



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

A MI ESPOSA MA. DEL CARMEN
HERNANDEZ CON MUCHO AMOR POR
HABERME MOTIVADO A TERMINAR MI
TESIS Y QUE SIEMPRE ESTUVO CONMIGO
EN LOS MOMENTOS MAS DIFICILES.

A MI PADRE HERMENEGILDO ESTRADA
PRECIADO; CON AGRADECIMIENTO POR
HABERME DADO SIEMPRE SU APOYO MORAL
Y ECONOMICO, HE AQUI EL RESULTADO DE
TU GRAN ESFUERZO, GRACIAS.

A MIS HERMANAS ANA MARIA, AMELIA,
MA. DE JESUS Y GUADALUPE; CON GRAN
CARIÑO POR HABERME GUIADO POR EL
CAMINO DEL BIEN Y POR SU
COMPRESION QUE SIEMPRE ME
BRINDARON.

A MIS CUÑADOS JUAN OROPEZA, JOSE NIETO
Y ANDRES CERON, CON CARIÑO POR QUE ME
ESTIMULARON MUCHO PARA TERMINAR MI
CARRERA PROFESIONAL.

A MI HERMANO RICARDO CON AFECTO.

A MIS SOBRINOS NELLY, ERIKA, JUAN
MANUEL, CARLOS, MARCOS, MARIO,
ADRIANA, NORMA, JOSE RODRIGO,
ANDRES EDUARDO, RICARDO Y PATY; A
CADA UNO CON MUCHO CARINO.

A MIS MAESTROS, POR EL GRAN ESFUERZO Y
DEDICACION QUE TUVIERON AL HABERME
ENSEÑADO SUS CONOCIMIENTOS
PROFESIONALES.

A MIS REVISORES DE ESTA TESIS, LIC.
JESUS MORA LARDIZABAL Y EL LIC.
GUILLERMO CORTES Y GARNICA, POR LAS
DIVERSAS CORRECCIONES HECHAS A ESTE
TRABAJO, EL CUAL TRAJO COMO
RESULTADO UNA MEJOR REDACCION Y
PRESENTACION.

A LA UNIVERSIDAD DEL VALLE DE MEXICO,
PLANTEL SAN RAFAEL, QUIEN FUE LA QUE
ME BRINDO UNA EDUCACION PROFESIONAL Y
QUE ESTA SIGNIFICO PARA MI UNA GRAN
RIQUEZA EN CONOCIMIENTOS.

I N D I C E

INTRODUCCION

CAPITULO I

ANTECEDENTES DEL DIVORCIO

1.1 EN EL DERECHO ROMANO.	1
1.2 EN EL DERECHO FRANCES.	11
1.3 EN EL DERECHO MUSULMAN.	14
1.4 EN EL DERECHO MEXICANO.	17
A) EPOCA PRECORTESIANA.	17
B) EPOCA COLONIAL.	22
C) MEXICO INDEPENDIENTE.	24

CAPITULO II

EL DIVORCIO EN NUESTRA LEGISLACION ACTUAL

2.1 CONCEPTO DE DIVORCIO.	31
2.2 SU NATURALEZA JURIDICA.	34
2.3 CLASES DE DIVORCIO.	40
2.4 BREVE ANALISIS DE SUS CAUSAS LEGALES.	47
2.5 SUS EFECTOS LEGALES	70

CAPITULO III

TRASCENDENCIA E IMPORTANCIA DEL DIVORCIO DESDE DIVERSOS PUNTOS DE VISTA

3.1 EL PROBLEMA POLITICO.	78 -
3.2 EL PROBLEMA ETICO	80

3.3 EL PROBLEMA SOCIOLOGICO	82
3.4 EL PROBLEMA RELIGIOSO REFERIDO AL DIVORCIO	84

CAPITULO IV

EL DIVORCIO VOLUNTARIO JUDICIAL

4.1 CONCEPTO Y PARTES EN EL JUICIO	86
4.2 DOCUMENTOS QUE SE ACOMPAÑAN EN EL JUICIO	95
4.3 ESTIPULACIONES DEL CONVENIO	102
4.4 EFECTOS DE LA RECONCILIACION DE LOS CONYUGES	136
4.5 EL CONTENIDO DE LA SENTENCIA	138

CAPITULO V

SU JUSTIFICACION

5.1 EL ASPECTO HUMANO	147
5.2 EL ASPECTO LEGAL	151
5.3 EL PROCEDIMIENTO JURIDICO	154

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFIA

INTRODUCCION

El presente trabajo de Investigación es sinceramente un gran esfuerzo que con orgullo para mí persona me es grato ponerlo en sus manos, el cual lo realizo con la esperanza de que sirva como consulta al lector, estudioso de estas cuestiones y al Jurista.

El derecho tiene como objetivo principal el regular la conducta externa del hombre, presenta ciertas divisiones específicas; dentro de esta encontramos al derecho de familia, el cual se encarga de estudiar entre otros al divorcio voluntario Judicial.

Es bien cierto que existen algunas ideas en la doctrina, en la cual critican su estructura Jurídica, se argumenta que a través de éste facilita la disolución del vínculo matrimonial, tarea que me propuse en este trabajo de tesis en hacer un profundo análisis jurídico y determinar en cierta forma su justificación legal.

Su análisis jurídico se desarrolla en la forma más clara posible, para fácil entendimiento, me apoyo en opiniones de Juristas, doctrina, Jurisprudencia y en fin, cualquier otra fuente que enriquezca el presente trabajo.

Tomando como base que La Familia es una Institución Fundamental dentro de la sociedad, así señala la Constitución como Ley Suprema, al decir que la ley protegerá la organización y el desarrollo de la familia. (artículo 4 de la constitución para los Estados Unidos Mexicanos). En este mismo sentido el artículo 940 del Código

de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal expresa que todos los problemas inherentes a la familia se consideran de orden público por constituir aquella la base de integración de la sociedad.

Legalmente la familia no está regulada únicamente dentro de la jurisdicción de nuestra nación, sino también lo está a nivel internacional, a través de la Organización de las Naciones Unidas, la cual tiene como fin primordial el bienestar sano de la familia de todos los países. Pueden intervenir cuando no se cumpla con dicho objetivo a título de ejemplo cuando existe hambre, guerra entre otros.

El legislador tiene entonces una gran labor en elaborar leyes justas que tengan como fin proteger a la familia para un desarrollo sano de la sociedad. Como quedó establecido al principio de esta redacción, el derecho de familia contempla al divorcio voluntario judicial, por ello el Estado debe tener el mismo objetivo en relación a este.

La evolución jurídica del divorcio se hace notar a través de la historia, siempre partiendo del derecho Romano, pues es la piedra angular. Cada país tiene ya una historia en esta materia. El derecho Mexicano no es la excepción ya que siempre estuvo prohibida la disolución del vínculo matrimonial para contraer nuevas nupcias, solo se admitía la separación de cuerpos y no fue hasta abril de 1917 a través de la Ley de Relaciones Familiares en donde se autoriza la disolución del vínculo matrimonial y se habla de que se podría celebrar un nuevo matrimonio.

El divorcio presenta una naturaleza jurídica, la cual a mi consideración debe ser bien analizada ya que de ello hago un breve estudio del matrimonio, ya que sin este no puede existir divorcio.

Aunque el Código Civil no menciona las posibles clases de divorcio, estas se derivan en la medida en que se analiza al mismo. Cada una de estas clases se estudian en forma generalizada, no así el divorcio voluntario judicial.

Mi primer objetivo es analizar el divorcio no desde el punto de vista legal sino el humano. El capítulo tres se dio con el fin de analizar la trascendencia social y la importancia en la sociedad. El Estado tiene pues una tarea que es la estabilidad del matrimonio, disminuyendo divorcios y más aun actuar a través de sus autoridades competentes en fijar leyes más justas y equitativas.

Siempre que se habla del divorcio es necesario hablar de los valores éticos y morales de los cónyuges y la ciencia que nos ayuda a resolver infinidad de preguntas al porque se divorcian es la psicología. Este es mi mensaje en este capítulo III.

Mi segundo objetivo es analizar jurídicamente el divorcio voluntario judicial, para ello parto diciendo que éste no facilita la disolución del matrimonio en virtud de ser un verdadero juicio, ya que está regulado por el Código de Procedimientos Civiles y no es una jurisdicción voluntaria. Lo que el Juez y el Ministerio Público van a juzgar no es la voluntad de los cónyuges en divorciarse, sino más bien van a juzgar el convenio que exige el artículo 273 del Código Civil.

Mi tercer objetivo es analizar el convenio, no solamente estudiando cada una de las fracciones que enumera el artículo 273, sino analizar las características del convenio, ejemplo; el convenio puede ser modificado cuando cambien las necesidades de los cónyuges e hijos; artículo 941 del Código de Procedimientos civiles y artículo 422, 423 y 444 fracción III y artículo 284 del Código Civil; otro ejemplo una

vez aprobado el convenio por el Juez no puede dejarse de cumplir con cada una de las obligaciones y derechos en el establecido ya que de serlo así podrá hacerse valer su cumplimiento por la vía judicial.

El cuarto objetivo es justificar al divorcio voluntario judicial no con esto quiero decir que justifico la irresponsabilidad de los esposos ni tampoco lo hago para que todos se divorcien por esta vía, ya que sería ilógico suponer que todos los que celebran matrimonio solo lo hacen con el objeto de permanecer un determinado tiempo para después divorciarse por esta vía.

Por último, considero que se puede ir más allá de lo que establece el artículo 273 del Código Civil, en virtud de que siendo el divorcio materia civil, se permite hacer la interpretación de este artículo, por ello se podrían convenir cláusulas que vayan de acuerdo con los principios generales del derecho de familia, la equidad, la analogía y la costumbre.

CAPITULO PRIMERO.

ANTECEDENTES HISTORICOS DEL DIVORCIO.

1.1 EN EL DERECHO ROMANO.

Es indudable que el Derecho Romano histórico fue de gran utilidad, no sólo para nuestro derecho Mexicano, sino que también sirvió de fondo para las principales legislaciones europeas.

Como modelo que para las codificaciones que conocemos, que no incluyen únicamente leyes, sino también la aplicación que hicieron los grandes Jurisconsultos por su lógica notable y una gran delicadeza de análisis y deducción. Por ello es necesario su estudio, para así obtener un excelente instrumento para la formación del sentido jurídico. La evolución de los principios y la historia de los conceptos que ordinariamente maneja, tienen su punto de partida en el Derecho Romano.

Es así que sólo basta para darnos cuenta de lo anterior, abrir el Código Civil vigente en el que encontramos una multitud de disposiciones basadas en el **"CORPUS JURIS CIVILIS"**; como son en lo referente a las personas entre otras.

"Después de la fundación de Roma hasta el reinado de Justiniano, se pueden distinguir cuatro períodos:

1°. De la fundación de Roma a la Ley de las XII Tablas (1 a 304 de Roma).

2°. De la Ley de las XII Tablas al fin de la República (304 a 723 de Roma).

3°. Del advenimiento del Imperio a la muerte de Alejandro Severo (723 a 988 de Roma, o 235 de la Era Cristiana).

4°. De la muerte de Alejandro Severo a la muerte de Justiniano (225 a 565 de la Era Cristiana).¹

Para ello, haré una mención breve de cómo estaba regulada jurídicamente la familia en Roma, en clase social, para posteriormente hablar de la figura jurídica del divorcio.

"Una gran oscuridad reina acerca de los orígenes de Roma, los relatos legendarios de los historiadores y poetas latino, tres poblaciones concurrieron a su formación: una de raza latina, los Ramneses, que tenían por jefe a Rómulo; otra de raza sabina, los Titienses, bajo el gobierno de Tatío; y por último, la raza etrusca, los Luceres, cuyo jefe lleva el título de Lucuwlo. La reunión de estos tres pueblos, agrupados en tres tribus distintas y establecidas sobre las colinas que bordean la ribera izquierda del Tiber bajo la autoridad de un rey, constituía la ciudad romana".²

"Con referencia a la Familia romana, los jurisconsultos distinguen dos divisiones de las personas:

1. La más extensa distingue a los esclavos y las personas libres. Las personas libres se subdividen, por una parte en ciudadanos y no ciudadanos, por otra, en ingenuos y libertinos.

¹ PETIT, Eugene. Tratado Elemental de Derecho Romano. Ediciones Selectas, México, D.F., 1982. Págs. 27 y 28.

² Ibidem. Págs. 28 y 29.

2. Las personas consideradas en la familia son *alieni juris*, o sometidas a la autoridad de un jefe; y las *sui juris*, dependen de ellas mismas.³

Siguiendo esta última división, la Familia *alieni juris* en el Derecho clásico, bajo el mandato de Gayo, estableció cuatro poderes de ciertas personas sobre otras, que son las siguientes:

1. La autoridad del señor sobre el esclavo.
2. La *patria potestad*, autoridad paternal.
3. La *manus*, autoridad del marido, y a veces de un tercero, sobre la mujer casada.
4. El *mancipium*, autoridad especial de un hombre libre sobre una persona libre. Aunque posteriormente la *manus* y el *mancipium* desaparecieron bajo Justiniano.

Las personas libres o *sui juris* era ejercido por las siguientes personas:

1. *Pater Familias*, que debería tener un patrimonio y ejercer los cuatro poderes sobre la otra persona.
2. El ciudadano *sui juris*, sea cual fuere su edad, aunque no tenga a una persona bajo su autoridad.
3. La mujer *sui juris* o *Mater Familias* esté o no casada, debía tener costumbre honestas.

En el Derecho Romano existían dos tipos de parentesco, que son los siguientes:

³ PETIT, Eugene. Op. Cit. Pág. 75.

1. La agnatio o parentesco natural que une las personas descendientes unas de otras (línea directa) o descendiendo de un autor común (línea colateral), sin distinción de sexo.
2. La agnatio es el parentesco civil fundado sobre la autoridad paterna o marital.

La familia agnática comprende:

1. Los que estén bajo la autoridad paterna o la manus del jefe de familia, entre ellos y con la relación al jefe.
2. Los que hayan estado bajo la autoridad del jefe, y que lo estarían si aún viviese.
3. Los que nunca estuvieron bajo la autoridad del padre, pero que lo hubiesen estado de haber vivido.

La madre estaba excluida, a menos que fuera in manu, extendiéndose esta exclusión a todos los parientes por parte de las mujeres.

"El Derecho Civil sólo reservaba los agnados, entrando más tarde por la misma vía los senadoconsultos y las Constituciones Imperiales, aunque sólo fue bajo Justiniano, y después de las Novelas 118 y 127, cuando desaparecieron definitivamente los privilegiados de la agnación y cuando la cognación fue suficiente en lo sucesivo para conferir los derechos de la familia".⁴

⁴ PETIT, Eugene. Op. Cit. Pág. 68.

"Si a las justae nuptiae acompañaba la manus, lo cual, en los primeros siglos ocurría frecuentemente; la mujer entraba a formar parte de la familia civil del marido, que tenía autoridad sobre ella, como un padre sobre su hijo, y se hacía además propletaría de todos sus bienes:

Sin embargo, bajo el Imperio, los lazos del matrimonio se relajaron bastante con las costumbres del tiempo. El culto privado perdió su importancia, y la manus, cada vez más en desuso, acabó por desaparecer. Por eso, la definición de las justae nuptiae, en las Instituciones de Justiniano, ya no hacen alusión a la communicatio divini et humani entre los esposos".⁵

"Por lo que respecta al concubinato, a éste se le conocía como Connubium, la aptitud legal para contraer las Justae nuptiae lo primero que se necesita para disfrutarla es ser ciudadano romano. En el Derecho antiguo estaban privados del connubium los esclavos, los latinos, salvo los latini veteres y los peregrinos, excepto concesiones especiales. Bajo Justiniano, y con motivo de la extensión del derecho de la ciudadanía, los únicos que no tuvieron el connubium fueron los esclavos y los bárbaros".⁶

"La manus es una potestad organizada por el derecho civil y propia de los ciudadanos romanos (Gayo Y). Presenta la mayor analogía con la potestad paterna, pero sólo puede ejercerse sobre una mujer casada. En un principio pertenece al marido, siendo éste alieni Juris, se ejercerá por el jefe de familia; y por último, puede establecerse, a título temporal, en provecho de un tercero".⁷

⁵ Ibidem. Pág. 104.

⁶ Ibidem. Pág. 105.

⁷ Ibidem. Pág. 121.

Entre los defectos del manus, si la mujer in manu sale de su familia civil y entra en la de su marido. Su situación es igual a la de una hija en potestad paterna si el marido es sui juris, y a la de una nieta estando el padre sometido a la potestad paterna, y adquiere los derechos de sucesión unidos a esta cualidad.

Disolución de la manus. La manus se extinguía como la potestad paterna. En caso de divorcio, la mujer podía obligar al marido a romper la manus, si había sido establecida por confarreatio, era necesaria una ceremonia contraria llamada diffarreatio, en otros casos era precisa una manumisión especial.*

El divorcio tenía diversas formas de llevarse a cabo. En la Monarquía si el matrimonio había sido celebrado **CUM MANUS**, es decir, si la mujer había quedado bajo la potestad del marido, éste se disolvía mediante un derecho de repudio, que era un acto unilateral y exclusivo del marido, el cual tenía la obligación de restituir la dote de la mujer. Para Cicerón, este tipo de divorcio era ya admitido y regulado en las XII Tablas.

En el Imperio, la mujer ya no se encontraba sujeta a la **MANUS** del marido, por ello si el matrimonio era celebrado bajo esta forma se disolvía en forma recíproca, asumía a su vez dos formas:

1° BONA GRATIA O DIVORCIO FUNDADO. En el cual no requería formalidad alguna y surtía sus efectos por mutuo consentimiento, el cual se pedía como requisito darle carácter de seriedad y notoriedad a la intención de divorciarse a través de una declaración expresa.

* Ibidem. Pág. 123.

2° REPUDIUM SINE NULIA. (Repudio Sin Causa), consistía en la sola voluntad de cualquiera de los esposos y sin la intervención del magistrado o sacerdote y sin el consentimiento del otro cónyuge.

La mujer que repudiaba perdía su dote y las donaciones patrimoniales; si era el marido, perdía el derecho a la dote y a las donaciones, y si éstas no existían, se tenía que dar a la mujer la cuarta parte de su patrimonio.

En el Imperio de Augusto, del año 18 a de C., la **LEX IULIA DE ADULTERIIS**, estableció que el repudio debía comunicarse por medio de un **LIBERTO REPUDI**, o por medio de las palabras, bastando decir **TUA RESTIBI**, es decir, Ten Para ti tus Cosas, este acto debía ser presenciado por siete ciudadanos púberos. Cuando no se seguía esta regla, el matrimonio no subsistía, sino que sólo se aplicaban penas al infractor.

En el divorcio en la legislación Romano - Cristiana encontramos los siguientes puntos:

1° Se exigen para el divorcio unilateral causas justas, señalándose las que debían tenerse como tales.

2° Es objeto de pérdidas patrimoniales que afectan a la dote y a la **DONATIO PROPTER NUPTIAS**, al que se divorcia sin causa justa.

3° Impones además penas graves de reclusión en un monasterio.⁹

⁹ VENTURA Silva Sabino. El Derecho Romano, Curso de Derecho Privado. 7° edición. Edit. Porrúa S.A. México, 1984. Pág. 104

Dentro del régimen, Justiniano estableció como causas legales para que el matrimonio pudiera disolverse, las siguientes:

a) **Divortium ex iusta causa.** Esto es, motivado por una culpa de la otra parte, en cuanto estuviera reconocida por la ley, a saber:

Causas que podía invocar el marido:

- I. Que la mujer hubiese encubierto maquinaciones contra el Estado.**
- II. Adulterio probado de la mujer.**
- III. Atentado contra la vida del marido.**
- IV. Tratos con otros hombres contra la voluntad del marido o haberse bañado con ellos.**
- V. Alejamiento de la casa marital sin voluntad del esposo.**
- VI. Asistencia de la mujer a espectáculos públicos sin licencia.**

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

- I. La alta traición oculta del marido.**
- II. Atentado contra la vida de la mujer.**
- III. Intento de prostituiria.**
- IV. Falsa acusación de adulterio.**
- V. Que el marido tuviera a su amante en la propia casa conyugal o fuera de ella, de un modo ostensible, con persistencia, no obstante las admoniciones de la mujer a sus parientes.**

En el siglo III de la era cristiana, Constantino hizo más difícil el divorcio. El cónyuge que repudiaba tenía que precisar las causas legítimas de la repudiación sin causa legítima, o contra el esposo culpable.¹⁰

Causas de disolución del matrimonio:

a) Muerte de uno de los cónyuges.

b) Por incapacidad sobrevenida de alguno de los consortes. Dentro de ésta encontramos los siguientes:

1) *Capitis diminutio* máxima y media.

2) *Incestus superveniens*, es decir si el suegro adoptara como *Filius* al yerno, con lo que, la agnación, los dos cónyuges se encontraban en calidad de hermanos, la situación anterior podía evitarse emancipando previamente el pater a su hija.

3) En el Derecho clásico, al llegar al cargo de senador se disolvía el matrimonio del que estuviere casado con una libertad (bajo Justiniano desaparece esta causa).

c) Por voluntad de los cónyuges, de uno solo, o por cesación de la *affectio maritalis*. El matrimonio terminaba en los casos de divorcio y repudio. El empleo de estas dos palabras se hacen en las fuentes con una ausencia de precisión que da pie a diversas conjeturas entre los intérpretes. Es muy posible, como decía Bonfante, que *repudium* significase, en el Derecho clásico, el acto de manifestación de voluntad contra la continuación del matrimonio; y *divortium* aludiese al efecto producido por dicho acto: cesación del vínculo de la vida marital; y que ya en el Derecho Cristiano, se aplicase más bien la voz

¹⁰ PALLARES, Eduardo. *El Divorcio en México*, 5ª edición. Edit. Porrúa, S.A. México, 1991. Págs. 12 y 13.

divorcio a la disolución por mutuo disenso, y la de repudio a la disolución por voluntad unilateral.¹¹

Ya en lo que respecta al divorcio, éste fue admitido y regulado jurídicamente desde el origen de Roma, sin embargo, los antiguos romanos no disfrutaban de esta libertad que, sin duda alguna, no coordinaba con la severidad de las costumbres primitivas.

La mujer, sometida casi siempre a la manus del marido, era como una hija bajo la autoridad paterna, reduciéndose a un derecho de repudiación la facultad de divorciar en estas reuniones, que sólo el marido podía ejecutar y siendo por causas graves.

Los emperadores cristianos no suprimieron el divorcio, que estaba ya profundamente arraigado en las costumbres, pero sí buscaba el hacerlo más difícil, obligando a precisar las causas legítimas de repudiación.

En numerosas constituciones, para casos de divorcio, se establecieron infinidad de penas más o menos graves contra el esposo culpable, o contra el autor de alguna repudiación sin causa legítima.

¹¹ VENTURA, Silva Sabino. Op. Cit. Págs. 103 y 104.

1.2. EN EL DERECHO FRANCES.

A través de la Revolución Francesa de 1789, los Juristas y Teólogos de este país establecieron que el matrimonio es un contrato y no un sacramento, y que debía llevar necesariamente el divorcio. Sin embargo, no fue en la primera Constitución Francesa de 1791, en la que se estableció el divorcio, sino a través de la Ley del 20 de septiembre de 1792, en la que sí reconoce la disolución del vínculo matrimonial y que se tuvo como principio la autonomía de la voluntad como base de los actos jurídicos y las ideas del individualismo, dentro de esta ley se encontraban numerosas causas que son las siguientes:

- 1º.** Se acepta la incompatibilidad de caracteres.
- 2º.** Por adulterio.
- 3º.** Por injurias graves.
- 4º.** Por sevicia.
- 5º.** Por abandono de un cónyuge de la casa conyugal.

Existían otras causas del divorcio que no implican una culpa, un hecho inmoral o un delito, como la locura y la ausencia no imputable y la emigración por más de cinco años, asimismo, se aceptaba el divorcio por mutuo consentimiento.

Más tarde el Código de Napoleón de 1804, estableció el divorcio por mutuo consentimiento, no era una causal en sí, sino el reconocimiento por parte de los cónyuges de la existencia de una causal que quería mantener oculta, por ello se restringieron algunas causales en este Código en relación a la Ley del 20 de

septiembre de 1792, por lo que se redujo a cuatro causales del divorcio que fueron las siguientes:

- 1º. El adulterio.
- 2º. Las sevicias.
- 3º. Las injurias graves.
- 4º. Las condenas.

Estas causales fueron vigentes hasta el año de 1816, pero se vio afectado el divorcio en Francia por una Carta Constitucional de 1814, que dio al catolicismo el valor de religión de Estado; por la ley de 1816 quedó suprimido el divorcio.

No hubo divorcio en Francia de 1816 a 1884, a pesar de muchos intentos de restablecerlo a través de la Cámara de Diputados, pues dichos proyectos fueron rechazados. Fue hasta el año de 1884 cuando vuelve a tener otra vez vigencia el divorcio, no conforme a la Ley del 20 de septiembre de 1792, sino conforme a las causales del código de Napoleón de 1804.

Los principios establecidos en el Código Civil Francés de 1804 en materia de divorcio, influyeron las legislaciones modernas de algunos países.

Podemos concluir diciendo que el código de Napoleón conservó el divorcio, pero tomando precauciones para reglamentarlo y detener el torrente de Inmoralidad que se desprendía de las leyes revolucionarias.

Se suprimió el divorcio de caracteres a petición de uno solo de los esposos. Se hizo más difícil el divorcio por consentimiento mutuo. Las causas determinadas del

divorcio se redujeron y que esto indudablemente redujo el porcentaje de divorcio en este país.

En Francia, tradicional valuarte del divorcio - sanción, sólo se lo admitía por causales de adulterio, condena a pena primitiva de libertad, y excesos , servicias e injurias graves. La Reforma de 1975 lo acepta por hechos imputables a uno de los cónyuges que constituya una violación grave o reiterada de los deberes y obligaciones del matrimonio y hagan intolerable la vida en común (art. 242), por mutuo consentimiento (art. 230 y 55), y por ruptura de la vida común (art. 237 y 55).¹²

¹² LAGOMARSINO, A.R. Carlos, Salerno U. Marcelo. Enciclopedia de Derecho Familiar, Tomo I. Edit. Buenos Aires, 1991. Pág. 926.

1.3. EN EL DERECHO MUSULMAN.

"El Alcorán, libro sagrado de los musulmanes cuya redacción definitiva parece datar del siglo VII de nuestra era, contiene varios principios que han dado fundamento al derecho de los pueblos que profesaban la religión mahometana. Con particular referencia al matrimonio, cabe recordar que la azora cuarta, dedicada a "las mujeres" autoriza la poligamia en su aleya tercera. En las aleyas 26 y 27 se establece el régimen de los impedimentos matrimoniales, mandando no casarse con las esposas del padre. De otros pasajes del Alcorán surge que el matrimonio estaba asentado sobre la potestad marital, siendo las mujeres consideradas seres inferiores y existiendo el derecho de repudiación, debiendo en este caso el hombre pensionar a la mujer".¹³

Comandado por Mahoma, quien se preocupó de la Facultad que también en el derecho islámico existía, para que especialmente el hombre pudiera repudiar a la mujer y como según las traducciones musulmanas, y después conforme al Alcorán mismo, era lícita la facultad de repudiar, introdujo una idea de tipo religioso para limitarla, considerando que para Alá era odiosa esa Facultad, no obstante que conforme a derecho era lícita. De aquí la innovación que hizo Mahoma para que tuviese que repudiar con juramento, invocando una determinada causa, aún cuando no se probase.

Por ejemplo, el adulterio, la indocilidad de la mujer, y según las costumbres jurídico-religiosas, habría que repetir la repudiación hasta tres veces.

¹³ Enciclopedia Jurídica Omeba, editorial Driskill, S.A. Decimonoveno Tomo. Buenos Aires, Argentina, 1979. Pág. 149.

