son los derivados de la "sodomía y bestialidad" que no contraen consigo esta consecuencia, pero sí la violación al deber de fidelidad.

Lo que resulta de lo anterior es que los legisladores no pueden regular las conductas de los individuos de acuerdo a su preferencia sexual, sin embargo sí deja claro las responsabilidades a las que se hacen acreedores los contrayentes de las nupcias, y estas no pueden ser pasadas por alto, ni aún por sus preferencias sexuales, es por esto que los elementos del adulterio se deben de analizar correctamente, para saber ante las sevicias, que más adelante analizaré, y que se puede llegar a dar, lo cierto es que los elementos son un tanto diferentes, tratándose de la legislación penal. Por lo que existen algunas jurisprudencias que se relacionan, en cuanto a los elementos que forman el adulterio, así como las pruebas que sí se pueden invocar para probarlo como la siguiente:

"ADULTERIO COMO CAUSA DE DIVORCIO.- Siendo muy difícil de producir la prueba directa del adulterio, debe admitirse la indirecta en los juicios de divorcio."⁵⁰

Es por esta razón por la que el adulterio, en cuanto a su prueba es lo más difícil de probar, por tanto las pruebas indirectas son válidas para demostrar el adulterio, como son las actas de nacimiento en el registro civil, de hijos nacidos fuera del matrimonio.

"El adulterio que la ley civil considera como causal de divorcio no se identifica con el delito de adulterio que castiga el Código Penal. Para que exista aquél bastará que uno de los cónyuges tenga relaciones sexuales con persona distinta del otro cónyuge porque el matrimonio se funda en la fidelidad de los esposos. No se prueba el adulterio con las declaraciones de testigos de personas que dependen del cónyuge que demanda el divorcio por esta causa."⁵¹

Justamente con estas jurisprudencias, se aclara todavía más lo que con anterioridad ya había expuesto.

Ahora bien de las anteriores jurisprudencias, se desprende, que no son considerados, en la legislación civil y penal el adulterio, de la misma forma y por consiguiente, las pruebas son también un poco más complicadas para probarlo, a no ser que existiera un concubino (a), en virtud de ser un acto de tracto sucesivo, que concluye al término del mismo, porque constantemente se repite la ofensa.

No obstante, con los requisitos que se exigen para que se considere el adulterio, la ley considera indispensable la fidelidad que es y debe de ser recíproca, y no de uno de los consortes, como en las anteriores legislaciones, sin embargo cabe la explicación considerando a la mujer con muy poca o casi nula participación. Lo que hoy en día no es así.

Ahora bien por lo que toca a la fracción segunda del Código Civil Vigente, de alguna manera se le puede considerar adulterio aunque propiamente no lo sea, y la ley lo dispone de la siguiente manera:

⁵⁰ *Ibidem.* Pág. 225.

⁵¹ *Ibid.*

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

"En esta causal se violan la fidelidad y el respeto como valores, así como la legalidad como característica del matrimonio."⁵²

Se puede decir que los legisladores, notaron en este principio una variable del adulterio, ya que de acuerdo a la conducta de la mujer, de engañar a su marido y adjudicarle un hijo que no es de él, se establece la infidelidad a la que se obligan los consortes al casarse.

Los cónyuges como ya analicé con anterioridad, se deben fidelidad; antes de contraer nupcias, así como después; ¿Por qué antes?, porque al no ser de esta manera se hace patente el dolo con el que la mujer, engañando a su futuro consorte, le adjudica un hijo, cometiéndose un acto de deslealtad, porque la familia debe de ser constituida en una base sólida, que es el matrimonio, y no en base a la alevosía, que más adelante destruye el matrimonio, en esta causal de divorcio se señala a la mujer, porque es la única que, en virtud de poder procrear, sea la que también engañe.

Por lo que toca a la administración de este fundamento, se requiere que sea declarado judicialmente ilegítimo el hijo; y que éste será, si nace antes de los ciento ochenta días después de la celebración del matrimonio, como lo preceptúa el artículo 324 del Código Civil Vigente, es una presunción juris-tantum, y sólo puede ser destruida con prueba en contrario.

Y el mismo precepto dispone que la única prueba que admite, es que no hubiera sido posible el acceso carnal con su mujer en los primeros ciento ochenta días de los trescientos en que han precedido al nacimiento.

Por otro lado el artículo 328 del Código Civil Vigente dispone en que casos el marido no podrá desconocer que es padre del hijo nacido dentro de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio y que son:

⁵² Manuel F. Chávez, *Op. Cit.* Pág. 478.

I. Si se probare que supo antes de casarse el embarazo d su futura consorte; para esto se requiere un principio de prueba por escrito;

II. Si concurrió al levantamiento del acta de nacimiento y ésta fue firmada por él, o contiene su declaración de no saber firmar;

III. Si ha reconocido expresamente por suyo el hijo de su mujer;

IV. Si el hijo no nació capaz de vivir.

Como se nota en ninguna de estas circunstancias, se engaña o se sorprende la buena fe del futuro marido, como tampoco se oculta la existencia del embarazo, cuestión que no ocurre precisamente en el último supuesto, ya que impide al marido que lo desconozca, que es padre del hijo lo cual ocurre en el precepto 337 del Código Civil Vigente, cuando señala que " para los efectos legales, sólo se reputa nacido el feto que, desprendido enteramente del seno materno, vive veinticuatro horas o es presentado vivo al registro civil. Faltando algunas de estas circunstancias, nunca ni nadie podrá entablar demanda sobre la paternidad."

Sobre la caducidad a la que se encuentra sujeta esta causal, es de sesenta días, contados desde el nacimiento si esta presente; desde el día en que llegó al lugar si estuvo ausente; descubrió el fraude o se le oculto el nacimiento, como lo previene el artículo 330 del Código en comento.

4.2. LAS ENFERMEDADES.

Siguiendo el orden del índice del presente trabajo, me permito analizar las causales derivadas de las enfermedades, comenzando con la fracción sexta del ordenamiento civil, que señala:

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

En principio, cabe señalar que las causales derivadas de las enfermedades, no existe un cónyuge que sea o que

hubiere dado motivo para la separación, y recordando la clasificación entre el divorcio remedio y el divorcio sanción; éstas son un claro ejemplo del divorcio remedio, que se da: cuando la situación que vive la pareja, ya no es posible, porque los valores que se encuentran plasmados en el matrimonio son la vida en común, y el débito carnal, por lo que al ya no poder cumplir con estas obligaciones, además de que constituyen valores, en función de la armonía que debe de existir en un matrimonio; ya no tiene casi alguno que continúe esa unión a pesar de que se deben mutua ayuda, en cualquiera que sean los momentos, buenos o malos; pero cuando existe el peligro de un contagio o que pueda ser hereditario, es mejor que el lazo ya no exista.

Como es el caso de la causal que nos ocupa, que menciona ciertas características, como de ser, crónica o incurable, contagiosa o hereditaria. Por lo que toca al respecto se menciona que depende del tipo de enfermedad que se trate, ya que no es lo mismo si uno de los esposos tiene colitis crónica, como lo mencionan algunos autores, sin embargo en esta causal sus alcances todavía van más allá de estas consideraciones.

Ya que al pedir el precepto que sea la enfermedad contagiosa o hereditaria; lo que el legislador protege es el estado físico, tanto del cónyuge sano, el de los hijos habidos o por haber en el matrimonio.

Ahora bien el legislador enumera, unas enfermedades que son tomadas como incurables; como es la sífilis y la tuberculosis; sin embargo es necesario tomar en cuenta el otro tipo de virus como el de inmunodeficiencia adquirida, mejor conocida como el SIDA; esta enfermedad que de las investigaciones médicas se desprende que quien la contraiga, no se puede salvar, también entra como una causa para pedir el divorcio, entre otras, cuestión que es completamente diferente si hay una enfermedad como lo es la colitis crónica, y además se puede convivir sin el riesgo de ser contagioso; sin embargo por ser consideraciones médicas, no puedo dar una lista de las enfermedades que traen como consecuencia la separación para evitar un contagio, pero sí puedo mencionar la intención con la que fue dispuesta esta norma, por proteger la salud, no así de que sea utilizada como un pretexto para el divorcio.

Por lo que toca a la impotencia, debe de ser después de celebrado el matrimonio; ya que si fuera antes, se puede intentar la acción de nulidad dentro del tiempo previsto de sesenta días contados a partir de la celebración de las nupcias.

Es importante que de ninguna manera se confundan la impotencia con la esterilidad; ya que la primera es la imposibilidad física de llegar a la realización del acto sexual, en tanto que la segunda es aquella imposibilidad de concebir hijos, aún cuando se llegue a consumir la cópula, por tanto cuando algunos de los dos sea estéril, no se puede intentar el divorcio apoyándose en esta causal, además de que todavía en ninguna de las causales, se encuentra prevista la posibilidad de poder invocar el divorcio por no poder concebir hijos.

El hecho de que, se pueda invocar esta causal, que puede dar motivo para una separación; no significa que una pareja aún a pesar de saberse conocedora de alguna enfermedad que sea contagiosa, hereditaria, incurable o crónica, que no quieran divorciarse, lo pueden hacer; o que únicamente se declare la separación conyugal, ya que aún cuando una de las obligaciones del matrimonio es la ayuda mutua y el socorrerse, el legislador también quiso cuidar la salud del esposo sano y de los hijos, que por esa promesa se deben también de condenar, por lo que la razón que obligó a los legisladores a contemplar esa causal es por razón de interés social, a consideración de los estudiosos investigadores.

Por lo que toca a la segunda causal que se relaciona con este apartado, tenemos que es la séptima del ordenamiento civil que indica:

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

En esta causal, es entendible la razón de su existencia, ya que sería más difícil convivir en una relación de pareja, con una persona que se encuentra enfermo, sobre todo si es por enajenación mental; sin embargo una de las características que en la redacción de la

presente fracción existe es que indica, "...previa declaración de interdicción que se haga respecto del cónyuge demente", ya que en el Código de 1884 y la Ley de Relaciones Familiares no existía dicha disposición, cuestión que resultaba por demás injusta.

Sin embargo para hacer valer esta causal y pedir el divorcio es necesario, que exista una declaración previa de la interdicción, y si no se hace mención acerca, de que pudo ser antes o después de haber contraído matrimonio; suponiendo que fuera antes, ésta constituye un impedimento, pero si sobreviene después de celebrado el matrimonio, se puede intentar la nulidad, pasados sesenta días y cuando hubiere transcurrido y no se ejercitó la podrá invocar como una causal de divorcio.

Cabe destacar que el término que se fija para intentar la nulidad después de celebrado el matrimonio, y se invoque la nulidad es de sesenta días, posteriormente, y solamente pasado este plazo, se intentara el divorcio. Por lo que al momento de accionar los órganos jurisdiccionales con la idea de divorciarse, debe de ser declarado judicialmente interdicto.

En realidad la ley intenta proteger a los consortes que en un momento dado se encuentren en estado de interdicción, por lo que requiere de la declaración, suponiendo que pueda administrar sus bienes y por esta razón no declararlos en estado de interdicción, pero si por el contrario no pueden cumplir con la convivencia conyugal, se puede invocar la causal séptima para pedir el divorcio.

Ahora bien si después del divorcio el cónyuge sano desatiende la enfermedad del esposo declarado en estado de interdicción, es injusto, ya que uno de los pocos casos en el que queda subsistente la obligación de los alimentos en esté precisamente.

Sin embargo la legislación por lo que toca a esta causal y a la anterior apoyándose en el artículo 277 del Código Civil Vigente, puede solicitar que se suspenda la obligación de cohabitar con el otro cónyuge, y el juez, con conocimiento de causa podrá decretar esa suspensión,

quedando subsistente las demás obligaciones inherentes al matrimonio.

Por lo tanto el interés, que se tiene en esta causal, es el de proteger la salud de consorte sano así como de los hijos, habidos en el matrimonio, como los que se pueden llega a concebir.

Ahora bien la fracción décimo quinta, del Código Civil Vigente, no pertenece propiamente a esta clasificación, sin embargo por su contenido la coloco en este apartado, que indica :

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

En principio, el bien jurídico que se tutela en el matrimonio, "es la seguridad de la vida conyugal, que es una base indispensable para que esta institución pueda realizar cumplidamente la función social y moral que le esta encomendada."⁵³

Ahora bien si la coloco en esta clasificación a esta fracción, es porque al momento de hacer un uso de drogas enervantes el cerebro se estropea; por lo que al ser dependientes de la droga, ya no se enteran de la situación a la que empujan a su familia, aunado con la desestabilización moral, que es también un mal ejemplo para los menores hijos, y desde luego un motivo suficiente para pedir el divorcio.

El juego, en exceso, así como el uso indebido de las drogas enervantes en varias de las ocasiones se transforma en enfermedad, y no resulta fácil controlarla, lo cierto, es que a diferencia de las anteriores causales que la ley dispone, son las únicas derivadas de enfermedad, es que en esta sí existe un cónyuge que es el responsable del divorcio, cuestión que no ocurre en las anteriores, porque en esta causal no se trata que sea contagiosa, o hereditaria, si no que como en las anteriores se desintegra el núcleo familiar. Sin embargo es al juez a quien le

⁵³ Ignacio Galindo, *Op. Cit.* Pág. 607.

corresponde determinar lo mas apropiado, cuando se presente dicha situación.

4.3. DELITOS COMETIDOS POR UNO DE LOS CONYUGES.

En el ordenamiento civil, se encuentra localizadas algunas causales que con suficientes motivos, para pedir el divorcio, y que son delitos que cometen cualquiera de los consortes por lo que daré paso a la tercera fracción de los artículo 267 del Código Civil Vigente, que indica:

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

En la presente causal de divorcio, la legislación protege, una de las funciones principales del matrimonio, que es la formación moral y física de los hijos procreados, Al hablar de prostitución como aquel comercio carnal, de la mujer en éste caso; y más aún con la propuesta del marido, los menores hijos con los valores con los que se van a formar son completamente distorsionados, y la familia no tiene ya ese carácter de formación basada en valores morales como debiera de ser.

Algunos juristas, han llegado a comparar esta causal con la figura del lenocinio, que se encuentra sancionado en el Código Penal Vigente para el Distrito Federal, ya que en su artículo 207 estipula que:

“Art. 207.- 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 este 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 regentee, administre o sostenga directa o indirectamente prostíbulos, casas de cita o lugares de

concurrancia expresamente dedicados a explotar la prostitución, u obtenga cualquier beneficio con sus productos."

Sin embargo los casos de lenocinio, comprende más circunstancias, que la de esta causal, además de que en la causa del ordenamiento civil no se requiere una sentencia penal para la separación.

El consentimiento del marido deberá de ser expreso o tácito, cuando la propuesta sea aquella que no quede duda alguna sobre lo que se propone, será expreso y es tácito, cuando sin expresarlo, lo consiente.

Otra de las características que pide el ordenamiento civil es que tenga como propósito una remuneración el acceso carnal con su esposa, bien que sea en dinero o cualquier otra concesión, que sea de naturaleza benéfica al marido.