Entretanto, cuando este derecho lo ejercía el marido, la mujer entraba en un periodo de espera por tres meses, a fin de que el marido pudiese repudiarla sucesivamente en ese lapso. Esto no quiere decir que la repudiación tuviera que hacerse mensualmente, para que a través de tres repudiaciones, en esa forma quedase disuelto el matrimonio. Se consideró necesario este término de espera. Fundamentalmente dentro de la idea religiosa de Mahoma, a fin de no invocar el juramento ante Alá, sin reflexionar sobre él, así como permitir la reconciliación. Generalmente se obtenía ésta, pero también para aquel que quería ejercer la repudiación en sólo acto, bastaba con que dijese que repudiaba a su cónyuge a través de una repudiación triple y, por lo tanto, ya no tendría que repetir las repudiaciones sucesivas".¹⁴

El matrimonio podía disolverse de las cuatro formas siguientes:

- 1) Repudio al hombre.
- 2) Divorcio obligatorio para ambos.
- 3) El mutuo consentimiento.
- 4) El divorcio consensual retribuido.

El divorcio era obligatorio en los siguientes casos:

- I. Impotencia.
- II. Enfermedad que hiciera peligrosa la cohabitación.
- III. Incumplimiento de las condiciones del contrato de matrimonio como no pagar la dote al marido y no suministrar éste, alimentos a la mujer.

¹⁴ ROJINA, Villegas Rafael. Compendio de Derecho Civil. Introducción, Personas y Familia. Tomo 1, vigésima edición, Edit. Porrúa, S.A. México, 1984. Pág. 468.

IV. Adulterio. El marido tenía derecho de repudiar a la mujer por adulterio o indocilidad de la misma.

La tramitación en el divorcio consensual retribuido, era aquel en que el marido renunciaba a los derechos que tenía sobre su mujer, mediante una compensación que ésta le pagaba, para la validez se requería que la mujer tuviera una plena capacidad de disposición, en relación a los efectos eran los mismos del repudio.

1.4. EN EL DERECHO MEXICANO.

A) EPOCA PRECORTESIANA.

Nuestra historia es muy interesante y más aún al hablar del tema que nos compete. Para ello considero hacer mención de los diversos grupos sociales más importantes que se encontraban habitando a lo largo de nuestro territorio mexicano, pues bien cada uno de estos grupos tenía su propia estructura jurídica en el que se regulaba el divorcio.

Los aztecas representan una rama originalmente poco llamativa dentro de los chichimecas. Después de participar en la derrota de Tula (siglo XII), capital tolteca, los aztecas llegaron al Valle de México, dirigidos por su dios - protector Huitzilopochtli.

después de vivir algunas generaciones en un rincón de Chapultepec, tuvieron que huir hacia una isla, en el Lago de Texcoco, donde construyeron poco a poco su notable ciudad de Tenochtitlan por el año de 1325 D. C. Ya en el año de 1363, los aztecas transformando su gobierno aristocrático en monarquía, habían seleccionado un rey (el Mexli) de pretendida ascendencia tolteca (aunque derrotados, los toltecas tenían todavía reputación de superioridad cultural).

Después de la muerte de Tezozomoc en el año de 1426, sube al trono Nezahualcóyotl en el año 1431 - 1472, los aztecas destrozan Azcapotzalco y toman la hegemonía dentro de una triple alianza con Texcoco y Tlacopan, los aztecas logran

extender su poder hasta Veracruz, más allá de Oaxaca, y a las costas de Guerrero (sin lograr imponerse a los tlaxcaltecas).

A fines del siglo XV, el Imperio Azteca tenía entre tres y cuatro millones de habitantes. En 1502 comienza el régimen de Moctezuma II. Ante malos presagios debilitan el espíritu del enorme Imperio azteca de posiblemente unos diez millones de súbditos, demasiado grande para los medios de comunicación de aquel entonces y carente de aquella cohesión que sólo produce un idealismo común.

"En el viejo Imperio hubo cuatro ciudades principales, la del Tikal (bajo cuya jurisdicción quizá habrá estado la vieja ciudad de Chichen - Itzá), Palenque, Copan y Toniná. En el nuevo Imperio, las tres ciudades dominantes eran Chichen - Itzá, Uxmal y Mayapán.

En el nuevo Imperio cada ciudad - Estado fue gobernada por un halach ulnic o ahau, dignidad que pasaba siempre de padre a hijo mayor (con regencia por parte de un tío paterno, si el hijo en cuestión era aún menor de edad). Con ayuda de un consejo de nobles y sacerdotes, ahau dirigía la política interior y exterior del Estado, Incumbiendo a él también el nombramiento de los bataboob, alcaldes de las aldeas adscritas a su ciudad - Estado.

Nobles y sacerdotes eran sostenidos por la gran masa de agricultores, que pagaban tributos al halach ulnic y llevaron una corriente constante de regalos a los demás nobles y a los sacerdotes. Por debajo de esta clase encontramos aún a los esclavos, productos de la guerra u hombres que habían nacido como esclavos; también por ciertos delitos podía caer uno en la esclavitud.

En cuanto al derecho de la familia, el matrimonio era monogámico, pero con tal facilidad de repudio, que con frecuencia se presentaba una especie de poligamia sucesiva".¹⁵

El papel de la mujer en la familia y en la vida comunal no era prominente; sin embargo, no se encontraba en la civilización maya el matriarcado.

El marido ofendido podía optar entre el perdón o la pena capital del ofensor (la mujer infiel sólo era repudiada). En el sistema jurídico azteca no había apelación, el juez local, el batab, decidía en forma definitiva; y los tupiles, que eran los policías verdugos, ejecutaban las sentencias.

En los aztecas se encontraban las clases sociales siguientes:

- a) La nobleza.
- b) Los sacerdotes.
- c) Los comerciantes.
- d) El agricultor común y corriente.
- e) Agricultores ordinarios.
- f) Como último peldaño encontramos a los esclavos.

"El matrimonio era potencialmente polígamo (en Texcoco y Tacuba sólo tratándose de nobles), pero una esposa tenía la preferencia sobre las demás, y tal preeminencia también se manifestaba en la situación privilegiada que tenían sus hijos, en caso de repartición de la sucesión del padre.

¹⁵ FLORIS, Margadant S. Guillermo. Introducción a la Historia del Derecho Mexicano. Universidad Nacional Autónoma de México, 1971. Págs. 14 y 15.

La celebración del matrimonio era un acto formal, desde luego con infiltraciones religiosas; en algunas partes hubo matrimonios por raptos, o por venta. Los matrimonios podían celebrarse bajo condición resolutoria, o por tiempo indefinido. Los condicionales duraban hasta el nacimiento del primer hijo, en cuyo momento la mujer podía optar por la transformación del matrimonio en una relación por tiempo indefinido; si el marido se negaba, empero, ahí terminaba el matrimonio.

El divorcio era posible con intervención de las autoridades, que en caso de comprobarse una de las múltiples causas (incompatibilidad, sevicia, incumplimiento económico, esterilidad, pereza de la mujer, etc.), solían autorizar de mala gana la disolución del vínculo.

La mujer divorciada tenía que observar un plazo de espera antes de poder volver a casarse.

Predominaba el sistema de separación de bienes, combinado a veces con la necesidad de pagar un precio por la novia, a veces, en cambio, con una dote que la esposa traía al hogar.

El homicidio conducía hacia la pena de muerte, salvo que la viuda abogara por una caída en esclavitud. El hecho de que el homicida hubiera encontrado a la víctima en flagrante adulterio con su esposa, no constituía una circunstancia atenuante".¹⁶

El adulterio en los aztecas se castigaba con pena de muerte y el marido ofendido ejecutaba la sentencia; en su defecto, podía sustituir la pena de muerte con cortarle la nariz, orejas o labios al culpable.

El adulterio en Yucatán se sancionaba y el ofendido podía perdonar al culpable o bien moría bajo la presión de una piedra que dejaba caer sobre su cabeza.

El adulterio en Teotihuacán era raro y se castigaba con pena de muerte a flechazos que le disparaban todos los del pueblo al culpable, cada uno arrojaba cuatro flechazos.

En los mexicanos el adulterio tenía que comprobarse mediante una prueba fehaciente o bien, confesado por el culpable y el castigo era perder la reputación, vivir deshonrada y se le consideraba como muerta.

Entre las causas del divorcio, el marido podía ejercerlo en el caso de que la mujer fuera pendenciera, impaciente, descuidada o perezosa, y sufriera una larga enfermedad o fuera estéril.

Entre las causas del divorcio que podía hacer valer la mujer, eran aquellas en que el marido no pudiera mantener a ella o, en su defecto, a los hijos, y que la maltratara físicamente.

Entre los efectos que producía el divorcio era que los hijos quedaban con el padre y las hijas con la madre. El consorte culpable era castigado con la pérdida de la mitad de sus bienes, y ambos divorciados podían celebrar nuevas nupcias, pero no entre ellos mismos.

Entre los aztecas el divorcio no era aceptado e igualmente no era frecuente, ya que los jueces se resistían a otorgarlo cuando se presentaba alguno de los cónyuges a solicitar divorciarse; pero después de discutir tal situación autorizaban al peticionario que hiciera lo que quisiera.

En cambio, cuando los dos cónyuges se presentaban ante los jueces, éstos trataban de conciliarlos, invitándolos a vivir en paz, y si no aceptaban, agresivamente estos jueces daban su tácita autorización para su separación. Estas autoridades observaban que las causales para divorciarse fueran las que realmente estaban vigentes en esa época.

En el Derecho Olmeca poco y vago es lo que sabemos de los aspectos jurídicos de la cultura Olmeca, la mujer no gozaba de un status importante; era una sociedad, por lo tanto, sin ecos del matriarcado.

Algunos especialistas sugieren un verdadero Imperio Olmeca de caracteres teocráticos (reyes-sacerdotes) con su centro en los actuales estados de Veracruz y Tabasco y con extensiones en Oaxaca, Chiapas, Guerrero y Morelos.

II EPOCA COLONIAL

Consumada la conquista, los pueblos indígenas quedaron sometidos a la Corona Española; y los territorios sojuzgados constituyen una colonia que se le denominó Nueva España. Fue así como el derecho indígena es sustituido por las leyes españolas. Esta legislación estuvo formada por tres cuerpos de leyes que son los siguientes:

- a) Leyes que regían ya a la Nación Española.
- b) Leyes de Indias, es decir leyes creadas para las colonias Españolas en América.
- c) El de las dicitadas especialmente para la Nueva España.

Sin embargo prevalecieron las leyes indígenas que sólo eran aplicadas en caso de lagunas cuando incurriere el legislador español, es decir como leyes supletorias.

En materia de derecho civil fueron aplicadas las siete partidas preferentemente la cuarta partida, es la que se ocupa de la materia matrimonial, misma que determinaba la mayor edad a los veinticinco años, reglamentaba los impedimientos; y consideraba al matrimonio como indisoluble y sólo admite al divorcio como separación de cuerpos.

El derecho canónico tiene una gran influencia en el derecho de las personas, de la familia y de las sucesiones.

Así también, fueron aplicadas las Leyes del Toro en 1505, ordenadas por los reyes Católicos, que tuvo como objeto resolver contradicciones en la legislación civil.

Una vez colonizados los pueblos de México todo lo correspondiente al derecho privado, fue regido por la legislación española; y como se verá más adelante no existió en esta época el divorcio vincular, por lo tanto en lo que respecta al divorcio rigió el derecho canónico, mismo que imperaba en la España peninsular. El divorcio admitido por esta legislación es el llamado divorcio separación que se caracteriza por no otorgar libertad para contraer un nuevo matrimonio mientras vivía el otro cónyuge de quien se divorció.

C) MEXICO INDEPENDIENTE.

Una vez alcanzada la independencia, México tuvo que tener una organización política propia. No tardó en legislarse la Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos de 1824, en materia de derecho privado prevaleció la regulación Española que tuvo origen en la época colonial; sobre todo Las Partidas. También las entidades Federativas empezaron a Legislar y es en el Estado de Oaxaca en el año 1821 cuando se publica su primer Código Civil. El Estado de Jalisco no se quedó atrás e hizo un Proyecto de Código Civil en el año 1868. En el Estado de Veracruz surgió el Código Civil Corona en el año de 1868. En el Estado de México en el año de 1870 también surgió su Código Civil.

Benito Juárez expide la Ley de Matrimonio Civil en el año de 1859 en la cual desconoce al matrimonio como sacramento; y lo convierte en un acto regido por las leyes civiles. También surge el Código Civil de Imperio Mexicano en el año de 1866 que fue expedido por Maximiliano de Habsburgo.

En materia de divorcio durante el siglo XIX fue legislado un solo tipo que fue el divorcio separación, el cual tenía ciertas causales, requisitos formales y consecuencias Jurídicas, que fueron variando éstas durante el paso del tiempo en dicho siglo.

Más tarde apareció el Código Civil para el Distrito Federal y Territorio de Baja California de 1870 que entró en vigor el 1º de mayo de 1871. Sirvió como modelo para la elaboración de los Códigos Civiles de las Entidades Federativas.

Regulaba ya el divorcio separación en el capítulo V de dicho Código y encontrábamos siete causas en el artículo 240 que podemos resumir en la siguiente forma:

- 1) El adulterio de uno de los cónyuges.
- 2) La propuesta del marido para prostituir a la mujer.
- 3) La incitación o la violencia hecha al cónyuge para cometer algún delito.
- 4) La corrupción o la tolerancia en ella, de los hijos.
- 5) El abandono sin causa del domicilio conyugal prolongado por más de dos años.
- 6) La sevicia y
- 7) la acusación falsa hecha por un cónyuge al otro.

Tratándose de la primera causa, es decir el adulterio se podía pedir cuando lo cometía el esposo en los siguientes casos:

- 1) Que fuera en casa común.
- 2) Hubiera concubinato.
- 3) Que la esposa fuera maltratada por la coadútera.
- 4) Que hubiera escándalo o insulto público del marido a su esposa.

Tratándose del adulterio de la esposa era siempre considerado como tal; en el cual no se pedía mayor requisito.

El procedimiento para pedir el divorcio tenía que llevarse a cabo mediante dos juntas de avenencia, con separación de tres meses entre una y otra, después de la segunda junta había que esperar otros tres meses más y si reiteraban su deseo de separarse, el juez decretaba la separación. No podía pedirse divorcio sino transcurridos dos años a partir de la fecha en que se celebra el matrimonio.

Al admitir la demanda de divorcio el juez, se establecían medidas provisionales, entre ellas, el depósito de la mujer en casa de persona decente, designada por el esposo o el juez.

Las audiencias en los juicios de divorcios requerían la presencia del Ministerio Público y eran secretas.

Se siguió legislando y surge el Código Civil del Distrito Federal y Territorios de la Baja California y Tepic en 1884; el cual reprodujo los preceptos del Código anterior en cuanto a la naturaleza del divorcio, efectos y formalidades, redujo los trámites para llevar a cabo el divorcio. Estas causales fueron estampadas en el artículo 227.

Aumentó las causas de divorcio, pues de las siete que existían en el Código de 1870 añadió otras seis;

- 1) El que la mujer diera a luz un hijo concebido antes del matrimonio y fuera declarado ilegítimo.
- 2) Los vicios incorregibles de juego o embriaguez.
- 3) Las enfermedades crónicas, incurables, contagiosos o hereditarias, anteriores al matrimonio y confesadas al cónyuge.
- 4) La infracción a las capitulaciones matrimoniales.
- 5) El mutuo consentimiento.

Cuando ambos cónyuges de común acuerdo deseaban separarse de lecho y habitación, tenía que acudir el juez para que lo decretara. Como podemos observar en este Código Civil de 1884 hizo más fácil la separación de cuerpos, lo que no ocurría en el Código de 1870 en donde ponía más obstáculos para el divorcio.

El 29 de Diciembre de 1914 surge la ley de divorcio expedida en Veracruz por Venustiano Carranza, entre lo más importante es lo siguiente:

No encontramos una enumeración de causas, se observa el propósito de terminar con los matrimonios desvalidos.

En el artículo primero estableció que el matrimonio podrá disolverse en cuanto al vínculo, ya sea por mutuo y libre consentimiento de los cónyuges, cuando el matrimonio tenga más de tres años de celebrado o en cualquier tiempo, por causas que hagan imposible o indebida la realización de los fines del matrimonio, o por faltas graves de alguno de los cónyuges que hagan irreparable la desavenencia conyugal. Disuelto el matrimonio, los cónyuges pueden contraer una nueva unión legítima.

El artículo 75 decía que el divorcio disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro.

El artículo 102 señalaba, los cónyuges recobrarán su entera capacidad para contraer un nuevo matrimonio, salvo lo dispuesto en el artículo 140 y cuando el divorcio se haya declarado por causas de adulterio, pues en este último caso, el cónyuge culpable no podrá contraer un nuevo matrimonio sino después de dos años de pronunciada la sentencia de divorcio.

El artículo 140 que se hizo mención en el párrafo anterior disponía que la mujer no podía contraer segundo matrimonio sino hasta pasados trescientos días

después de la disolución del primero. En los casos de nulidad o de divorcio puede contarse ese tiempo desde que se interrumpió la cohabitación.

La Ley de 1914 estableció dos series de causas, es decir, las que hacían imposible o indebida la realización de los fines del matrimonio. Dentro de la primera serie de causas se encuentran las siguientes:

- 1) Impotencia para la cópula que impedía la perpetuación de la especie.
- 2) Enfermedades crónicas e incurables que fuesen contagiosas o hereditarias.
- 3) Situaciones contrarias al estado matrimonial, por abandono de la casa conyugal o por ausencia, pues al no realizarse la vida en común, ya no podían cumplir los fines matrimoniales.

En lo que respecta a la segunda serie de causas son las siguientes:

- 1) Faltas graves de alguno de los cónyuges que hicieran irreparable la desavenencia conyugal. Es decir, se incluían los delitos de un cónyuge contra el otro, de un cónyuge contra los hijos y de un cónyuge contra terceras personas, que arrojaran una mancha irreparable.
- 2) Los graves hechos inmorales de prostitución de la mujer de tolerancia del marido para prostituirla, o de la ejecución de actos directos para su prostitución, así como la corrupción de los hijos, y
- 3) El incumplimiento de obligaciones conyugales en cuanto a alimentos y abandono en condiciones aflitivas de un cónyuge o de los hijos.

El paso definitivo en materia de divorcio al establecer que el matrimonio es un vínculo disoluble y por lo tanto con el divorcio sí daba término a dicho vínculo. Sigue la evolución histórica y en abril de 1917 surge la Ley de relaciones familiares, expedida también por Venustiano Carranza. Se habla de que el matrimonio, es un vínculo disoluble; por lo tanto los divorciados podían adquirir nuevas nupcias. Se tomaron en cuenta las causas del divorcio que regularon el Código de 1884, se suprimió la infracción de las capitulaciones matrimoniales, se tomó también en cuenta las disposiciones de la ley de divorcio de 1914 e instituye el divorcio por mutuo consentimiento.

Con base en lo anterior se establecen sólo doce causas, muy semejantes a las que regula el Código Civil vigente. El artículo 76 de la Ley de Relaciones Familiares enumera dichas causales.

En el divorcio por mutuo consentimiento se requerirá de tres Juntas de avenencia, incluye a las enfermedades como causa de divorcio o de simple separación, agrega también como causa, cometer un cónyuge contra la persona o bienes de otro, un acto que sería punible en cualquier otra circunstancia, o tratándose de personas distintas de dicho consorte, siempre que tal acto tenga señalado en la Ley, una pena que no baje de un año de prisión.

El H. Congreso de la Unión expidió un nuevo Código Civil para el Distrito Federal, en materia común y para toda la República en materia Federal; publicado en el diario oficial de la Federación el día 26 de marzo de 1928 y entró en vigor a partir del 1º de octubre de 1932. En materia de divorcio acepta en términos generales las causas señaladas en la ley de relaciones familiares; se permite la disolución del vínculo matrimonial por medio del divorcio; acepta el divorcio por mutuo consentimiento e

introduce un procedimiento especial administrativo de divorcio por mutuo consentimiento, sin intervención de autoridad judicial, es decir, autorizado por el Juez del Registro Civil; se suprime la infracción de las capitulaciones matrimoniales, pero se introdujeron nuevas; como fue el uso inmoderado de las drogas enervantes y el juego.

Por último cabe señalar que el divorcio se encuentra regulado en el título quinto Capítulo X del artículo 266 al 291 del Código Civil para el Distrito Federal, en materia común y para toda la República en materia Federal.

CAPITULO II

EL DIVORCIO EN NUESTRA LEGISLACION ACTUAL

II.1) CONCEPTO DE DIVORCIO

Existen en la doctrina jurídica infinidad de conceptos que se le han dado al divorcio, todos ellos encaminados hacia un sólo fin que es el de enriquecer aún más su verdadero significado. Es bien cierto que la gran mayoría de los juristas concuerdan con sus ideas y que parten de la base del artículo 266 del Código civil para el Distrito Federal, como se hará notar de acuerdo a los conceptos siguientes y más aún al hablar de su naturaleza jurídica.

"El divorcio proviene de las voces latinas *divortium* y *divertere*, separarse lo que estaba unido, tomar líneas divergentes. Es la forma legal de extinguir un matrimonio válido en vida de los cónyuges por causas surgidas con posterioridad a la celebración del mismo y 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 los requisitos legales de procedimiento".¹⁷

"Divorcio: etimológicamente, se deriva del verbo latino *divertere* (separar) y en sentido amplio y vulgar, significa apartamiento, separación, alejamiento. En sentido propio, es término jurídico que significa la separación o apartamiento de

¹⁷ Instituto de Investigaciones Jurídicas. Diccionario Jurídico Mexicano. Tomo II. Editorial Porrúa, México, D.F. 1985. Pág. 329.

personas unidas en matrimonio, sentido que procede del Derecho Romano y ha tomado carta de naturaleza en todas las legislaciones actuales.¹⁸

"El divorcio en el lenguaje corriente, contiene la idea de separación; en el sentido jurídico, significa extinción de la vida conyugal, declarada por autoridad competente en un procedimiento señalado al efecto; y por una causa determinada de modo expreso. De acuerdo con el Código Civil vigente, el divorcio disuelve el vínculo matrimonial y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro.(art.266)".¹⁹

El divorcio es la ruptura de un matrimonio válido, en vida de los esposos, decretada por autoridad competente y fundada en alguna de las causas establecidas por la Ley.

La voz latina divortium, evoca la idea de separación de algo que ha estado unido. Desde el punto de vista jurídico, el divorcio significa la disolución del vínculo matrimonial y sólo tiene lugar mediante la declaración de la autoridad judicial y en ciertos casos de la autoridad administrativa, dentro de un procedimiento señalado por la ley, en que se comprende debidamente la imposibilidad de que subsista la vida matrimonial".²⁰

"Divorcio deriva de la voz latina que significa separar lo que estaba unido, tomar líneas divergentes. Divorcio es la antítesis del matrimonio. Matrimonio significa unión, comunidad, encontrarse dos seres enlazados bajo el mismo yugo conyugal.

¹⁸ Gran Enciclopedia del Mundo. Editorial Marín, S.A. Tomo VI. Barcelona 1977. Pág. 930.

¹⁹ DE PINA Rafael. Elementos de Derecho Civil. Introducción Personas y Familia. Décima Edición. Editorial Porrúa, S.A. México, D.F. 1980. Pág. 338.

²⁰ GALINDO Garfias Ignacio. Derecho Civil. Primer Curso, Parte Personas Familia. Décima Edición. Editorial Porrúa, S.A. México. D.F. 1990. Pág. 577.

El divorcio es la forma legal de extinguir un matrimonio válido en vida de los cónyuges, decretada por autoridad competente que permite a los mismos contraer con posterioridad un nuevo matrimonio válido".²¹

"Divorcio es un acto Jurisdiccional o administrativo por virtud del cual se disuelve el vínculo conyugal y el contrato del matrimonio concluye, tanto con relación a los cónyuges como respecto de terceros".²²

El artículo 266 del Código Civil vigente para el Distrito Federal lo define al divorcio como el medio por el cual se "disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro".²³

Estoy de acuerdo con cada una de las definiciones antes descritas; sin embargo creo yo que tanto la definición que nos da Sara Montero Duhalt e Ignacio Galindo Garfias son las más completas; aunque el primero omite al no señalar en su definición, al no decir como lo hace Ignacio Galindo Garfias, que dicho divorcio es fundado por alguna de las causas expresamente establecidas por la Ley Civil (art. 267 del Código Civil para el Distrito Federal); sin embargo creo yo que al hacer un razonamiento jurídico al mencionar que es decretada por autoridad competente ya fue tomado en cuenta como fundamento las causas legales del artículo antes señalado.

²¹ MONTERO Duhalt Sara. Derecho de Familia. Cuarta Edición. Editorial Porrúa, S.A. México, D.F. 1990. Págs. 196 y 197.

²² PALLARES Eduardo. Op. Cit. Pág. 36.

²³ Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia Federal. 59ª Edición. Editorial Porrúa, S.A. México, D.F. 1991. Pág. 93.

II.2) SU NATURALEZA JURIDICA

Para comprender con precisión la naturaleza jurídica del divorcio, hay que entender el significado del matrimonio, este es un "contrato solemne, de interés público, por el cual un sólo hombre y una sola mujer establecen una comunidad de vida total y permanente, al que la sociedad y la ley consideran el Fundamento de la Familia".²⁴

Entonces partiré diciendo que para celebrar un matrimonio se requieren elementos esenciales y de validez. En cuanto a los elementos esenciales se encuentra la manifestación de la voluntad de los consortes y del oficial del Registro Civil y por el objeto específico del matrimonio, que de acuerdo con la ley consiste en crear derechos y obligaciones entre un hombre y una mujer, tales como hacer vida en común, ayudarse y socorrerse mutuamente, guardarse fidelidad recíproca, etc. En cuanto a los elementos de validez en el matrimonio; la capacidad, la ausencia de vicios en el consentimiento, la observancia de las formalidades legales y la licitud en el objeto, motivo, fin y condición del acto.

"Los requisito para celebrar el matrimonio son los siguientes:

1) ELEMENTOS DE EXISTENCIA

- 1) Diferencia de sexos y unidad de personas.**
- 2) Consentimiento.**
- 3) Celebración; presencia de oficial del Registro Civil y dos testigos.**

²⁴ MONTERO Duhalt Sara. Op. Cit. Pág. 197.

2) ELEMENTOS DE VALIDEZ

1) Consentimiento libre y espontáneo, sin la presencia de:

- a) Error**
- b) Fuerza**

2) Capacidad de las partes: Impedimentos dirimentes:

- a) Absolutos**
- b) Relativos**

3) Formalidades:

- 1) Anteriores**
- 2) Coetáneas**
- 3) Posteriores²⁵**

Estos elementos tanto de validez como de existencia van a producir consecuencias jurídicas de derecho y deberes así como también efectos recíprocos.

Una vez determinado el concepto del matrimonio y sus consecuencias jurídicas, las mismas sólo pueden extinguirse por tres causas:

- 1) La muerte**
- 2) La nulidad**
- 3) Divorcio**

²⁵ ROJINA Villegas Rafael. Op. Cit. Pág. 298.

Por lo tanto se puede deducir que la muerte de uno de los cónyuges extingue el matrimonio. Por su parte la nulidad opera cuando el matrimonio se efectuó incumpliendo con alguno o varios de los requisitos necesarios para su validez. Luego entonces un matrimonio válido sólo puede terminar por la muerte de uno de los consortes o bien el divorcio que es precisamente el motivo de estudio.

Tomando en cuenta el concepto de divorcio al decir que este es la forma legal para extinguir un matrimonio válido en la vida de los cónyuges, creo que ya quedó claro, pues simplemente se puede decir que si no hay un matrimonio válido no podrá haber divorcio.

Siguiendo con el mismo concepto se habla de que el divorcio debe ser decretado por autoridad competente; es decir por un Juez de lo familiar de primera o segunda instancia o por un Juez del Registro Civil en su caso.

También se dice que esta autoridad competente debe exigir que la demanda de divorcio esté basada por causas específicamente señaladas por la ley.(artículo 267 del Código Civil del Distrito Federal).