Una de las cuestiones que se discute es saber si la misma causa se puede invocar, si llegado el momento existiera un acuerdo por la pareja, para dedicarse a este comercio carnal al que quieren ingresar; el maestro Eduardo Pallares, afirma que "el marido no puede demandarlo (el divorcio), porque la fracción III, lo considera culpable y por tanto es aplicarse el artículo 278 del Código Civil Vigente, que niega la acción de divorcio al cónyuge culpable, pero tampoco podrá solicitarlo la esposa, porque ha consentido en la prostitución o mejor dicho, la injuria grave que el marido hace al utilizarla como un instrumento de especulación. Tal consentimiento puede considerarse como un acto de perdón a la injuria que ella recibe en cuyo caso cabe aplicar el artículo 279 del Código Civil Vigente."⁵⁴

Sin embargo con esta causal, lo que se pretende proteger es la formación moral y física de los menores, por lo que aún con el lógico razonamiento del maestro Pallares, no debe de permitirse, que exista esta desintegración familiar, por lo tanto aunque el titular del derecho para pedir el divorcio es la esposa también incurre es una falta grave al momento de aceptar y sobre todo de consentir, en la prostitución, y en este caso deben de ser sancionados ambos

⁵⁴ Eduardo Pallares, *Op. Cit.* Pág. 71.

por lo que toca, a la figura penal, que algunos juristas consideran que se puede equiparar, con esta causal.

Ahora bien en la fracción cuarta del ordenamiento civil, también existe otra causal que pertenece a este apartado, ya que indica que:

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

En 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.

Ahora bien al igual, que la causal anterior no podemos dejar de mencionar a la legislación penal, porque en su artículo 209, sobre la provocación de un delito y al indicar que : "Al que provoque públicamente a cometer un delito, o haga la apología de éste o de algún vicio, se le aplicarán prisión de tres días a seis meses y multa de cinco pesos, si el delito no se ejecutare. En caso contrario se aplicará al provocador la sanción que le corresponda por su participación en el delito cometido."

Este delito se tipifica cuando uno de los consortes provoque al otro para cometer un delito tan grave como es el homicidio, plagio o incluso una violación que como bien apunta el maestro Pallares "en México, se da con frecuencia por provocar el machismo, algunas frases, que sirven de incitación, para provocar, como aquellas de "no seas cobarde" o "no te dejes". Y que en algunas de las ocasiones trae como resultados graves actos cometidos contra terceros, y que no llegan a ser restituidos."⁵⁵

Sin embargo independientemente de la obtención del divorcio, por parte del consorte provocando si ambos incurrieron, en un ilícito, serán sancionados por la legislación penal.

Lo anterior es entendible si recordamos que nadie puede argumentar ignorancia, al cometer un ilícito, y por lo mismo

⁵⁵ *Ibid.*

se cae en otra área del derecho, que es el penal, además de la civil.

La causal quinta del artículo 167 del Código Civil Vigente señala lo siguiente :

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

En la presente causal 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.

Esta causal, se encuentra relacionada con el artículo 270 del Código en comento, que indica "Son causas de divorcio loa actos inmorales ejecutados por el marido o por la mujer con el fin de corromper a los hijos, ya sean éstos de ambos, ya de uno solo de ellos. La tolerancia en la corrupción que da derecho a pedir de divorcio debe consistir en actos positivos y no en simple omisiones."

Por lo que toca al vocablo corrupción, implica una definición que resulta por demás amplia, ya que se pueden comprender, en este sentido la prostitución, el uso de enervantes, estupefacientes, embriaguez, práctica directa en el robo.

Cabe destacar que para que se dé la causal quinta, del Código Civil Vigente, en su disposición 267, debe de existir la tendencia de corromper a los hijos, quizá por esta razón es la causal, la más culpable, porque no se trata de no saber educar a los hijos, porque se tenga un carácter débil o que carezcan de autoridad para reprenderlos, ya que van todavía mas allá, porque se violan los deberes propios de la patria potestad, como lo indica el artículo 423 de dicho ordenamiento, al preceptuar; "...los que ejerzan la patria potestad o tengan hijos bajo su custodia, tienen la facultad de corregirlos y la obligación de observar una conducta que sirva a éstos de buen ejemplo..."

Es necesario que al contraer nupcias, los hijos que se conciban deben de ser conducidos y educados con los mejores valores morales; es quizá difícil enunciar cuáles son esos valores más apropiados; por ser subjetiva la moral, lo cierto es que al menos los hombres, como integrantes de una sociedad, también tienen que cumplir con ciertos roles y que no pueden modificarse aún por el paso del tiempo, o hasta incluso de otra sociedad, diferente a la que se vive en México. Porque, de alguna manera en todo núcleo familiar existen costumbres y una moral, quizá sea discutida pero sí esta presente. De aquí que se requiera que los padres deben de dar un buen ejemplo a los hijos, y nunca corromperlos.

Algunos juristas señalan, que cuando ocurre esta circunstancia, se deben a algunas de las ocasiones por la extrema pobreza en que se encuentra la familia, y que deben de salir adelante, y si de alguna forma se presta la prostitución, de los menores, por mencionar un ejemplo, se puede explicar, aunque nunca justificar; porque si consideramos a la familia como integrante de una sociedad, y que permite estos actos, también se encuentra frente a una sociedad, que se está corrompiendo, situación que resultaría grave.

La fracción décimo tercera del artículo en comento, señala otra causa que pertenece a este apartado al señalar que :

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

En esta causal se descubre que entre los consortes ha desaparecido todo nexo de afección y estima, es decir que ha dejado de existir la *affectio maritalis*.

Por lo que en este sentido es por demás que los lazos continúen porque la estima, la consideración, la lealtad y el afecto han desaparecido.

En esta causal también encontramos una referencia en la legislación penal en el artículo 356 del mismo ordenamiento que preceptúa :

"El delito de calumnia ...

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 denuncias, quejas o acusaciones calumniosas, entendiéndose por tales, aquellas en que su autor imputa un delito a personas determinada, sabiendo que ésta es inocente o que aquél no se ha cometido, y

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

Este delito se persigue por querrela y como bien estima el maestro Pallares, al preguntar si con el desistimiento también se puede considerar el perdón que enuncia lo dispuesto en el artículo 279 del Código Civil Vigente, porque siendo ésta la causa de divorcio, produce la extinción de la acción de divorcio.

En sentido contrario cabe afirmar que siendo la acción penal diferente de la acción civil de divorcio, el perdón que extingue a aquella no hace caducar la segunda. Como se nota, el punto es discutible.⁵⁶

Lo cierto es que la legislación estima que no se necesita que haya una sentencia penal previa, en la que se demuestre que se ha cometido el delito de calumnia, por tanto lo que se debe de probar en el juicio de divorcio, son las imputaciones que hace el cónyuge culpable, como la penalidad del delito prevista en la ley.

Lo anterior queda mejor comprendido con la Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que señala :

"DIVORCIO, ACUSACION CALUMNIOSA COMO CAUSA DE. Para que exista la causal de divorcio por acusación calumniosa, no es necesario que ésta dé lugar a

⁵⁶ Eduardo Pallares, *Op. Cit.* Pág. 89.

la instrucción de un proceso y al pronunciamiento de una sentencia absolutoria del acusado, porque esa posible que la acusación 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 apreciará en casa caso el 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 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."⁵⁷

Ahora pasaré a analizar la fracción décima cuarta de las causales de divorcio y que señala :

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

Por lo que toca a esta causal, en nuestra legislación penal no existe una diferencia entre los delitos que sean infamantes y los que no lo son, sin embargo si acudimos a un diccionario para que nos aclare lo que es la infamia, tenemos que la define como aquel acto "que carece de honra, censurable, envilecedor, sucio, indecente, inmundo."⁵⁸

Por lo tanto lo que se puede afirmar es que cualquier acto que constituya un delito es infamante; por lo que deberá de ser a criterio del juez, que por la naturaleza o por la circunstancias en que fue cometido, represente un verdadero deshonor para el cónyuge inocente y para los hijos.

Sin embargo debe tenerse presente para calificar la infamia del delito, las circunstancias en las que fue cometido, poniendo de manifiesto lo envilecedor con el que fue cometido con una salvajes, a diferencia de homicidio cometido en una riña.

Ya que el legislador busca aún cuando no haya una diferencia de delitos infames y de los no infames, es que la nulidad en la familia subsista; por tanto es solo a criterio

⁵⁷ Citada en Pallares, *Op. Cit.* Pág. 176.

⁵⁸ *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española*, Pequeño Larousse., España, 1991, Pág. 492.

del juez, si hay o no elementos necesarios para invocar esta causal de divorcio.

Por otro lado la Constitución en su ordenamiento también contempla algunas circunstancias que bien pueden ser consideradas como infamias, como lo señala el artículo 95 Constitucional en su fracción IV, en la que se dan los requisitos para ser ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al indicar que "...Gozar de buena reputación y no haber sido condenado por delito que amerite pena corporal de más de un año de prisión; pero si se tratare de robo, fraude, falsificación, abuso de confianza u otro que lastime seriamente la *buena fama en el concepto público*, inhabilitará para el cargo, cualquiera que haya sido la pena.."

Incluso, a este respecto se cuestiona, sobre los delitos que deben de ser infamantes, ya que algunos juristas, sostienen, que la clasificación de los delitos que son infamantes, se basan principalmente, en el desarrollo de casa época, y a lo cual la Suprema Corte de Justicia de la Nación emitió la presente Jurisprudencia, respecto a esta clasificación.

"DIVORCIO, DELITOS INFAMANTES COMO CAUSA DE . Al desaparecer los prejuicios basados en ideas religiosas, políticas y económicas de otras épocas, el concepto de infamia dominante en los sistemas represivos ha 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 cuáles son ahora los delitos infamantes, no puede acudir al pasado, 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 en 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 dejen enunciados. En el segundo caso el hecho delictivo, además de estar 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."⁵⁹

⁵⁹ Citada por Manuel F. Chávez. *Op. Cit.* Pág. 518.

Ahora pasaremos al análisis de la causal décimo sexta, que indica :

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

En esta causal para pedir la separación se pierde la confianza que debe de existir en los cónyuges, porque para que existan los lazos de unión, y concordia, necesariamente debe de existir la confianza, como un requisito indispensable. Por lo tanto en los delitos de fraude, robo, que pueden perseguirse a petición del agraviado, sí se configura cuando son cometidos entre consortes.

Por su parte el profesor Pallares, indica que se puede configurar el llamado "robo de infante", que no es castigado, por quienes ejercen la patria potestad; como lo preceptúa el Código Penal en la disposición contenida en la fracción VI del artículo 336 : "Se impondrá pena de seis a cuarenta años de prisión y de doscientos a quinientos días multa, cuando la privación ilegal de la libertad tenga el carácter de plagio o secuestro en algunas de las formas siguientes: si el robo de infante se comete en menor de doce años, por quien sea extraño a su familia y no ejerza la tutela sobre le menor."

Sin embargo no obstante resulta, que con frecuencia se cometen estos actos, en los que por ser padres de los menores, y por lo múltiples problemas que suelen tener, se arrebatan los hijos, un consorte hacía el otro, y que por tanto no pueden ser acusados, porque les corresponde la patria potestad a ambos; siendo esta la razón por la que se le considera que debe de ser una persona extraña al menor.

En tal virtud, los padres que cometan este robo de sus propios hijos, no se le puede acusar de un robo de infante, ya que no se tipifica, cuestión que lleva a los menores hijos a sufrir las consecuencias, de las rencillas que tengan sus padres, y que por tanto un matrimonio bajo estas circunstancias es imposible que subsista.

4.4. SEPARACION DE LA CASA CONYUGAL.

Comenzaré con la fracción octava, que indica :

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

Esta causal protege los deberes derivados del matrimonio, como son la unidad conyugal, que se deriva de la misma institución, así como la ayuda mutua y las obligaciones de alimentos y sostenimiento del hogar.

Cabe destacar la diferencia que existe entre abandono y separación; y que nuestra legislación insiste en confundir, como es el caso de que en la separación que se entiende como la acción y efecto de distanciamiento en tanto que el abandono, es el dejar desamparada, a una persona o cosa y que por tanto no vienen a ser sinónimos.

En la separación se puede llegar el caso de que el cónyuge que lo hizo siga cumpliendo con sus demás obligaciones emanadas del matrimonio, y no necesariamente, se dejen de cumplir como ocurre en el caso de un abandono.

Sin embargo, en la presente causal, se deben de tomar ciertos elementos para comprobar que efectivamente le corresponde invocarla para un divorcio, porque se menciona un domicilio conyugal, como elemento primordial, y que no se debe de confundir con el domicilio personal, para lo cual el maestro Pallares oportunamente hace la distinción, además de que la Suprema Corte de Justicia, también lo hace, para que los consortes no se confundan al invocar la causal, la jurisprudencia manifiesta que :

"DOMICILIO CONYUGAL (DISTINCION CONYUGAL Y DOMICILIO PERSONAL). Debe distinguirse entre domicilio conyugal y domicilio personal que el marido adopte o asigne para el ejercicio de ciertos derechos o cumplimiento de obligaciones, sin vivir en unión de su esposa; así, cuando en un determinado caso el marido, por razón de sus negocios u ocupaciones establezca su domicilio personal en lugar distinto de aquél en que se encuentra la morada conyugal, sin pedir o interpelar a

su esposa para que vaya a acompañarle a su nueva residencia, seguirá siendo domicilio conyugal para los efectos legales inherentes al mismo, el primitivamente establecido."⁶⁰

Por ser uno de los elementos constitutivos para invocar esta causal de divorcio, es preciso que se hubiera establecido, porque también en cuestión de los matrimonios que viven en calidad de arrimados, la ley no considera, el domicilio conyugal establecido. Por lo que toca al elemento de sin causa justificada le corresponde aprobar al consorte que se quedó en el hogar conyugal.

Por lo que toca a la caducidad, ésta se encuentra discutida si debe de ser pasados los seis meses, sin embargo, como también es una causal que se encuentra sujeta al tracto sucesivo, no se puede fijar el tiempo de caducidad, sin embargo podrá ser invocada en cualquier momento después de transcurridos los seis meses.

Ahora bien por lo que toca a la causal novena del artículo 267 del Código Civil Vigente, preceptúa que :

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

En la presente causal, no hay duda que el titular de la acción es el consorte que hubiera dado motivo para la separación, ya que si bien es cierto que por una parte tenemos que el cónyuge que se separó tuvo ciertos motivos para hacerlo y basta incluso invocar el divorcio, y no lo hizo, ya no es culpa del consorte que dio motivo, para que continúen con el lazo conyugal.

El maestro Ignacio Galindo Garfias, supone que si paso un año desde el motivo que dio origen para la separación y el consorte que se separó no hizo ninguna promoción buscando el divorcio, es porque puede surgir una reconciliación entre la pareja, y llegado el momento ya no es necesario que se ejercite la acción para pedir el divorcio, sin embargo el cónyuge que tuvo sus motivos para separarse no hizo ninguna promoción con el propósito de divorciarse; es necesario que el consorte que sí dio causa para la separación determine su

⁶⁰ Citada por Eduardo Pallares, *Op. Cit.* Pág. 191.

situación legal, porque existe una verdadera causa para pedir la separación lega; ahora bien quizá no deja de ser injusto que cuando un consorte ya no pudo soportar más la situación familiar en su hogar, y tomó la decisión de separarse y además no tomo la debida precaución de demandar el divorcio primero; posteriormente se inviertan los papeles, porque si tomamos en cuenta que la separación y el abandono no son los mismos, y suponiendo que el consorte que se separó, hubiera seguido cumpliendo con las demás obligaciones, no se le puede considerar igual que aquel cónyuge que abandona a su familia, consecuentemente deja de cumplir con todas las obligaciones inherentes al matrimonio. Desde luego que el juez es quien deberá de tomar en cuenta todas las circunstancias con las que se separen.

Es también importante que en esta causal, haya existido previamente un hogar conyugal y no como en algunas de las ocasiones vivan en calidad de arrimados, porque no existe un hogar propiamente. Por estas razones es necesario que el cónyuge que se separó sea quien entable primero la demanda de divorcio, para evitar que posteriormente se inviertan los papeles, y de ofendido pase a ofensor. Por lo que toca a la caducidad, ésta será para el cónyuge que se separó con causa justificada de seis meses a partir de que tuvo conocimiento de la causa. Y por lo que toca al cónyuge, que hubiera dado motivo, y posteriormente, pase a ofendido, será pasado un año o antes si es posible.

Ahora bien por lo que toca a la causal décimo octava, en mi concepto se encuentra obscura, y sus alcances son perjudiciales, tanto para el consorte que no hubiera dado motivo como para los menores hijos habidos en el matrimonio, sin embargo pasemos a analizarla, ya que preceptúa, lo siguiente :

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

En la presente causal, difiere por completo de las anteriores, en cuanto al fundamento que originó su estancia en el Código Civil Vigente, es decir en las anteriores causales, además de la separación también existió un motivo

que fue suficiente para pedir el divorcio, y en esta causal no lo hay, porque agrega que es independiente el motivo que haya originado la separación, lo cual significa que aparentemente no hay un consorte que sea culpable lo que no ocurre con las anteriores normas, ya que en la causal VIII, menciona que sea "sin causa justificada" y en la IX "una causa que sea bastante para pedir el divorcio"; como se nota en ambas causales se fundamenta la separación legal, y no como en la causal dieciocho que no se necesita para pedir el divorcio, ninguna causa como no sea la separación por más de dos años, una causa que por demás resulta cuestionable, porque se supone que el Estado es el que se encuentra interesado en la unidad de la familia y no de dar alternativas para que las separaciones sean cada vez mas sencillas.

Es cierto que en toda relación conyugal debe de existir una armonía que haga posibles los fines de matrimonio, porque el matrimonio, es una institución que es la mas propicia para el desarrollo moral y social de los hijos, sin embargo vuelven a surgir varias hipótesis sobre las situaciones que se pueden generar, como es el caso de aquel consorte que debe de separarse por razones de trabajo, y que su cónyuge valiéndose de esta situación haga válido esta causal, para pedir el divorcio.

Como es una causal de reciente creación, del día 12 de diciembre de 1983 publicada en el Diario Oficial del 27 del mismo año, y su entrada en vigor fue noventa días después de su publicación, el día 27 de marzo de 1984; no se ha regulado, en cuanto a las disposiciones que se deben de tomar, si es que llegan a surgir varias circunstancias, ya que el derecho de los hijos es el que se encuentra débil porque tampoco hay disposición, al no haber un consorte que resulte culpable, como es el que se fijara el pago de alimentos, ya que suponiendo que se separara uno de los cónyuges, también dejara de cumplir con las obligaciones, ¿Como se pretende hacer cumplir con el divorcio?. Con esta causal, dieciocho, parece que más que un verdadero fundamento para poder invocar el divorcio, resulta más la figura del repudio, en la que se faculta a los dos esposos para pedir la separación legal, porque incluso se enuncia que no importa el motivo que haya originado la separación; y más aún le concede incluso al cónyuge que hubiera dado

motivo a la separación la legitimación para que transcurridos dos años pueda pedir tranquilamente el divorcio, ya que según se desprende de la misma norma no existe consorte que sea culpable y posteriormente que sea inocente.

La legislación se quiso ajustar a la realidad social; que si bien es cierto que encontramos familias que se encuentran en una desintegración completa, también es cierto que al no existir otro motivo, además de la separación, también es razón para que se aprovechen, y den causa a la separación, y solamente se desaparezca por dos años para que se presente demandando el divorcio, surgiendo una interrogante para este hecho que es ¿y las obligaciones derivadas del matrimonio? , ¿se cumple o no y bajo que circunstancias?, como las ya mencionadas en párrafos anteriores.

Como bien afirma el maestro Manuel Chávez, esta disposición viola el precepto cuarto de nuestra carta magna, en la que "el varón y la mujer son iguales ante la ley. Esta protegerá la organización y el desarrollo de la familia"., por tanto deben de existir normas que fomenten y protejan a la institución del matrimonio. Su importancia se refleja en el Estado y la sociedad, pues al encontrarse en crisis la institución del matrimonio; también lo estará la sociedad y consecuentemente el Estado.

Ahora bien existe la interrogante de la forma en la que se dividirán los bienes, así como lo beneficios del pago de alimentos, porque cuando existe un divorcio necesario, se identifica quién es el consorte que dio causa al divorcio y si no se llega a determinar en esta causal, al cónyuge culpable, entonces de qué beneficios gozará el consorte que no tenga los elementos suficientes para su sostenimiento.

Cabe anotar, que la presente causa, se encuentra obscura respecto de un verdadero fundamento que debe de existir para que sea mejor regulada, quizá una de las cuestiones que se deben de considerar es que en esta causal se prevenga como en los divorcios voluntarios acerca de un convenio que no lastime los derechos de los menores hijos, o incapacitados.

La realidad social, a la que los legisladores desearon apegarse, da motivo para que se puedan poner de acuerdo los consortes, o también a uno de ellos se le fuerza para llegar a un arreglo; se le demanda y el otro se allana o contesta afirmativamente y se divorcian, el juez únicamente verificará que efectivamente hubieran transcurrido dos años y no precisan en quien queda la custodia de los menores hijos durante el procedimiento, además si después se sentencia el divorcio, y no hay cónyuge culpable, la patria potestad le corresponderá a ambos padres. Sin embargo, con esta causal ¿quedan asegurados todos los integrantes de la familia?.

Por lo expuesto nota claramente la imprecisión de la causal enunciada en la fracción dieciocho, cuestión que se precisa en Códigos locales, como el de Zacatecas en el artículo 357 fracción IX que señala : "Son causas 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."⁶¹

En esta causal se dispone que sea además de la separación que haya una desavenencia, circunstancia que no ocurre en el caso de la fracción dieciocho del artículo 267 del Código Civil Vigente para el Distrito Federal, que incluso dispone que no importa el motivo que hubiera dado causa a la separación. Por tanto es necesario corregirse, la causal en comento, toda vez que sus alcances son muy amplios, y no se pueden delimitar, como ocurre en los demás.

4.5. DECLARACION DE AUSENCIA.

Por lo que respecta a la causal décima, no es que propiamente corresponda a este apartado, pero en función, de las obligaciones matrimoniales que ya no se prestaron, es por eso que la incluyo en esta división.

⁶¹ Citado por Eduardo Pallares., *Op. Cit.* Pág. 158.

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

La declaración de ausencia hace imposible el cumplimiento emanado del matrimonio, por ser una de las modalidades del estado civil. El cual se encuentra previsto en los artículos 669 y 678, que previenen que "pasados dos años desde el día en que haya sido nombrado el representante, abra acción para pedir la declaración de ausencia", y el "fallo que se pronuncie en el juicio de declaración de ausencia, tendrá los recursos que el Código de Procedimientos Civiles Vigente asigne para los negocios de mayor interés."

Por está razón no es posible establecer que el cónyuge sea culpable o inocente, sin embargo el legislador sí da una respuesta para el consorte que resultó afectado.

La presunción de muerte se encuentra estipulada en el artículo 705 del Código Civil Vigente, que resuelve; "cuando hayan transcurrido seis años de la declaración de ausencia; el juez a instancia de parte interesada, declarará la presunción de muerte."

De cualquier manera sea por declaración de ausencia o por presunción de muerte, da la opción a que el cónyuge que hubiera resultado afectado, pueda reorganizar su situación jurídica. Por tal motivo no cabe indagar las razones por las que se separaron, ya que independientemente de la culpa de cualquiera de los consortes; la causal se deriva de la ausencia o la presunción de muerte. Por lo que únicamente el consorte que pida la disolución judicial que declare la ausencia o la presunción de muerte.

Puede darse el caso de que el cónyuge legalmente ausente o presuntamente muerto regrese, por tanto, si su consorte ha contraído segundas nupcias, la legislación, concede la oportunidad al consorte que regresó para que puedan divorciarse legalmente, y por tanto surta todos sus efectos el segundo matrimonio. En todo caso la sentencia que lo declaró presuntamente muerto o ausente únicamente tiene efectos de provisional, hasta en tanto se pruebe

fehacientemente, sin lugar a dudas de que efectivamente ha muerto.

La ley dispone que sea un año para demandar el divorcio, cuando se tenga por desconocido el paradero de su consorte.

Ahora pasaremos al análisis de la causal que sin duda alguna corresponde a la ausencia ya que la facción décima segunda señala lo siguiente :

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

Esta causal para pedir la separación es la más ilustrativa por la figura del abandono ya que éste es el desamparo total del incumplimiento de todas las obligaciones precedentes del matrimonio; y cuando menciona el artículo como una negativa injustificada para cumplir con las obligaciones señaladas en el artículo 164 del Código Civil Vigente, en el sentido de que los cónyuges contribuirán económicamente al sostenimiento del hogar, a su alimentación y a los de sus hijos, así como a la educación de éstos en los términos que la ley establece, sin perjuicio de distribuirse la carga en la forma y proporción que acuerden para este efecto, según sus posibilidades. Los derechos y obligaciones que nacen del matrimonio serán siempre iguales para los cónyuges e independientemente de su aportación económica al sostenimiento del hogar.

Sin que sea necesario agotar los procedimientos sin justa causa por alguno de los consortes, de la sentencia ejecutoriada en el caso del artículo 168, en el que hace mención sobre que el hombre y la mujer en su hogar tendrán los mismos derechos, autoridad y consideración igual, y que resolverán sobre la educación de los hijos, así como también la administración de los bienes.

Ahora bien lo que la legislación califica de alimentos, son las obligaciones del sostenimiento del hogar, la alimentación para los hijos, educación, vestido, así como para ambos consortes. Por lo que la disposición enuncia,

que debe de ser una negativa injustificada; lo que quiere decir que desde luego existen motivos que ocasionan que se deje de cumplir con las obligaciones contraídas y pueden llegar a cesar cuando ocurran circunstancias de las que enuncia el artículo 320 del Código Civil Vigente:

Cesa la obligación de dar alimentos :

- I. Cuando el que tiene carece de medios para cumplirla;
- II. Cuando el alimentista deja de necesitar los alimentos;
- III. En caso de injuria, falta o daños graves inferidos por el alimentista contra el que debe prestarlos;
- IV. Cuando la necesidad de los alimentos depende de la conducta viciosa o de la falta de aplicación al trabajo del alimentista, mientras subsistan estas causas;
- V. Si el alimentista, sin consentimiento del que debe dar los alimentos, abandona la casa de éste por causa injustificable.

No se debe confundir esta acción para pedir la disolución del vínculo conyugal por la negativa injustificada de dar alimentos, con la acción de petición de alimentos entre los cónyuges, ya que son dos acciones completamente distintas en principio la primera es la más grave, porque el consorte que se encuentra obligado a ceder alimentos, sin ningún fundamento se rehusa a cederlos, en tanto que en el segundo supuesto cuando sea mínima la falta se pide un aseguramiento en contra del cónyuge incumplido, y además no se busca con este hecho pedir el divorcio.

La carga de la prueba le toca en este caso al deudor alimentista, que es quien debe de comprobar que sí se encuentra dando alimentos, y no le corresponde al acreedor alimentario, esto se desprende porque es una obligación que se encuentra prevista en la ley, como de orden público y en todo caso el acreedor sólo debe probar que no ha recibido la pensión alimentaria. También es necesario distinguir cuando no se cumple con la obligación alimentaria; porque puede darse el caso que el acreedor alimentario no le parezca de conformidad la pensión convenida y que si posteriormente hace referencia basándose en la norma en comento, para exigir el divorcio, no se podrá invocar esta causal, salvo que incurriera en dos o mas incumplimientos de las obligaciones.

En tanto a la caducidad no opera, porque es una norma de tracto sucesivo, en razón de que los alimentos siempre deben de ser otorgados.

4.6. SEVICIAS, AMENAZAS E INJURIAS GRAVES.

Por lo que toca a este apartado, merece un análisis especial, por ser una de las causales que más se proponen para pedir la disolución del vínculo matrimonial, por lo que la fracción décima primera del ya mencionado artículo 257 del Código Civil Vigente, enuncia de la siguiente manera :

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

En la presente causal, se encuentran tres supuestos que, de ninguna manera es necesario que se lleguen a dar al mismo tiempo para exigir el divorcio; porque aunque la legislación las coloca en una misma causal, tienen en principio diferente significado: las sevicias de acuerdo al diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, lo define como "crueldad inmoderada, malos tratos y golpes". En cuanto a las amenazas, las define como "advertir a alguien que se le ocasionará algún daño, signo de peligro, desgracia o molestia". Y por lo que toca finalmente a las injurias es "aquel agravio, insulto al honor de alguien, ultrajar, dañar, acción injusta y ofensiva."

Como cabe anotar, nos encontramos frente a una causal en la que hay una inexistencia del *affectio maritalis*.

En esta circunstancia se requiere del criterio del juez para acreditar la existencia o no de la acción que da nacimiento al divorcio, porque de algunos factores que son: culturales, sociales, de educación, básicamente para llegar a una conclusión por parte del juzgador si hay o no lugar para el divorcio.

Al referirnos a la primera de estas causales, que es la sevicia, y de acuerdo a la descripción del diccionario, es la crueldad excesiva que hace imposible la vida en común y no es 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 esos malos tratos, tanto para que la otra pueda defenderse, como para que el juez esté en aptitud de calificar su gravedad y si en realidad se configura la causal.

Como mencioné, es necesario que el juez tenga mayor libertad para aplicar su criterio, porque en nuestro país, se hallan tales contrastes que se llevan a un extremo tal, que no se puede considerar que constituyan sevicias, los malos tratos, los golpes; existen mujeres que al no ser golpeadas, maltratadas, tienen de acuerdo a su educación la idea de que sus respectivos esposos, ya no las quieren; sin embargo se puede dar el caso de que siendo una familia, que se hubiera formado de esta manera, lo consideren signo de amor; ahora bien, puede darse el caso de que otra familia no hubiera formado a personas con esta educación sino con otra diferente, en la que la mujer no se sienta sometida, y así se pueda configurar ésta causal de divorcio.

Las amenazas, también se encuentran previstas en la legislación penal, sin embargo, como una causal que da nacimiento a pedir el divorcio, cabe señalar lo mismo que la anterior para fijar la gravedad con la que se hagan, porque en toda unidad familiar es necesario llevar una buena relación de pareja, que al no existir, hace imposible la buena armonía de un matrimonio. Porque no debe de haber miedo, ni debe de coaccionarse a alguna de las partes, para ello existe una jurisprudencia, en la que se describen los elementos constitutivos de la amenaza.

"AMENAZAS COMO CAUSAL DE DIVORCIO. EL JUEZ DEBE CONOCER PERFECTAMENTE LOS HECHOS QUE LA CONSTITUYAN, PARA PODER DETERMINAR SI SON DE TAL NATURALEZA QUE HAGAN IMPOSIBLE LA VIDA EN COMUN, COMO LO EXIGE EL ESPIRITU DE NUESTRA LEGISLACION .- Los hechos en que se hagan consistir las amenazas a que se refiere la fracción segunda del artículo 267 del Código Civil, como causal de divorcio, deben de ser perfectamente conocidos para el juzgador para poder determinar si son ellos de tal naturaleza que han hecho imposible la vida en común. Aunque esta exigencia no está señalada expresamente en el Código Civil, como lo estaba en la Ley de Relaciones Familiares, donde se reglamentó el divorcio, ya que con el efecto de disolver el vínculo matrimonial, sin embargo, prevalece, por derivar del espíritu de nuestra legislación que atiende a la protección de la familia como soporte indispensable de toda sociedad humana; por lo

tanto sino se allegan al juzgador elementos conocimiento de los hechos en tal forma que le permitan hacer la determinación de gravedad al extremo de imposibilitar la vida en común, no puede considerar fundada la acción de divorcio."⁶²

Ahora bien no se pueden considerar las amenazas de la legislación penal con las de la legislación civil, por que en la primera se exige que sea en contra de la persona, bienes, honor y derechos o a alguien que se encuentre ligado al consorte, y en el segundo debe de ser personal.