Por último se hace mención de que mediante el divorcio se va a permitir a los cónyuges contraer con posterioridad nuevo matrimonio válido; así lo menciona el artículo 289 del Código Civil vigente para el Distrito Federal.

Se desprende de lo anterior que nuestra legislación civil acepta al divorcio como un medio para extinguir un matrimonio válido. Una vez entendido esto se puede decir que habiendo un matrimonio válido, el divorcio no pide otro requisito

sino cualquiera de las causas enumeradas en el artículo 267 del Código Civil vigente para el Distrito Federal.

El divorcio presenta dos sistemas de clasificación que son los siguientes:

- 1) El divorcio por separación de cuerpos.
- 2) El divorcio vincular.

1) El divorcio por separación de cuerpos presenta las siguientes características:

- I. Se extingue la cohabitación.
- II. Persisten los demás deberes y derechos (ejemplo suministración de alimentos).
- III. No otorga libertad para contraer otro matrimonio.
- IV. Persiste la patria potestad.
- V. Custodia de los hijos para el cónyuge sano.
- VI. Los bienes continúan bajo el régimen pactado.

El divorcio por separación de cuerpos se define como "el estado de dos esposos que han sido dispensados por la justicia competente, de la obligación de vivir juntos".²⁶

Por ello la separación de cuerpos no rompe el vínculo conyugal, sólo dispensa a los consortes del deber de cohabitación.

Este tipo de divorcio fue el único que regularon los Códigos Civiles 1870 y 1884, el cual desapareció para dar lugar al divorcio vincular, que es el que actualmente rige en el Código Civil vigente.

El derecho canónico acepta únicamente este tipo de divorcio ya que argumenta que a través de éste, el vínculo matrimonial perdura y no admite la posibilidad de un nuevo matrimonio.

Al respecto, cuando se habla de este tipo de divorcio se hace mención al artículo 267 fracciones VII y VIII del Código Civil, el cual en nuestro sistema Jurídico se le denomina divorcio no vincular. Analizaremos estas fracciones en el capítulo siguiente:

2) El divorcio vincular presenta las siguientes características:

- I. Extingue el vínculo con todos sus efectos.**
- II. Deja en libertad de contraer otro matrimonio.**
- III. La custodia se decide por acuerdo aceptado del Juez.**
- IV. No se pierde la patria potestad.**
- V. Disuelve la sociedad conyugal.**

El divorcio vincular se define como la disolución del vínculo matrimonial, en su totalidad y todas sus consecuencias otorgando capacidad a los cónyuges para contraer nuevas nupcias. Por ende este tipo de divorcio es el que regula nuestro Código Civil.

El divorcio vincular a su vez se clasifica en las siguiente forma:

1) Voluntario; en el cual éste puede ser:

I.- Por vía administrativa.

II.- Vía Jurídica.

2) Necesario o contencioso.

Analizaremos con detenimiento y en forma general esta clasificación en el capítulo siguiente:

puede concluirse en relación a la naturaleza jurídica del divorcio diciendo que el divorcio es una consecuencia de un matrimonio válido, nuestro Código Civil lo estableció con el objeto de extinguir un matrimonio válido, el cual sólo puede ser decretado por autoridad competente, en base a causas específicamente señaladas en la Ley, y que van a tener como consecuencia directa desvincular a los cónyuges dejándolos en su plena libertad de celebrar nuevo matrimonio válido.

II.3) CLASES DE DIVORCIO

En nuestro Código Civil no encontramos un artículo que nos especifique las clases de divorcio, sino que estas clases se van derivando en la medida que uno empieza a leer el capitulado del divorcio.

Como se mencionó en el capítulo anterior de esta tesis ya fueron señaladas con anticipación las clases de divorcio, por lo que ahora sólo corresponde señalar los conceptos de cada una de estas clases y sus características respectivas.

Nuestro Código Civil vigente regula las siguientes clases de divorcio:

1) Separación de los cónyuges sin romper el vínculo.

Tiene como significado, el estado de los esposos, que han sido dispensados por la justicia competente, de la obligación de vivir juntos.

Por ello, la separación de vínculos no rompe el vínculo conyugal, sólo dispensa a los consortes del deber de cohabitación. Por tal razón persisten los demás deberes derivados del matrimonio tales como la fidelidad, los alimentos, etc. Con la extinción del deber de cohabitación; termina el domicilio conyugal, cada cónyuge tiene derecho a señalar su propio domicilio.

El mismo Código Civil regula esta clase de divorcio pues permite demandar la separación judicial señalando como causas las anunciadas en las fracciones VI y VII del artículo 267, que al respecto establecen:

Artículo 267 fracción 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.

Fracción VII. Padecer enajenación mental incurable previa declaración de interdicción que se haga al respecto del cónyuge demente.

Existe la opción de uso de los cónyuges de pedir el divorcio vincular o bien la separación judicial, esto con base en el artículo 277 del Código Civil vigente que dice: el cónyuge que no quiera pedir el divorcio fundado en las causas enumeradas en las fracciones VI y VII del artículo 267 podrá, sin embargo, solicitar que se suspenda al obligación de cohabitar con el otro cónyuge, y el juez, con conocimiento de causa, podrá decretar esa suspensión, quedando subsistentes las demás obligaciones creadas por el matrimonio.

El legislador tuvo como base para regular este tipo de divorcio lo siguiente:

- I. Que la convivencia de los cónyuges en las circunstancias de enfermedad descritas puede ser nociva y hasta peligrosa para el esposo sano y para los hijos.
- II. Toma en cuenta la ausencia de culpa en estas dos causales del cónyuge que origina las causas; por eso se rompe el vínculo, sino sólo suspende la convivencia sin incurrir en las causas de las fracciones VIII y IX.

El divorcio por separación judicial no puede demandarse por mutuo consentimiento; ya que siempre habrá que fundarse en la comprobación de la

existencia de las causas anunciadas en el Artículo 267 fracciones VI y VII del Código Civil vigente.

2) El Divorcio Vincular.

Como se ha venido señalando este tipo de divorcio es el que originalmente el legislador introdujo en el Código Civil vigente. Excepción hecha del divorcio separación; en el cual autoriza el divorcio vincular o simplemente la separación de los cónyuges.

Es decir la doctrina tomando como base las causales VI y VII del artículo 267 del Código Civil: hace una clasificación que se mencionó en renglones anteriores. Creo que en este último caso nuestro legislador no fue inmoral y aceptó estas dos opciones de divorcio el vincular y separación. Considero entonces que no se debe caer en el error de tener la idea que nuestro Código Civil regula el divorcio separación de cuerpos como lo establecía en los Códigos de 1870 y 1884.

El concepto del divorcio vincular, es el que la doctrina le da al divorcio en sí, es decir, la disolución del vínculo matrimonial en la vida de los cónyuges decretada por autoridad competente; por causas posteriores a la celebración del matrimonio y expresamente en la Ley.

A la vez el divorcio vincular se clasifica en dos clases y son las siguientes:

I.- Divorcio necesario o contencioso

Se define como la disolución del vínculo matrimonial a petición de un cónyuge decretada por autoridad competente y en base a causas expresamente señaladas por la Ley.

Se deducen del análisis de este concepto los siguientes puntos:

a) Existencia de un matrimonio válido, ya que el divorcio necesario en su concepto señala la disolución de un vínculo matrimonial, es decir tiene que haber un matrimonio válido, este requisito se satisface mediante la presentación de la copia certificada del acta de matrimonio de quienes pretenden divorciarse, o bien tomando en cuenta lo que establece el art. 253 del Código Civil.

b) Capacidad de las partes:

Los menores de dieciocho años aún cuando hayan sido emancipados requieren la asistencia de un tutor dativo para solicitar su divorcio; ya sea un divorcio necesario (art. 499 y 643 fracción II del Código Civil), o bien mediante divorcio por mutuo consentimiento (art. 677 del Código de Procedimientos Civiles).

c) Legitimación procesal:

Se deduce que los únicos que tienen acción e interés legítimo son los que pretenden divorciarse, es una acción personalísima, ya que sólo la pueden iniciar y continuar hasta la obtención de la sentencia los propios divorciantes. Ningún tercero puede ejercitar la acción de divorcio, no quiere decir esto que tengan que llevar por sí mismos el proceso, ya que se puede actuar mediante procurador, pero tienen que comparecer en forma personal cuantas veces se requiera por el Juez. Art. 278 del Código Civil.

Al respecto, los menores de edad pueden ser a la vez demandante o demandado en un proceso de divorcio; pero en ambos casos tiene que nombrar a un tutor dativo; art. 643 del Código Civil, el menor de edad junto con el tutor dativo, tiene que suscribir la solicitud del divorcio; hecha ésta sólo por el tutor dativo, no procede el divorcio. Es improcedente la solicitud de divorcio suscrita sólo por el

tutor, en el caso de mayores de edad, con plena capacidad de goce y de ejercicio, nada impide que puedan instituir apoderado para tramitar el juicio de divorcio necesario, más no en el caso de divorcio por mutuo consentimiento. En el caso del divorcio por vía administrativa está excluida la intervención del apoderado (art. 272 del Código Civil), la comparecencia tiene que ser personal tanto en la solicitud de divorcio como en la ratificación de dicha solicitud.

El juez competente para conocer el divorcio, es el del domicilio conyugal y en el caso de abandono de hogar, el del domicilio del cónyuge abandonado (art. 156 del código de procedimientos civiles para el Distrito Federal Fracción XII).

d) Expresión de causas, específicamente determinadas.

Continuando analizando el concepto; se dice que el divorcio necesario es a petición de parte; de cualquiera de los cónyuges que se considera agraviado en base a las causas comprendidas en el art. 267 Fracciones I a XVI y art. 268 del Código Civil.

II. Divorcio Voluntario o por mutuo consentimiento.

Se entiende como la disolución del vínculo matrimonial en vida de los cónyuges decretada por autoridad competente ante la solicitud por mutuo acuerdo de ambos cónyuges.

El artículo 272 del Código Civil reglamenta este divorcio, aunque algunos Juristas establecen que es mal llamado de mutuo consentimiento ya que en la Fracción XVII del artículo 267 no es el consentimiento de los cónyuges el que produce la disolución, sino más bien la declaración del Juez de lo Familiar, cuando hay voluntad de los cónyuges de disolver su matrimonio.

Este artículo a que hago alusión regula dos formas de divorcio; dependiendo de la autoridad ante quien se tramite; que puede ser:

- a) El divorcio administrativo; este es solicitado ante el Juez del Registro Civil.
- b) El divorcio voluntario judicial que procede ante el juez de lo familiar.

El divorcio administrativo es entonces el que se solicita por mutuo acuerdo de los cónyuges ante el Juez del Registro Civil de domicilio conyugal.

Procede este divorcio de acuerdo al artículo 272 del Código Civil con los siguientes requisitos:

- 1) - Que los cónyuges convengan en divorciarse
- 2) - Que ambos sean mayores de edad.
- 3) - Que no tengan hijos.
- 4) - Que hayan liquidado la sociedad conyugal, si bajo ese régimen convivieron sus bienes.
- 5) - Que tengan más de un año de casados (art. 274 del Código Civil).

Aunque la ley no establece como requisito que los divorciantes formulen un convenio en relación a obligaciones y derechos, mismos cónyuges y bienes aún cuando no lo prohíbe, considero entonces necesario dicho convenio para evitar conflictos futuros.

El mismo artículo 272 del Código Civil regula la forma en como debe llevarse a cabo. El cual establece.- Cuando ambos consortes convengan en divorciarse y sean mayores de edad, no tengan hijos y de común acuerdo hubieren liquidado la sociedad conyugal, si bajo ese régimen se casaron, se presentarán personalmente

ante el Juez del Registro Civil del lugar de su domicilio, comprobarán con las copias certificadas respectivas que son casados y mayores de edad y manifestarán de una manera terminante y explícita su voluntad de divorciarse.

El Juez del Registro Civil, previa identificación de los consortes, levantará un acta en que hará constar la solicitud de divorcio, y citará a los cónyuges para que se presenten a ratificarla a los quince días. Si los consortes hacen la ratificación, el Juez del Registro Civil los declarará divorciados, levantando el acta respectiva y haciendo la anotación correspondiente en la del matrimonio anterior.

El divorcio así obtenido no surtirá efectos legales si se comprueba que los cónyuges tienen hijos, son menores de edad y no han liquidado su sociedad conyugal y entonces aquellos sufrirán las penas que establezca el Código de la materia.

Los consortes que no se encuentren en el caso previsto en los anteriores párrafos de este artículo pueden divorciarse por mutuo consentimiento, ocurriendo al Juez competente en los términos que ordena el Código de Procedimientos Civiles.

En el tercer párrafo de este artículo, las penas que se mencionan son sancionadas por el Código Penal y es referente al delito de falsedad en declaraciones ante autoridad pública.

b) El divorcio voluntario judicial

Analizaré características y efectos en el capítulo cuarto y quinto de esta tesis.

II.3) BREVE ANÁLISIS DE SUS CAUSAS LEGALES

A este respecto sólo haré mención de los aspectos generales de las causas del divorcio del artículo 267 Fracciones I a XVII y art. 268 del C.C.

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

En su acepción gramatical es entendido como "El ayuntamiento carnal ilegítimo de un hombre con una mujer cuando uno o ambos son casados". "Violación de la fe conyugal".²⁷

Esta causal asume dos formas; que el cónyuge inocente puede demandar al otro por adulterio como simple causa de adulterio o puede optar por ejercer la vía penal cuando el adulterio se configure en su forma típica, es decir cometer el delito en la casa conyugal y con escándalo.

En la vía penal, el culpable será sancionado conforme a la ley penal y el cónyuge inocente tendrá a su favor sentencia como prueba plena para solicitar el divorcio.

En la vía civil, probado el adulterio, el cónyuge que demanda obtendrá la sentencia a su favor.

Cualquiera de las dos formas para que proceda dicho divorcio, es necesario como señala el art. 269 del C.C. que debe interponerse la demanda por esa causa dentro de seis meses siguientes contados desde que se tuvo conocimiento del adulterio.

²⁷ MONTERO Duhalt Sara, Op. Cit. Pág. 223 y 224.

El adulterio es un delito que sólo se persigue a instancia o querrela del cónyuge ofendido, por consiguiente se puede ejercitar la acción de divorcio, sin presentar querrela para que se sancione penalmente.

Esta causal habla de que el adulterio debe ser debidamente probado, para tal efecto la Corte admite la prueba indirecta, ya que establece que la prueba directa es comúnmente imposible.

Hay otros dos casos en que la prueba es plena, que es la siguiente:

- 1) Cuando un hombre casado registra a un hijo habido con mujer distinta de su cónyuge.
- 2) El hecho de que la mujer dé a luz, durante el matrimonio, un hijo concebido antes de celebrar este contrato y que jurídicamente sea declarado ilegítimo.

Evidentemente no hay un delito de parte de la mujer en ocultar a su marido que se encuentra embarazada respecto de un hijo de quien no es padre de éste; pero sí es un hecho inmorale, además es una injuria porque es una deshonra para el marido por el silencio de la mujer exponiéndolo a la burla y desprecio de los demás.

Dicha causal se encuentra regulada en lo referente a la paternidad y filiación del Código Civil para el Distrito Federal.

Al contrario censura el art. 324 Fracc. I del C.C.; establece que los hijos nacidos antes de ciento ochenta días contados desde la celebración del matrimonio se presumen concebidos antes de éste. En este caso sí nace un hijo en este lapso de

tiempo, se considera hijo del matrimonio, ya que existe la idea de que existieron relaciones premaritales.

En este caso el marido ignorando esta situación, de que exista la posibilidad de que un tercero embarazó a la mujer, la ley otorga al marido la acción de desconocimiento de ese hijo, dicha acción no podrá surtir sus efectos en los cuatro casos que establece el artículo 328 del Código Civil, o bien si el marido deja caducar su acción de acuerdo a lo que establece el artículo 330 que dice: En todos los casos en que el marido tenga derecho de contradecir que el nacido es hijo de su matrimonio, deberá deducir su acción dentro de sesenta días, contados desde el nacimiento, si está presente; desde el día en que llegó al lugar, si estuvo ausente; o desde el día en que descubrió el fraude, si se le ocultó el nacimiento.

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.

Existe en esta causal una conducta inmoral, injuriosa y penal. En este último caso, el marido puede ser procesado penalmente por el delito de lenocinio art. 207 del Código Penal vigente para el Distrito Federal, en materia del fuero común y para toda la República en materia del fuero federal.

Tanto el Código Civil como el Código Penal coinciden en el aspecto esencial. El juez civil para que se pruebe dicha causal no exigirá que se acrediten todos los elementos que para el delito de lenocinio requiere el Código Penal; pero debe justificarse plenamente la existencia del cuerpo del delito.

IV.- La incitación o la violencia hecha por un cónyuge al otro para cometer algún delito, aunque no sea de Incontinencia carnal, se refiere a que uno de los cónyuges mueva o provoque ya sea mediante palabra, por escrito, actos como una sonrisa, burla o bien negarse a cumplir el débito conyugal u otros análogos que tenga como objeto cometer algún delito.

Esta causal puede tipificar el débito previsto en el art. 209 del Código Penal que estatuye; al que provoque públicamente a cometer un delito, o haga apología de éste o de algún vicio, se le aplicará prisión de tres días a seis meses y multa de cinco a cincuenta pesos, si el delito no se ejecutare.

En caso contrario, se aplicará al provocador la sanción que le corresponde por su participación en el delito cometido.

En este artículo se requiere que alguien provoque públicamente a otro para cometer un delito, o bien que haga la apología de éste o de un vicio, en cambio, la fracción IV del artículo 267 del Código Civil, sólo requiere que un cónyuge incite al otro a cometer un delito, o bien se lleve a cabo una violencia física o moral y no se requiere que la provocación sea pública.

Por ello podrá haber delito y causal del divorcio; cuando sea públicamente la incitación o provocación de un cónyuge al otro para cometer el delito, o bien exista violencia física o moral a través de fuerza, tortura, dolor y de privación de la libertad.

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.

Esta causal desprende actos inmorales y acciones delictuosas. Se entiende como tolerancia en la corrupción como actos positivos y no en simples omisiones (art. 270 del Código Civil).

Mientras que corrupción significa toda clase de conductas inmorales y de miseria humana, así como también; la embriaguez, prostitución, la farmacodependencia, la mendicidad, el robo, o la comisión de cualquier delito.

Si los actos inmorales se cometen en hijos mayores de edad, no se configura el delito de corrupción; art. 201 del Código Penal, pero si la causal del divorcio.

Luego entonces para que exista esta causal es necesario que ejecuten actos inmorales tendientes a corromper a sus hijos o permitan que estos actos los ejecute un tercero.

Al respecto los dos artículos 201 y 202 del Código Penal que relacionan con esta causal dicen lo siguiente:

Art. 201.- Al que procure o facilite la corrupción de un menor de dieciocho años de edad o de quien estuviere de hecho incapacitado por otra causa mediante actos sexuales, o lo induzca a la práctica de la mendicidad, ebriedad, toxicomanía o algún otro vicio, a formar parte de una asociación delictuosa o a cometer cualquier delito, se le aplicará de tres a ocho años de prisión y veinte a cien días de multa.

Cuando los actos de corrupción se realicen reiteradamente sobre el mismo menor incapaz y debido a ello éstos adquieren los hábitos del alcoholismo, uso de sustancias tóxicas u otras que produzcan efectos similares, se dediquen a la prostitución o a las prácticas homosexuales, o a formar partes de una asociación

delictuosa, la pena de prisión será de cinco a diez años y de cien a cuatrocientos días de multa.

Art. 202.- Queda prohibido emplear a menores de dieciocho años en cantinas, tabernas y centros de vicios, la contravención a esta disposición se castigará con prisión de tres días a un año, multa de veinticinco a quinientos pesos y además con cierre definitivo del establecimiento en caso de reincidencia. Incurrirán en la misma pena los padres o tutores que acepten que sus hijos o menores, respectivamente, bajo su guarda, se empleen en los referidos establecimientos.

Para los efectos de este precepto se considerará como empleado en la cantina, taberna y centro de vicio al menor de dieciocho años que por un salario, por la sola comida, por comisión de cualquier índole, por cualquier otro estipendio, gaje o emolumento o gratuitamente, preste sus servicios en tal lugar.

VI.- Padecer sífilis, tuberculosis, o cualquiera otra enfermedad crónica o incurable, que sea, además, contagiosa, 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.

Se comentan estas dos causales, toda vez que son enfermedades que sobrevienen después de celebrado el matrimonio; de acuerdo con las anotaciones y requisitos que a continuación se mencionan.

Son llamadas por la doctrina como causas eugenésicas o causas remedio. Como se recordará en estas dos causas el cónyuge sano puede optar por el divorcio vincular o por la separación de cuerpos.

En relación a la primera causa, es bien cierto que con los avances de la ciencia moderna la sífilis y la tuberculosis si se detectan a su debido tiempo pueden ser curables. Sin embargo recordemos que en la actualidad casi no existe una enfermedad que tenga al mismo tiempo dos de las características que pide la ley, que es crónica y contagiosa, crónica y hereditaria; incurable y contagiosa, o incurable y hereditaria. Sin embargo existe una enfermedad que sí reúne dos de las características que pide la ley, es decir crónica, incurable y además contagiosa o hereditaria que es el SIDA, que a la fecha la ciencia moderna no ha podido extinguirla y de esta enfermedad han surgido infinidad de estudios académicos a nivel legal, cuando se habla de esta causal.

Dicha causal desprende al hablar de estas enfermedades los siguientes requisitos:

- 1.- Crónica
- 2.- Incurable
- 3.- Contagiosa
- 4.- Hereditaria

Las causales VI y VII si estas se presentan antes de celebrar matrimonio, estaremos ante los impedimentos que señala el art. 156 fracción VIII del Código Civil y apoyándose en el Art. 246 de la misma Ley que dice que existe nulidad de matrimonio cuando se funde en alguna de las causas expresadas en la Fracción VIII del art. 156 del Código Civil, tendrán que hacer valer dicha nulidad los cónyuges en un

lapso de sesenta días, contados, a partir de la fecha en que se celebró el matrimonio si se deja pasar dicho término de caducidad, la acción que corresponde es la de divorcio basada en la Fracción VII del art. 267 del Código Civil; Incluyendo la impotencia incurable que sobrevenga después del matrimonio.

La impotencia incurable, puede presentar grandes problemas en la práctica si se aplica rigurosamente la interpretación literal. la explicación es si se contrae matrimonio con este impedimento se puede pedir la nulidad dentro de los sesenta días siguientes a la realización del matrimonio, pero se estima que es muy corto plazo para determinar que la impotencia sea incurable. Lo más razonable sería que no se pida la nulidad y se deje correr el término de caducidad. En este caso ya no se tendría, como en las demás enfermedades, causa de divorcio, pues se pide como requisito para que sea causa de divorcio; que la impotencia sea sobrevenida después de celebrado el matrimonio y el supuesto que se analiza de la impotencia es de origen, antes de contraer matrimonio.

"La impotencia debe regularse con mayor cuidado; en la forma siguiente:

- 1.- Permitiendo la nulidad de matrimonio en cualquier momento cuando la impotencia es de origen.
- 2.- Como causa de divorcio con un amplio criterio jurídico o mejor aún suprimiéndola como causas de divorcio en vista de que se regula el divorcio por mutuo consentimiento.

Es muy fácil suponer que el cónyuge impotente prefiera otorgar su consentimiento para el divorcio antes de ser demandado por una causa que puede considerarse como humillante".²⁸

"Para las causas que implican delito, hecho inmoral o incumplimiento de obligaciones conyugales, el término de caducidad de seis meses se concede para que se haga valer la acción de divorcio. La ley presume perdonada la falta, por grave que sea, si no se entabla la demanda dentro del término de seis meses y se extingue la acción de divorcio por el perdón, bien expreso, bien tácito.

Que en relación a estas dos causales, desde el punto de vista racional, el término de caducidad no debe operar pues tratándose de enfermedades, no podemos considerar que hay un hecho imputable, que hay una culpa susceptible de perdón, ni podemos interpretar tampoco que por el transcurso de seis meses se pudiera extinguir la acción de divorcio en función del perdón.

El Código Civil, parte de una noción distinta. No es en virtud de la ofensa, de la deslealtad, del engaño, lo que funda la causa del divorcio, ni tampoco puede admitirse que el cónyuge sano acepte celebrar matrimonio con un enfermo, bien con padecimientos contagiosos para correr el riesgo de contraerlo, o bien transmitirlo a sus hijos, si fuese hereditario, sino que conózcase o no, hay razón de evidente interés público para proteger la especie y evitar el contagio; razón de salubridad pública indiscutible, sobre todo para impedir la transmisión hereditaria, de manera que es totalmente inoperante, inocua la voluntad del cónyuge sano para celebrar matrimonio con el enfermo, sin que pueda convalidar el matrimonio, pudiendo hacer valer la nulidad dentro del término de sesenta días. O si no se hizo

²⁸ MONTERO Duhalde Sara, Op. Cit. Pág. 229.

valer, justamente por esas razones de evidente orden público, de protección de la salud, se mantiene viva la acción, a diferencia de la impotencia, para que en todo tiempo, mientras subsista la enfermedad, se pueda ejercitar la acción de divorcio.²⁹

"Por último la enajenación mental como causa del artículo 267 Fracción VII del Código Civil, sufrió un reforma por decreto del 27 de diciembre de 1983 que deroga el artículo 271 del Código Civil que señalaba el plazo de dos años desde que se declarara incurable la enajenación mental para que diera como causal de divorcio. La reforma consiste en que la enajenación mental incurable tendrá que ser declarada en un Juicio de Interdicción que se le lleve al enfermo, en cuya sentencia se declare que el cónyuge queda incapacitado. Se procederá a nombrarle un tutor. En este Juicio de Interdicción una vez que se declare que el cónyuge enfermo está incapacitado, el cónyuge sano tiene tres opciones que son:

- 1) Ser nombrado tutor legítimo de su consorte.
- 2) Pedir el divorcio basado en esta causal.
- 3) Solicitar simplemente el divorcio-separación sin extinguir vínculo matrimonial.

Sin optar por el divorcio vincular, podrá pedir la separación judicial provisional mientras se sigue el Juicio de interdicción y durante el procedimiento del divorcio, art. 275 y 282 del Código Civil".³⁰

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

²⁹ ROJINA Villegas Rafael, Op. Cit. Pág. 392 y 393.

³⁰ MONTERO Duhalit Sara, Op. Cit. Pág. 229 y 230.

"La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido el siguiente criterio: La palabra "abandono" seguida por las voces "domicilio conyugal" no puede referirse únicamente a la materialidad de la casa, de la morada que se habita, sino que, por una figura del lenguaje se toma el continente por el contenido, es decir, la morada que se habita, por el cónyuge y sus hijos tratándose por lo mismo de un abandono de personas, de causa y de obligaciones; de un acto voluntario por el actual, uno de los cónyuges deja de prestar al otro y a los hijos, la protección y auxilio que natural y civilmente está obligado a prestarles. En consecuencia el consorte que, dejando al otro y a sus hijos, no cumpla con la obligación que legalmente le corresponde, abandona jurídicamente el domicilio conyugal".³¹

Se presenta, entonces el problema en distinguir la separación de la casa conyugal por más de seis meses sin causa justificada, en relación con el abandono de las obligaciones conyugales. Tanto en la doctrina como en la jurisprudencia; se ha llegado al grado de confundir dichos términos. Al respecto la Suprema Corte de Justicia ha considerado en algunas ejecutorias, que no se presenta esta causa cuando se cumplían las otras obligaciones impuestas por el matrimonio, especialmente en dar alimentos, lo que motivó que en realidad se autorizara en estas ejecutorias un estado contrario a la vida marital, y con ello desentendiéndose en realidad el contenido del precepto, se olvidó también de la causa que comprende la fracción XII; ya que se estaría ante esta misma causa y no en la causa de la Fracción VIII; si además del abandono físico de la casa conyugal, se incumple el deber de dar alimentos y asistencia que debe cumplir el cónyuge abandonador.

³¹ GALINDO Garfias Ignacio. Op. Cit. Pág. 601.

Por ello la separación de la casa conyugal sin causa justa significa el incumplimiento a uno de los deberes que impone el matrimonio a los cónyuges que es el de vivir juntos en el domicilio.

Lo que interesa en esta causal es el fondo e interpretando literalmente es el hecho objetivo de haber roto la cohabitación por más de seis meses para tener como causa el divorcio sin importar que el cónyuge que deja la casa sin justo motivo siga cumpliendo con los demás deberes de sostenimiento del hogar. La causa habla únicamente de la separación conyugal; toma en cuenta como fondo el cumplimiento de la obligación más importante en el matrimonio; o sea la de hacer vida en común, la de vivir bajo el mismo techo y que permite realizar el estado matrimonial. Por consiguiente si no existe esto no se puede cumplir con los otros fines naturales del matrimonio, ya que si existen hijos no se podrá ejercer la patria potestad, ayuda mutua en los alimentos, ayuda moral, espiritual, fidelidad y el débito carnal.

Con la unión de la anterior explicación, es decir abandono del hogar y el cumplimiento de las demás obligaciones del matrimonio y la paternidad, se configura el delito; abandono de personas, que señala el art. 336 del Código Penal, dice:

Al que sin motivo justificado abandone a sus hijos o a su cónyuge, sin recursos para atender a sus necesidades de subsistencia, se le aplicarán de un mes a cinco años de prisión, privación de los derechos de familia y pago como reparación del daño, de las cantidades no suministradas oportunamente por el acusado.

El art. 337 del Código Penal establece: El delito de abandono de cónyuge se perseguirá a petición de la parte agraviada. El delito de abandono de hijos se

perseguirá de oficio y cuando proceda el Ministerio Público promoverá la designación de un tutor especial que represente a las víctimas del delito, ante el Juez de la causa quien tendrá facultades para designarlo. Tratándose del delito de abandono de hijos se declarará extinguida la acción penal, oyendo previamente la autoridad judicial al representante de los menores, cuando el procesado cubra los alimentos vencidos y otorgue garantía suficiente a juicio del Juez para la subsistencia de los hijos.

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 del divorcio.

Se refiere al cónyuge que abandona la casa conyugal, ya que el otro cónyuge le ha motivado una o varias causales de divorcio, debe demandar el mismo antes de que transcurra un año, o corre el peligro de ser el demandado por abandono de hogar.

"El plazo de un año para presentar la demanda de divorcio concedido al cónyuge inocente que abandonó el hogar, por causa justificada, ha sido establecido para dar lugar a una posible reconciliación de los cónyuges mediante el perdón del cónyuge inocente".³²

Es aconsejable hacer valer esta causa por el cónyuge inocente que abandonó justificadamente al otro, que interponga a tiempo de la demanda de divorcio, dentro del año, a partir de la separación porque de lo contrario, al pasar los seis primeros meses, quedó perdonada la causa de divorcio que se tuvo para separarse y comienza

³² GALINDO Garfias Ignacio, Op. Cit. Pág. 601.

a correr el término de seis meses de separación injustificada. De ahí la posibilidad de que el cónyuge que dio causa para que el otro se separara, si éste se separa y no entabla demanda dentro del año, pueda el que motivó aquella causa, presentar a su vez 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 esta que proceda la declaración de ausencia.

Procede esta causal cuando la ausencia de uno de los cónyuges se debe a circunstancias especiales, como la inundación, el naufragio, el incendio, en estos casos, no se requiere que se lleve a cabo la declaración de ausencia, sino más bien se puede ya declarar la presunción de muerte del ausente, por el sólo hecho de haber transcurrido dos años, por estas circunstancias.

Habrà causa de divorcio aún sin necesidad de que se haya declarado la ausencia, cuando ésta no se deba a esas causas, tiene primero que hacerse la declaración de ausencia y después vendrá la presunción de muerte.

Se considera inadecuada esta causal, pues para obtener una sentencia en que se declara la ausencia de muerte, se necesita el transcurso de varios años y ya se ha señalado que el lapso de seis meses de la separación de hogar conyugal se tiene como causa para fundar el divorcio. Se considera más práctico en lugar de ser causa de divorcio, fueran causas automáticas de disolución del matrimonio.

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

"La sevicia significa generalmente, crueldad, malos tratos de hechos que revelan crueldad, sin que impliquen peligro para la vida del ofendido. Son todos aquellos actos ejecutados por un cónyuge con el ánimo de hacer sufrir al otro.

Las amenazas son las palabras o hechos mediante los cuales intimida al cónyuge acerca de un mal inminente que le puede ocurrir a él o a sus seres queridos. La amenaza puede constituir también un delito con independencia de la causa de divorcio en materia civil.

Injuria es toda expresión proferida a toda acción ejecutada con el ánimo de ofender al cónyuge, de manifestarle desprecio.

Sintetizando: mediante la sevicia se hace sufrir, con las amenazas se intimida y con las injurias se ofende".³³

Existe la acción del cónyuge ofendido en ejercer la vía penal por el delito de sevicia, amenazas e injuria o bien ejercer la vía civil a través de la causal que se analiza.

Como se observa, los hechos que menciona la Fracción XI, no es causa absoluta de divorcio, ya que están sujetos a la apreciación y arbitrio del juez, quien deberá tomar en cuenta, la educación, cultura, formas de convivencia, la reiteración de la conducta del ofensor y el medio social en que viven los cónyuges.

El juez tiene que valorar la gravedad de la sevicia, amenazas e injurias, si éstas son mediante actos o palabras injuriosas, si revelan una falta de consideración de un cónyuge hacia otro y por lo tanto, la ruptura afectiva de la armonía conyugal.

³³ MONTERO Duhalde Sara. Op. Cit. Pág. 232.

El divorcio se puede promover por sevicia, por amenazas o injurias en forma separada y no necesariamente que concurren las tres en forma simultánea, así se desprende por la jurisprudencia emitida al respecto.

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.

Trataremos ahora la negativa injustificada de uno de los cónyuges o de ambos en el cumplimiento de las obligaciones que señala el artículo 164 del Código Civil; el cual establece: los cónyuges contribuirán económicamente el sostenimiento del hogar, a su alimentación y a la 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. A lo anterior no está obligado el que se encuentre imposibilitado para trabajar y careciere de bienes propios, en cuyo caso el otro atenderá íntegramente a esos gastos.

Los derechos y obligaciones que nacen del matrimonio serán siempre iguales para los cónyuges e independientes de su aportación económica al sostenimiento del hogar.

El art. 168 del Código Civil señala; el marido y la mujer tendrán en el hogar autoridad y consideraciones iguales, por lo tanto, resolverán de común acuerdo todo lo conducente al manejo del hogar, a la formación y educación de los hijos y a la

administración de los bienes que a estos pertenezcan. En caso de desacuerdo, el juez de lo familiar resolverá lo conducente.

Se deduce de lo anterior; que los cónyuges al negar lo señalado en el art. 164 del Código Civil o bien no acatar la resolución del juez, conforme al art. 168 del Código Civil; estamos ante esta causal de divorcio.

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

Existiendo este tipo de acción en los cónyuges, no tiene ya razón de existir el lazo conyugal. No se trata de una simple calumnia, sino de un delito realmente cometido por uno de lo cónyuges en contra del otro.

Al respecto, la Suprema Corte de Justicia se ha pronunciado de la siguiente manera: "Para que exista la causal de divorcio por acusación calumniosa, no es necesario que ésta dé lugar a la Institución de un proceso y al pronunciamiento de una sentencia absolutoria del acusado, porque es 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 cada 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 éste se inspira en el propósito de dañarlo en su reputación y en la consideración social que merece, circunstancias todas ellas reveladoras de la existencia de una odiosidad y de una falta de estimación ente los cónyuges que hace imposible la vida en común".³⁴

³⁴ MONTERO Duhalt Sara. Op. Cit. Pág. 234 y 235.

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

Por infamia, se entiende el descrédito en el honor, la reputación o el buen nombre de una persona. Toda condena penal produce descrédito.

El Código Penal no clasifica los delitos en infamantes o no infamantes, haciendo la interpretación amplia, cualquier condena penal, excepto el delito político, constituye una infamia.

Para que exista esta causal se necesita una sentencia ejecutoriada que imponga al cónyuge que cometiere el delito, una pena mayor de dos años de prisión.

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.

Esta causal reúne dos circunstancias que son las siguientes:

- 1.- El hábito vicioso; ya sea de juego, embriaguez y de drogas enervantes.
- 2.- La amenaza de la ruina de la familia o el vicio que provoca una constante desavenencia conyugal.

Se entiende por ruina, no sólo la disminución considerable del patrimonio (concepto económico) sino principalmente la ruina moral que sufren los miembros de la familia, ocasionada por esos hábitos perniciosos.

En este caso el Juez será quien determine la gravedad de esos malos hábitos, si han perturbado tan gravemente la armonía matrimonial que haga imposible la convivencia conyugal. El interés jurídico tiene como fin en el matrimonio el asegurar la vida del hogar.

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

Aquí el Código Civil al redactar dicha causa, tuvo como antecedente el código penal de 1871, en el cual no sancionaba el delito del robo entre consortes y aún cuando penalmente no hubiera robo, para los efectos del divorcio, si ese robo por su cuantía, tratándose de una persona extraña, fuere sancionable con más de un año de prisión sí constituía una causa de divorcio. Con esto se demuestra que el legislador, cuando elaboró esta causa en 1928, fecha en que se promulgó el Código Civil vigente, que el delito debería apreciarse por el juez civil, para los efectos exclusivamente del divorcio, ya que no existía el robo entre consortes en el Código Penal.

En la actualidad el Código Penal vigente derogó el robo entre consortes.

Ahora señala a través del nuevo art. 399 bis del mismo Código Penal que los delitos correspondientes al capítulo VI (daños en propiedad ajena), cuando se realice entre familiares se perseguirán por querrela de parte ofendida. Por ello al existir un delito de esta naturaleza y lo cometa y cónyuge contra el otro, éste puede optar por acusarlo penalmente, o pedir divorcio, o ambas cosas.

Tratándose en la vía civil, el Juez debe examinar si tales hechos, han llegado a tipificar un delito, cuyo análisis no se llevará a cabo para sanción penal, sino para decretar el divorcio.

XVII.- El mutuo consentimiento.

Como se recordará, ésta causal da origen a dos causas de divorcio; el voluntario de tipo administrativo que regulan los artículos 272 y 274 del Código Civil al establecer sus requisitos y características; las cuales se comentaron en renglones anteriores.

Otra clasificación es el divorcio voluntario de tipo Judicial que como se indicó, se reserva todas sus características para mencionarlas en los capítulos cuatro y cinco de esta tesis.

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

Esta causal es reciente, pues fue inserta el 27 de diciembre de 1983 publicada por decreto en el Diario Oficial de la Federación y entró en vigor a los noventa días siguientes de su publicación.

Su explicación; es que cuando los cónyuges han roto el vínculo marital que los unía y viven separados por más de dos años, se podrá invocar esta causal que se

analiza por cualquiera de los cónyuges, aún por aquél que ha provocado la separación; y así obtener la sentencia de divorcio. Aquí no procede el divorcio por mutuo consentimiento, sino únicamente por divorcio necesario, por ende presenta ciertas características esta causal, ya que no existe calificación de cónyuge inocente ni culpable, no se tendrá tampoco derecho a alimentos entre ellos, pero sí con relación a los hijos si los hubiere.

Se califica esta fracción de peligrosa, pues desprotege fundamentalmente a la mujer que ha dedicado sus años de matrimonio a los trabajos del hogar; no remunerado, puede sufrir esta clase de divorcio por parte del marido que se separa del domicilio conyugal por más de dos años, si durante este tiempo el cónyuge ha pasado o no pensión alimentaria al grupo familiar, cumpliéndose este periodo, podrá pedir divorcio cualquiera de los cónyuges basado en esta causal; y en sentencia no se podrá obligar a pasar alimentos.

Para evitar llegar hasta esta causal, se puede invocar la causa del "abandono injustificado del hogar conyugal" Fracción VII del art. 267 del Código Civil, y así demandar al cónyuge abandonador, para obtener la calidad de cónyuge inocente y tener derecho a recibir alimentos. Es bien cierto que la mayoría de las personas ignoran sus derechos para hacerlos valer cuando les son necesarios.

Causa número XIX art. 268. Cuando un cónyuge haya pedido el divorcio o la nulidad del matrimonio por causa que no haya justificado o se hubiere desistido de la demanda o de la acción sin la conformidad del demandado, 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 estos tres meses los cónyuges no están obligados a vivir juntos.

Se observa que el legislador reguló esta causal en forma separada, en relación con las demás causales. La razón no es que sea especial esta causal sino que se identifica a las demás.

Habla este artículo que un cónyuge ha solicitado el divorcio o nulidad de matrimonio, ante la autoridad competente, cuando cree tener las pruebas necesarias, pero por negligencia o torpeza de su abogado no pudo justificar su demanda pierde el juicio de nulidad o de divorcio, pues no justificó con elementos fehacientes al juez, por ello no obtendrá la disolución legal del matrimonio, pero el mismo quedó roto de hecho, luego entonces el cónyuge demandado obtendrá para sí esta especial causa de divorcio.

"Las últimas reformas habidas en esta materia (D.O. de 27 de diciembre de 1983), esta causal de divorcio fue adicionada con la palabra "o se haya desistido de la demanda o de la acción sin la conformidad del demandado". Consideramos que esta adición va en contra del art. 281 que prescribe que "el cónyuge que no haya dado causa al divorcio puede, antes de que se pronuncie la sentencia que ponga fin al litigio, otorgar a su consorte el perdón respectivo..." el desistimiento de una demanda de divorcio lleva implícito, creemos, el perdón de la causal que motivó la demanda.³⁵

Estoy de acuerdo con dicha opinión, pues al hablarse de desistimiento de demanda o de acción; implica el perdón de la causa que motivó la demanda, ya que el divorcio es a petición de parte ofendida y no de oficio.

³⁵ MONTERO Duhalt Sara. Op. Cit. Pág. 239.

Se habla que debe dejarse pasar tres meses de la notificación de la última sentencia o del auto que recayó al desistimiento y en éste último caso no hay mayor problema para el término de tres meses, pero tratándose de la sentencia, para establecer el término, el criterio que ha sustentado la Corte es el siguiente; que para pedir esta causa de divorcio deben dejarse pasar tres meses de la notificación de la última sentencia y esta es en la que en definitiva establezca la cosa juzgada, o sea la de amparo, cabiendo inclusive, con relación a ella, la distinción de que si la misma niega la protección constitucional, a partir de su notificación es cuando debe computarse el término de los mencionados tres meses.

11.4) SUS EFECTOS LEGALES

El divorcio necesario tiene efectos provisionales desde el momento de admitirse la demanda de divorcio y efectos definitivos al dictar sentencia el Juez, estos son en relación a los cónyuges, hijos y bienes. Del divorcio por separación, ya fueron analizados sus efectos en páginas anteriores.

En la misma forma el divorcio de tipo administrativo tiene efectos en la misma medida. Del divorcio voluntario de tipo judicial analizaremos sus efectos en el cuarto y quinto capítulos de esta tesis.

Por consiguiente estudiaremos los efectos en el divorcio necesario y administrativo.

1) EFECTOS EN EL DIVORCIO NECESARIO.

Los efectos provisionales se observan únicamente durante la tramitación del Juicio así lo establece el art. 282 del Código Civil dice; al admitirse la demanda de divorcio, o antes si hubiere urgencia, se dictarán provisionalmente y sólo mientras dure el Juicio, las disposiciones siguientes:

- I. Derogada.**
- II. Proceder a la separación de los cónyuges de conformidad con el Código de Procedimientos Civiles.**
- III. Señalar y asegurar los alimentos que debe dar el deudor alimentario al cónyuge acreedor y a los hijos.**

IV. Las que se estimen convenientes para que los cónyuges no se puedan causar perjuicios en sus respectivos bienes ni en la sociedad conyugal en su caso.

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

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

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

El juez al dictar sentencia en el que decreta el divorcio, encontramos los efectos definitivos en relación a los cónyuges y a los hijos.

A) En las personas de los cónyuges.

El art. 266 del Código Civil, dice que el divorcio disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro.

Esta es la finalidad que al fin alcanzan los cónyuges para poder rehacer nuevamente su vida y así celebrar otro matrimonio válido. El art. 289 del Código Civil dice que los cónyuges recobrarán su entera capacidad para contraer nuevo matrimonio, el cónyuge que haya dado causa al divorcio no podrá volver a casarse

sino después de dos años, a contar desde que se decretó el divorcio, es decir la sentencia de divorcio.

Tratándose del varón inocente, éste podrá celebrar matrimonio de inmediato. En cambio la mujer inocente dice el art. 158 del Código Civil la mujer no puede contraer nuevo matrimonio sino hasta pasados trescientos días después de la disolución del anterior, a menos que dentro de ese plazo diere a luz un hijo.

Este plazo empezará a contarse a partir de la fecha en que el juez ordenó la separación judicial, o sea, al admitirse la demanda o antes si hubo urgencia en la separación.

En relación a la obligación de dar alimentos; el cónyuge inocente tendrá derecho a alimentos otorgados por el culpable, éstos serán fijados por el juez tomando en cuenta las circunstancias del caso y entre ellas la capacidad para trabajar de los cónyuges y su situación económica. El cónyuge culpable nunca tendrá derecho a alimentos por parte del otro; si ambos son declarados culpables, ninguno podrá exigir alimentos al otro; éstos serán fijados por el juez.

Por último, cuando por el divorcio se originen daños y perjuicios a los intereses del cónyuge inocente, el culpable responderá de ellos como autor de un hecho ilícito (art. 288 del Código Civil).

■) En cuanto a los bienes de los cónyuges.

Dice el art. 286 que el cónyuge que diere causa al divorcio perderá todo lo que se le hubiere dado o prometido por su consorte o por otra persona en consideración

a éste (donaciones antenuptiales o donaciones entre consortes); el cónyuge inocente conservará lo recibido y podrá reclamar lo pactado en su provecho.

Al existir sentencia de divorcio (art. 197 del Código Civil), se disuelve la sociedad conyugal, y se procederá a la división de los bienes comunes, de acuerdo con las bases que establezca la sentencia de división, conforme a lo dispuesto en las capitulaciones matrimoniales (art. 281 del Código Civil).

C) En cuanto a los hijos.

En atención a éstos, el art. 283 dice: la sentencia de divorcio fijará la situación de los hijos, para lo cual el Juez gozará de las más amplias facultades para resolver todo lo relativo a los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad, su pérdida, suspensión o limitación, según el caso y, en especial, a la custodia y al cuidado de los hijos, debiendo obtener los elementos de juicios necesarios para ello. El Juez observará las normas del presente código para lo fines de llamar al ejercicio de la patria potestad a quien legalmente tenga derecho a ello, en su caso, o designar tutor.

En la parte final de este artículo se establece que, el juez, determinando el caso, aplicará el art. 414 del Código Civil en relación a la patria potestad o tutela de los hijos; el Juez podrá acordar, a petición de los abuelos, tíos o hermanos mayores, cualquier medida que se considere benéfica para los menores; art. 284 del Código Civil.

En caso de que el padre y la madre perdieran la patria potestad, quedan sujetos a todas las obligaciones que tienen para sus hijos; art. 285 del Código Civil.

Por último, una vez ejecutoriado el divorcio, se tomarán las precauciones necesarias para asegurar las obligaciones que queden pendientes entre los cónyuges o con relación a los hijos. Estos mismos tendrán la obligación de contribuir, en proporción a sus bienes e ingresos, a las necesidades de sus hijos, a la subsistencia y a la educación de éstos hasta que lleguen a la mayoría de edad; art. 287 del Código Civil.

2) EFECTOS DEL DIVORCIO VOLUNTARIO ADMINISTRATIVO.

En la misma manera en que el divorcio necesario, los efectos que produce el divorcio voluntario administrativo es en relación entre los mismos cónyuges, bienes y según las circunstancias del caso, también se pueden contemplar indemnizaciones compensatorias y negocios pendientes.

a) Alimentos.- Partiendo de lo que señala el artículo 272 del Código Civil al indicar la obligación recíproca entre los cónyuges de darse alimentos que puedan quedar subsistentes en los casos de divorcio cuando así lo señale la ley. Por su parte, el artículo 288 del mismo ordenamiento, en su segundo párrafo, habla del divorcio por mutuo consentimiento, sin distinguir el judicial del administrativo, y en estos casos, la mujer tendrá derecho a recibir alimentos por el mismo lapso de duración del matrimonio, derecho que disfrutará si no tiene ingresos suficientes y mientras no contraiga nuevas nupcias o se una en concubinato. Agrega que el mismo derecho tendrá el varón que se encuentra imposibilitado para trabajar y carezca de ingresos suficientes, mientras no contraiga nuevas nupcias o se una en concubinato.

b) En cuanto a los bienes de los cónyuges.- Se pide como requisito para que proceda este divorcio; la liquidación de la sociedad conyugal y para ello también deben

pactarse, entre otros, la administración de los bienes, rendición de cuentas, rendición de patrimonio, disolución y liquidación. Para mayor información al respecto remito al lector al capítulo cuarto y quinto de esta tesis.

c) Indemnización compensatoria.- Se parte de la base en que en nuestra legislación no existe disposición legal que valore el trabajo de la mujer en la casa, ya que el varón se libera de la responsabilidad hogareña pues es el que, en la mayoría de los casos, aporta el dinero al hogar y, por consiguiente, los bienes muebles o inmuebles son adquiridos por éste; tratándose de este supuesto, procede en favor de la mujer la indemnización compensatoria con base en el enriquecimiento ilegítimo.

d) Negocios pendientes.- Se refiere a negocios en desarrollo o que estén pendientes de liquidar, esto se debe convenir previa la comparecencia de ambos ante el Juez del Registro Civil. Para ello, se puede redactar un contrato privado firmado por los divorciantes y por dos testigos, ya que este documento será exigible si alguno lo incumple. Es bien cierto que este convenio no es necesario que se presente ante el Juez del Registro Civil para que tramite el divorcio.

CAPITULO III

TRASCENDENCIA E IMPORTANCIA DEL DIVORCIO DESDE DIVERSOS PUNTOS DE VISTA

Considero necesario analizar este tema tan importante, y más aún preocupante para nuestra sociedad actual, ya que el objetivo que persigue hoy en día el estado a través de sus diversos organismos competentes en esta materia, así como las instituciones privadas, es el de disminuir el número de divorcios que a diario se presentan ante el órgano Jurisdiccional y otros más que no son promovidos ante esta autoridad. Por ello se deben hacer leyes más justas, acordes a las costumbres de la sociedad.

Se presenta Inmediatamente el problema del porqué algunos matrimonios perduran más que otros; unos se disuelven a corto o largo plazo, quizá porque no hubo la preparación necesaria o no se tomaron en cuenta las bases fundamentales de cómo se debe constituir una pareja antes y ya en el matrimonio. Es por eso que surgen paralelamente a estos trastornos de los cónyuges la palabra divorcio.

Algunas veces hemos apreciado que muchos matrimonios son felices todo el tiempo, y surge entonces la pregunta que hacen esas parejas para vivir de esa forma; la contestación sería porque son personas responsables que constituyeron su matrimonio sobre bases reales que presenta la vida cotidiana y más aún conscientes de sus obligaciones.

Estoy completamente de acuerdo que sobrellevar un matrimonio no es nada fácil, pero tampoco imposible, pues es necesario que ambos cónyuges hagan un

esfuerzo, y la base para hacerlo es aprender a hacer ese esfuerzo, al fin y al cabo el fin del matrimonio es la plena convivencia de los cónyuges.

Tomando en cuenta la explicación anterior, el divorcio tiene ciertos puntos de vista, no del jurídico, sino del político, ético o moral, sociológico y religioso.

III.1) EL PROBLEMA POLITICO

Se afirma que aquí el Estado a través de todos sus órganos debe intervenir en una forma continua en las relaciones de derecho de familia, ya que es bien cierto que se ponen en juego los intereses de la familia, la sociedad y del estado. Deben regular su intervención en este aspecto, en la constitución, modificación y extinción a través de una función de supervisión, para restringir, ampliar, modificar o revocar poderes familiares.

El Estado ha legislado a través del Poder Legislativo en materia de divorcio, sin embargo, juristas mexicanos hablan ya de renovar las causales de disolución de matrimonio, así como también de un procedimiento más eficaz.

Por mi parte, considero que además desde el punto de vista legal, el Estado debe intervenir a través de sus órganos de educación; se deben establecer programas más eficientes que los que existen actualmente, esto en materia de sexualidad, unión familiar, responsabilidad de padres de familia entre otros.

Deben ser inculcados en los niveles de enseñanza escolar de secundaria, nivel medio superior y profesional, para que de esta forma se enseñe y demuestre la importancia que tiene una familia unida, ya que es bien cierto que los jóvenes son la fuente de riqueza y de producción de nuestro país. Según encuestas realizadas, las familias desunidas es a consecuencia de padres desobligados que nunca hicieron nada para salir adelante, y por consiguiente los hijos nacidos de éstas; serán mañana delincuentes, drogadictos o alcohólicos que no serán útiles a la sociedad; y así sucesivamente al pasar el tiempo, estos miembros de la familia se unirán en pareja y

harán lo mismo sus hijos lo que ellos fueron, personas no aptas para el país y así cada generación respectivamente.

El Estado debe intervenir a través de sus órganos de salud, para dar apoyo a la pareja a través de pláticas continuas para la planificación de los hijos; señalando cuales son los medios idóneos para estos efectos. Señalando también programas para motivar a la pareja a vivir en unión permanente y evitar de esta forma el divorcio. Por eso, en la medida en que este sector tenga más ideas enfocadas en la salud de la familia e implantarlas a lo largo y ancho del país se estará ganando terreno en materia de divorcio.

El Estado como representante máximo del poder social, debe tener intereses en el mantenimiento y salud de la célula social que es la familia. El divorcio tal parece que contradice estas finalidades, pues en lugar de tener un aspecto de solidaridad, es un medio de desunión que destruye hogares. Por ello, como se dijo anteriormente el Estado, a través de sus leyes, facilita el divorcio, contribuye a la disgregación familiar y a la destrucción paulatina del cuerpo social. La función entonces del Estado en materia legislativa, es fomentar la estabilidad familiar creando todos los medios institucionales y legales para lograrlo, entre ellos, restringir en lo posible las causales de divorcio y los medios instrumentales para obtenerlo.

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

III.2) EL PROBLEMA ETICO.

Desde el punto de vista valorativo es más trascendente que el problema político. La moral va en contra del divorcio, en el sentido de que el mismo implica una solución contraria a los principios morales que deben regir la constitución de la familia, la cual son la estabilidad y la permanencia de la misma basada en una comunidad espiritual de los cónyuges. Se ha pensado que el divorcio fomenta la Inmoralidad en las relaciones familiares y que viene a constituir un principio de disolución de la familia y motivará la corrupción de los hijos. Los que se casan saben que si la unión que inician no es satisfactoria, pueden darla por terminada a través del divorcio; ambos pueden volverse a casar cuantas veces quieran hasta que encuentren al compañero más idóneo. Esto lógicamente va en contra de la ética; además lesiona gravemente los derechos de terceros, los hijos cuando los hay, pues éstos son las auténticas víctimas del divorcio.

El divorcio, por consiguiente, fue comprobado por psicólogos que causa trastornos psíquicos, ya que hiere profundamente a los cónyuges, o bien uno más que el otro según como se produzca la separación de los consortes, pero siempre resulta alguien lesionado psicológicamente, y ni qué hacer mención a los hijos que también sufren lesiones psíquicas que se reflejan en la forma como van desarrollándose, con esto se priva a los hijos del medio natural y adecuado para su mejor desarrollo físico, moral, e intelectual; todo ello crea un ambiente negativo en la mente de la niñez y de la juventud para su debido desarrollo.

Sara Montero Duhalt argumenta: Que el divorcio es un mal necesario; creo que está en lo correcto, pero si analizamos el problema a fondo tal como se presenta en la realidad y teniendo en cuenta lo mencionado con anterioridad, el divorcio se

presenta como un medio bastante difícil de extinguirlo, pero tengo fe que en la medida como se agrupen tanto el Estado y la misma familia va a haber una disminución considerable de divorcios.