Y por último las injurias, lo esencial que se ataca es el prestigio, el buen nombre de la persona, su honor por tanto deben de ser graves para que se invoque esta causal, y que bien puede ser de palabra o de hecho, se dan casi siempre, un ejemplo similar en algunas fuentes, para ilustrar mejor esta causal: es cuando un cónyuge sostiene relaciones amorosas con un tercero, sin llegar a cometer adulterio; sin embargo resulta una ofensa, una injuria para el otro consorte. Ahora bien también puede resultar una injuria el hecho de que uno de los esposos se niegue a tener débito carnal, haciéndolo con la intención de molestar al otro consorte, a no ser que sea por alguna enfermedad grave por lo que se niegue a tener acceso carnal con su cónyuge. Anteriormente se encontraba prevista la injuria en la ley Penal, sin embargo hoy en día ya se derogó.

La injuria debe ser grave, y por razones de cultura y educación, es por lo que se fijará si en realidad son graves, porque existen familias que les pueda parecer una injuria alguna mala palabra o algún comportamiento, y para otra familia sea lo más común, es por esta razón que se dan las mas amplias facultades al juez para que decida sobre la situación que deberá de guardar los esposos.

En el caso de que uno de los consortes acuse al otro de interdicción a sabiendas que se encuentra en perfecto estado de salud mental, también puede constituir una injuria, es decir son varias las formas que se pueden configurar, por lo que el juez deberá previo estudio de la clase a la que pertenezcan, si procede o no esta causal.

⁶² Citada por Pallares, *Op. Cit.* Pág. 202.

Desde luego con la aparición de las sevicias, las injurias y las amenazas, el *affectio maritalis*, ya no existe, porque la unidad familiar ya se desintegró y además puede ser que para los menores hijos sea un perjuicio para su óptimo desarrollo físico y mental.

4.7. FALTA DE SUMINISTRO DE ALIMENTOS.

Esta causal, es la que corresponde a la fracción XII del artículo 267 del Código Civil Vigente para el Distrito Federal, y que ya fue analizada, y por su mayor relevancia dedico este apartado a los fundamentos a los que se debe esta causal.

Esta causal en principio es la más ilustrativa del abandono, entendiéndose como aquel desamparo de hecho que existe de un cónyuge al otro no obstante de todas las obligaciones a las que se hacen acreedores los consortes, por que son inherentes al matrimonio éstas.

La falta de suministro de alimentos es grave en función de quien los recibe y los necesita y como una obligación, que además la propia ley sanciona si no se cumple.

En la práctica, cuando generalmente hay un abandono, la mujer es quien resulta afectada; no es siempre una regla, sin embargo se da con frecuencia, y aunque también es obligación del consorte abandonado el suministrar los alimentos; no es menos de quien los abandona.

Ahora bien si el deudor alimentista carece de bienes y no tiene sueldos que le puedan ser embargados para pagar con ellos los alimentos, no es necesario que previamente a juicio de divorcio, se le demande judicialmente.

Tampoco es necesario que la mujer, demuestre la necesidad de que el marido pague los alimentos a ella, y sus hijos, para que proceda la acción de divorcio por la causal que se examina, porque la obligación de pagarlos es independiente de dicha necesidad.

Desde luego con la aparición de las sevicias, las injurias y las amenazas, el *affectio maritalis*, ya no existe, porque la unidad familiar ya se desintegró y además puede ser que para los menores hijos sea un perjuicio para su óptimo desarrollo físico y mental.

4.7. FALTA DE SUMINISTRO DE ALIMENTOS.

Esta causal, es la que corresponde a la fracción XII del artículo 267 del Código Civil Vigente para el Distrito Federal, y que ya fue analizada, y por su mayor relevancia dedico este apartado a los fundamentos a los que se debe esta causal.

Esta causal en principio es la más ilustrativa del abandono, entendiéndose como aquel desamparo de hecho que existe de un cónyuge al otro no obstante de todas las obligaciones a las que se hacen acreedores los consortes, por que son inherentes al matrimonio éstas.

La falta de suministro de alimentos es grave en función de quien los recibe y los necesita y como una obligación, que además la propia ley sanciona si no se cumple.

En la práctica, cuando generalmente hay un abandono, la mujer es quien resulta afectada; no es siempre una regla, sin embargo se da con frecuencia, y aunque también es obligación del consorte abandonado el suministrar los alimentos; no es menos de quien los abandona.

Ahora bien si el deudor alimentista carece de bienes y no tiene sueldos que le puedan ser embargados para pagar con ellos los alimentos, no es necesario que previamente a juicio de divorcio, se le demande judicialmente.

Tampoco es necesario que la mujer, demuestre la necesidad de que el marido pague los alimentos a ella, y sus hijos, para que proceda la acción de divorcio por la causal que se examina, porque la obligación de pagarlos es independiente de dicha necesidad.

Como mencioné en párrafos anteriores, la obligación de los alimentos no se puede dispensar. Además de que constituye una base en los lazos conyugales, que sirven para la formación de los individuos en un núcleo llamado familia fundamentado en un matrimonio.

Por otro lado aunque en el presente trabajo ya abundé, sobre los divorcios por mutuo consentimiento, no puedo dejar de mencionarlo, en este apartado, porque también pertenece a una causal para invocar el divorcio.

"XVII.- El mutuo consentimiento."

Ya que este tipo de separaciones no constituye propiamente un divorcio necesario, ya que es por acuerdo de voluntades que no entran en conflicto, sin embargo resulta cuestionable el hecho de que la ley disponga que se encuentre en este apartado, porque aún cuando en otras causales no hay cónyuge culpable y consecuentemente inocente, si hay un conflicto que debe de ser resuelto, y por lo que toca a este caso que nos ocupa, no sucede de esta manera, ya que si surgió un conflicto, éste ya fue resuelto por lo interesados, además de que tiene dos modalidades, que son el divorcio voluntario en la vía administrativa y el divorcio voluntario en la vía judicial, que desde luego depende la situación en la que se encuentran para poderlos invocar.

Existe otra causal que se encuentra en el artículo 268 del Código Civil Vigente, y que es indispensable de las enumeradas, la cual preceptúa lo siguiente:

"Art. 268.- Cuando un cónyuge haya pedido el divorcio o la nulidad del matrimonio por causa que haya justificado o se hubiere desistido de la demanda o de la acción sin la conformidad del demandado, éste tiene a su vez el derecho de pedir el divorcio, pero no podrá hacerlo sino pasados tres meses de la notificación de la última sentencia o del auto que recayó al desistimiento. Durante esos tres meses los cónyuges no están obligados a vivir juntos."

Algunos pretenden colocarla en la causal XI, del mismo ordenamiento; sin embargo es diferente, porque hasta incluso

tiene un tiempo determinado para invocarla, al respecto existe una jurisprudencia, que nos señala lo siguiente :

"DIVORCIO, CAUSAL FUNDADA EN EL ARTICULO 268 DEL CODIGO CIVIL. Aunque es verdad que existen precedentes de jurisprudencias establecidas por esta Suprema Corte en el sentido de que constituye una injuria grave el hecho de que uno de los cónyuges pida el divorcio por causa que no existe o que no es bastante, también lo es que este primitivo criterio de la Suprema Corte ha sido superado por el Alto Tribunal en el sentido opuesto, o sea que la causal de divorcio señalada en el artículo 268 es de naturaleza autónoma y totalmente independiente de las injurias, del mismo modo que los son las que en un gran número se consignan en las diversas fracciones del artículo 267 (adulterio; el hecho de que la mujer de luz durante el matrimonio, etc., etc.) y aunque evidentemente revelan *latu sensu*, esto es en el mas amplio sentido de expresión, una conducta injuriosa de un cónyuge para el otro, no están sin embargo, agrupadas bajo un denominador común, que en este caso sería las "injurias graves", a que se contrae estricto *sensu*, la fracción XI del repetido artículo 267, sino que están individualmente tipificadas en las diversas fracciones de éste, que autónomamente las prevén y que es precisamente el caso del referido artículo."⁶³

4.8. DIFERENCIA DE SEPARACION DE LA CASA CONYUGAL Y EL ABANDONO DEL HOGAR.

Durante el presente trabajo, en repetidas ocasiones ha manifestado que tanto la separación como el abandono no se pueden tratar como sinónimos, por la simple razón de que no lo son ahora bien para establecer la diferencia que haya entre ambas figuras, comenzaré por el concepto que se les asigna en el, Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española.

Abandono: Incumplimiento de la obligación legal de suministrar alimentos a quien tiene derecho a recibirlos.

Separación : Acción y efecto de separar o separarse, interrupción de la vida conyugal por decisión de los cónyuges o por fallo judicial, sin que se extinga el vínculo matrimonial.

⁶³ *Ibidem.* Pág. 208.

Ahora bien de las anteriores definiciones, se desprende que el abandono y la separación no son lo mismo, la primera incurre en faltas que son por demás graves, ya que uno de los cónyuges deja de cumplir con todas las obligaciones que contrajo al momento del matrimonio; por lo que toca a la separación, ese espacio que media entre los consortes, no significa que al hacerlo, propiamente deja de cumplir con todas las demás obligaciones inherentes al matrimonio; es cierto que viola algunos deberes a los que se comprometió al celebrar las nupcias, sin embargo cumple con otros. Y no deja en desamparo a toda su familia..

Como es de notarse en todas las causales o casi en todas existe un bien jurídico que se protege, y que la misma ley vigila que se cumpla.

En la separación aún cuando se cumplen con las obligaciones económicas, se viola la obligación del socorro mutuo, del débito carnal, el mutuo auxilio y el diálogo, que se deben los esposos.

Al hacer la diferencia no fue porque una sea, menos dura que la otra o menos grave, las dos son graves, sin embargo, sí es importante identificar bajo que circunstancias se realiza.

V. EFECTOS DE LA SENTENCIA DE DIVORCIO Y EL FRAUDE A LA LEY PARA VOLVER A CONTRAER NUEVAS NUPCIAS.

5.1. EFECTOS EN RELACION A LOS HIJOS.

Una singularidad que se da cuando se pronuncia una sentencia en los juicios de divorcio es establecer la situación jurídica definitiva que tendrán los cónyuges, los hijos, los bienes, así como el pago de alimentos.

En principio los efectos que surgen en relación a los hijos en una sentencia, la fija el juez, quien gozará de las más amplias facultades, para resolver todo lo relativo a los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad, su pérdida, suspensión o limitación según el caso y en especial a la custodia y el cuidado de los menores hijos, debiendo obtener los elementos de juicio necesario para ello, según lo dispone el artículo 283 del Código Civil Vigente.

También es conveniente tratar, aquellos efectos que surgen en relación al apellido, la legitimidad o la ilegitimidad del menor; ya que estos problemas suelen presentarse. Por lo que toca al apellido, éste no cambia por la separación, los hijos concebidos durante el matrimonio, continuaran con su apellido paterno y materno; cuestión que ocurre con la esposa que se ostentaba con el apellido de su marido, y que deberá de modificar después del divorcio por el personal.

La legitimidad o ilegitimidad de los hijos; suelen surgir conflictos, que van a depender del momento en que nazcan y las circunstancias en que se de el parto. Por consiguiente el maestro Rojina Villegas, divide los períodos en los que nace el menor para considerar la legitimidad o ilegitimidad en su caso, y lo hace en tres momentos; el primero si el hijo nace dentro de los trescientos días siguientes a la separación judicial de los cónyuges, al segundo si nace después de los trescientos días siguientes a la separación, pero antes de que transcurran trescientos días de la sentencia de divorcio y tercero si nace después

de los trescientos días de que cause ejecutoria la sentencia de divorcio.⁶⁴

En el primer caso, que surgen cuando el hijo nace dentro de los trescientos días siguientes a la separación judicial de los cónyuges, se presume que es hijo del marido, así es como lo dispone nuestra legislación en su artículo 324 en su fracción segunda del ordenamiento en comento, por lo que el marido no podrá confutarla, o bien que demuestre que no tuvo acceso carnal con su mujer, al menos ciento veinte días anteriores a los trescientos; porque aún cuando se encuentren separados por una orden judicial, para la ley en tanto no haya una sentencia que decreta la ruptura del vínculo conyugal, continúan casados, por lo mismo la ley dispone en su artículo 325 del ordenamiento en comento, los casos en que se probará la legitimidad del menor, aunque parece un tanto contradictorio la disposición del artículo 326, al admitir que aún cuando haya quedado probado el adulterio cometido por la esposa y aunque ésta declara que no es hijo de su marido, debe de observarse lo establecido en el artículo 325. Cabe destacar que la carga de la prueba le corresponde al marido, y no a la esposa, porque es él quien se opone a la legitimidad del menor, toda vez que el matrimonio todavía no queda disuelto.

El segundo supuesto circunstancial, surge cuando el hijo nace después de los trescientos días siguientes a la separación, pero antes de que transcurran trescientos días de decretada la sentencia de divorcio. Y el maestro Rojina Villegas define a este segundo periodo, y lo divide afirmando que "en este periodo tendremos que distinguir dos posibilidades: pueden transcurrir los trescientos días sin que se pronuncie sentencia de divorcio, o bien, en caso relativamente excepcional, puede haberse pronunciado la sentencia de divorcio, antes que transcurran los trescientos días siguientes a la separación judicial. Por lo tanto cabe la posibilidad de que el hijo nazca después de trescientos días de la separación judicial y antes de que se pronuncie la sentencia del divorcio, pero antes de que transcurran trescientos días de que ésta cause ejecutoria. Para los efectos legales, lo importante es que en este segundo periodo no hayan transcurrido en el momento en que el hijo nazca más de trescientos días de pronunciada la sentencia.

⁶⁴ Rafael Rojina Villegas, *Compendio de Derecho Civil*, Edit. Porrúa, México, 1980, Pág. 409.

Porque la idea fundamental es ésta : cuando hubo una separación judicial, que normalmente hace presumir que ya no habrá 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 la sentencia, evidentemente fue 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 los trescientos días siguientes a los trescientos días siguientes a la disolución, que sólo se operan por sentencia, vuelve ese hijo a ser considerado como nacido durante el matrimonio de sus padres."⁶⁵

Nuestra legislación protege a los menores, y por esto es indispensable el requisito del tiempo que se computa para presumir la paternidad, porque también hay presunción "Pater hie est", que consiste en que los hijos de una mujer casada gozan de la presunción de que el padre es el marido de su madre; por lo que al no haber una sentencia que declare disuelto el matrimonio; aunque medie una separación judicial también se presume que hay una suspensión en el débito carnal; sin embargo las parejas pueden volver a tener acceso carnal; y si resulta un hijo como consecuencia no puede quedar el menor sin la legitimación, como hijo todavía de un matrimonio.

El tiempo que la ley fija para estos casos va en función por el mismo tiempo de embarazo, para que el producto sea viable y que es de ciento ochenta días. Así mismo, como el plazo máximo de gestación es de trescientos días, tomando en cuenta que el último día se dio la concepción debe de nacer antes de este tiempo.

Ahora bien por lo que toca a la carga de la prueba, ésta le corresponde a ambos, porque ya no existe la presunción de la legitimidad: tanto al padre acreditar que no es su hijo, como la madre acreditar, de quien es; al surgir en este momento el conflicto, el juez es quien gozara

⁶⁵ *Ibidem.* Pág. 410.

de las más amplias facultades para resolver el estado que guardará el menor.

Y en cuanto al tercer período que se da cuando el hijo nace después de los trescientos días de que cause ejecutoria la sentencia de divorcio; en el cual, en el caso de muerte del marido, no podrá haber problema alguno, considerando que no hubo posibilidad para que se pudiera concebir el menor, en función de los trescientos días siguientes a su muerte. No se puede afirmar lo mismo, en el caso de que el menor nazca dentro de los trescientos días a la muerte del marido, y tiene la presunción de la legitimidad por tanto con todos los derechos inherentes derivados de la misma; como el apellido y ser heredero.

Ahora bien puede surgir la posibilidad de que el menor haya nacido después de los trescientos días de disuelto el matrimonio por divorcio o por nulidad; ya no existe la presunción de legitimidad, pero tampoco la presunción de que el esposo lo hubiera concebido. Puede existir la presunción que hubiera vivido en concubinato entre los consorte. La posibilidad que puede haber del acceso carnal es en los casos en que se hubiere dado una nulidad en el matrimonio, más que en el caso de los divorcios, porque generalmente, en éste último entre los consortes ya no existe el trato sexual.

Sin embargo la ley dispone en su artículo 329 del Código Civil Vigente, lo conducente para estos casos, al establecer que 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.

Al igual que en el segundo período en este tercero considera el juez todas las pruebas que aporten para dictar las medidas correspondientes.

En cuanto a otros de los efectos, que en la sentencia de divorcio se deben de pronunciar, es acerca de la patria potestad en la cual el juez tendrá las más amplias facultades para resolver, sobre la pérdida, la suspensión o la limitación, y además a quién corresponderá el cuidado y la custodia de los menores hijos.

En principio la patria potestad es una institución, que se presenta como de asistencia, protección y representación de los menores, cuya filiación está clara y legalmente establecida.

La ley considera la institución de la patria potestad como irrenunciable, desde luego existen determinadas causas, que impiden que la patria potestad sea desempeñada; como es el caso de los mayores de sesenta años, o bien por el estado de salud, sea imposible ejercerla.

Los sujetos activos de la patria potestad son los ascendientes; padre y madre y a falta de ambos, los abuelos paternos y posteriormente los maternos.

Tratándose de divorcio, ésta se puede llegar a perder, suspender o limitar, dependiendo de las faltas y que sean graves, par que se les aplique esta sanción. La patria potestad se pierde, sólo por sentencia y la ley considera que puede ser en un juicio penal, en el que el padre o la madre, ha sido condenado dos o más veces por delitos graves, por malos tratos o abandono del menor que se contempla como delito de abandono de persona.

En caso del juicio civil de divorcio, cuando el juez disponga que los menores no pueden estar al lado de su progenitor, debido a las malas costumbres depravadas de los padres, malos tratos o abandono, que pongan en peligro la salud y la seguridad. Cabe destacar que no obstante que se determine la pérdida de la patria potestad no implica la terminación de las obligaciones inherentes, tales como el pago de alimentos, esta continúan, aún cuando hubiere perdido la patria potestad.

La suspensión, se da en los casos en los que, quien debe de desempeñar la patria potestad, hubiera caído en una enfermedad, es decir en una incapacidad declarada judicialmente, por ausencia declarada en forma y por sentencia condenatoria que imponga como pena esta suspensión.

Se extingue en los casos de muerte que quien ejerce la patria potestad; por emancipación del menor y por la mayoría de edad del menor.

En el primer caso es indudable que cuando no hay quien ejerza la patria potestad, tampoco se puede obligar a nadie que lo haga; en la segunda forma tampoco existe la obligación en tanto que el menor es quien por haber contraído nupcias, se emancipa, y únicamente se enfrenta con dos limitantes, primero necesita de un tutor para atender sus asuntos judiciales, como el divorcio que en capítulos anteriores expuse; y segundo requiere autorización judicial para enajenar y gravar sus bienes raíces.

Y por último se encuentra la mayoría de edad que nuestra legislación fija en dieciocho años, momento en que el menor por sí solo ya puede gobernar su persona, y de esta manera la institución de la patria potestad se da por terminada.

Cabe destacar que aún cuando la patria potestad, se pierde o se suspendan, las obligaciones derivadas de la propia figura, deberá de seguirse cumpliendo.

En cuanto a la custodia de los menores, el juez tiene las más amplias facultades para resolver. Los menores de siete años de edad se pueden al cuidado de la madre, en principio se puede prevenir en las medidas cautelares, y si durante el procedimiento se observa un buen comportamiento de la madre, que no afecte a los menores, se podrá quedar al cuidado definitivo de sus hijos, lo mismo se prevé si es el padre quien se queda con sus hijos, en este aspecto, el juez tomará en cuenta que si la madre no representa un peligro para una buena formación de los hijos, puede ser la persona con la que se pueden quedar los menores.

Sin embargo es conveniente destacar que, en este aspecto, la propia pareja en conflicto es quien determinara quien se debe de cuidar al cuidado de los menores hijos, y como será y cada cuando se tendrá el derecho de visita de los hijos para el otro consorte; lamentablemente en varias de las ocasiones en los que se da un divorcio necesario, la pareja por los motivos que tengan para la separación llegan a hacer un problema personal tan candente, que son los hijos quienes tienen que pagar las consecuencias, y es por esto que so no se llegan a poner de acuerdo, será el juez quien determine quien será el que se quede con la guarda y

custodia de los hijos, y fijará la visita para el otro consorte.

El juez evaluando las circunstancias por las que se separa la pareja, determinara quien fue el cónyuge que dio motivo para la separación, quién será el cónyuge culpable y posteriormente otro que sea el cónyuge inocente, y por lo tanto, en un momento determinado influir para la determinación final.

En el caso de la fracción XVIII del artículo 267 del Código Civil Vigente, en la que aparentemente no existe un cónyuge culpable y consecuentemente otro que sea considerado como inocente, dentro de estas posibilidades resulta difícil precisar quien es el consorte que tiene derecho a quedarse con la patria potestad, de los hijos menores y como será que se fije el cuidado de los menores hijos, si de acuerdo el artículo y fracción mencionada, no se ponen de acuerdo y además uno de los consortes, es quien se separa por mas de dos años; cuestión que resulta obscura, por que no menciona otra causa más ya que existen o pueden existir varias circunstancias, que bien se puede llegar a dar el caso de que si se separo por más de dos años, dejando sus obligaciones atrás, cómo es posible que ahora sí va a cumplirlas.

Surgen muchas cuestionamientos, en relación a esta causal XVIII del multicitado Código Civil Vigente, porque es una causal de divorcio, obscura y lejos de presentarse como una verdadera fundamentación para invocar el divorcio, suena como una salida a las obligaciones derivadas del matrimonio, concedida por la propia ley quien se supone interesada en la constitución de las familias, es por esto que al menos en esta causal no se puede hablar de una solución para problemas conyugales, sino una salida fácil que da la propia ley, para dejar de cumplir con sus obligaciones.

5.2. EFECTOS EN RELACION A LOS ALIMENTOS.

En cuanto a los alimentos que se deben de suministrar a los hijos, así como al cónyuge que no tenga los suficientes medios para su sostenimiento, analizare en este apartado. La obligación de los alimentos para los hijos, queda a cargo de los padres, sin distinción, serán ambos los que deberán de proveer.

Desde luego el término de alimentos comprende un concepto más amplio, que el de comer cualquier sustancia para nutrir, ya que jurídicamente comprende todas las asistencias que se ofrecen para el sustento y sobrevivencia de una persona; en este caso de los hijos menores. Los alimentos se encuentran integrados por la comida, vestido, habitación asistencia en caso de enfermedades, además una educación básica y aprendizaje de un oficio, arte o profesión.

En cuanto a las características de los alimentos pueden ser; recíprocos, porque el obligado a darlos también puede exigir lo proporcional en la medida en la que el costo de la vida incrementa, también el sueldo, desde luego debe de aumentar el pago de alimentos a prorrata; es decir quienes tienen la obligación de prestarlos tienen también la posibilidad de dividirlos; y tratándose de un divorcio también deben de cumplir ambos, y no pueden recaer en uno solo la obligación.

Es subsidiaria : es decir en el caso de que los padres que son los parientes más cercanos no pueden prestarlos, serán los parientes inmediatos cercanos quienes deberán de cumplir.

Es imprescriptible : porque no se extingue con el paso del tiempo que no se ejerza.

Irrenunciable : porque es una obligación que no se puede renunciar, aún cuando algunos de los esposos que entren en conflicto, volvieran a contraer nuevas nupcias.

Intransigible : lo cual quiere decir que no es objeto de transacción ya que, la ley cuida del bienestar de los menores.

Incompensable : no se extingue a partir de concesiones recíprocas : y además

Inembargable : porque se considera uno de los bienes no susceptibles de embargo, que el derecho de familia protege.

Nuestra legislación, después de ejecutoriado el divorcio dispone, en su norma 287 del Código Civil Vigente, lo conducente a los alimentos manifestando que : "Ejecutoriado el divorcio, se procederá desde luego a la división de los bienes comunes y se tomarán las precauciones necesarias para asegurar las obligaciones, que queden pendientes entre los cónyuges o con relación a los hijos. Los consortes divorciados tendrán obligación de contribuir, en proporción a sus bienes e ingresos, a las necesidades de los hijos, a la subsistencia y a la educación de éstos hasta que lleguen a la mayor edad."

Lo cual es en realidad contraproducente, si es que se llegara a tomar con el estricto apego a lo que preceptúa : que los padres dejen de prestar los alimentos cuando los hijos alcancen su mayoría edad, porque en varias de las ocasiones, aunque para la ley un joven de dieciocho años es ya un mayor de edad, con todos los deberes y obligaciones que la ley establece, todavía no se encuentra con la madurez de poder subsistir por sí mismo y además por los conflictos sociales que enfrenta nuestro país; el incremento del costo de la vida crece desmesuradamente, y por lo tanto los menores de edad deben de prepararse mejor, y si consideramos que a los dieciocho años todavía no se tiene esa madurez, para poderse defender por sí solo, resultaría, incluso hasta injusto, que le quiten los alimentos.

Por lo que toca a los alimentos que deben de prestarse los divorciados, existen también algunas reglas que explican, en el caso del divorcio voluntario; puede la mujer recibir los alimentos, durante el tiempo que se encontró casada, hasta en tanto no se hubiera unido en concubinato, o hubiera contraído segundas nupcias.

También se puede dar el caso de que el marido se encuentre incapacitado para trabajar y será la mujer que deberá de prestarle tanto a su marido, como a sus hijos. Por esta razón es que quedan asegurados los alimentos, no lo corresponde solo a uno de ellos y además cuando concurren causas como enfermedad del marido, la esposa en quien debe de prestarlos, porque existen una igualdad de los sexos y

además que en el matrimonio, las obligaciones son para ambos y no nada mas para uno.

Esta disposición se cumple, cuando se gire oficio al lugar del trabajo de la persona que sea requerida a pagar los alimentos y como consecuencia, se hubiera fijado un porcentaje de su sueldo que no se le pagará en virtud del cumplimiento de los alimentos. Para el cumplimiento también de esos alimentos la ley dispone que en cuanto al aseguramiento, puede consistir en fianza, prenda, depósito, hipoteca, de una cantidad que sea suficiente para asegurarlos.

Por lo que toca a los alimentos desde la perspectiva de la fracción XVIII del artículo 267 del Código Civil Vigente, nos encontramos que, cuando existe una separación por mas de dos años y como consecuencia quizá se dejó de pagar los alimentos, cómo es posible que se le fije el pago, y con el temor de si cumplirá o no, y por otro lado el consorte que se hubiera comportado de una manera que su actitud no hubiera sido la de causar la separación se le dejará en el desamparo, porque la norma en comento no contempla la posibilidad aparentemente de un consorte culpable y otro inocente, y que en función de los alimentos no deja nada dicho, cometiendose una injusticia. Al respecto analizaré, adelante con más detenimiento.

5.3. EFECTOS EN RELACION A LOS BIENES.

Al disolverse el matrimonio, el régimen patrimonial que hubiera escogido la pareja también desaparece; porque como organización económica de la universalidad de bienes, derechos y obligaciones que rigen el matrimonio, se encuentran vigentes mientras dure esté

Nuestra legislación reconoce tres mecanismos por el que la pareja puede elegir, para pronunciarse por cualquiera de ellos y que son : sociedad conyugal, separación de bienes y sistema mixto.

Para constituir cualquiera de los regímenes patrimoniales anteriores, es indispensable la celebración de las capitulaciones matrimoniales cuando contraigan nupcias y especificarán los contrayentes el régimen en relación a sus bienes.

Se trata de un contrato accesorio porque es efecto del matrimonio y que regulara los bienes de los contrayentes. Las capitulaciones pueden formalizarse antes de la celebración del matrimonio, a la celebración de éste o posteriormente. Por lo tanto como contrato accesorio sigue la suerte de lo principal bien sea en cuanto a la celebración del matrimonio para que produzca sus efectos o bien para la disolución del mismo en su liquidación.

Comenzaré por la sociedad conyugal, que el maestro Ramón Sánchez Medal, la considera como "Aquel contrato por el que los consortes, al momento o después de celebrar su matrimonio, convienen en que cada uno de ellos concede sobre determinados bienes de su propiedad al otro cónyuge una cierta participación en las utilidades de dichos bienes pagadera a la terminación del mismo contrato."⁶⁶

Por tal virtud las formas en la que se puede terminar es por : nulidad del matrimonio, muerte y divorcio. Como consecuencia de la terminación se encuentra el divorcio; al momento de disolverse el matrimonio, la pareja podrá pactar la manera en la que se liquida la sociedad por lo que dependerá de su convenio; sin embargo puede suceder que la pareja al entrar en conflicto por el divorcio, también lo haga por la liquidación de la sociedad, por lo cual la forma de liquidarla, se hará conforme la fija la propia ley, disponiendo que en principio se nombre liquidador, si se llega a dar el caso de que los consortes no se pongan de acuerdo, y por tanto se hará la liquidación tomando en cuenta las siguientes circunstancias :

- 1.- Formar el inventario de los bienes y de las deudas.
- 2.- Hacer el avalúo correspondiente de los bienes y de las deudas.
- 3.- Pagar a los acreedores

⁶⁶ Ramón Sánchez Medal, *De los Contratos Civiles*, Edit. Porrúa. México, 1989, Pág. 397.

4.- Devolver a cada uno de los consortes lo que llevó a su matrimonio.

5.- Dividir el remanente, si es que lo hay en la forma convenida si se pactó, y si no lo hicieron los corresponderá por partes iguales.

Ahora bien por lo que toca a la separación de bienes que es el otro régimen patrimonial, en éste cada uno de los cónyuges conserva la propiedad y administración de lo que hubiera aportado durante el matrimonio, sin la colaboración de ninguno de ellos, es de los regímenes que cuando al separarse las parejas, en realidad no crea conflictos, porque lo que hubieran llevado al matrimonio, de nueva cuenta lo recuperan, y su patrimonio no sufre ni pérdida ni tampoco ganancia, excepto claro la obligación del sostenimiento del hogar, el cual no se repondrá, como los alimentos recibidos.