El divorcio es un mal, esto es indiscutible, ya que constituye la única salida para eliminar males mayores entre los consortes. Los moralistas señalan que el divorcio va contra la ética pero éste en sí mismo no es inmoral, es más bien la solución a la convivencia inmoral de los que ya nada tienen entre sí de lazos afectivos. En el matrimonio sólo existe diferencia, desprecio, rencor o agresión, ya no hay amor como en un principio, y sólo existe la unión legal, la cual debe romperse.

Por tanto, inmoral e injusta debe ser la obligatoriedad legal de seguir unidos sin que exista voluntad de los cónyuges. Inmoral porque propicia las uniones clandestinas y el adulterio, e injusta porque priva a los sujetos de un bien personalísimo, pues tienen la libertad de unirse legalmente con quien se desee.

No es precisamente el divorcio el que lesiona al matrimonio, es el desamor entre los padres, es la situación permanente de malestar en el seno familiar, son las discusiones, la riña, las injurias y la tensión emocional.

Los hijos mediante el divorcio sufrirán por los problemas de sus padres, pero no serán los testigos impotentes de sus pasiones negativas. Luego entonces, el divorcio es un mal menor, porque evita males mayores; es por eso que se dice que el divorcio es un mal necesario.

Desde el punto de vista humano, se debe estudiar a fondo en el sentimiento legal de cuales deben ser las causas de divorcio, para no dar mucha facilidad a que los consortes se divorcien cuantas veces quieran, pues esto es completamente inmoral.

III.3) EL PROBLEMA SOCIOLOGICO.

Desde un punto de vista general, el problema sociológico en el derecho de familia se plantea la cuestión relativa a mantener la cohesión doméstica, es decir, lograr una solidaridad estrecha en las relaciones familiares, según las costumbres, las condiciones de cada pueblo, sus ideas morales y religiosas; debe ser por consiguiente, el derecho familiar, la expresión más correcta desde el punto de vista de la técnica jurídica, de la solidaridad doméstica.

Tal parece que el divorcio contradice las finalidades que persigue el derecho familiar, porque en lugar de ser una institución de solidaridad, es un medio de desunión; en lugar de mantener la cohesión de la familia, viene a romper el vínculo matrimonial y por consiguiente, a destruir un hogar, a imposibilitar el ejercicio normal de la patria potestad por ambos cónyuges. Introduce la anomalía de que la patria potestad se tenga que ejercer exclusivamente por un cónyuge en el divorcio necesario, y por ambos, en el divorcio voluntario, lo que origina indiscutiblemente un problema más serio, por lo que ve al ejercicio de este conjunto de poderes, de derechos y de responsabilidades que implica la patria potestad.³⁶

*El matrimonio es la base de la familia en una sociedad organizada. En consecuencia, la cohesión y estabilidad del grupo social exige que el matrimonio se sustente sobre bases firmes y que la unión de los cónyuges subsista durante la vida de los consortes.

³⁶ ROJINA Villegas Rafael.- Op. Cit. Pág. 446

Esta exigencia social se impone, en interés del cuidado y educación de los hijos.

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

Prescindiendo de consideraciones ético religiosas, el divorcio se encuentra en pugna con los intereses superiores de la colectividad social y por lo tanto, no se le puede aceptar, por lo menos en principio, como una institución deseable; antes bien se justifican las medidas que en diversos países se han adoptado para evitar divorcios o para hacer difícil la disolución del vínculo matrimonial.

Considerando la cuestión desde el punto de vista más humano, en el sentido de cuáles deben ser los motivos que en la ley se consideren como causas justificadas de divorcio, porque la resolución judicial que declare la disolución del vínculo, debe ser pronunciada en el caso en que de hecho, el estado matrimonial ya ha desaparecido entre los consortes.

En cuanto al interés primordial de los hijos, no puede negarse que las constantes dimensiones y reyertas entre los padres, lejos de ofrecer un clima favorable para la adecuada formación de la prole, crean un ambiente negativo en la mente de la niñez y de la juventud para su debido desarrollo".³⁷

³⁷ GALINDO Garfias Ignacio. Op. Cit. Págs. 582 y 583.

III.4) EL PROBLEMA RELIGIOSO REFERIDO AL DIVORCIO.

Al estudiar este tema no se debe caer en el error de querer enfocarlo a la religión que se profesa, sino que debe ser general de todas las religiones, para que de esta manera, se pueda juzgar el problema desde el punto de vista en que debe colocarse el jurista.

El catolicismo proscribía el divorcio vincular, aunque sí regula la anulación del mismo cuando se ha contraído mediante impedimentos. La Iglesia Católica considera al matrimonio como indisoluble en vida de los casados. Por lo tanto, el rompimiento del vínculo civil sería inoperante para los católicos en cuanto a la libertad de contraer un nuevo matrimonio.

La religión protestante, mediante las ideas de Lutero, en el que pensó que el matrimonio resultaba una cosa profunda, que no era un sacramento, ni tampoco un vínculo establecido por Dios con caracteres de indisoluble, y solamente Dios podría disolver a través de la muerte de uno de los cónyuges.

La religión mahometana, a través de su libro sagrado, el Alcorán, admite el divorcio. La disolución del matrimonio se obtiene invocando al dios Ala, en este caso tratándose de un problema de adulterio.

En lo que respecta a la historia del divorcio, desde el punto de vista del derecho laico, no se debe admitir el criterio de una sola religión, por consiguiente, el matrimonio se presenta como un acto del estado civil de las personas, o bien como

un derecho natural y no como un sacramento a virtud del cual resulte indisoluble el vínculo. Es por ello que lo Códigos de 1870 y 1884, por consideraciones no religiosas sino por ideas de solidaridad familiar se mantuvo la indisolubilidad del matrimonio; como ya observamos en páginas anteriores, que considero no necesita mayor explicación.

La conclusión al respecto nos señala claramente; la injerencia que tuvo la religión en materia de divorcio para que el legislador tomara como base y así emitir su opinión en tan problemático y debatido tema.

En relación a este capítulo, concluyó diciendo que desde los primeros ciclos escolares es necesario dar una correcta educación sexual integral a los jóvenes, entendiéndose ésta, no solamente en el aspecto físico de la relación sexual, sino también el correcto papel del hombre y la mujer que deben asumir en sus relaciones sociales como seres humanos y no como simples conductas masculinas o femeninas. Educar al niño y al adolescente y prepararlos para el futuro, cuando ejerzan el papel de padre de familia.

Sería importante que se pidiera como requisito para celebrar matrimonio, los cursos y programas prematrimoniales, por profesionistas preparados y conscientes de la importante labor que desarrollarían tanto a las parejas como a la sociedad mexicana.

CAPITULO IV

EL DIVORCIO VOLUNTARIO JUDICIAL

4.1) CONCEPTO Y PARTES EN EL JUICIO

"Es aquel que procede cuando sea cual fuere la edad de los cónyuges, y habiendo procreado hijos, están de acuerdo en disolver el vínculo matrimonial celebrando para ello un convenio que someterán para su aprobación ante un Juez de primera instancia, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 273 del Código Civil".³⁸

"Según lo previenen los artículos 272, último párrafo del Código Civil, y 674 del Código de Procedimientos Civiles, deben divorciarse por mutuo consentimiento ante la autoridad judicial los cónyuges mayores o menores de edad que no se encuentren en estado de interdicción, tengan hijos, y hayan concertado el convenio que exige el artículo 273, del Código Civil. Es necesario también que tengan un año de casados. (Artículo 274 del Código Civil).

Del principio anterior se infiere que no procede el divorcio voluntario judicial cuando los cónyuges no tengan hijos y sean mayores de edad, porque tales circunstancias han de acudir al Juez del Registro Civil".³⁹

"Si los consortes son menores de edad, si existen hijos en el matrimonio, o bien, si el matrimonio se ha celebrado bajo el régimen de sociedad conyugal, sin

³⁸ La Ley y la Justicia al alcance de todos. El divorcio en México, Editorinl Joaquín Porrúa. México, D.F. 1990. Págs. 9 y 10.

³⁹ PALLARES Eduardo. Op. Cit. Pág. 45.

haberse liquidado se deberá tramitar el divorcio voluntario ante el Juez competente. Es decir, si los consortes que pretenden divorciarse por mutuo consentimiento no llenan los requisitos señalados para el divorcio de tipo administrativo, por ser menores, tener hijos o bienes comunes, deberán acudir ante el Juez competente".⁴⁰

El Código Civil ni el Código de Procedimientos Civiles, definen al divorcio voluntario Judicial, ni tampoco precisan los requisitos, sino que éstos se derivan en base a la interpretación que el juzgador realiza, de acuerdo con los artículos 272 del Código Civil y 674 del Código de Procedimientos Civiles.

De los anteriores conceptos, podemos concluir diciendo que el divorcio voluntario Judicial es la disolución del vínculo matrimonial en la vida de los cónyuges sean mayores o menores de edad que no se encuentren en estado de interdicción, tengan hijos, tengan un año de casados y hayan concertado el convenio que exige la ley, decretada por autoridad competente ante la solicitud por mutuo acuerdo de ambos cónyuges y los deja en libertad de contraer un nuevo matrimonio válido dejando transcurrir un año después del día en que se declara ejecutoriada la sentencia de divorcio.

Manuel F. Chávez Asencio, plantea un problema al señalar que el artículo 273 del Código Civil, no hace referencia a la mujer que estuviera embarazada; pues si los consortes convienen en divorciarse, son mayores de edad, liquidaron la sociedad conyugal, no tienen hijos, pero se encuentra embarazada la mujer, ante esta hipótesis si procede el divorcio voluntario Judicial, pues la situación de embarazo hace aplicable el último párrafo del artículo 272 del Código Civil, pues el concebido ya tiene derecho y personalidad atento a lo dispuesto por el artículo 22 del Código Civil

⁴⁰ ROJINA Villegas Rafael. Op. Cit. Pág. 260.

y señala también la aplicación del artículo 282 Fracción V del Código Civil que el Juez debe dictar medidas precautorias cuando la mujer se encuentra encinta.⁴¹

Las medidas precautorias tienen su fundamento en los artículos 337, 1638 al 1648 del Código Civil, debe establecerse lo siguiente:

1.- Cerciorarse el Juez de que la mujer esta encinta, la cual debe dar aviso a aquel dentro de un término de cuarenta días para que lo haga saber al marido. El termino es de suponerse que será desde el día en que la mujer se le haya suspendido su regla. (Artículo 1638 del Código Civil). 2.- La mujer o el hombre, pueden pedir al Juez que dicten las providencias convenientes para evitar la suposición del parto, la sustitución del infante o que se haga pasar por viable la criatura que no lo es, cuidará el Juez de que las medidas que dicte no ataquen al pudor, ni la libertad de la mujer. (Artículo 337 y 1639 del Código Civil). 3.- La mujer está obligada a dar aviso al Juez de que se acerca el día del parto para que lo haga saber al marido (artículo 1640 del Código Civil). En caso de que la mujer no de aviso al Juez de estar embarazada, para efectos de alimentos, dependerá de que sea declarado o no al marido culpable en la sentencia definitiva.

El mismo autor plantea otro problema, "en el caso de que los consortes cumplan con los requisitos para promover este tipo de divorcio, pero alguno de ellos se encuentre en estado de interdicción; ante éste caso la respuesta sería que cuando se presentan estas condiciones en un sujeto, antes de contraer matrimonio, se consideran impedimentos para su celebración, artículo 156 fracciones VIII y IX del Código Civil, ante esta situación el cónyuge sano tiene a su favor la acción de nulidad; con base en el artículo 156 fracción VIII y 246 del Código Civil, en éste caso debe pedirla dentro del término de sesenta días contados desde que se celebró el matrimonio, si deja pasar dicho término de caducidad, la acción que procede es la de divorcio basado en la causal VII del artículo 167 del Código Civil, o bien tomando en cuenta el artículo 277 del Código Civil, sólo se podrá solicitar que se suspenda la obligación de cohabitar, es decir, la separación de cuerpos, pero cumplir con las demás obligaciones del matrimonio, luego entonces no procede en este caso el

⁴¹ CHAVEZ, Ascencio Manuel F. La Familia en el Derecho Relaciones Jurídicas Conyugales. Primera edición, Editorial Porrúa, S.A. México, D.F. 1985. Pág. 537

divorcio voluntario Judicial cuando alguno de los cónyuges se encuentre en estado de interdicción, sin embargo en el caso de que el consorte recobre su estado normal sí procederá".⁴²

En relación a las partes, que intervienen en el Juicio, es cierto que no encontramos un actor y un demandado, como sucede en el divorcio necesario. El divorcio voluntario Judicial es efectivamente un verdadero juicio, pues el Código de Procedimientos Civiles contiene reglamentación especial (artículo 674 al 682 del Código de Procedimientos Civiles), y lo separa de la jurisdicción voluntaria, por lo que no debe considerarse en esta forma, tiene un procedimiento especial; creo que el legislador lo consideró en este sentido por ser de interés social y de orden público; artículo 940 y 941 del Código de Procedimientos Civiles.

Intervienen en el Juicio las siguientes personas:

- a) Los dos cónyuges. - Cuya participación en el proceso tiene una autonomía de voluntad restringida, pues el matrimonio y la familia son de orden público. Tienen la libertad de contratar, estudiar y proponer un convenio al Juez familiar, con esto permite una solución pacífica, y más conveniente para los intereses de la familia, cónyuges, hijos y bienes. Esta autonomía de la voluntad de los cónyuges está limitada porque el orden público familiar exige que se vele para que éstos no se dañen entre sí, se vigile los intereses de la familia, que los pactos sean lo menos dañinos para los hijos, se resuelva el aspecto económico y lo relativo a los bienes conyugales y familiares. "Por lo tanto, el convenio tienen un límite natural que lo fija el hecho de ser el matrimonio y la familia de orden público familiar, como lo

⁴² PALLARES Eduardo. Op. Cit. Pág. 45.

consagra nuestra constitución en el artículo 4 al decir que la ley "protegerá la organización y el desarrollo de la familia" y como lo reconoce el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, al expresar que todos los problemas inherentes a la familia se consideran de orden público por constituir aquella la base de integración de la sociedad. (Artículo 940 del Código de Procedimientos Civiles).⁴³

b) El Ministerio Público adscrito al juzgado.- será responsable de estudiar y emitir su opinión sobre el convenio relativo al estatuto de los hijos, menores de edad e interdictos, cuando considere que se violan sus derechos o que estos no quedan bien garantizados y podrá solicitar modificaciones que estime pertinentes y éstas podrán ser o no aceptadas por lo cónyuges y el juez, así también interviene para que se cumplan debidamente las leyes relativas al divorcio, además la ley le recomienda vigilar para que el convenio se ajuste al orden público e interés social, a las buenas costumbres y a los principios generales del derecho. Tendrá que estar presente en las dos audiencias de conciliación artículo 675 y 680 del Código de Procedimientos Civiles.

c) El Juez de lo familiar.- Tiene tres funciones y son:

i. Control de legalidad.- Es detectar y comprobar la plena capacidad de los divorciantes al manifestar su plena libertad en redactar el convenio. Es cierto que aquí los cónyuges se encuentran asesorados por un abogado y es quien lo elabora, ante esta situación los vicios de la voluntad no van a ser subsanados por la aprobación judicial, pues el juez no tiene facultad

⁴³ CHAVEZ Asencio Manuel F. Op. Cit. Pág. 79.

para proponer modificaciones al convenio, ni suplir las deficiencias de alguno de los divorciantes, solo se concreta a aprobarlo o no. Está facultado para sugerir modificaciones y si no son aceptadas por los consortes el juez podrá rechazar el convenio artículo 680 del Código de Procedimientos Civiles.

II. Aprobación u homologación del convenio.- La ley lo faculta para estudiar y analizar que lo pactado en la relación jurídica del convenio referente al estatuto de los cónyuges, hijos y bienes haya licitud del fin o motivo, buenas costumbres, orden público, interés social y principios generales del derecho. Según el caso que el convenio garantice lo que señala el artículo 273 del Código Civil; ya que el Estado y la comunidad están interesados en preservar y apoyar la integración familiar.

III. Su incorporación a la sentencia.- El juez está facultado en ratificar el convenio conforme a la legalidad y aprobación u homologación y por ende incorporarlo a la sentencia; de esta manera decretar la disolución del vínculo conyugal y decretar a los divorciantes el cumplimiento a lo pactado en el convenio.

d) Tutor.- Se nombrará éste en el caso de que uno de los cónyuges o ambos son menores de edad, ya que tomando en cuenta el artículo 643 fracción II del Código Civil, establece que el emancipado menor de edad requerirá de un tutor para los negocios judiciales, y en virtud de que el divorcio voluntario judicial es un asunto judicial, deberán los menores estar acompañados durante el procedimiento por un tutor. El artículo 677 del Código de Procedimientos Civiles dice que el cónyuge menor de edad necesita de un tutor especial para poder solicitar este tipo de divorcio. Se puede caer en el error pues ambos artículos, es decir, si uno es menor de

edad se le nombra un tutor; en este caso no existe problema, en cambio si los dos son menores de edad, suele pensarse como lo anuncian los artículos 643 Fracción II del Código Civil al decir que el emancipado menor de edad necesita un tutor para negocios judiciales y el 677 del Código de Procedimientos Civiles que el cónyuge menor de edad necesita un tutor. En estos casos si se razona así, se establece que si los dos cónyuges son menores de edad se nombrará un tutor a cada cónyuge. El artículo 173 del Código Civil nos saca de la duda ya que considero que al mencionar el marido y la mujer menores de edad necesitan un tutor para asuntos judiciales, luego entonces en un matrimonio emancipado se nombra un solo tutor, sea que ambos sean menores de edad o bien solo uno, para promover así el divorcio voluntario Judicial.

La designación del tutor será de acuerdo a la tutela dativa ya que se deriva de su concepto en su parte última que ésta corresponde a menores emancipados.

Aunque la ley no precisa cuales son sus atribuciones, ni tampoco señala su necesaria intervención en este tipo de divorcio. Toda vez que la ley exige a los menores su completa voluntad en disolver el vínculo matrimonial y las estipulaciones en el convenio, y su intervención en forma personal en las dos audiencias, sin embargo prohíbe que sean representados en dichas audiencias por procurador y solo exige que sean acompañados por tutor para el caso de menores de edad. Artículo 678 del Código de Procedimientos Civiles.

*Eduardo Pallares dice que hay que reconocer que el papel del tutor en éste caso está en parte justificado y en parte no lo está. Si el acto de divorciarse es

personalísimo su intervención no tiene razón de ser, lo que no sucede en lo relativo a las estipulaciones del convenio en donde al parecer tiene razón su papel.⁴⁴

Considero que en la práctica debe dársele la oportunidad de intervenir para que dé sus puntos de vista en relación a los estatutos del convenio referentes a los cónyuges, hijos y bienes, ya sea en forma verbal o escrita, esto a consideración del juez y del Ministerio Público, es necesario que ambos se aleguen los elementos necesarios para así emitir su razonamiento lógico jurídico.

El tutor con la experiencia vivida puede transmitirlo a los menores, además estos una vez de haber consultado a sus familiares más cercanos y haber escuchado sus opiniones y una buena asesoría jurídica, tendrá un mejor resultado el divorcio, o inclusive optar por el divorcio contencioso.

"Por otra parte se plantea un problema en el caso de que el tutor no concurra a las audiencias de ley acompañando al menor de edad, si sucede esto no podrán celebrarse las juntas, o bien si se niega el tutor a ir a las juntas porque juzgue que el divorcio no conviene al menor, en éste caso el juez puede hacer cumplir sus obligaciones a través de medios de apremio conforme al Código de Procedimientos Civiles o bien revocar al tutor y nombrar otro".⁴⁵

Considero al tutor como un elemento de existencia en el divorcio voluntario judicial, ya que sin éste, aunque se cumpla con todos los demás requisitos no podrá tramitarse.

⁴⁴ PALLARES Eduardo. Diccionario de Derecho Procesal Civil. Editorial Porrúa. Decimosexta edición. México, D.F. 1984. Pág. 269.

⁴⁵ Ibidem.

En el caso de los mayores de edad no necesitan tutor, ya que estos por el solo hecho de ser mayores de dieciocho años pueden disponer libremente de su persona y bienes según lo dispone el artículo 647 del Código Civil.

4.11) DOCUMENTOS QUE SE ACOMPAÑAN EN LA DEMANDA

I. Copia certificada del acta de matrimonio de las personas que demandan el divorcio. Es absolutamente necesaria, porque lógicamente y jurídicamente, el divorcio presupone la existencia del matrimonio.

Si no se cuenta con éste documento, porque no haya existido registro, se haya perdido, estuvieren ilegibles o faltaren las formas en que se pueda suponer que se encontraba el acta, se podrá recibir prueba del acto por Instrumento o testigos, según el artículo 40 del Código Civil.

*La prueba supletoria del acta del Registro Civil que autoriza el artículo 40 puede obtenerse mediante el ejercicio de una acción declarativa en un Juicio ordinario por medio de la cual se logra un fallo que ordene al oficial del Registro Civil, que se levante una acta en la que se haga constar, la celebración de un matrimonio o el nacimiento de los hijos de los demandantes. Esta acción es al mismo tiempo declarativa porque mediante ella se pide la declaración de que procede el levantamiento del acta de que se trata, y es de condena respecto del Juez del Registro Civil contra el cual se ejercite la acción, que lo será ante el que se celebró el matrimonio o se registró el nacimiento de los hijos".⁴⁶

II. Copia certificada del acta de nacimiento de los hijos procreados en el matrimonio.

⁴⁶ PALLARES Eduardo. Op. Cit. Pág. 270.

Al igual que las actas del matrimonio, las de nacimiento son requisito indispensable pues al no existir hijos no procede esta clase de divorcio, son necesarias porque el juicio, igualmente presume que los peticionarios han procreado hijos durante el matrimonio, y tan es así que en el convenio que exige el artículo 273 del Código Civil ya tienen garantías para sus subsistencia de estos mismos. En caso de encontrarse en la situación que señala el artículo 40 del Código Civil, tiene el mismo procedimiento para las actas de nacimiento, de acuerdo a lo establecido en el inciso anterior.

III. El Convenio que exige el artículo 273 del Código Civil.

Se define como "Un acto jurídico familiar en el que los cónyuges regulan las consecuencias surgidas de un grave conflicto matrimonial y convienen un estatuto que comprende: lo relativo a las relaciones que permanecerán entre ellos; lo relativo a los hijos habidos del matrimonio; la disolución de la sociedad conyugal (si bajo ese régimen se contrajo el matrimonio) y, por último lo relativo a la familia que permanece después del divorcio. Este estatuto tendrá vigencia durante la tramitación judicial del divorcio y para la disolución de la sociedad conyugal, y comprenderá las relaciones jurídicas que permanecen después de ejecutoriado el divorcio".⁴⁷

El convenio en el divorcio voluntario judicial es aquel celebrado por los cónyuges, y que se constituye en un verdadero contrato de derecho público, e interés social en cuanto que el Estado y la sociedad están interesados en que se apegue estrictamente a las leyes que rigen al matrimonio y al divorcio. Ya que con todo esto, lo que nuestro ordenamiento jurídico busca, es garantizar los intereses de

⁴⁷ CHAVEZ Ascencio Manuel F. Op. Cit. Págs. 81 y 82.

los menores habidos en matrimonio, así como los derechos y obligaciones de los mismos consortes.

Siendo el convenio un elemento de existencia en el divorcio voluntario Judicial, al no acompañar éste a la demanda, el Juez no le dará entrada a la misma.

En el proceso lo que el Juez y el Ministerio Público van a aprobar es el convenio y no la voluntad que tienen los cónyuges en divorciarse, "sino más bien en lo estipulado en el convenio respecto de la condición futura de los hijos y de la manera como han de cumplir los padres la obligación que tiene de alimentarlos, así como las garantías que otorguen para el cumplimiento de esta obligación. El divorcio no se decreta por el Juez sino cuando se aprueba el convenio al cual puede oponerse el Ministerio Público y el propio Juez. Si lo rechaza por no considerarlo legal o conveniente a los intereses morales materiales de los hijos que están sujetos a la patria potestad, entonces no puede decretar el divorcio. Por lo tanto, en dicho juicio hay cuestión entre partes y debido a esta circunstancia debe figurar en los actos de jurisdicción contenciosa. La parte contraria a los cónyuges es el Ministerio Público, que representa los derechos de los hijos".⁴⁸

Debe distinguir en este tipo de proceso el convenio y el divorcio, el convenio es un presupuesto necesario para que el Juez decrete disuelto el vínculo conyugal, mientras que el divorcio se obtiene por la voluntad de cónyuges y la declaratoria del Juez contenida en la sentencia. El divorcio y el convenio producen efectos jurídicos; el segundo es pues el punto clave en el divorcio. Por ello si el convenio adolece de garantías necesarias a juicio del Juez y el Ministerio Público no se podrá decretar el divorcio, luego entonces el convenio no producirá sus efectos jurídicos, por lo tanto

⁴⁸ PALLARES Eduardo. Op Cit. Pág. 268.

se conserva el matrimonio. En cambio disuelto el vínculo por el juez y aprobado el convenio, puede suceder que alguna cláusula del convenio fuera nula lo que no afecta la disolución del matrimonio ya decretada.

Es de observarse que la autonomía de la voluntad de los cónyuges al celebrar el convenio que exige el artículo 273 del Código Civil como se anotó anteriormente no es plena. "En materia familiar encontramos como limitaciones las siguientes:

- a) Las propias normas del derecho positivo que se encuentran en la legislación mexicana. Partiendo de la Constitución, leyes federales y locales que directa o indirectamente tratan de la familia y matrimonio. Estas normas por su propia naturaleza son de orden público e interés social familiar y constituye un límite a la voluntad de los cónyuges.
- b) Las buenas costumbres que se estima son los usos y formas de vida morales vigentes en el pueblo o en una época determinada.
- c) La propia naturaleza del matrimonio y la propia naturaleza de la relación paterno-filial que tienen indudable contenido ético y deben respetarse independientemente de que se consigne en la norma jurídica.
- d) El bien de los hijos que está sobre los intereses conyugales. El convenio debe buscar, por lo menos, el menor daño posible a los hijos.
- e) Los deberes y obligaciones legalmente asumidos que deberán quedar vigentes en la relación jurídica paterno-filial, y entre divorciados como efectos del matrimonio (ej. Alimentos), que hay que regular respetando las responsabilidades originales.

- f) Respetar las prohibiciones que en el derecho positivo se consignan en protección de la familia, como límites a la voluntad".⁴⁹

El convenio es un acto jurídico plurilateral y mixto, en él intervienen los cónyuges, el tutor, el juez de lo familiar y el Ministerio Público; estos cuatro harán que se produzcan efectos diversos y concretos. Estos pueden ser de dos clases: provisionales o definitivos. Los provisionales serán analizados en el capítulo quinto al hablar de los efectos de la reconciliación de los cónyuges.

Los efectos jurídicos definitivos derivados del acuerdo de los cónyuges son modificar y regular las obligaciones y derechos nacidos del matrimonio como acto jurídico, que permanecen después de disuelto el matrimonio. El convenio no puede tocar los deberes conyugales porque éstos terminan con el divorcio al decretarse por el juez. Se extinguen, por la disolución del vínculo, los deberes conyugales que no tienen contenido económico ejem. La fidelidad, el débito carnal, etc.; que solo son posibles durante la vida matrimonial. En este mismo sentido se disuelve y liquida la sociedad conyugal así también puede haber devolución de las donaciones matrimoniales. Persisten los deberes, obligaciones y derechos generados por la relación jurídica paterno-filial, pero existen modificaciones pues alguno de los cónyuges tendrá la custodia de los hijos y el otro el derecho de visita. Cada una de las estipulaciones que señala el artículo 273 del Código Civil se analizarán más adelante.

El artículo 273 del Código Civil establece estipulaciones, que considero incompletas, ya que es conveniente anexar otras como son; el derecho de visita;

⁴⁹ CHAVEZ Ascencio Manuel F. Op. Cit. Pág. 81.

derecho de los cónyuges en el régimen de separación de bienes y la casa habitación. Estos tres puntos se analizarán al hablar de las estipulaciones del convenio.

Por último el convenio presenta las siguientes características:

1) UN ACTO JURIDICO:

Es un acto jurídico del derecho familiar de carácter mixto, ya que intervienen los cónyuges, el Ministerio Público como auxiliar y el juez de lo familiar para homologarlo y dictar la resolución. Agregaría al tutor que siendo un requisito señalado por la ley en el caso de que los cónyuges sean menores de edad, aunque su función no está estipulada por la ley en éste tipo de divorcio, tampoco la ley prohíbe su intervención.

2) TRANSACCION:

Porque a través del convenio los cónyuges hacen recíprocas concesiones para evitar controversias en el juicio de divorcio. Sin embargo no hay transacción en cuanto al estatuto familiar de los cónyuges artículos 254, 338, 2948 y 2949 del Código Civil.

3) NULIDAD:

Puede haber nulidad del convenio o parte de él, después de homologado y dictada la sentencia. Si afecta la nulidad a todo el proceso legal traería como consecuencia la nulidad de la sentencia por haberse nulificado el convenio que es un requisito de procedibilidad. Si afecta sólo parte del proceso, traería como consecuencia la nulidad de alguna o algunas cláusulas, dejando válida la sentencia.

4) ES UN CONVENIO MODIFICABLE:

Aprobado el convenio y disuelto el vínculo matrimonial y el juez dicte sentencia y ésta adquirirá fuerza obligatoria de ejecutoria, el convenio puede ser modificado cuando cambien las circunstancias previstas en éste, como analizaremos al hablar del contenido de la sentencia.

5) NO RESCINDIBLE:

Una vez aprobado el convenio por el juez no pueden rescindirse por incumplimiento de los que se obligan. En caso de incumplimiento de éstos se exigirá su ejecución forzosa, inclusive por la vía judicial.

6) EFECTOS DE LA SENTENCIA:

Aprobado el convenio por el juez toda la fuerza de sentencia ejecutoria, misma que resuelve sobre el divorcio un marcado interés social, y por ser familiares, son de orden público.

IV.- El inventario y evalúo de los bienes de la sociedad conyugal que va a liquidarse.

Es lógico suponer que éste documento sólo será necesario, en el caso de que se trate de un matrimonio celebrado bajo el régimen de sociedad conyugal, o bien no será necesario en el caso de no existir bienes en la sociedad conyugal. Este documento también constituye la materia propia del divorcio. La ley no habla sobre la separación de bienes, pero considero anexar este documento al hablar de las estipulaciones del convenio en el siguiente tema.

4. III) ESTIPULACIONES DEL CONVENIO

Tiene su fundamento legal en el artículo 273 del Código Civil y 674 del Código de Procedimientos Civiles, analizaremos cada una de las fracciones en la forma siguiente:

El artículo 273 del Código Civil dice, los cónyuges que se encuentren en el caso del último párrafo del artículo anterior, están obligados a presentar al Juzgado un convenio en que se fijen los siguientes puntos:

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

Aquí se habla de que deben designarse a la persona a quien sean confiados los hijos. Esto significa que los cónyuges en el convenio determinarán la persona quien ejercerá la custodia de los hijos, es decir, que al hablar de "personas" no serán otros que los cónyuges pues son quienes ejercen la patria potestad, en su defecto los abuelos paternos y los abuelos maternos artículo 412 y 414 del Código Civil, por lo tanto en la patria potestad todos los deberes, obligaciones y derechos son irrenunciables, intransmisibles, imprescriptibles, tienen los artículos 380 y 381 del Código Civil cuando por circunstancias deja de ejercer la patria potestad alguno de los padres, entrará a ejercerla el otro.

En el supuesto del convenio en el que ambos progenitores teniendo la patria potestad pueden otorgar la custodia a los abuelos, porque la madre o ambos, por razones de convivencia, trabajo o salud se ven obligados a vivir lejos de sus hijos.

La custodia la pueden tener los abuelos paternos o maternos, pues por algunas situaciones, por bien del menor, tiene que desvincularse la custodia de la patria potestad. En este sentido la Suprema Corte estableció en la forma siguiente: "La patria potestad, implica no sólo derechos sino también deberes, sobre todo, el interés y protección del menor, sin dejar de considerarse los derechos que el padre posee. En ese complejo de derechos y deberes, o función de paternidad, en que se conjuga el interés paterno con el familiar y social, se encuentra, la custodia del menor, ubicándola en el campo social. Así, en primer término si los padres tienen el derecho de tener consigo a sus hijos conviviendo personalmente con ellos, esa fórmula legal no coincide siempre con el ejercicio personal de quien posee el derecho y en algunos casos en que las circunstancias hagan necesario para el bien del menor tiene que desvincularse, pero sin diluir el derecho de la patria potestad con las implicaciones que el mismo conlleva. Así ocurre por ejemplo, cuando se encuentra probado que el menor ha vivido al lado de su abuela materna, por cinco años ininterrumpidos desde su nacimiento, no resultado lógico que por una vinculación de la patria potestad con la custodia se llgara de manera indisoluble, sin tomar en cuenta al menor, a la familia y a la sociedad.

Amparo directo 5725/86. Rufina Rivas Romero. 14 de mayo de 1987. Mayoría de 3 votos contra 2. Ponente: José Manuel Villagordoa Lozano.⁵⁰

En este supuesto especial los abuelos paternos o maternos que fueren custodios, no podrán tener la patria potestad. El único caso que admite la ley es el de adopción artículo 403 del Código Civil a pesar de tener los abuelos derechos,

⁵⁰ CHAVEZ Ascencio Manuel F. Op. Cit. Pág. 102.

obligaciones y deberes de la patria potestad, sin tenerla, el ejercicio de ésta la tendrán los progenitores, la cual deberá anotarse en el convenio.

Por ello al hablar de "personas a quien sean confiados los hijos", no debe limitarse sólo a los cónyuges, pues la legislación permite separar la custodia de la patria potestad, pero siempre sobre la regla antes señalada.

"En relación a los hijos fuera del matrimonio existen los artículos 380 y 381, el primero se refiere cuando la madre y el padre que no vivan juntos reconozcan al hijo en el mismo acto, convendrán cuál de los dos ejercerá la custodia y si no la hicieren lo hará el Juez de lo familiar oyendo a los padres y al Ministerio Público, resolverá lo que creyere más conveniente a los intereses del menor. El artículo 181 dice: En caso de que el reconocimiento se efectúe sucesivamente por los padres que no viven juntos, ejercerá la custodia el primero que hubiere reconocido, salvo que se conviniere otra cosa entre padres y siempre que el Juez de lo familiar del lugar no creyere necesario modificar el convenio por causa grave, con audiencia de los interesados y El Ministerio Público".⁵¹

En esta situación el artículo 415 del Código Civil dice que cuando los dos progenitores han reconocido al hijo nacido fuera del matrimonio y viven juntos ejercerán ambos la patria potestad.

En el convenio se puede señalar también quienes tendrán la custodia en caso de defunción de los progenitores. "Está como posible la tutela testamentaria, y el artículo 470 del Código Civil previene que el ascendiente que sobreviva, de los dos que en cada grado deba ejercer la patria potestad conforme al artículo 414, del

⁵¹ CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA COMUN Y PARA TODA LA REPUBLICA EN MATERIA FEDERAL. 5ª edición. Editorial Porrúa, S.A. México, D.F. 1991. Pág. 115.

Código Civil tienen derecho, aunque fuere menor, de nombrar tutor en su testamento a aquellos sobre quienes la ejerzan con inclusión del hijo póstumo. El artículo 471 del Código Civil dice que el nombramiento de tutor testamentario hecho en los términos citados, excluye del ejercicio de la patria potestad a los ascendentes de ulterior grado. Esto significa que podría haber un compromiso de los progenitores de otorgar un testamento para estos efectos, y excluir a los abuelos paternos y maternos del ejercicio de la patria potestad y consecuentemente la custodia.

También es posible señalar el orden en que los abuelos paternos y maternos tendrán la custodia y ejercicio de la patria potestad.⁵²

En caso de caer en situaciones graves por actos cometidos en contra del otro cónyuge o afecten a los hijos, que señala el artículo 267 fracciones V y XV del Código Civil, será conveniente tramitar el divorcio necesario para que en la sentencia el juez decida sobre la custodia o bien pérdida de la patria potestad artículo 283 del Código Civil.

Es de observarse que la legislación en relación al ejercicio de la patria potestad es omisa en este aspecto y no señala los pasos a seguir en el convenio que deben suscribir los cónyuges para ello al designar la persona a quien se deba confiar a los hijos de matrimonio en el convenio hay que hacer referencia a las disposiciones que norma la institución de la patria potestad y los principios generales de la familia.

Por otra parte el término "confiados" a que hace alusión dicha fracción, tienen un significado similar a custodia. La legislación emplea los términos custodia y cuidado y en otros artículos solo cuidado. A título de ejemplo el artículo 259 del

⁵² CHAVEZ Asencio Manuel F. Op. Cit. Pág. 104.

Código Civil dice que los progenitores se pondrán de acuerdo en la forma y términos del cuidado y custodia de los hijos; el artículo 283 del Código Civil dice que el juez resolverá sobre la custodia y cuidado de los hijos.

Cuidado se entiende como la solicitud y atención para hacer bien alguna cosa; dependencia o negocio que está a cargo de uno, estar obligado a responder de ella. Custodia es la acción de custodiar, que significa guardar y vigilar. Uniendo ambos términos no se limita solo a la guarda y vigilancia del menor, sino también la solicitud y atención para que la custodia sea bien hecha.

Los cónyuges designarán quien de ellos tendrá la custodia, pero ambos tendrán la patria potestad. El consorte que no tenga la custodia seguirá teniendo la obligación y derechos de la patria potestad (ejemplo el cumplimiento de la pensión alimenticia) el derecho de visita y vigilancia. El custodio puede exigir al otro que cumpla su deber de colaboración y las obligaciones inexcusables de la patria potestad.

El deber de colaboración del consorte que no tenga la custodia es importante, pues el que tiene la custodia realiza mejor su labor como son la educación y promoción de los hijos. Comprende también el costo de la educación, gastos médicos y hospitalización, etc., esto debe ser fijado en el convenio por los cónyuges.

El derecho de vigilancia es recabar o recibir periódicamente información del otro progenitor sobre aspectos de salud física, educación moral, religiosa, cívica, para de esta manera seguir participando en la educación y formación del hijo.

"La custodia debe de hacerse con cuidado, de esta se derivan otros aspectos que son los siguientes:

- 1) Convivencia con el menor es darle afecto, calor humano, presencia personal y respaldo espiritual, tanto el que tiene la custodia como el que no la tiene.
- 2) Proteger al hijo frente a todos los peligros que puedan amenazar su salud física o moral.
- 3) Vigilancia de sus actos, corresponden a la persona o personas que ejercen la patria potestad y estos son responsables de los daños y perjuicios causados por los mayores que estén en su poder y habiten con ellos artículo 1919 del Código Civil. Tratándose de Incapacitados sujetos a su cuidado, los padres o tutores no responderán de los daños si probaren que les ha sido imposible evitarlos artículo 1922 del Código Civil.
- 4) Educación es el deber más importante de los progenitores, tiene su fundamento en el artículo 164 y 168 del Código Civil.
- 5) Formación moral es transmitir los valores éticos de la familia y de la comunidad según la cultura de cada país.
- 6) Orientación religiosa es transmitir la educación religiosa que se logra en ellos, respetando posteriormente la religión de los hijos cuando alcancen la mayoría de edad.
- 7) Trabajo es la educación en el ámbito laboral tanto en la casa familiar, como en el subordinado en el caso de menores de 14 años y mayores de esa edad

pero menores de 16 años, el trabajo subordinado tiene su fundamento en el artículo 22 de la Ley Federal del Trabajo.

- 8) El Testimonio tiene su fundamento en el artículo 411 y 423 del Código Civil, se refiere que tanto los padres como los hijos o los que tengan un hijo bajo custodia, tienen que observar una buena conducta que sirva de buen ejemplo.
- 9) La Administración es en relación al buen manejo de los bienes e intereses a nombre del hijo por quien ejercen la patria potestad, tienen su fundamento en los artículos 424 y 427 del Código Civil, tratándose de pleitos y cobranzas, actos de administración artículos 425 y 430 del Código Civil y por último en materia de dominio artículo 436 y 437 del Código Civil.
- 10) La Representación tiene su fundamento en los artículos 23, 424 y 425 del Código Civil, hacen mención que el que está sujeto a la patria potestad no puede comparecer en juicio ni contraer obligaciones, sin el consentimiento del que ejerza éste. En caso de irracional disenso, resolverá el Juez.⁵³

Por otra parte para determinar la custodia del menor, hay que tomar en cuenta que la ley no prohíbe la participación de los hijos mayores de 14 años, los cuales son importantes sus puntos de vista, el juez debe hacerse valer de este medio para acordar la custodia en el convenio.

⁵³ CHAVEZ Ascencio Manuel F. Op. Cit. Págs. 106-109.

La custodia terminará cuando el menor alcance su mayoría de edad a su vez podrá disponer libremente de su persona y de sus bienes artículos 646 y 647 del Código Civil.

El derecho de visita también es importante incorporarlo al convenio, sin embargo es de observarse que nuestra legislación no lo regula. El derecho de visita en el divorcio, es la convivencia que tendrá el progenitor que no tenga la custodia de los menores o menor, ante este supuesto se fijará en el convenio los períodos en que lo tendrán, especificando que día de la semana, hora, tiempo, etc.

"El derecho de visita es concebido independientemente de los motivos que dieron lugar a la separación entre el menor y la otra persona interesada en la relación interpersonal y jurídica. Es un derecho personalísimo, y es otorgado para fomentar el afecto y la relación personal del pariente con el menor. Es inalienable, irrenunciable, imprescriptible y temporal, pues subsiste mientras los hijos sean menores de edad o incapacitados".⁵⁴

En mi opinión personal, es necesario que el Legislador reglamente la visita del padre o la madre, aún divorciados, no sólo como un derecho para los padres, sino incluso como una obligación.

Tiene este derecho el progenitor, parientes, extraños y el propio hijo. También es aplicable este derecho a los progenitores que hubieran tenido hijos fuera del matrimonio. Tomando en cuenta que la patria potestad corresponde también a los abuelos, con base en los artículos 414 y 418 del Código Civil, por ello también tienen el derecho de visita. Al respecto la Suprema Corte emitió ejecutoria el 4 de Junio de

⁵⁴ CHAVEZ Asencio Manuel F. Op. Cit. Pág. 115.

1983 que dice: "Es indiscutible que conforme a los artículos 414, 420, 445, 446 del Código Civil del Distrito Federal, a la muerte del padre de los menores, la patria potestad la ejerce en forma exclusiva la madre de éstos y solamente a ella corresponde la guardia y custodia de los mismos, sin embargo el abuelo, en el caso el paterno no solo tiene el derecho, sino también la obligación de tener relaciones con sus menores nietos, proporcionándoles afecto, consejo y cooperación con la madre de los mismos a su debida formación; derecho y obligación que se funda no solo en la naturaleza paterno-filiales que existieron entre el abuelo y su hijo y entre él y los menores, sino también en la necesidad de que dichos menores tengan el apoyo tanto de su madre, quien indiscutiblemente ejerce la patria potestad, así como el de su abuelo paterno, a falta del padre; relaciones que el Código Civil del Distrito Federal reconoce al señalar en el artículo 414 al abuelo como una de las personas que debe ejercer la patria potestad sobre los mismos a falta de sus padres, en el mismo artículo 303 al establecer su obligación de proporcionarles alimentos a falta o imposibilidad de aquellos, y en el artículo 1609 al consagrar su derecho a heredar por estirpe en la sucesión legítima de los abuelos. Luego, el que el abuelo paterno tenga relaciones con sus nietos, dentro de un absoluto respeto a la madre de los mismos, es un derecho que no solo debe ser reconocido por el Juez, sino también para hacerlo efectivo dicho Juzgador debe reglamentar la forma en que han de efectuarse las relaciones entre abuelo y nieto, tomando en consideración todas las circunstancias que se relacionen en el caso, haciendo uso, inclusive de los medios de apremio que le faculte el artículo 73 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, para determinar con ello la forma que más beneficie a los menores.

Amparo directo 2026/83 Constantino Díaz Villa. 4 de Junio de 1984. Unanimidad de 4 votos, ponente: Gloria León Orantes. Secretario Hector Gutiérrez Velasco Romo.⁵⁵

El derecho de visita abarca, la comunicación directa o indirecta o de correspondencia, y la convivencia del menor en casa del pariente que no lo tiene bajo su custodia. Para evitar conflictos entre los divorciantes al efectuar la visita en el domicilio del titular de la custodia, puede el progenitor visitador señalar su domicilio en el convenio, para tener ahí al menor y convivir con él. Existen otros medios de comunicación que son a través del telegrama o mediante terceras personas.

El derecho de visita contempla límites en relación a las personas que tienen acceso a los menores. De tal manera que si hay resistencia por el menor o le afectan las visitas, podrán limitarse, o se determinaran cambios en la forma y manera de ejercer este derecho. En este sentido no puede disponer en forma negativa del tiempo de visita con el menor, como puede ser no convivir con él, o bien lo manden a este a casa de otros parientes, o con los abuelos distinto al objeto del derecho de visita. En el convenio, al establecer las visitas a los hijos se debe respetar sus costumbres, forma y manera de vida, no debe interrumpirse su calendario escolar.

Puede existir abuso de visita por el custodio o bien por los titulares visitadores, a titulo de ejemplo, el progenitor titular aproveche las visitas y sus relaciones con el menor para obstacullzar sus facultades del custodio, o desviar el cariño de éste, En fin que sus actos sean contrarios a los derechos de familia. Por su parte el titular del custodio puede ejercer abusos, ejemplo, negar al menor a los titulares del derecho de visita. Estas controversias se pueden hacer mención en el

⁵⁵ CHAVEZ Asencio Manuel F. Op. Cit. Pág. 117.

convenio, a través de una cláusula especial, señalando que cualquier perjudicado se acudida ante los tribunales familiares ya sea el custodio o los titulares visitadores, aperebiendo que si no se cumple con el derecho de visita pactado, se podrá modificar, suspender o perder, a criterio del Juez, estos con base en los artículos 283, 284, 422, 423 y 444 Fracción III del Código Civil y 94 y 941 del Código de Procedimientos Civiles, que regulan la patria potestad, toda vez que el derecho de visita se funda en la relación paterno-filial y dentro de esta los padres que son los que ejercen dicha patria potestad.

En relación a la pérdida del derecho de visita existe una ejecutoria de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que dice "Como el derecho de visita a los hijos deriva de la patria potestad y no se trata un derecho absoluto, que derive exclusivamente de la filiación sino que requiere la existencia de la patria potestad para hacer exigible, al perderse la patria potestad debe perderse también el derecho de visitar al menor, pues sería contradictorio que un progenitor que no ha cumplido con sus obligaciones al respecto del hijo, conserve el derecho de visitarlo libremente.

Amparo directo 5878/87. Arlela Katz Kenner. 9 de diciembre de 1987. Unanimidad de cuatro votos. Ponente. José Manuel Villagordoa. Lozano. Secretario Manuel Ciceron Sabino. Ausente Ernesto Díaz Infante. Informe 1988. Segunda Parte. Tercera Sala No. 149, pág. 173.⁵⁶

Por último la Fracción que se analiza del artículo 273 del Código Civil, habla que en el convenio debe señalarse la custodia de los hijos, en forma provisional durante el procedimiento y la definitiva después de ejecutoriado el divorcio. Ante esta situación el Juez con auxilio del Ministerio Público, en la primera audiencia y

⁵⁶ CHAVEZ Ascencio Manuel F. Op. Cit. Págs. 121 y 122.

tomando en cuenta que la Ley solo faculta a estos en solicitar a los cónyuges la modificación basada en la ley, ya que estas dos autoridades no están facultadas para hacer modificaciones al convenio, solo pueden no aceptar las cláusulas o bien desechar el convenio. En el caso de que el Juez haya desechado el convenio y los cónyuges insistieren en divorciarse, el Juez con base en el artículo 282 Fracción IV del Código Civil; designará quien de los cónyuges tendrá el cuidado de los hijos; el Juez los citará a una segunda audiencia y si los consortes insisten en divorciarse y el convenio sigue estando fuera de la ley y no poniéndose de acuerdo los cónyuges en relación al mismo, el Juez desechará de plano el convenio. En este caso se podrá ejercer el divorcio necesario.

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

Contempla otro requisito que debe tener el convenio el modo de subvenir a las necesidades de los hijos, comprende todo consignado en el artículo 308 del Código Civil, es la comida, el vestido, la habitación y la asistencia en casos de enfermedad. Respecto a los menores, los alimentos comprenden además, los gastos necesarios para la educación primaria del alimentista y para proporcionarle algún oficio, arte o profesión honestos y adecuados a su sexo y circunstancias personales.

En este caso los consortes si pactan en el convenio en dar una pensión alimenticia o bien en no darla, tendrá que demostrar la imposibilidad ante el Juez y al Ministerio Público, ya que puede darse el caso de que los cónyuges aprovechen esta situación para desobligarse y solo dar una menor cuantía en alimentos, se puede dar infinidad de supuestos tanto por el varón como por la mujer, esto sucede con frecuencia en la práctica legal.

Si efectivamente existe imposibilidad, y tomando en cuenta esta situación, y teniendo como base las características de los alimentos, a título de ejemplo son personalísimos, intransferibles, intransigibles, proporcionales, divisibles, preferentes, recíprocos, entre otros.

En el caso del divorcio voluntario judicial los consortes divorciados tendrán la obligación de contribuir, en la 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 mayoría de edad. Los alimentos han de ser proporcionados a las posibilidades del que debe darlos y a las necesidades de quien debe recibirlos. Determinados por convenio o sentencia, los alimentos tendrán un incremento automático mínimo equivalente al aumento porcentual del salario mínimo diario vigente en el Distrito Federal, salvo que el deudor alimentario demuestre que sus ingresos no aumentaron en igual proporción. En este caso, el incremento en los alimentos se ajustará al que realmente hubiere tenido el deudor. Estas prevenciones deberán expresarse siempre en la sentencia o convenio correspondiente al artículo 311 del Código Civil.

Cuando las cláusulas en el convenio a juicio del Juez y el Ministerio Público resulten insuficientes para cubrir las necesidades alimenticias; ante esta situación el artículo 275 del Código Civil faculta al Juez para dictar las medidas necesarias para asegurar la subsistencia de los hijos a quienes hay obligación de alimentar; para este efecto el artículo 305 del Código Civil; dice que a falta o por imposibilidad de los ascendientes o descendientes, la obligación recae en los hermanos de padre y madre; en defecto de estos, en los que fueran de madre solamente, en su defecto de ellos, en los que fueran solo de padre.

Faltando los parientes a que se refieren las disposiciones anteriores, tienen obligación de ministrar alimentos los parientes colaterales dentro del cuarto grado.

El artículo 306 del Código Civil dice que los hermanos y demás parientes colaterales a que se refiere el artículo anterior, tienen obligación de dar alimentos a los menores, mientras estos lleguen a la edad de 18 años, también deben alimentar a sus parientes, dentro del grado mencionado, que fueren incapaces en dar alimentos por el deudor alimentista, termina cuando el hijo llega a la mayoría de edad de acuerdo al artículo 287 del Código Civil, sin embargo existen ciertas excepciones en los Tribunales Colegiados y son: "La obligación que tienen los padres de dar lo necesario para los gastos educativos de los hijos, solo la tienen respecto de los menores de edad, por lo que es claro por lo que se ve a los mayores, estos deben demostrar en el juicio natural en forma indudable la necesidad de que sus progenitores les sigan proporcionando alimentos por este concepto.

Amparo directo 923/987. Manuel Castañeda Domínguez. 29 de junio de 1988. Unanimidad de votos. Ponente: Elías Ffitt García. Secretario; Aida Rosaura Segura Sue (Informe 1988. Tercera parte. Tribunales Colegiados. Pág. 829).

Sentencia semejante: Amparo directo 553/87. Genaro Farías Rebolledo. 18 de marzo de 1988. Unanimidad de votos. Ponente: Angel Gregorio Vázquez González. Secretario: Luis Ignacio Rosas González (Informe 1988. Tercera parte. Tribunales Colegiados, pág. 1041).

Existe otra resolución "Aunque la demandante de los alimentos definitivos ha cumplido su mayoría de edad y no tenga trabajo u oficio que le reporte recursos económicos suficientes para subsistir por sí misma, no desaparece la obligación por

su parte de proporcionárseles, porque sus necesidades alimentarias no se satisfacen automáticamente, por la comprobación de dicha circunstancia.

Amparo directo 1932/71. Jorge Barrios Ortiz. 10 de agosto de 1972. 5 votos.
Ponente: José Ramos Palacios. Séptima época, volumen 60 Cuarta parte, pág. 15.⁵⁷

Si existen hijos en estado de Interdicción y son mayores de edad, en este caso no terminan la obligación de dar alimentos, ya que en este caso los alimentos son imprescriptibles, que el derecho que tiene para exigir alimentos no puede extinguirse por el transcurso del tiempo mientras subsista las causas que motivan la citada prestación, ya que por su propia naturaleza se va originando diariamente artículo 1160 del Código Civil.

Es necesario pactar en el convenio la prolongación de los alimentos hasta la terminación de los estudios, cuantía y garantía en este mismo sentido se debe pactar en relación a los menores o mayores de edad que se encuentren en estado de Interdicción. La garantía podrá ser mediante hipoteca prenda, fianza, depósito de cantidad bastante a cubrir los alimentos o cualquier otra forma de garantía suficiente a juicio del Juez.

Existe una sentencia en la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que dice: "El divorcio voluntario de los cónyuges no puede estar supeditado a que forzosamente se otorgue la garantía hipoteca, prenda, fianza, depósito, porque no todas las personas están en condiciones de hacerlo y, en multitud de casos, resultan gravosas para quienes deben obtener las garantías. La hipoteca y la prenda no pueden ser otorgadas por quienes carecen de bienes, así como el depósito, cuando no se tiene el

⁵⁷ CHAVEZ Asencio Manuel F. Op. Cit. Págs. 147 y 148.

numerario correspondiente; y por lo que toca a la fianza, ella implica el pago de una prima periódica a la compañía de fianza respectiva, que disminuye el patrimonio del deudor y no garantiza su continuidad puesto que debe reanudarse periódicamente, y si el deudor alimentista se niega a ello tendría que obligársele a otorgar mediante el ejercicio de la acción correspondiente e incluso en algunos casos ni siquiera es indispensable el otorgamiento de la garantía alguna. Ello ocurre cuando el divorcio lo promueven personas desvalidas, menesterosas, aquellos que en un momento dado no disponen de los bienes suficientes para proporcionar alimentos porque si de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 320 Fracción I del Código Civil, la obligación de dar alimentos cesa cuando el que la tiene carece de medios para cumplirla, con mayor razón debe cesar la obligación de garantizar dichos alimentos, puesto que la garantía es accesoria y sigue la suerte del principal que es la de darlos, y si en caso de pensión alimenticia se garantiza con una parte del importe de sueldo o salario que directamente se le descuenta al deudor alimentario por la empresa en donde presta sus servicios, no hay duda que tal descuento constituye una garantía más eficaz que la fianza, pues ésta sería la única que quedaría al vencerse el plazo por el que fue otorgada, sino se renueva pagando la prima correspondiente; la suerte que de esta manera se satisfacen los requisitos previstos por el artículo 676 del Código de Procedimientos Civiles y es procedente declarar disuelto el vínculo matrimonial y aprobar el convenio de los cónyuges.