Al igual que en el anterior régimen se pueden establecer antes o durante el matrimonio; y se deben de fijar en las capitulaciones matrimoniales. Por lo que se deberá de levantar el avalúo correspondiente de los bienes, así como también el adeudo que cada uno de los cónyuges tengan al momento de celebrar el matrimonio.

Desde luego que aún cuando se hubiera casado bajo este régimen, no significa que en el matrimonio se tenga que cobrar o pagar por los servicios de asistencia, en el desempeño del propio matrimonio, caso contrario si uno de ellos, entrega sus bienes, a su consorte con el propósito de que sea quien los administre; en este caso al disolverse el vínculo matrimonial, se deberán de rendir cuentas, así como también se tendrá derecho a una retribución, por parte de su cónyuge, por el trabajo de administrador que desempeño.

Así pues en el caso de las donaciones que se hubieran hecho los esposos durante el matrimonio; el artículo 286 del Código Civil Vigente señala "el cónyuge que diere causa al divorcio perderá todo lo que se hubiere dado o prometido por su consorte o por otra persona en consideración a éste; el cónyuge inocente conservará lo recibido y podrá reclamar lo pactado en su provecho."

De este modo, se desprende que el consorte que resulta culpable en un divorcio necesario, no se le entregarán aquellos bienes que hubiera donado, cabe señalar que por lo que toca a los bienes que se hubieren donado deberá de reclamarse en la misma demanda en la que se invoque el divorcio, porque esta disposición no se resuelve de oficio, en la sentencia; si el juez lo hiciera valer se estaría violando el artículo 14 constitucional, en virtud de que las acciones que se tengan sobre una misma persona derivada de la misma causa, se deberá de entender en una sola demanda; por el ejercicio de una o más quedan extinguidas las demás.

De esta manera lo dispone el Código de Procedimientos Civiles; quedando claro que no se pueden reclamar con posterioridad los bienes, si no se hace en la demanda principal, por que será improcedente.

Por lo que atañe al cónyuge inocente, sí se puede quedar con los bienes que le hubieran sido prometidos. En tanto que los bienes que se encontraban en favor del consorte culpable, deberá devolverlos, así como también todos aquellos bienes que se le hubieran donado por terceros en beneficio del cónyuge inocente.

En cambio, el régimen mixto, se llega a dar cuando se establece que en algunas administraciones pueden tener la separación de sus bienes y en otras una sociedad conyugal, que desde luego se da en la doctrina, porque la legislación únicamente reconoce el régimen de sociedad conyugal, y el de separación de bienes. Así es que dependiendo del régimen que la pareja hubiera optado, será también su liquidación.

En estas circunstancias, en la causal XVIII del multicitado artículo 267 del Código Civil Vigente para el Distrito Federal, aparentemente no existe un cónyuge que resulte culpable y por consiguiente otro que resulte inocente, por lo que en cuanto a la aplicación de las normas ya citadas, no se pueden aplicar porque resulta obscuro, en cuanto a su contenido, porque si bien es cierto que en las fracciones VI y VII, del artículo en comento, tampoco existe un consorte que resulte culpable y uno inocente, sin embargo las causas que se dan, para esta determinación, son por demás entendible, en función de que no se puede determinar, por el hecho de tener una enfermedad, la responsabilidad

para imputar una culpabilidad, en tanto que en la fracción XVIII, no importa el motivo por el que se hubiera separado, y todavía más se le concede la legitimación al consorte que hubiera dado motivo para la separación. Por ello en el aspecto de la devolución de los bienes donados por los consortes que caigan en esta circunstancia, no se ha establecido nada, solamente la liquidación de la sociedad conyugal o bien del régimen de separación de bienes, que se hará conforme a la ley.

También en el caso de divorcio por adulterio o abandono de hogar injustificado, las donaciones antenuptiales se entenderán revocadas, cuando el donante fuera el cónyuge inocente y el donatario el consorte culpable.

Surge el mismo cuestionamiento, en la causal XVIII, sobre la manera de resolver, en función de no haber culpable ni inocente; por lo que en esta causal, se debe de fundamentar la razón o motivo más para invocar el divorcio.

Otra de las imprecisiones que surge la fracción XVIII, del ordenamiento en comento, es cómo se deberá de resolver, si llegado el momento de la separación lega, una de las partes no tiene lo suficiente para subsistir, ya que el legislador, tomando en cuenta que se presentara esta circunstancia, condena en la sentencia al culpable al pago de alimentos en favor del inocente.

Si para esta fracción no existe un consorte culpable ni otro inocente, surge la interrogante: si se llegara a presentar el caso, ¿de qué manera se deberá resolver?, porque, en la presente fracción no interesa el motivo por el que se separaron, así como tampoco quien lo provocó. Es por esta razón que la ya citada fracción se encuentra todavía obscura respecto a su disposición y alcances.

5.4. EFECTOS EN RELACION A LOS CONYUGES.

El efecto primordial y básico, que surge en relación a los cónyuges en una sentencia de divorcio, es la disolución del vínculo matrimonial, porque sea la causa por la que se

hubiera promovido, es este el final que las parejas tienen y al cual desean llegar, cuando menos uno de sus integrantes.

Por tanto como consecuencia inmediata dejan de estar casados para pasar a la calidad de divorciados. En cuánto a la sentencia ejecutoriada que decreta un divorcio, se deberá de remitir una copia al juez del registro civil para que levante el acta correspondiente, según lo dispone el artículo 114 del Código Civil Vigente del Distrito Federal, para que se le dé la publicidad que requiere un acto de esta naturaleza.

Siendo el principal efecto la ruptura del lazo conyugal, las demás consecuencias como resultado del divorcio son la capacidad para volver a contraer nuevas nupcias; pero también pueden caer los divorciados en ciertas sanciones como son la pérdida de la patria potestad sobre los hijos habidos en el matrimonio, la obligación de pagar los alimentos al consorte que resulte inocente en el juicio, así como el pago de daños y perjuicios que le produzca con motivo del divorcio, también sanciones del tiempo que deben de esperar para volver a contraer nuevamente matrimonio, que es de dos años para el consorte que resulte culpable, y el de reintegrar los bienes que le hubieran concedido por donación ; y el uso del apellido si bajo éste, se ostentaba la mujer.

Por lo que toca a la capacidad para volver a contraer nuevas nupcias, la legislación tiene estipulado que al disolverse, el vínculo matrimonial deja a los consortes en aptitud de volver a contraer otro. Sin embargo la ley dispone en algunos casos el tiempo que deberá dejar transcurrir para volverse a casar, como es el caso de la mujer que deberá dejar correr trescientos días para no confundir la paternidad a no ser que el menor nazca dentro de ese plazo. Y de dos años siempre que hubiera resultado cónyuge culpable, además claro de las demás disposiciones que se hubieran dictado en la sentencia.

En efecto de lo antes expuesto, durante el presente trabajo, resulta que en el matrimonio, existe una relación de deberes, que los podemos clasificar de la siguiente manera :

a) Vida en común, en la que la misma ley dispone que los cónyuges vivirán juntos en el domicilio conyugal.

b) Se exige la unidad conyugal, porque es un lazo que se necesita para la realización de la convivencia, y sus propios fines.

c) El débito carnal, porque cualquier condición contraria a la perpetuación de la especie o a la ayuda mutua que se deben los cónyuges, se tendrá por no puesta, como lo dispone el artículo 147 del Código Civil Vigente en el Distrito Federal.

d) Fidelidad, que nace del matrimonio y que comprende no sólo los actos de no hacer relativos o abstenerse de relaciones sexuales con persona distinta del cónyuge, sino en especial al cumplimiento de la promesa dada y al compromiso diario y permanente entre cónyuges; comprende la permanencia del matrimonio como forma y camino de vida.

e) Mutuo auxilio y socorro, que no son similares, porque uno comprende la ayuda, que hace referencia al aspecto económico, alimentos, administración de bienes y el socorro mutuo, hace referencia a la asistencia recíproca en caso de enfermedad, auxilio espiritual y promoción humana que debe existir entre los cónyuges.

f) Diálogo, aquella disposición que se refiere a la familia, como aquélla que previene que resolverán de común acuerdo todo lo conducente al manejo del hogar, formación y educación de los hijos.

g) Respeto, se encuentra y promueve en el matrimonio y está relacionado estrechamente con la promoción humana.

h) Autoridad, que se encuentra compartida y que se tiene como un servicio entre cónyuges y en favor de los hijos.⁶⁷

Por lo anteriormente expuesto se desprende que cuando surge la violación de cualquiera de estos deberes, que trae consigo el matrimonio, la relación ya no posible que se lleve de una manera que resulte exitosa, porque el matrimonio, además de el matrimonio es el estado idóneo para que sea óptimo el desarrollo de los menores hijos, si es que los hay, y en general de la buena relación que debe de predominar en toda relación de pareja.

Otro de los factores que trae aparejada la sentencia es acerca de la patria potestad que se ejerce sobre los menores

⁶⁷ Manuel F. Chávez Asencio, *Convenios Conyugales y Familiares*, Edit. Porrúa, México, 1993, Pág. 20.

hijos, que como ya mencioné en líneas anteriores puede ser extinguida, suspendida o limitada; ya que se fija en función de la conducta de quien la ejerce, en la que si cualquiera de los consortes hubiera sido condenado en juicio penal por delitos graves, por malos trato, o abandono y en el caso de un juicio civil a criterio del juez considere la comunicación entre padres e hijos completamente deteriorada, por costumbre depravadas que constituyan un mal ejemplo para un óptimo desarrollo de los menores hijos, es cuando requiere de la cesación de la patria potestad.

O bien también se fija la suspensión, cuando quien la ejerce, caiga en estado de interdicción, si se le declara ausente o se le priva del ejercicio por sentencia.

No obstante que se fije por sentencia, su pérdida o la suspensión de la patria potestad; es obligación de los padres el suministro de los alimentos dentro de sus posibilidades.

Por lo que se refiere a la obligación de pagar alimentos corresponde de los padres a los hijos, así como también puede ser recíproco, cuando los padres no puedan ministrarlos, sin embargo en la sentencia de divorcio, se queda asentado que les corresponde a los padres, en virtud de la menor edad de los hijos cuando estos existen; y en el caso de que exista un consorte inocente y otro culpable, se tomará en cuenta la situación económica y en la que se encuentre el consorte culpable para fijar el pago de alimentos en favor del inocente.

En el caso de un divorcio voluntario, la mujer podrá recibir los alimentos por el mismo lapso, que duró el matrimonio siempre que no tenga ingresos suficientes, no se una en concubinato o contraiga nuevas nupcias.

Al hablar de cónyuge inocente, también se aplica al varón que se encuentre imposibilitado, para trabajar, es decir no es exclusivamente la ayuda para al mujer.

Así también procede el pago de daños y perjuicios que se deben de pagar como autor de un hecho ilícito, en este aspecto y considerando que el daño es la pérdida o menoscabo sufrido en el patrimonio por la falta de

cumplimiento de una obligación, y si uno de los cónyuges, separa con dolo, de causar lo será cuando proceda a pedir el pago de daños ya que incluso la propia ley lo contempla, al indicar en su artículo 288, en su último párrafo, de la legislación Civil Vigente, que "cuando el divorcio origine daños y perjuicios a los intereses del cónyuge inocente, el culpable responderá de ellos como un autor de un hecho ilícito."

Aunque cabe destacar que la legislación, de acuerdo con esta redacción, califica al divorcio como un hecho ilícito, causando una reyerta, en función de que esta figura actúa, con apego a la ley, que si bien es cierto es la figura menos deseada, se encuentra contemplada en la ley.

En cuanto al aspecto, de los daños y perjuicios, se puede configurar, la guardería y escuelas de internado, porque suponiendo que sea la mujer o el esposo quien se quede con los menores hijos, tiene que trabajar, y por lo tanto no se pueden quedar con los hijos y tienen que erogar gastos que no se encontraban previstos por el motivo de la separación.

Las donaciones, deberán de ser reintegradas, cuando se desprenda que existe un consorte culpable, éste será condenado a devolver las donaciones hechas por el cónyuge inocente; y por lo que toca a éste último podrá quedarse con lo donado.

Ahora bien la mujer algunas veces se ostenta con el apellido del esposo, anteponiéndole "de", y que si bien es cierto que es una costumbre, cuando el matrimonio se da por terminada, la mujer dejará de ostentarse con el apellido de su marido, sustituyéndolo con el de soltera a este respecto, varios estudiosos del ordenamiento jurídico, han llegado a discusiones sobre si debe de continuar con el apellido del esposo, en virtud de suponer que si la mujer fuera el cónyuge inocente, y por tanto, desea seguir ostentándose con el apellido de su ex consorte, y por el contrario si se desprende que fue la mujer el consorte culpable, se le prohíbe ostentarse con el apellido de su esposo.

En nuestra legislación, no se previene dicha situación, en que si la esposa después de divorciarse, se debe o no seguir ostentando con el apellido de su ex consorte, sin embargo lo más natural es que al llegar la disolución conyugal, también la esposa no se siga ostentando con el apellido de su esposo, por que el lazo quedó roto, y si se exhibía con el apellido de su marido, al momento de la separación dejará de hacerlo y se presentará con su nombre y apellido personal. Porque si bien es cierto que la ley civil ni siquiera lo dispone, nuestra legislación penal sí lo hace, ya que observa que cuando oculte su nombre y apellido, se esta violando, aquella disposición en la que indica, que caerá en una sanción cuando declare ante autoridad judicial, sin indicar su verdadera personalidad.

Sin embargo en nuestro sistema y además en nuestra costumbre, cuando una pareja se separa generalmente, si hace alarde del apellido del esposo, al llegar el divorcio, deja de ostentarse con ese apellido, porque si bien formaron una familia, al llegar el divorcio lo que se pretende es romper esos lazos y por consiguiente no utilizar el apellido del ex esposo.

5.5. TIEMPO QUE NUESTRA LEGISLACION EXIGE PARA VOLVER A CONTRAER NUEVAS NUPCIAS.

En este sentido, el tiempo que deben dejar transcurrir las parejas, después de disuelto el matrimonio, de acuerdo a las disposiciones del Código Civil Vigente, dependerá del motivo por el que se separaron, es decir si se desprende que en juicio existió un consorte culpable y consecuentemente otro que sea inocente.

En los matrimonios por mutuo consentimiento deben dejar transcurrir un año desde que obtuvieron el divorcio, cuestión que ya se había expuesto en páginas anteriores.

En tanto que los matrimonios en que haya un culpable y otro inocente, deberán dejar transcurrir para el culpable dos años y para el inocente no corre tiempo, sin embargo tratándose de la mujer debe dejar transcurrir 300 días desde

la separación, para que no haya confusión en la paternidad, salvo que nazca un hijo durante el tiempo mencionado.

Si bien es cierto que nuestros legisladores, sancionaron de alguna manera al consorte que dio causa para la separación, también es cierto que llega a ser muy relativa, porque en la realidad social no se cumple, porque en muchas de las ocasiones aún cuando en el juicio se desprende y condena al consorte a no contraer nuevamente nupcias durante dos años, después de pronunciado la sentencia que declara la disolución del vínculo matrimonial, no se llega a cumplir, porque pese a las normas que son o deberían de ser respetadas, no lo hacen, lo más preocupante del no acatamiento de estas reglas es, que no obstante, las propias autoridades son las que participan, en esta violación a la propia ley. Ya que los jueces del registro civil son quienes lo consienten.

Es también frecuente que antes de que se cumpla este término, ya se encuentren viviendo en concubinato; lo importante, no es el hecho de que se unan en este tipo de relaciones, sino que propiamente no se encuentra como una sanción, para el consorte que hubiera dado motivo, a la separación.

Por consiguiente, si no se encuentra como una sanción y por otro lado no se respeta el tiempo que deben dejar transcurrir, no encuentro el por qué su existencia en el Código Civil Vigente para el Distrito Federal, en realidad cuando se encuentra una norma, en nuestra legislación se deben de hacer cumplir, y si se llega a la conclusión de que no ocurre, no tiene entonces porque existir.

Sobre todo porque el hecho de que se le sancione a un consorte, por dos años, en no volver a contraer nuevas nupcias, es una sanción que en varias de las ocasiones, no le interesa incluso al cónyuge.

Considero que el hecho de que se le condene, a las demás prestaciones que debe de cumplir, como es el caso de las donaciones sí resulta una verdadera sanción y no el hecho de que se tenga que esperar dos años, porque suponiendo que el hecho por el que se hubiera separado fuera

por adulterio, puede tranquilamente volver a unirse ahora en concubinato y dejar pasar los dos años que debe de esperar.

Por tal motivo no considero que en realidad los dos años constituyan una verdadera sanción.

Más aún cuando ni siquiera se respeta el tiempo que se supone debe de esperar, en realidad considero que se comete un fraude a la ley, por el hecho de que no se esperen ese tiempo, y hasta incluso con ayuda del propio juez del registro civil, que aun que se encuentre sabedor de la situación, lleva a cabo el matrimonio.

Surge aparentemente la confusión del por qué sí los puede casar, cuando aparece la situación civil, ya que en nuestra legislación no se encuentra es estado de divorciado sino el de ser soltero o casado, por lo tanto el hecho de encontrarse divorciado, bien se puede afirmar que es soltero.

5.6. EL FRAUDE COMETIDO A LA LEY EN EL CASO PARTICULAR DE LA CAUSAL XVIII DEL ARTICULO 267 DEL CODIGO CIVIL VIGENTE PARA EL DISTRITO FEDERAL.

Existen imprecisiones en la presente causal, en tanto a su disposición, que señala : "La separación de los cónyuges por más de dos años, independientemente del motivo que haya originado la separación, lo cual podrá ser invocada por cualquiera de ellos." Por qué, comparándola con las causales que dan motivo para el divorcio, cuando existe una separación, se encuentran mejor fundamentadas que la causal en comento.

Por lo que toca a sus antecedentes, no los hay ni en el Código de 1870 ni en el de 1884. o la Ley de Relaciones Familiares, ya que es una norma de reciente creación, del 12 de diciembre de 1983, publicada en el Diario Oficial del 27 del mismo mes y año, y entró en vigor el día 27 de marzo de 1984.

El antecedente más inmediato en nuestra legislación se encuentra en el Código de Zacatecas y de Sonora, que preceptúan : "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."

Cabe destacar que en la presente causal, pone de manifiesto el hecho que sea la separación por desavenencia lo que no ocurre en la causal XVIII del Código Civil Vigente para el Distrito Federal, porque incluso manifiesta, que es independiente el motivo que tengan para la separación, y lo único que preocupa a la ley es el tiempo que sea computado, que es de dos años, en tanto que los Códigos de Zacatecas y de Sonora, no les basta que la separación se haga con la decisión de uno de los consortes.

Como se debatió la presente causal, se manifiesta a favor, en virtud, de que apegándose o refiriéndose al menos a la realidad social las parejas se separan sin tener un verdadero motivo para su divorcio, ya no quieren continuar con esa unión y por lo tanto no tiene, por qué existir el compromiso. Otras de las razones que se dieron fueron porque, las parejas que son de muy poca cultura, se separan y posteriormente forman otra unión y después del paso de los años creen que los lazos que los unían a la anterior pareja, automáticamente se han roto, sin necesidad de promover absolutamente nada, cuestión que si bien es cierto que se dé, no considero que esta causal sea la verdadera solución para este problema que se llega a presentar.

Consideraron también que al romperse los lazos afectivos, serían más dañinos para los hijos en cuanto no se les suministre los alimentos, y además de que la situación que viven sus padres puede ser lesivo, para los menores, y desde luego que lastima a los consortes, en virtud de no poder regularizar su situación jurídica.

Desde luego surgieron las controversias cuando, apareció la causal, respondiendo que se ampliaba la posibilidad de los divorcios, al dejar obscura la separación y no mencionar una base que se encontrara lo suficientemente clara para invocar el divorcio.

Lo cierto es que en la causal XVIII, no se menciona otra causa para pedir el divorcio, como no sea que se cumpla el tiempo establecido por la ley, y no otro fundamento que sirva de sustento para invocarlo.

No ocurre lo mismo con las otras causales, que aún cuando son similares por tratarse de separación, no lo son en cuanto a su base, en la fracción octava y en la novena del citado artículo 267 del Código Civil Vigente para el Distrito Federal, proponen que el divorcio se puede invocar cuando exista la separación, sin embargo no únicamente la separación por si sola, porque también mencionan otro fundamento más para que se pueda configurar, como es el primer caso "sin causa justificada" y en la segunda "por una causa que sea bastante para pedir el divorcio".

En tanto que en la causal XVIII, es independiente del motivo que originó la separación, lo cual únicamente interesa que se compruebe el tiempo, y no así los verdaderos motivos por los que se separó.

No obstante le concede la legitimidad al consorte que hubiera propiciado la acción legal, ya que no se considera que haya un cónyuge inocente y por consiguiente otro que resulte culpable.

Surge la problemática de aquel consorte que se tiene que separar de su familia por razones de trabajo o bien pueden ser causa que son más justificadas y parece que a la ley no le interesan dichas razones que tomaron las parejas, porque puede surgir que aprovechándose uno de los consortes demande el divorcio, y únicamente se preocupe por demostrar el tiempo que su cónyuge se separó, es decir no le interesa que sean causas justificadas o no para pedir el divorcio.

Otra de las cuestiones que resulta relevante es, que en las fracciones mencionadas la octava y la novena, se hace referencia al hogar conyugal o a la casa conyugal lo que no ocurre en la causal XVIII, por lo que se encuentra otra imprecisión más, en la que no se especifica, de donde se deben de separar. Lo cierto es que cuando existe una separación prolongada, ya no se cumplen los fines del matrimonio, sin embargo surge de nueva cuenta la interrogante: cuándo se separó uno de ellos y si de antemano se encontraban de acuerdo, y el otro consorte obre de mala fe para invocar el divorcio.

Precisamente surge otra interrogante, ¿por qué razón se le legitima a aquel consorte que hubiera dado motivo para la

separación?, suelen surgir varios casos, en los que efectivamente hubo un consorte que actúo de mala fe como quien lo hizo de buena fe, sin embargo, el problema que surge con esta causal es que no existe otra base que sirva de sustento para la presencia de la causal en el Código Civil en comento.

Porque de acuerdo con la disposición de a causal dieciocho, surge de nueva cuenta aquella figura que se encontraba regulada en el imperio romano, que era el repudio ya se concede a cualquiera de los esposos ejercitar el divorcio, independientemente del motivo que hubiera originado la separación, con un gravísimo problema que es, el de la desintegración familiar, que si bien es cierto que al momento de la separación se dejaron de prestar ciertos deberes a los que se hace acreedor al casarse, de todas maneras no surge una base real que sirva de sustento para esta causal.

Sobre todo si recordamos que el matrimonio es un contrato, porque así lo dispone nuestra legislación, que bien puede resultar sui generis, pero que se encuentra clasificado como tal, rompe con tal principio general de los contrato, de que solo una de las partes pueda darle validez y cumplimiento a los contratos, y con esta norma es lo que se provoca en virtud de que independientemente del motivo que hubiera originado la separación, se le legitima a cualquiera de los interesados en invocar el divorcio. Por lo que en este aspecto se llega a contradecir la propia ley, cuestión que no previnieron nuestros legisladores.

Por tal razón considero que efectivamente hay un cónyuge que sea culpable para la separación, ya que si no lo hubiera, bien se podrían divorciar por medio de las anteriores formas de disolución conyugal, es decir por medio del divorcio voluntario en cualquiera de sus modalidades, sin embargo no es el caso, porque además en las causales enumeradas se encuentran una razón y un fundamento de su existencia en el Código Civil Vigente para el Distrito Federal, lo que no ocurre en la presente causal en comento, por tal motivo debe de existir un consorte que se encuentra actuando de mala fe. Se pretendió con la causal citada que se regularizaran las situaciones de los consortes, sin embargo en mi opinión lo que vino a provocar fue que se

encontrara una salida más fácil para desprenderse de las obligaciones inherentes al matrimonio, al dejar un campo muy grande, considerando que es independiente del motivo que originó la separación.

Sin embargo en la presente causal no se da ese sustento que debería de fortalecerla, los legisladores quisieron acercarse lo más posible a la realidad social, sin embargo la realidad social es que las personas que conozcan el mecanismo de esta causal, contraigan nupcias, no cumplan con las obligaciones a las que se hicieron acreedores, se desaparezcan por dos años tranquilamente regresen para promover el divorcio, sin que la otra parte pueda siquiera protestar por no habersele tomado en cuenta. Porque en una separación existe siempre una causa, y si a la ley no le interesa se deja tan amplio el campo que se regresa al repudio.

Ahora bien, con la causal XVIII, no se encuentra protegiendo desde ningún ángulo lo que es la institución del matrimonio, y que es de interés general, ya que con la facilidad que proporciona, se provoca una seria dificultad para aquellas parejas, en las que uno de los consortes resulte perjudicado. Porque pueden surgir varias situaciones en las que puede dar como consecuencia algún perjuicio, y que de acuerdo a la ley por no existir identificación de cónyuge inocente y culpable, no se puede condenar a la restitución.

Es decir en el caso del divorcio necesario, cuando se desprende que un cónyuge inocente y otro culpable, se le puede condenar a éste último el pago de daños y perjuicios si es que se ocasionaran, sin embargo dentro de los alcances de la causal ya citada no se puede dar ese caso, porque simplemente no considera que haya consorte inocente y culpable, lo cual deja otra imprecisión más sin resolver, lo mismo ocurre en cuanto a las donaciones hechas, por los esposos y surgen varias interrogantes, y es por esta razón que no se le puede considerar de ninguna manera que no se encuentre un consorte culpable y otro inocente.

Por cuanto corresponde a los menores hijos habidos en el matrimonio, también se quedan en un completo desamparo, considerando que si uno de sus progenitores los abandono y

posteriormente invoca el divorcio, los alimentos que se supone le deben de ministrar a los menores hijos no se les entrega los obligados a prestarlos, incurren en una falta que es por demás grave y sin embargo no se le considera culpable. Además se que en vista de los progenitores van a perder la patria potestad.

Respecto de lo anteriormente expuesto, se presenta la causal como un divorcio voluntario, que no reuniendo las características necesarias, de cualquier divorcio por mutuo consentimiento sí sustituye la verdadera causa por lo que se separaron, y que de alguna manera se esté frente a un fraude, en virtud de que cuando uno de los consortes opta por esta causal para pedir la separación, también se esta rehuendo de alguna manera a hacer un divorcio voluntario en el cual las partes efectúen un convenio, para proteger el derecho de los menores si es que los hay, que debe de ir aprobado por el Ministerio Público, cuidando que no se lesionen sus derechos.

Porque únicamente con la presentación de la demanda de divorcio, se plantea el divorcio, apoyándose en ésta causal, y desde luego por propia disposición reservándose el real fundamento para pedir el divorcio.

Por lo que toca a los efectos de la causal citada, la Suprema Corte de Justicia, emitió algunas jurisprudencias, intentando salvar las lagunas, como las que sigue:

"Considerando el Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito , que la causal de divorcio que se 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 la realidad ha quedado destruido irreversiblemente, habiéndose 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 es esa situación, de modo que para que proceda el divorcio con apoyo a esta causal deben reunirse los siguientes elementos: a) que la separación se dé con el ánimo o propósito de extinguir o dar por concluido el vínculo matrimonial y dejar de con los fines del matrimonio y con las obligaciones que de éste se deriva, como puede ser la ayuda mutua entre los cónyuge, el acuerdo para la educación y formación de los hijos, la perpetuación, etc., 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 a actos encaminados a la reanudación de la vida en común y al cumplimiento de los fines del matrimonio".⁶⁸

Aparentemente se dan algunas otras causas más que, la simple separación, sin embargo, qué sucederá si uno de los consortes, se llega a separar, deja de cumplir con las obligaciones que son inherentes al matrimonio, y posteriormente se une en adulterio con otra persona, deja pasar dos años, no cumple con las obligaciones y como si nada, puede demandar el divorcio, en este supuesto, en realidad no habrá un cónyuge que si sea culpable, y suponiendo todavía más que ese otro esposo, no deseara divorciarse, quizá por la estabilidad que desea darle a sus hijos, en cuento se encuentren dentro de un matrimonio. Quizá sea menos probable lo mencionado, sin embargo por lo que toca a la realidad en la relación humana, no se puede resolver con una causal que resulta oscura, que puede dañar incluso a esa institución.

Si existiera en el fondo de la causal en comento otra circunstancia que verdaderamente constituyera un real obstáculo para continuar con el matrimonio, sería lo mejor para que no se entrara en especulaciones, de varios casos concretos, como bien puede ser el de la incompatibilidad de caracteres debidamente demostrada.

Y ya después de resueltos para el divorcio, si se entablara un convenio, que proteja el interés de los menores, porque es una cuestión que viene a ser independiente del motivo que haya originado el conflicto, considero que en todo caso en esta causal sí se le debe dar entrada al Ministerio Público, en virtud de que por ser unilateral el divorcio, cuando menos dejen asegurados a sus hijos.

Por otro lado los alimentos que se deben de prestar, cuando uno de los cónyuges no pueden cubrirlos por alguna causa ajena a éste, la ley no dispone que se le entreguen, porque no es un divorcio voluntario en cualquiera de sus

⁶⁸ Manuel F. Chávez Asencio, *Op. Cit.* Pág. 529.

modalidades, si no que es uno necesario, y por tanto no corresponde ninguna obligación, lo que me parece injusto, porque si bien es cierto que en verdad no es un divorcio voluntario, para que se pueda establecer el pago de alimentos, y como no existe aparentemente cónyuge que sea culpable y por consecuencia otro que sea inocente, no se deben de pagar los alimentos; por lo que incluso existe una jurisprudencia al respecto, señala :

"La causal prevista en la fracción XVIII del artículo 267 del Código Civil Vigente para el Distrito Federal, no establece culpa de ninguno de los consortes cuando el divorcio versa sobre ella. Sobre estas bases no cobra aplicación obligatoria alguna de proporcionar alimentos, ya que el artículo 302 del citado ordenamiento se refiere a la obligación cuando existe el matrimonio y no cuando éste ha quedado disuelto por una sentencia que establezca el divorcio, pues en virtud de un fallo definitivo de esta naturaleza, los contendientes dejan de ser cónyuges y no quedan comprendidos dentro del primer supuesto del mencionado precepto. Tampoco se está dentro de la subsistencia de la obligación, porque no establece la ley que así ocurra en los casos de divorcio basadas en la indicada causal, ya que ni hay culpable, ni se trate de un divorcio por mutuo consentimiento que dé pauta a tal prestación. En tales consideraciones, en esta causal no hay obligación de proporcionar alimentos."⁶⁹

Lo anterior pone de manifiesto que no se le dará alimentos al consorte que así y de alguna manera los necesite, y resulta por demás injusto, suponiendo que el cónyuge que fue abandonado, y con una situación económica difícil se le prive de poder cuando menos el tiempo que se ausentó poder recibir alimentos.