Amparo directo 1932/71. Jorge Barrios Ortiz. 10 de agosto de 1972, 5 votos.
Ponente: José Ramos Palacios, séptima Época, Vol. 60 Cuarta parte, pág. 15⁵⁸

El convenio también tendrá que precisarse el lugar en donde debe pagarse la pensión alimenticia, y los días de pago. Es normal que el lugar de pago se haga en el

⁵⁸ CHAVEZ Asencio Manuel F. Op. Cit. Págs. 148 y 149.

domicilio del progenitor custodio, pues en el se satisfacen las obligaciones alimentarias al custodio y sus hijos. Se debe estipular en el convenio los posibles cambios que puede haber en el futuro en relación a la cuantía. A título de ejemplo mejor situación económica de los deudores alimentarios, en su defecto notable pobreza, imposibilidad para trabajar, matrimonio del deudor alimentario, enfermedad artículo 320 del Código Civil.

Por último se habla que en el convenio debe estipularse el modo de subvenir las necesidades de los hijos, tanto durante el procedimiento como después de ejecutoriado el divorcio. Es decir debe haber cláusulas provisionales que señalen la forma de cubrir los alimentos al menor, así como los que se encuentren en estado de interdicción y en forma definitiva una vez ejecutoriado el divorcio. En éste caso el Juez con auxilio del Ministerio Público tiene la facultad de negar la homologación cuando detecta que la pensión alimenticia acordada es notoriamente baja en relación a las posibilidades económicas del deudor, o bien perjudicial a este por ser excesiva a su capacidad económica. El Juez propondrá las modificaciones si es necesario con acuerdo de los consortes, o con las personas que tienen derecho a dar esta prestación y si existe desacuerdo, el Juez desechará el convenio.

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

Es parte del convenio ahora referente al estatuto de los cónyuges. Los artículos 4 de la Constitución y 2 del Código Civil señalan; la capacidad jurídica es igual para el hombre y la mujer en consecuencia, la mujer no queda sometida, por razón de su sexo, a restricción alguna en la adquisición y ejercicio de sus derechos civiles. Se debe respetar el redactar el convenio la dignidad y la situación personal de los

consortes, según su educación, estatus social, religión, etc., no tratar de sacar ventaja por cualquiera de los consortes.

La separación de los cónyuges puede lograrse por mutuo acuerdo según se pacte en el convenio. esto no significa que la separación se logre fácilmente, pues esta debe ser autorizada por el juez, con base en el artículo 275 del Código Civil, previene que mientras se decreta el divorcio, el juez autorizará la separación de los cónyuges de una manera provisional. Independientemente de que el divorcio sea contencioso o por mutuo acuerdo, la separación de los cónyuges se impone como sea necesaria, para lo cual en el convenio cada uno deberá señalar la casa que servirá de habitación durante el procedimiento.

Es indudable que con el divorcio voluntario judicial, los cónyuges no podrán vivir juntos, y no surtirá efecto el artículo 163 del Código Civil que señala como domicilio conyugal, la casa o morada en la que viven los cónyuges y sus hijos. Al separarse se requerirán dos domicilios; uno es donde habitará el progenitor que tenga la custodia y sus hijos, y el otro donde habitará el progenitor desplazado de la familia, esto significa que cada consorte vivirá en domicilio distinto, en una casa ubicada en un número determinado de una calle de la población.

El concepto jurídico de domicilio.- es el lugar o circunscripción territorial que constituye la sede jurídica de una persona, porque en él ejercita sus derechos y cumple a sus obligaciones.⁵⁹

El artículo 29 del código Civil dice el domicilio de las personas físicas en el lugar donde residen habitualmente y a falta de éste, el lugar del centro principal de sus

⁵⁹ PALLARES Eduardo, Op. Cit. Pág. 302.

negocios, en ausencia de éstos, el lugar a donde simplemente residan y, en su defecto, el lugar donde se encontraren. Por otra parte en relación al domicilio, la legislación menciona en ocasiones como domicilio la residencia y no el lugar donde está la residencia.

Lógico suponer que cualquiera de los cónyuges tiene que abandonar la habitación que hasta entonces era domicilio conyugal, para cubrir lo que exige esta fracción III del artículo 273 y tomando en cuenta que solo es provisional mientras dure el procedimiento, debe permanecer en este domicilio el progenitor que tenga la custodia de los niños. Tomando en cuenta que existe crisis conyugal no es fácil aceptar esta posición, toda vez que si la casa se encuentra bajo el régimen de sociedad conyugal, en este caso se debe pactar en el convenio que permanezca el progenitor que tenga la custodia, pues la disolución de la sociedad conyugal será después de que se dicte sentencia. Tratándose de que la casa se encuentre en arrendamiento, si el titular del contrato permanece en la casa no existe problema entre el arrendador y arrendatario, se presenta cuando sea el titular del contrato quien sale de la casa y permanece en ella los familiares. El Código Civil no prevé esta situación. Estimo que esta disposición no puede aplicarse al caso de separación por causa de divorcio, por el convenio mismo, pues a menos que lo disponga la ley, para la prórroga debe tomarse en cuenta la voluntad del arrendador. Por otra parte en el supuesto de que la casa fuera de uno de los cónyuges (régimen de separación de bienes). Esta situación no la contempla el Código Civil, sin embargo cabe decir, que quienes habitan en ella son poseedores y como tales tienen el derecho de habitar en la misma, derecho del que no puede privarseles por la simple decisión unilateral del dueño, sin embargo ambos progenitores son responsables de dotar a la familia de casa habitación, y es por ello que no tienen la libre disponibilidad del inmueble si no

satisfacen previamente el requerimiento de dotar a la familia de habitación. Luego existe la posibilidad de permanecer en dicha casa el progenitor custodio y los hijos".⁶⁰

Si no existe un acuerdo en el convenio a juicio del Juez y el Ministerio Público, se dictaran las medidas provisionales mientras dure el juicio, separando a los cónyuges de conformidad al Código de Procedimientos Civiles artículo 282 Fracción II.

Debe darse a conocer con claridad las residencias de ambos progenitores en el convenio, para así cumplir sus derechos y obligaciones entre ellos y con sus hijos. Con la separación el progenitor desplazado adquiere el derecho de vigilancia. Por último en el convenio se debe estipular que los cambios de residencia por ambas partes tienen que ser siempre fundados ya sea por razones de salud, de trabajo y no ser arbitrarios, se podrá establecer una cláusula de apercibimiento en el que se señalen los daños y perjuicios que se ocasionen por el cambio de domicilio cuando sea sin razón y para evadir sus obligaciones.

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 hacer el pago y la garantía que debe otorgarse para asegurarlo.

La obligación de dar alimentos entre los consortes cambia radicalmente, en relación al matrimonio. El artículo 302 del Código Civil dice que los cónyuges deben darse alimentos; la ley determinará cuando queda subsistente esta obligación en los casos de divorcio y otros que la misma ley señale. Los concubinos están obligados, en igual forma a darse alimentos si se satisfacen los requisitos señalados en el artículo

⁶⁰ CHAVEZ Ascencio Manuel F. Op. Cit. Pág. 125 y 126.

1635. En el caso del divorcio voluntario Judicial su fundamento es la compensación que entre cónyuges se deben por el tiempo de duración del matrimonio, es decir la mujer tendrá derecho a recibir alimentos por el mismo lapso de duración del matrimonio, derecho que disfrutará si no tiene ingresos suficientes y mientras no contraiga nuevas nupcias o se una en concubinato.

El mismo derecho señalado en el párrafo anterior, tendrá el varón que se encuentre imposibilitado para trabajar y carezca de ingresos suficientes, mientras no contraiga nuevas nupcias o se una en concubinato.

Cuando por el divorcio se originen daños y perjuicios a los intereses del cónyuge inocente, el culpable responderá de ellos como autor de un hecho ilícito (último párrafo artículo 288 del Código Civil). La mujer disfrutará de este derecho independientemente de su posibilidad o imposibilidad para trabajar; si no tiene ingresos suficientes, recibirá una pensión mayor; y si los tiene recibirá una pensión menor. Esto significa que la mujer siempre tiene derecho a recibir alimentos, y cuya obligación es por parte del varón por el tiempo de duración del matrimonio, siempre y cuando la mujer no celebre nuevo matrimonio o se una en concubinato.

El varón solo disfrutará de éste derecho, solo cuando se encuentre imposibilitado para trabajar y carezca de bienes suficientes, en ambos casos disfrutará de alimentos mientras no contraiga nuevas nupcias o se una en concubinato.

El último párrafo habla de daños y perjuicios a los intereses del cónyuge inocente, y responderá el otro cónyuge culpable como autor de un hecho ilícito. Esta situación se presenta en el divorcio necesario, como en el de mutuo consentimiento,

en éste la causal del divorcio se mantiene en secreto y no se puede describir o deducir en la demanda, ni del convenio que entre cónyuges celebra. Este secreto conyugal no libera al cónyuge culpable de su responsabilidad frente al otro para responder de los daños y perjuicios causados por el divorcio. Tomando en consideración que toda causa de divorcio genera hechos ilícitos y trae como consecuencia daños y perjuicios excepción hecha de enfermedades, enajenación ausencia o presunción de muerte. (Último párrafo artículo 288 del Código Civil).

Para lograr la indemnización por daños y perjuicios; comprende no solo los patrimonios económicos sufridos por el cónyuge inocente, sino también los daños morales a que se refiere el artículo 1916 del Código Civil, esto puede cuantificarse y pactarse para hacerse valer mediante cláusulas compensatorias en el convenio.

Para establecer la cuantía que un cónyuge debe dar al otro, hay que tomar en cuenta que comprenden los alimentos, al respecto el artículo 308 del Código Civil deduce que tratándose de consortes los alimentos son la comida, el vestido, la habitación y la asistencia en caso de enfermedad.

Los alimentos no se limitan sólo a lo indispensable para el cónyuge alimentario, sino a lo necesario para que viva y tenga lo suficiente según la situación económica a la que está acostumbrado, excluyéndose gastos de lujo.

Considero necesario que debe existir una cláusula que señale la modificación del estatuto en relación a alimentos entre consortes cuando así lo ameritan las circunstancias ya que es de suponerse que pueden existir infinidad de cambios en la economía del deudor alimentista, es decir, puede aumentar o disminuir sus ingresos, o que de repente se encuentre imposibilitado para trabajar, o bien el acreedor

alimentario requiera una mayor cuantía de alimentos por encontrarse imposibilitado para trabajar, o disminución de la pensión alimentista porque los ingresos del acreedor alimentario han aumentado. A título de ejemplo la mujer no requiere alimentos por tener ingresos suficientes, pero a futuro los requiere porque estos han disminuido y aun no concluye el tiempo de duración del matrimonio. Por ello el convenio original aprobado por el Juez y contenido de la sentencia pueden modificarse de común acuerdo entre los ex-cónyuges, como analizaremos al hablar de la sentencia.⁶¹

En el convenio se debe estipular las cantidades que se deben dar durante el procedimiento; así como las que se determinarán en la sentencia, ambas cantidades deben coincidir, se debe precisar el lugar donde debe pagarse la pensión, los días de pago y si estos son semanales, quincenales o mensuales. Se deberá también expresar la forma de hacer el pago por parte del deudor alimentista; éste puede ser en dinero, o bien mediante la transmisión vía donación de una propiedad inmueble al acreedor alimentario; aunque esta no es segura ya que por caso fortuito, puede desaparecer la propiedad y el acreedor pedirá al deudor le proporcione los alimentos necesarios; o bien depósitos bancarios o transmisión de bienes inmuebles a una institución de crédito, para esto con los intereses o el producto obtenido satisfaga las pensiones a las que se obligó el deudor fideicomitente. Otra forma sería cuando el juez o éste de oficio, ordene el descuento de una parte del sueldo del deudor de la Empresa donde labora y sea entregado al acreedor alimentario, así también la renta vitalicia a cargo de un tercero, al cual el deudor alimentario le entrega una cantidad de dinero o algún bien inmueble, para que le entregue una determinada cantidad al acreedor

⁶¹ CHAVEZ Asencio Manuel F. Op. Cit. Págs. 150 y 151.

alimentista, entre otras".⁶² Es de notarse que estas formas de pago también son efectivas para los menores de edad e incapacitados.

Por último las formas de hacer el pago y la garantía que debe otorgarse para asegurarlo, a este respecto el artículo 317 del Código Civil dice que el aseguramiento podrá consistir en hipoteca, prenda, fianza, depósito de cantidad bastante a cubrir los alimentos o cualesquiera otra forma de garantía suficiente a juicio del Juez.

En el caso de que en el convenio no se encuentren garantizados los alimentos que debe dar un cónyuge al otro, se llamará a las personas que tienen obligación de darlos; el artículo 304 del Código Civil dice que los hijos están obligados a dar alimentos a los padres. A falta de o por imposibilidad de los hijos, lo están los descendientes más próximos en grado. El artículo 305 del código Civil señala que a falta de éstos, recae la obligación en los hermanos de padre y madre, en defecto de éstos, en los que fueren de madre solamente, y en defecto de éstos, y en defecto de ellos, en los que fueren sólo de padre también tienen obligación de dar alimentos, los hermanos y además parientes colaterales a que se refiere el artículo anterior, a sus parientes, dentro del grado mencionado, que fueren incapaces. (Artículo 306 del Código Civil).

El artículo del Código Civil dice que si fueren varios los que deben dar los alimentos y todos tuvieren posibilidad para hacerlo, el Juez repartirá el importe entre ellos, en proporción a sus haberes. Por último el artículo 313 del Código Civil establece que si sólo algunos tuvieren posibilidad, entre ellos se repartirá el importe de los alimentos, y si sólo la tuviere, él cumplirá únicamente la obligación.

⁶² CHAVEZ Asencio Manuel F. Op. Cit. Págs. 161 y 162.

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 este efecto se acompañará un inventario y evalúo de todos los bienes muebles o inmuebles de la sociedad.

La sociedad conyugal puede terminar artículo 187 del Código Civil antes de que se disuelva el matrimonio si así lo convienen los esposos, pero si éstos son menores de edad, deben intervenir en la disolución de la sociedad, prestando su consentimiento, las personas a que se refiere el artículo 181; éste dice: El menor que con arreglo a la ley pueda contraer matrimonio, puede también otorgar capitulaciones, las cuales serán válidas si a su otorgamiento concurren las personas cuyo consentimiento previo es necesario para la celebración del matrimonio. Estas personas que se mencionan son el padre y la madre, a falta de esto el abuelo y la abuela paternos, y a falta de éstos por el abuelo y abuela maternos artículo 414 del Código Civil.

El artículo 188 señala también la terminación de la sociedad conyugal durante el matrimonio. El artículo 197 menciona así mismo la terminación por la disolución del matrimonio, por la voluntad de los consortes, por la sentencia que declare la presunción de muerte del cónyuge ausente y en los casos que previene el artículo 188 del Código Civil.

Tratándose del divorcio voluntario Judicial es de entenderse que al promover la demanda, la sociedad conyugal existe y aun no termina, es por ello que no estamos dentro de los presupuestos que señalan los artículo 187 y 188. Sin embargo si podemos estar en el caso del artículo 197 del Código Civil solo cuando habla que termina por la disolución del matrimonio o por voluntad de los consortes. Toda vez

que no se requiere resolución judicial adicional alguna para que se considere disuelta, basta la sentencia que declara disuelto el vínculo conyugal. La liquidación de la sociedad conyugal es un trámite accesorio que se inicia después de ejecutoriada la sentencia.

Los artículos 187 y 188 del Código Civil hablan de terminar la sociedad conyugal antes de promover el divorcio, es decir, cambiaron de régimen por el de separación de bienes. Al elaborar el convenio que exige el artículo 273 Fracción V, si es bajo éste régimen no se requerirá acuerdo alguno, pues cada cónyuge es dueño de lo que hubiere adquirido durante su vida conyugal, sin embargo deben observarse ciertas injusticias y pactarse, como se observará más adelante.

Esta Fracción V del artículo 273 previene que en el convenio se fije manera de administrar los bienes de la sociedad conyugal durante el procedimiento. Esta administración corresponde alguno de los cónyuges, puede seguir durante el proceso ese mismo administrando, o bien se cambie al otro o ambos administren conjuntamente hasta la disolución de la sociedad.

En todo matrimonio válido debe existir una administración de la sociedad conyugal por algún cónyuge, éste tiene la obligación de rendir cuentas al otro de las operaciones de ingresos, egresos, inventario de bienes, etc. En la práctica no se rinden dichas cuentas ya que la vida conyugal se realiza en confianza y respeto, no obstante de esto existe la obligación legal de rendir cuentas al otro cónyuge; artículos 183, 2710 y 2718 del Código Civil.

Presentándose el divorcio voluntario judicial es normal que el cónyuge que no administra debe pedir cuentas a su consorte, ya que esto es necesario para concluir

con los negocios pendientes, cobrar los créditos existentes y pagar lo que adeude la sociedad conyugal. Para de esta manera proceder a la disolución y liquidación de la sociedad conyugal.

"El patrimonio de la sociedad conyugal se compone de bienes y derechos de toda clase que aportaron los consortes al constituirse el régimen y que se conservan propios de cada cónyuge, o de ambos en copropiedad, lo forman también los bienes que durante el matrimonio se adquirieran por medios distintos a las utilidades generadas por el patrimonio social; como pueden ser adquiridos por algún cónyuge por herencia, legado o donación. Además se compone del fondo social con las utilidades y productos de los bienes y derechos aportados originalmente y con los adquiridos con las utilidades. Los dos consortes participan en el uso y disfrute de los bienes y derechos y en cuanto al fondo social hay comunidad entre ambos durante el matrimonio surgen operaciones en las que intervienen los intereses de los cónyuges y de estos con la sociedad conyugal, estas operaciones traen como resultado, que un cónyuge resulte acreedor o deudor del otro o con la sociedad conyugal. A título de ejemplo cuando se venden bienes propios de algún cónyuge y su producto no se reinvierte por este, sino que ingresó al fondo social, en este caso la sociedad conyugal será deudora del cónyuge, o bien, un cónyuge puede ser deudor de la sociedad conyugal, cuando los recursos de ésta fueron utilizados en las operaciones o mejoras de algún inmueble propiedad del cónyuge. El Código Civil no reglamenta lo anterior, sin embargo es lógico que tratándose del divorcio, tiene que hacerse este ajuste para tomarse en cuenta en la liquidación de la sociedad.

Pero debe existir compensación entre los consortes, pero si hay créditos y deudos la compensación opera. También se encuentra la subrogación, aquí el cónyuge que pague con sus propios bienes un adeudo del otro, se subroga en los

derechos del acreedor y tenga la facultad para cobrar a su consorte lo pagado por él, si se presenta el enriquecimiento ilegítimo, en este caso el consorte puede repetir contra el otro o contra la sociedad".⁶³

En estos casos la acción que tienen los cónyuges es personal y no goza de privilegio alguno, la prueba incumbe a quien invoca el reintegro.

Como se ha venido señalando que disuelta la sociedad se procederá a su liquidación (artículo 203 y 273 Fracción V del Código Civil). La liquidación se obtiene mediante una serie de operaciones encaminadas a separar los bienes que en la sociedad conyugal son privativos de cada cónyuge y los que permanezcan al fondo social para determinar si han existido o no ganancias, de haberlas, distribuir las entre los consortes.

El artículo 273 Fracción V exige que se deben designar liquidadores, ésta se hará entre los mismos cónyuges (artículo 2727 del Código Civil también se pueden nombrar a terceras personas como liquidadores, quienes pudieron ser nombrados en las capitulaciones matrimoniales en donde se establecen las bases para liquidar la sociedad artículo 189 Fracción IX del Código Civil. El Código Civil no establece el plazo para liquidar la sociedad conyugal aplicando las normas relativas a la sociedad civil, el plazo es de seis meses según lo previene el artículo 2726 del Código Civil.

*Para cumplir con lo que señala el artículo 273 Fracción V del Código Civil, es necesario establecer que la liquidación tiene varias partes y son:

1. El inventario.
2. El pago de las deudas a cargo de la sociedad y el cobro de los créditos que hubiere pendientes.

⁶³ CHAVEZ Asencio Manuel F. Op. Cit. Págs. 132 y 133.

3. La división del fondo social entre consortes.
4. La adjudicación.
5. La cancelación del Registro Público de las capitulaciones, si se inscribieron".⁶⁴

1. El INVENTARIO.- Es artículo 203 del Código Civil señala que disuelta la sociedad se procederá a formar el inventario en el cual no se incluirá el lecho, los vestidos ordinarios y los objetos de uso personal de los consortes, que serán de estos o de sus herederos. Este debe elaborarse por escrito, en forma pormenorizada, que significa describir cada uno de los bienes con los elementos propios para su debida identificación y derechos que existan al tiempo de la disolución de la sociedad, así como el de las cargas que hubiere. Se excluye del inventario como son el lecho cotidiano, los vestidos, los muebles de uso ordinario de los consortes o de sus hijos, los objetos de uso personal de los consortes y de los hijos, los instrumentos, aparatos útiles, libros necesarios para el arte, oficio o profesión a la que se dediquen cada uno de los cónyuges y sus hijos (artículos 203 del Código Civil y 544 del Código de Procedimientos Civiles). También deben excluirse aquellos que se aportaron al constituirse la sociedad conyugal, y aquellos que se adquirieron por medios distintos a las utilidades o ganancias (herencia, legado o donaciones; todos los bienes se devolverán a cada cónyuge) artículo 204 del Código Civil.

El activo de la sociedad esta formado por todos los bienes que integran el fondo social, con valores a la fecha de liquidación. Los bienes inmuebles deberán describirse precisando su ubicación, superficie, linderos y medidas de construcción que se encuentren en ellos. Así mismo se debe señalar los datos de la inscripción en el

⁶⁴ CHAVEZ Asencio Manuel F. Op. Cit. Págs. 134-135.

Registro Público de la Propiedad, es también necesario el certificado para saber si existen o no gravámenes sobre ellos.

Si existen Inversiones deben señalarse su naturaleza y lugar en que se encuentren, que pueden ser; Instituciones de crédito, casas de bolsa, etc.

Se debe actualizar el importe de las cantidades pagadas por la sociedad conyugal que fueron a cargo sólo de un cónyuge, y en general de las que instituyen un crédito en favor de la sociedad y a cargo del cónyuge.

El pasivo esta formado por las dudas pendientes a cargo de la sociedad, es necesario estipular si existe el importe actualizado del valor de los bienes que fueron propiedad de los cónyuges, cuando su restitución o pago en metálico deba hacerse empleados en Intereses de la sociedad conyugal. El importe actualizado de las cantidades que habiendo sido pactadas por uno solo de los cónyuges fueron a cargo de la sociedad.

2. EL PAGO DE LAS DEUDAS A CARGO DE LA SOCIEDAD Y EL COBRO DE LOS CREDITOS QUE HUBIERE PENDIENTES.- El artículo 204 del Código Civil señala que terminando el inventario se pagarán los créditos que hubiere contra el fondo social. Se devolverá a cada cónyuge lo que llevó al matrimonio y el sobrante, si lo hubiere se dividirá entre los consortes en la forma convenida. En caso de que hubiere pérdidas, el importe de estas se deducirá del haber de cada consorte en proporción a las utilidades que deban corresponderles, y si uno sólo llevó capital, a éste se le deducirá la pérdida total.

3. DIVISION DEL FONDO ENTRE CONSORTES.- Una vez pagados los créditos a cargo de la sociedad y habiéndose devuelto a cada cónyuge lo que aportó a la misma, se procederá a la división de los bienes que integran el fondo social.

"La legislación no señala disposiciones sobre la división, sin embargo se estima que cada consorte tendrá preferencia para que se le incluya en su haber social, hasta donde alcance, los bienes de uso personal y los que se indican en el artículo 203 del Código Social, también tendrán la preferencia para continuar con la explotación agrícola comercial o industrial que hubiere a cabo con su trabajo, así mismo tendrá preferencia del local donde hubiere ejercido su profesión u oficio".⁶⁵

Considero necesario que antes de iniciar la división del haber social deberán observarse las precauciones para asegurar las obligaciones que quedan pendientes en relación a los hijos (artículo 287 del Código Civil).

4.- LA ADJUDICACION.- Esta se lleva a cabo según la naturaleza de los bienes, tratándose de la transmisión de inversiones y dinero en casas de bolsa; será por medio de las instrucciones que por escrito se den según se estipule en el convenio. La transmisión de bienes; será mediante el respectivo endoso de las facturas; la transmisión de Inmuebles será necesaria la transmisión por escritura pública; por lo cual ambos tendrán que comparecer ante notario.

5. LA CANCELACION DE LAS CAPITULACIONES, SI SE INSCRIBIERON EN EL REGISTRO PUBLICO.- Esta en muchas ocasiones no se lleva a cabo, ya que se argumenta que no se ha inscrito capitulaciones matrimoniales, nuestra legislación permite realizar dicha inscripción.

⁶⁵ CHAVEZ Ascencio Manuel F. Op. Cit. Págs. 135 y 136.

Por otra parte al hablarse del régimen de separación de bienes, es de observarse que nuestra legislación en cuanto a los bienes conyugales no se requiere acuerdo alguno, ya que cada consorte es propietario de lo que adquirió durante su vida conyugal. Considero que llegando el divorcio voluntario Judicial, existen Injusticias, ya que se busca sacar ventajas en favor del varón o bien de la mujer.

La exposición de motivos a estas injusticias es que sabiendo de las obligaciones existentes en el matrimonio entre los cónyuges y con los hijos, suele convenir entre los progenitores que la mujer quede a cargo de los hijos y el hogar, por lo tanto la mujer que se desempeñaba en una profesión u oficio lo abandona y deja de percibir una cantidad remunerada por su trabajo, para incorporarse al cuidado de los hijos y el hogar.

Es posible exigir una indemnización compensatoria con base en el enriquecimiento ilegítimo (artículo 1882 del Código Civil), pues dentro de la vida conyugal se supone un convenio mediante el cual la mujer liberó al varón de sus trabajos en el hogar y atención de los hijos, permitiendo que éste se concentrara totalmente en obtener ingresos económicos, los cuales orientó primordialmente a su favor, adquiriendo bienes a su nombre, lo que significa una injusta desigualdad, y el varón en estos casos debe compensar a la mujer en la medida que tuvo esa libertad y posibilidad total de enriquecerse, y al haber conflicto de derechos, pues a falta de la ley expresa que valore el trabajo en casa y con los hijos. La controversia se decidirá en favor del que trate de evitarse perjuicios y no en favor del que pretenda obtener lucro. "la cuantía de esta indemnización compensatoria deberá ser del 50% del valor del patrimonio a la fecha de la crisis independientemente de las habilidades personales del varón que trabajó en negocios fuera de la familia, así como de su

preparación académica y capacidad pues con esas diferencias y distintas capacidades se celebró el matrimonio, lo cual no puede, en caso de crisis conyugal, argumentarse en perjuicio de alguno de ellos".⁶⁶

Considero que el juez está facultado para aplicar la analogía o mayoría de razón, los principios generales de derecho, la equidad, etc., a fin de que cuando se haga la liquidación de bienes se le de a cada cónyuge lo que le corresponde. Sin embargo no hay que olvidar que el juez sólo puede solicitar modificaciones al convenio o bien desecharlo.

Respecto a las donaciones que entre cónyuges se hicieron se debe convenir en las estipulaciones para decidir su revocación o confirmación. La cesión o transmisión de bienes propios que los cónyuges hicieron son donaciones y queda sujeto al régimen de sociedad conyugal, pero también aplicado al de separación.

El artículo 233 del Código Civil permite sólo la revocación de las donaciones mientras subsista el matrimonio, cuando exista causa justificada a juicio del juez, y como este término por muerte de alguno de los cónyuges, por nulidad o divorcio permite afirmar que la donación se confirma con la terminación del matrimonio, si no se hubiere ejercido el derecho de revocación por el donante.

En el divorcio voluntario judicial no se expresan las causas o razones de la crisis conyugal, no podrá el juez emitir su juicio sobre la revocación de las donaciones, pero deberá aprobar la revocación al otorgarse el consentimiento de ambos para la devolución al donante de lo que uno de los cónyuges como donatario hubiere recibido. Por ello es de justicia y equidad que el cónyuge culpable acceda a devolver

⁶⁶ CHAVEZ Asencio Manuel F. Op. Cit. Págs. 137 y 138.

al donante lo recibido y así pactarlo en el estatuto, la negativa obligaría a promover el Juicio de divorcio contencioso, en este caso el Juez aplicará el artículo 286 del Código Civil.