Efectivamente, de lo anterior se desprende que los legisladores con su afán de acercarse a la realidad social y emitir esta causal, para regularizar la situación jurídica de algunas parejas, lo lograron, pero con varias injusticias, que van en contra de proteger a la institución, como a sus integrantes los consortes, los bienes de éstos y el bienestar de los hijos.

Considero que de alguna manera se regresa al repudio, en él cualquiera de los consortes, se separa con causa justa o injusta, y al cabo de dos años, regresa tranquilamente a demandar el divorcio. Además de la propia contradicción que se tiene con la ley en cuanto no considera que la validez y

⁶⁹ Citada por Manuel F. Chávez Ascencio, *Op. Cit.*, Pág. 531.

cumplimiento de un contrato no se puede dejar por parte de una sola de las partes.

Por todas estas razones, regresamos al derecho hebreo, con la diferencia, que es cualquiera de los consortes que puede demandar el divorcio, y no el hombre, en el que se le consideraba el único poseedor de este derecho.

Desde luego no considero que la unión debe de seguir, cuando efectivamente los lazos de unión y cordialidad se han roto, sin embargo, tampoco se puede dejar una causal tan amplia para que cualquiera que proceda de mala fe, se legitime. Definitivamente debe de encontrarse mejor fundamentada esta causal, porque de lo contrario si existe un cónyuge que sea culpable y otro inocente, no necesariamente el que se separó es el culpable, sino es aquel que dio motivo para que su consorte decidiera separarse, con esto no se quiere decir que se encuentren sistemas tan rígidos como lo es el de Italia, que no permite el divorcio, pero, que no se defraude a la ley, y más aún cuando ésta misma así lo dispone, dejando inconclusa la presente causal.

Por motivo considero, que cuando se llega a dar la separación, bajo estas circunstancias mencionadas, no se puede dejar a un lado la responsabilidad de quien originó la separación, y menos aún que se le concede la legitimación para invocar el divorcio.

Por lo que de lo expuesto en el presente trabajo, desprendo que los legisladores deben de reformar la causal XVIII, para que su contenido no sea obscuro, por todas las garantías y derechos, que no protege como se debiera.

CONCLUSIONES

Primero, es de señalarse que con el contenido de la presente causal XVIII del artículo 267 del Código Civil Vigente para el Distrito Federal, se da pié a una causal, que genera vicios en su aplicación, dejando amplio espacio, por el que se puede invocar el divorcio, considerando que es independiente del motivo que haya originado la separación.

Segundo, en la causal en comento, no se puede pedir el resarcimiento de daños y perjuicios, que con motivo de la separación se generen, en virtud de no existir aparentemente un cónyuge que sea culpable y consecuentemente otro que sea inocente, por lo que la disposición del artículo 286 del ordenamiento civil no se puede aplicar.

Tercero, por lo que toca a los menores hijos, quedan en desamparo, en virtud de no tomarse en cuenta el derecho que tienen a los alimentos, y cuando uno de sus progenitores, se ha separado, y por consiguiente también ha dejado de cumplir con sus obligaciones, no se le priva de la patria potestad. Considerando que para la presente causal no existe consorte culpable ni tampoco inocente, esto es una imprecisión, que no se encuentra debidamente regulada por la ley, ya que no protege esos derechos.

Cuarta, el Estado, quien preocupado, con la unión y debida integración familiar, con esta causal deja de promoverla, porque únicamente pide que se compruebe el tiempo, que es de dos años, ocultando de esta manera la verdadera causa por la que se separan, y dispone que es independiente del motivo, que la origina, imprecisión que por consiguiente desprotege el consorte débil y sobre todo a los menores hijos. En consecuencia no fundamenta debidamente la causal en comento, lo que no ocurre con las demás causales, que se encuentran debidamente motivadas para pedir el divorcio, como autónomas.

Quinta, con la aparición de la presente causal, surge también de nueva cuenta, la figura del repudio, en la que se faculta a cualquiera de los consortes a invocar el divorcio, comprobando únicamente el tiempo, sin que medie causa justa o injusta, pactada o no pactada.

Sexta, de acuerdo a la propia ley, existe una contradicción, en virtud, de considerar al matrimonio, como un contrato, precisamente basándose en esta denominación, y recurriendo a los principios generales de los contratos, la validez y el cumplimiento de los mismos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes, contradiciendo a la ley, al preceptuar, que la causal en comento, puede ser invocada por cualquiera de los consortes, dejando la acción unilateral, sin llegar a un convenio, y es indispensable cuando menos que se considere la opinión del otro cónyuge.

Séptima, se precisa, que con la presente causal, en la disposición civil, se regularicen las situaciones inciertas, por parte de las parejas; sin embargo no considero que sea la forma ideal con la que se pueda quedar regularizada, porque se pueden aprovechar, de que en principio ni siquiera importe el motivo para la separación, y después cualquiera de ellos pueda invocarla, por lo que resulta cómodo para aquellos consortes, que no desean continuar con sus obligaciones, que contrajeron al celebrar matrimonio, ya que únicamente se pueden desaparecer por dos años y posteriormente, y en forma tranquila demandar el divorcio. De ello se desprende que si existe un consorte que sea el culpable y que aprovechándose de la imprecisión de la presente causal lo invoque, cabe destacar, que como bien apunta el maestro Ignacio Galindo Garfias, no se debe de hacer valer en su favor sus propias culpas.

Octava, en las causales que enuncia el artículo 267 del Código Civil Vigente para el Distrito Federal, para invocar el divorcio, se encuentran, debidamente fundamentados los motivos por los que se puede solicitar la disolución del vínculo matrimonial, y en cada una de ellas se encuentran una legitimación para hacer la petición del divorcio, en virtud de que se puede solicitarlo primero aquel consorte

que no hubiera dado motivo a la separación, salvo en los casos que constituyen, un remedio, como es el caso de las enfermedades. Sin embargo a esta causal XVIII, se le concede la legitimación al consorte que hubiera dado motivo para la separación, y no obstante no es sancionado, por las demás obligaciones que dejó de cumplir con motivo de la separación. Por lo que considero que habiendo un consorte que dio motivo para la separación no debe de ser legitimado para que ejerza la acción correspondiente.

Novena, considero que esta causal, bien se puede modificar, al señalar que como un requisito indispensable se configure la "desavenencia entre los consortes que haga imposible la unión".

Décima, en la presente causal, se debería además, de corregir la causa por la que puede invocar el divorcio, cuando menos, si bajo estos términos se encuentra, considerando el convenio del artículo 273 del ordenamiento civil, par que no se lesionen los derechos de los menores hijos, desde luego porque es el caso de un divorcio necesario y no voluntario, las partes se encuentran en un estado emocional afectado, derivado del conflicto, y si bien es cierto que lo importante es resolver el problema suscitado, no es menos la situación en la que quedarán los menores hijo, y más aun cuando después de dos años no se les han proporcionado los alimentos, con motivo de la separación por uno de sus progenitores.

Décima primera, por otra parte en este tipo de divorcios, se debe de tomar en cuenta la presencia del Ministerio Público, es decir como divorcio necesario, en cualquiera que sea la causal que se invoque y por lo que toca a la causal en comento con mayor razón en virtud de que la misma ley no dispone nada al respecto.

Décima segunda, tomando en cuenta que en el divorcio necesario la causal XVIII, no dispone sobre la guarda y custodia de los hijos habidos en matrimonio, y llegado el

caso no se ponen de acuerdo los esposos, el juez deberá de nombrar un tutor, y de esta forma resolver el conflicto.

Décima tercera, en cuanto a la sanción que dispone la ley, para aquel consorte que hubiera resultado culpable en un juicio de divorcio necesario, se debe de esperar dos años, para volver a contraer nuevamente nupcias; no considero que efectivamente sea una sanción, por que en algunas ocasiones, no esperan, ese tiempo y por otro lado pueden llegar a formar una unión adulterina, y en base a la causal XVIII, regresar al paso de dos años y posteriormente hacer válida esa unión. Y por otro lado tratándose de cualquiera de las otras causales, puede ser y darse el caso que tampoco se esperen ese tiempo y resulta que en varias de las ocasiones se viola tal precepto, por tanto el efecto de sanción no lo tiene, por lo que se encuentra de más; cuando su aplicación no es en realidad un castigo, por haber dado causa a la separación.

Décima cuarta, la ley faculta a todo aquel que propicie una desavenencia conyugal, para solicitar el divorcio, y por tanto no es tan importante, en virtud de mostrar tantas salidas fáciles para el matrimonio, que se supone se debe de proteger por ser reflejo de una sociedad, y consecuentemente de un Estado.

Décima quinta, si efectivamente, la presente causal no tuviera un cónyuge culpable y otro inocente, entonces se debería de ventilar en un juicio de divorcio voluntario en cualquiera de sus dos modalidades según dependa de la circunstancia que se de, ya que el espíritu de las normas es regular la situación jurídica de las parejas, sin embargo este no es el caso y suponiendo que fuera porque uno de los contrayentes no quisiera dar el divorcio, considero que bien puede encontrarse plasmada en cualquiera de las otras causales.

Décima sexta, en función de la conclusión anterior, se debe de imponer cierta sanción al consorte que dé causa

suficiente para la separación, no porque necesariamente lo hay, sino porque no se llega a un divorcio voluntario.

Décima séptima, es una causal que por su disposición lesiona los derechos del consorte débil y de los hijos, al no poder fijarse una pensión para el consorte, débil y de los hijos al no poder fijarse una pensión para el consorte, que dejó de recibir los alimentos por dos años, y consecuentemente aunque se encuentre en una situación económica difícil, el otro consorte no tiene por que darle alimentos.

Décima octava, considero que durante el presente trabajo, analizando la causal XVIII, encontré que carece de un verdadero fundamento para poderla invocar, además de que se conceden privilegios al consorte que dio causa a la separación es una causal que a parte de que concede varias prerrogativas, deja desamparados los intereses de los integrantes de una familia. Por que sí existe una ilegitimación al cónyuge que es culpable para ejercitar la acción contenida en la fracción XVIII, del artículo 267 del Código Civil Vigente para el Distrito Federal.

Que desde luego no es que me encuentre en la posición, de los legisladores italianos que no consienten el divorcio, pero sí que sea con apego a derecho, y no que se dejen en desamparo a los demás integrantes de la familia, considero por tal motivo que de acuerdo con la presente causal sí se violan esos derechos, por lo que tampoco se puede olvidar o dejar a un lado la verdadera causa por la que surge un divorcio.

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

BAQUEIRO ROJAS, Edgard, BUENROSTRO BAEZ, Rosalía., Derecho de Familia y Sucesiones., Edit. Harla., México, D.F., 1990.

BECERRA BAUTISTA, José., El Proceso Civil en México., Edit. Porrúa., México, D.F., 1990.

BERNARDEZ CANTON, Alberto., Derecho Canónico., Edit. Eunsa, de la Universidad de Navarra., Pamplona, España., 1975..

BRAVO GONZALEZ, Agustín., BIOLOSTOSKY, Sara., Compendio de Derecho Romano., Edit. Pax México., Librería Carlos Cesarma S.A. 1978.

CABRERA MIGUELES, Alonso., Código de Derecho Canónico., Biblioteca de autores Cristianos., 1993.

CHAVEZ ASENCIO, Manuel F., La Familia en el Derecho, Relaciones Jurídicas Conyugales., Edit. Porrúa., México, D.F., 1990.

_____Convenios Conyugales y Familiares., Edit. Porrúa., México, D.F., 1993.

DE COULANGES, Fustel., La Ciudad Antigua., Edit. Porrúa., México, D.F., 1989.

DE IBARROLA, Antonio., Derecho de Familia., Edit. Porrúa., México, D.F., 1980.

DE PINA, Rafael., Elementos de Derecho Civil Mexicano.
Introducción Personas y Familia., Edit. Porrúa.,
México, D.F., 1985.

DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA.,
Pequeño Larousse., España., 1991.

DICCIONARIO JURIDICO MEXICANO., Instituto de Investigaciones
Jurídicas., Edit. Porrúa., México, D.F., 1987.

TOMAS BIOSCA, Ezequiel., Nociones de Derecho Positivo
Mexicano., Edit. Patria S.A., 2a. Edición., México,
D.F. 1981.

SCHULZ BOSCH, Fritz., Derecho Romano Clásico. Edit. Urgel.,
Barcelona, España., 1983.

GALINDO GARFIAS, Ignacio., Derecho Civil., Edit. Porrúa.,
México, D.F., 1989.

GEORGES, Ripert., según el tratado de BOILANGES, Jean.,
Tratado de Derecho Civil., Buenos Aires, Argentina.,
1986.

GUITRON FUENTEVILLA, Julian., Derecho Familiar., Edit.
Porrúa., México, D.F., 1988.

LEON PORTILLA, Miguel., y Cía., Historia de México., Edit.
Salvat Mexicana de Ediciones., México, D.F., 1986.

MARGADANT, Guillermo Floris., Panorama de la Historia
Universal del Derecho., Edit. Porrúa., México, D.F.,
1983.

- MURO OREJON, Antonio., Lecciones de Historia del Derecho hispano-Indiano., Edit. Miguel Angel Porrúa., México, D.F., 1989.
- OTS Y CAPDEQUI. José Ma. Historia del Derecho Español en América y del Derecho Indiano., Edit. Aguilar., Madrid, España., 1969.
- PALLARES, Eduardo., El Divorcio en México., Edit. Porrúa., México, D.F. 1991.
- PEREZ DUARTE Y N., Alicia Elena., Derecho de Familia., Edit. U.N.A.M., Instituto de Investigaciones Jurídicas., México, D.F., 1990.
- PETIT, Eugene., Tratado Elemental de Derecho Romano., traducción de José Fernández González., Edit. Epoca., México, D.F., 1977.
- PLANIOL, Marcel., Tratado Elemental de Derecho Civil Francés., Colaboración de Georges Ripert., Vol. IV., Edit. Cajica., 1980.
- RAMIREZ VALENZUELA, Alejandro., Elementos de Derecho Civil., Edit. Limusa., México, D.F., 1987.
- RAMOS J., Arias., Derecho Romano., Edit. Revista de Derecho Privado., Madrid, España., 1969.
- RIVA PALACIO, Vicente y Cía., México a través de los Siglos., Edit. Cumbre., México, D.F., 1987.

ROJINA VILLEGAS, Rafael., Compendio de Derecho Civil., Edit.
Porrúa., México, D.F., 1981.

SAGRADA BIBLIA., Antiguo y Nuevo Testamento.

SAINZ GOMEZ, José Ma., Derecho Romano I., Edit. Noriega.,
México, D.F., 1988.

SANCHEZ MEDAL, Ramón., Los Grandes Cambios en el Derecho de
Familia., Edit. Porrúa., México, D.F., 1991.

_____Un Nuevo Matrimonio Civil y el Pacto de
Indisolubilidad., Edit. Porrúa., México, D.F., 1989.

_____De los Contratos Civiles., Edit. Porrúa., 10a.
Edición., México, D.F., 1989.

L E G I S L A C I O N E S

Código Civil Vigente para el Distrito Federal., Edit.
Porrúa., México, D.F., 1989.

Código Vigente de Procedimientos Civiles para el Distrito
Federal., Edit. Porrúa., México, D.F., 1989.

Código Penal Vigente para el Distrito Federal., Edit.
Porrúa., México, D.F., 1991.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.,
Edit. Porrúa., México., D.F., 1993.