Las mismas bases pueden aplicarse en las donaciones antenuptiales que entre prometidos se hubieren hecho, cuando el matrimonio se disuelva por adulterio o abandono injustificado del domicilio conyugal artículo 288 del Código Civil.

En el convenio se estipulan transacciones y ambos consortes cederán en sus derechos, pero siempre el culpable deberá responder al otro su conducta que originó el divorcio. Podrá pactarse la revocación de las donaciones que puede ser total o parcial, o decidir si se abarcan también las donaciones antenuptiales o sólo las que entre consortes se dieron. Se debe tomar en cuenta que en todo pacto que importe cesión o transmisión de una parte de los bienes propios de cada cónyuge se considera donaciones conforme al artículo 192 del Código Civil.

Por último es necesario revisar los contratos celebrados entre los consortes, y lo relativo a los testamentos, para ello se revocará los poderes que entre cónyuges se otorgaron, previa información y rendición de cuenta que el mandatario haga de la ejecución de lo que se encomendó. Si existen contratos de seguros privados de vida, de enfermedades, daños, etc., en los cuales se hubiere señalado como beneficiario uno de los cónyuges, es conveniente hacer cambio ante la compañía aseguradora.

Si existen testamentos otorgados entre cónyuges como heredero del otro para caso de defunción, lo que también deberá ser cambiado conservando como herederos a sus hijos".⁶⁷

⁶⁷ CHAVEZ Asencio Manuel F. Op. Cit. Págs. 128 y 129.

4. IV EFECTOS DE LA RECONCILIACION DE LOS CONYUGES.

Las partes que intervienen en el divorcio voluntario Judicial generan ciertos efectos jurídicos, estos son de dos clases provisionales o definitivos, los definitivos ya fueron analizados en el capítulo tres, los provisionales son aquellos que se producen con la firma del convenio y su aprobación provisional por el juez en la primera audiencia.

El juez los exhortará a su reconciliación en la primera audiencia, si no aceptan las partes, el juez puede aprobar provisionalmente el convenio y sus efectos tienen ya fuerza legal artículo 675 del Código de Procedimientos Civiles. El tribunal dictará las medidas necesarias de aseguramiento, no se refiere sólo a los alimentos, sino a todos los puntos del convenio respecto a los cuales el juez puede actuar para asegurar el cumplimiento de lo pactado.

*Es claro que esos efectos provisionales ordenados por el juez pueden quedar sin efecto si las partes proponen modificaciones o rechazan definitivamente el convenio, ya sea en forma directa o por abstención al no comparecer a las audiencias de conciliación que cite el tribunal, o dejar pasar más de tres meses sin continuar el procedimiento artículo 679 del Código de Procedimientos Civiles, o bien la reconciliación en cualquier momento del procedimiento, aun cuando se hayan celebrado las audiencias de ley, siempre que no haya decretado la sentencia correspondiente artículo 276 del Código Civil toda vez que la plena obligatoriedad del convenio se obtiene sólo al incorporarse a la sentencia que dicte el juez, y por ende al aprobarse el convenio se disuelve el vínculo matrimonial, pero persisten derechos y obligaciones entre consorte y esto en relación con los hijos como se

analizó anteriormente. En este caso estamos ante el supuesto de que el convenio si reúne las garantías necesarias para el cumplimiento de lo que establece el artículo 273 en sus cinco fracciones".⁶⁸

El juez en la primera audiencia los exhortará a su reconciliación. Si no logra averniros, el juez aprobará provisionalmente el convenio conyugal, oyendo al representante del Ministerio Público, los puntos estipulados relativos a la situación de los hijos menores o incapacitados, a la separación de los cónyuges y a los alimentos de aquellos y los que un cónyuge deba dar al otro mientras dure el procedimiento, dictando las medidas necesarias de aseguramiento artículo 675 del Código de Procedimientos Civiles.

⁶⁸ PALLARES Eduardo. Op. Cit. Págs. 271 y 274.

4.V EL CONTENIDO DE LA SENTENCIA.

"El Juez al dictar la sentencia en los términos de los artículos 676, 681, 682, del Código de Procedimientos Civiles, resuelve lo siguiente:

- 1)** La disolución del vínculo conyugal.
- 2)** La aprobación del convenio.
- 3)** A cargo de quien deberán quedar los hijos menores e Incapaces.
- 4)** Cual de los dos cónyuges ha de ejercer la patria potestad o si los dos la ejercerán conjuntamente.
- 5)** La cuantía de los alimentos que corresponde a los hijos, así como a alguno de los dos cónyuges, la forma de pago de los mismos y las garantías para el debido cumplimiento de la obligación alimentaria.
- 6)** Daños y perjuicios en los términos del artículo 1916 del Código Civil; aplicables también al divorcio por mutuo consentimiento.
- 7)** Ordenar se levante el acta de divorcio, así como su inscripción en el Registro Civil artículo 682 del Código de Procedimientos Civiles".⁶⁹

"La sentencia tiene un doble efecto:

- A)** Es la fuerza legal que tiene la misma sentencia, ya que se puede ejercer por la vía de apremio artículo 500 del Código de Procedimientos Civiles, o bien en Juicio ejecutivo, con base a la misma sentencia artículo 443 Fracción VI y 505 del Código de Procedimientos Civiles.

⁶⁹ PALLARES Eduardo. Op. Cit. Págs. 274 y 275.

-) Es que produce la excepción de cosa juzgada que favorece a los divorciados y afecta a los hijos involucrados, o bien la sentencia que decrete el divorcio voluntario Judicial, es apelable en el efecto devolutivo. La que lo niegue es apelable en ambos artículo 681 del Código de Procedimientos Civiles".⁷⁰

Ante esta situación el cónyuge o los hijos mayores de edad que se sientan afectados en sus derechos por la sentencia decretada por el Juez familiar de primera Instancia podrá promover el recurso de apelación; que tiene por objeto que el Juez superior confirme, revoque o modifique la resolución del inferior artículo 688 del Código de Procedimientos Civiles, dicho proceso legal se llevará a cabo conforme al Código de Procedimientos Civiles en su título décimo segundo capítulo uno referente a los recursos.

*En relación a los hijos menores e Incapacitados, se estima que no se viola la garantía de audiencia que exige el artículo 14 constitucional, porque en el convenio se está pactado por sus representantes legales; además se determinan sus derechos especialmente su custodia y alimentos. Estos derechos son ratificados por el Juez y el Ministerio Público quien la ley los faculta para determinar sus garantías; por ello no se requiere que sean partes en el convenio o en el proceso, pero hay que tener cuidado en aquellos casos en que existan conflictos de intereses entre padres e hijos, en cuyo caso habrá que nombrar a éstos un tutor artículo 440 del Código Civil".⁷¹

Por otra parte si se hace la ejecución de la sentencia por la vía de apremio se hará ante el Juez que hubiere conocido del negocio en primera instancia que declaró

⁷⁰ CHAVEZ Asencio Manuel F. Op. Cit. Pág. 158.

⁷¹ CHAVEZ Asencio Manuel F. Op. Cit. Págs. 158 y 159.

disuelto el vínculo y aprobó el convenio y lo incorporó a la sentencia artículo 501 del Código de Procedimientos Civiles.

Si la ejecución de la sentencia y el convenio se hace por la vía ejecutiva se efectuará conforme a las reglas generales de los juicios ejecutivos artículo 505 del Código de Procedimientos Civiles, ante esta situación es necesario que en el convenio se pacte el tribunal competente para el conocimiento. Con esto se evitarán mayores gastos que se tuvieran que erogar ante el tribunal que se declara competente.

A través de la ejecución de la sentencia, independientemente de la vía que se seleccione se puede obtener entre otras las siguientes:

- 1) La entrega de personas artículo 526 del Código de Procedimientos Civiles, bien sea por parte del custodio para que el menor le sea devuelto por el visitador, o por éste último para lograr convivir con sus hijos.
- 2) El pago de dinero artículo 507 del Código de Procedimientos Civiles como pensión alimenticia ya sea quincenal o mensual, del progenitor a su cónyuge e hijo.
- 3) La entrega del inmueble, en caso que se hubiere alguno como vivienda familiar artículo 525 del Código de Procedimientos Civiles.⁷²

El Juez cuando apruebe el convenio original y lo incorpore a la sentencia, éste puede ser modificado con posterioridad ya sea por que así fue convenido y dicha modificación operará con base a las cláusulas del convenio cuando se presente el

⁷² CHAVEZ Asencio Manuel F. Op. Cit. Págs 159 y 160.

acontecimiento que origina el cambio, o bien por necesidad o conveniencia posterior que da origen a un documento adicional al pacto original y una nueva decisión judicial, en este caso se requiere de la aprobación por el juez y la intervención del Ministerio Público.

La modificación del convenio es lógico jurídico, toda vez que se desconocen la realidad humana futura así como el incumplimiento a las obligaciones pactadas en el convenio, a título de ejemplo: el cambio de domicilio de alguno de los progenitores, por que este puede hacer más gravoso el derecho de visita y debe hacer una posible compensación, la variación del derecho de visita según la edad de los hijos, modificación temporal o definitiva en la custodia en ciertas circunstancias; inclusive puede darse la custodia en favor de los abuelos para evitar conflictos entre progenitores, el casamiento de alguno de ellos, el cambio del poder adquisitivo de la moneda, salud, situación economía, etc.

"Desde el punto de vista legal la modificación está fundada en el artículo 94 del Código Procesal, que señala que las resoluciones, tanto provisionales como definitivas, pueden ser modificadas cuando afecten el ámbito familiar. En el Código Civil está clara la facultad del juez para modificar su decisión sobre los hijos, "atento a lo dispuesto en los artículos 422, 423 y 444 Fracción III" (artículo 284 del Código Civil), además el juez está facultado para intervenir de oficio en los asuntos que afecten a la familia" (artículo 941 del Código de Procedimientos Penales). Es decir, el convenio tiene una validez rebus sic stantibus, pues puede modificarse cuando también las circunstancias originales, al así establecerlo con claridad el referido artículo no sólo para las resoluciones judiciales de carácter provisional, sino también para los fines en materia conyugal y familiar".⁷³

⁷³ CHAVEZ Asencio Manuel F. Op. Cit. Pág. 169.

La modificación del convenio tiene límites, en relación con los deberes, obligaciones y derechos que son irrenunciables y no pueden ser convenidos; por ejemplo la patria potestad no es renunciable y solo requiere resolución judicial para su pérdida, suspensión o limitación. Si se pierde continúa la obligación de los padres en relación a los hijos artículo 285 del Código Civil.

*Entre los legitimados para solicitar la modificación del convenio judicial o extrajudicialmente son los siguientes:

- 1. LOS DIVORCIADOS.-** el artículo 273 del Código civil los faculta para formalizar el convenio original, en este mismo sentido las tiene para modificarlo cuando cambien las circunstancias. Además con la relación paterno-filial continúa, éstos siguen con sus deberes y obligaciones.
- 2. LOS HIJOS.-** Se presenta cuando surgen intereses opuestos entre padres e hijos a éstos se les nombrará un tutor, por ello el hijo tiene derecho a solicitarlo a través de él; participar en la revisión y modificación del convenio (artículo 400 del código Civil), estos intereses opuestos no se refieren únicamente a aspectos patrimoniales, económicos; referentes a los efectos de los bienes de los hijos menores e incapaces, sino que se pueden hacer extensivos a las relaciones de convivencia, de educación y ejercicio de deberes que permanecen de la relación paterno-filial, toda vez que esto no es jurídicamente imposible. Además el menor cuando tenga 14 años podrá hacer la solicitud de modificación a través del Ministerio Público (artículo 441 del Código Civil), tiene acción para pedir se aseguren los alimentos por ser acreedor alimentario artículo 303 y 315 Fracción I del Código Civil.

- 3. ABUELOS.-** el artículo 284 del Código Civil otorga el derecho de petición a los abuelos para actuar ante el Juez en lo relativo a la patria potestad y tutela de sus nietos u otra medida benéfica para los menores, antes de que se prevea definitivamente sobre la patria potestad o tutela de los hijos, los abuelos tienen acción para pedir el aseguramiento de alimentos artículo 315 Fracción II.
- 4. TIOS.-** El artículo 284 del Código Civil los faculta para ejercer el derecho de petición en lo relativo a la patria potestad y tutela de sus sobrinos, y tomar las medidas que beneficien al menor en el convenio original, así como la modificación. Tiene acción para pedir el aseguramiento de alimentos artículo 315 Fracción IV del Código Civil.
- 5. HERMANOS.-** Artículo 284 del Código Civil otorga el derecho de petición para actuar ante el Juez en relación a la patria potestad o tutela de sus hermanos y todo lo que los beneficie. Puede actuar en relación al convenio conyugal, o bien la modificación. Tiene acción para el aseguramiento de la pensión alimenticia artículo 315 Fracción IV del Código Civil.
- 6. MINISTERIO PUBLICO.-** Tiene acción para pedir el aseguramiento de bienes artículo 315 Fracción V y para actuar cuando así lo considere oportuno en la modificación del convenio, o bien a petición de alguno de los legitimados que fuere de Interés para el menor tanto en el aspecto patrimonial como aspecto personal de convivencia artículo 441 del Código Civil.

7. EL JUEZ.- El juez no tiene facultad para modificar el convenio, pero indirectamente a través de sus decretos y resoluciones, respecto a las cuales tiene posibilidades de actuar de oficio, se afectan algunas partes como consecuencia. La formalidad legal de la modificación del convenio debe ser forma escrita, la homologación ante el juez y que éste dicte una resolución aprobando la modificación. Si no se cumple la formalidad no será válido artículo 1833 del Código Civil, por adolecer de nulidad relativa artículo 2228 del Código Civil.⁷⁴

Por último en el convenio cesan sus efectos en los siguientes casos:

- 1) EN RELACION A LOS DIVORCIADOS.-** Cuando el acreedor deja de tener derecho a los alimentos; ya sea porque tenga capacidad económica suficiente, porque el acreedor alimentista se hubiera casado nuevamente o se hubiera unido en concubinato, porque hubiere concluido el plazo de duración de la obligación, que coincide con el mismo plazo de duración del matrimonio en el divorcio por mutuo consentimiento.

- 2) EN RELACION A LOS HIJOS.-** Por la terminación de la institución de la patria potestad al morir quienes pueden ejercerla o el hijo, o llegar este a la mayoría de edad, concluirá también el convenio cuando alguno de los progenitores muera, pues el otro ejercerá la patria potestad con todos los deberes y obligaciones (artículo 416 del Código Civil). El convenio termina cuando alguno de los progenitores es condenado a la suspensión o pérdida de la patria potestad, o uno de ellos es sujeto a interdicción.

⁷⁴ CHAVEZ Asencio Manuel F. Op. Cit. Págs. 170-172.

"En el convenio se puede estipular sanciones como consecuencia de posibles incumplimientos, o bien, determinarse hasta que la violación o el ilícito se presente. Las sanciones que se pueden señalar son las consignadas en la ley civil y penal. Dentro de las primeras se señalan la nulidad relativa o absoluta; la rescisión que produce daños y perjuicios; el divorcio como sanción; la condena de hacer entrega algún bien y la de no hacer; la inhabilidad; y la multa".⁷⁵

Por la naturaleza especial del convenio en el divorcio por mutuo consentimiento no es posible pactar como posible sanción la rescisión por incumplimiento, porque en el mismo se pactan deberes y obligaciones que surgen de la propia naturaleza humana, del matrimonio y de la procreación, que son propios e intransferibles y como consecuencia de cumplimiento exclusivamente a los progenitores entre uno y otro y en relación a los hijos.

Luego entonces otra vez de sanciones es posible garantizar obligaciones y deberes en el convenio, tanto en el estatuto relativo a los hijos como en el de los cónyuges.

Independientemente de las sanciones acordadas en el convenio por incumplimiento existen medidas de apremio previstas en el Código Procesal que el juez puede decretar en contra del obligado moroso o incumplido. Pueden derivarse situaciones delictivas como consecuencia de un acto u omisión que sancionan las leyes penales. A título de ejemplo cometer un delito por desobediencia al negarse a un mandato legítimo de la autoridad (artículo 178 del Código Penal), abandono de personas sin motivo justificado (artículo 336 del Código Penal).

⁷⁵ CHAVEZ Asencio Manuel F. Op. Cit. Pág. 163.

El delito de abandono de cónyuge se persigue a petición de la parte agraviada, sin embargo procede el perdón y la libertad del acusado cuando pague las cantidades que debiera por concepto de alimentos, y de fianza, u otra caución, como garantía que en lo sucesivo pagará la cantidad que le corresponda artículo 338 del Código Penal.

En el caso de abandono de hijos se persigue de oficio, y cuando proceda el Ministerio Público designará un tutor especial que represente al menor de edad ante el Juez, se declara extinguida la acción penal, oyendo previamente al representante de los menores, cuando el procesado cubra los alimentos vencidos y otorgue garantía suficiente a juicio del Juez para la subsistencia de los hijos (artículo 337 del Código Penal).

CAPITULO V

SU JUSTIFICACION

5.1 EL ASPECTO HUMANO

El significado de justificación es "Conformidad con lo justo, probanza que se hace de la inocencia o bondad de una persona, un acto o una cosa, prueba convincente de una cosa.

Así mismo el significado de justificar es "probar una cosa en razones convincentes, testigos y documentos, rectificar o hacer justa una cosa".⁷⁶

La exposición de motivos en la justificación del divorcio judicial voluntario, no lo hago con la intención de que la mayoría de los cónyuges se divorcien mediante esta vía, ni tampoco lo hago para que sea la única clase de divorcio que se regule jurídicamente en nuestra legislación. La finalidad es analizar jurídicamente esta clase de divorcio y observar hasta que punto pueden estar garantizados los derechos y obligaciones de los cónyuges, así como también los derechos de los hijos y los bienes.

Analizando los significados de las anteriores palabras considero que tengo las bases necesarias para considerar que efectivamente el divorcio voluntario judicial está justificado, esto con base a lo analizado en los capítulos anteriores especialmente el cuarto de esta tesis.

⁷⁶ Diccionario Básico Espasa Engalle Lagunar. Editorial Espasa Calpe, S.A. Tomo 3. España 1980. Pág. 2932.

Si partimos hablando del divorcio y sus consecuencias, éste no es aceptado por el Estado y la Sociedad, ya que el objetivo de estos dos últimos es la permanencia del matrimonio en el que derive una sana armonía conyugal e integración familiar.

"Parece obligado hacer un análisis de tipo moral siempre que se toca este tema, obligación que, desde luego, no rehuyo. Sin embargo, no creo que los límites de espacio a que está sujeto este trabajo permitan abarcar todas las vertientes por las que se elabora la discusión. Por lo tanto, elijo la vertiente de la psicología, como apoyo de la valoración ética de este Instituto, pues a través de los elementos que esta ciencia nos aporta se le puede realmente evaluar como un instrumento más al servicio de la familia.

En la familia se conjugan elementos efectivos muy poderosos que no pueden ser considerados exclusivamente desde el deber ser moral o religioso, ¿qué más da que la separación de los cónyuges sea socialmente considerada como algo malo si ellos mismos y los(as) hijos(as) resultan efectivamente beneficiados con tal separación?

Algunos considerandos éticos señalan al divorcio como la "causa" de desintegración de la familia. Algunos otros terminan por definirlo como un "mal necesario", pues remedia una situación familiar conflictiva, aunque lo hace a través de su desintegración. Desde mi punto de vista ninguno de los dos extremos es exacto. El divorcio como institución no puede ser calificado en términos de bueno o malo, como se ha hecho hasta ahora. Considero que debe ser calificado en términos de utilidad. Este Instituto ¿es útil a la sociedad? Sí o no y porqué. En estos términos el divorcio es indudablemente un Instituto útil en las relaciones familiares, pues aporta un principio de solución a un conflicto. No es un Instituto perfecto, claro está y

un principio de solución a un conflicto. No es un Instituto perfecto, claro está y afirmo que sólo aporta un principio de solución, pues lo que ofrece es un instrumento de tipo jurídico para resolver un problema efectivo. Es decir es un Instituto que se estructura en un plano diferente al conflicto que pretende resolver, por lo cual la solución sólo llega parcialmente. Es resto tendría que ser aportado por la pareja que se divorcia.

Buscar las causas de la ruptura matrimonial en el divorcio es desconocer los factores psicológicos que están presentes en las relaciones de la pareja".⁷⁷

"Todos los argumentos en contra del divorcio pueden sintetizarse así: el divorcio es un mal. Es en sí mismo factor de disolución, de disgregación familiar. Es Inmoral porque fomenta la livandad e irresponsabilidad de los cónyuges y víctima a inocentes, los hijos. En este orden de ideas podría concluirse: Si el divorcio es el causante de la descomposición familiar con todas sus negativas consecuencias, prohibase el divorcio y veremos un renacimiento de armonía conyugal y de la integración de la familia. ¡ Qué lejos de la realidad esta ligera y falaz conclusión !"⁷⁸

En una sociedad como la nuestra, sería ilegal e injusto prohibir el divorcio, éste no puede extinguirse solo puede disminuirse, es decir, al no existir divorcios, sería ilógica su regulación jurídica.

Como se observa el divorcio es bastante criticado, lo es en esta misma medida el divorcio voluntario judicial; sin embargo cabe señalar que "es una verdadera alternativa en la búsqueda de soluciones reales, adultas y civilizadas a la relación

⁷⁷ El Derecho en México. Una Visión de Conjunto. Tomo I. Universidad Nacional Autónoma de México. México 1991. Pág. 281 y 282.

⁷⁸ Montero Dunalt Sara. Op. Cit. Pág. 200.

dañada; soluciones en las que los propios afectados sean quienes aporten las bases de organización para la relación una vez roto el vínculo matrimonial pues aunque jurídicamente este vínculo ya esté disuelto, cuando hay hijos. Este es el significado filosófico jurídico que debe darse al divorcio voluntario aun cuando no sea una concreción real para todos los divorciantes".⁷⁹

En mi opinión es que siendo una clasificación del divorcio; el voluntario judicial lleva consigo una serie de características señaladas anteriormente. Pero hay que tener presente que si los cónyuges están de acuerdo en disolver el vínculo conyugal, lo hacen con el objeto de romper la unión legal que los unía e iniciar una nueva vida, ya que en esta no hubo entendimiento, no con esto justifico su irresponsabilidad como esposos, sino que el objeto es que se cumpla con felicidad y amor, el objeto del matrimonio, ya que el ser humano tiende a tener una infinidad de sentimientos justos y es sociable y no es perfecto en sus actos, tiende a equivocarse aún en sus decisiones más importantes de su vida; a título de ejemplo cursar una carrera profesional y al terminar ésta se da cuenta de que no era su vocación y opta por no ejercer dicha profesión.

Estoy de acuerdo que al dar la voluntad para celebrar matrimonio es una de las decisiones más importante en la vida del ser humano, ésta en virtud por la responsabilidad y seriedad que representa.

En base a esta explicación el Estado repara esta crisis conyugal a través del divorcio voluntario judicial. No con la simple voluntad de los cónyuges el divorcio es decretado, sino que el Estado otorga el divorcio cuando se garantizan los derechos y

⁷⁹ El Derecho en México. Una Visión de Conjunto. Op. Cit. Pág. 283

5.2 EL ASPECTO LEGAL

El divorcio voluntario judicial es un verdadero juicio teniendo como objetivo no en la voluntad que tienen los cónyuges en divorciarse, sino más bien garantizar lo estipulado en el convenio (artículo 273 del Código Civil), la voluntad de divorciarse de los consortes no es plena ya que está condicionada a los requisitos mismos del divorcio voluntario judicial, es cierto que no se habla de un cónyuge inocente, o culpable ya que en este caso no se juzga la causal o causales, estas se mantienen en secreto, sin embargo no libera al culpable de responder de daños y perjuicios originados por la causa del divorcio, estos daños y perjuicios se pueden cuantificar y pactarse como cláusulas compensatorias en el convenio.

Un punto importante además es que el Juez al rechazar el convenio, éste está facultado de oficio, si observa que hubiere urgencias dictará provisionalmente y sólo mientras dure el juicio las medidas en relación a los hijos cónyuges y bienes. El juez dejará a salvo los derechos de los consortes siempre y cuando no se haya dictado sentencia en solicitar el divorcio contencioso o bien plantear otro divorcio voluntario judicial o bien un nuevo convenio, ya que éste es un elemento de existencia en el juicio; los cónyuges lo celebran expresando su voluntad pero ésta no es plena, pues está sujeta a normas que por propia naturaleza son de orden público e interés social familiar.

A título de ejemplo los cónyuges no pueden renunciar a los alimentos hacia los hijos; tampoco pueden renunciar a la patria potestad, será el Juez quien está facultado para limitarla, suspenderla o bien decretar la pérdida.

Más aún en el convenio se pueden estipular sanciones en caso de incumplimiento a lo pactado, que pueden ser penas convencionales, pérdidas patrimoniales o de algún derecho. Además puede ser modificado el convenio después de haber dictado sentencia. Esta puede ser apelable en ambos efectos; así el cónyuge afectado puede apelar la sentencia.

Los alimentos entre los cónyuges; están justificados, toda vez que su fundamento es la compensación.

El Juez y el Ministerio Público la ley los faculta y recomienda vigilar para que el convenio que celebran los cónyuges se ajusten al orden público, al Interés social, a las buenas costumbres y a los principios generales del derecho. Las funciones de ambos funcionarios son justas, primordiales, además estos pueden hasta opinar sobre las posibles modificaciones conforme a un razonamiento jurídico y en esta medida proponerlo a los cónyuges, la ley no les concede hacer modificaciones, solo se concretan a aceptar o rechazar el convenio, es por ello que considero que en base a lo desarrollado en el capítulo IV y V de esta tesis, ahí radica su justificación, toda vez que existen garantías suficientes para proteger los derechos y obligaciones a que hace mención el artículo 273 del Código Civil.

No con el hecho de llamarse por mutuo acuerdo, los cónyuges pueden divorciarse, cuantas veces quieran. Ni tampoco facilita la disolución del vínculo conyugal para poner en peligro la estabilidad de la familia. Además no es la esencia de este divorcio y el pensamiento de el legislador; de que las parejas contraigan matrimonio, no con el propósito de permanecer en él toda la vida, ni siquiera por mucho tiempo y divorciarse cuando su voluntad caprichosa así lo exija; es decir, el objetivo de los cónyuges al celebrar el matrimonio no es en éste sentido, porque es

de este divorcio y el pensamiento de el legislador; de que las parejas contraigan matrimonio, no con el propósito de permanecer en él toda la vida, ni siquiera por mucho tiempo y divorciarse cuando su voluntad caprichosa así lo exija; es decir, el objetivo de los cónyuges al celebrar el matrimonio no es en éste sentido, porque es lógico que ignoran los efectos y consecuencias del divorcio, no pueden estar sujetos y decir me caso y después me divorcio por la vía voluntaria judicial y así sucesivamente.

Como establecí al principio son consecuencias del divorcio, que como un mal necesario no se pueden evitar, y es el Estado quien interviene para regularlo jurídicamente. En el caso de que se opte por el divorcio voluntario judicial; la voluntad no es plena y la formalidad del convenio tiene su base no totalmente a la voluntad sino más bien a disposiciones legales, al orden público, al interés social, a las buenas costumbres y a los principios generales del derecho.

"En caso de que no apruebe el convenio porque éste viole los derechos de los(as) hijos(as) y no queden bien garantizados, podrá hacer las modificaciones que considere pertinentes, que serán notificadas a los divorciantes por el Juez para que dentro de los tres días siguientes manifiesten si aceptan o no esas modificaciones. En caso de no aceptarias será el Juez quien en la sentencia cuidará que los derechos de los(as) hijos(as) queden bien garantizados. Hay que hacer hincapié; en que a pesar de lo dicho por el artículo 680 del Código de Procedimientos Civiles en su primera parte, mientras el convenio no sea aprobado en la práctica no se decretará la disolución del vínculo matrimonial".⁸⁰

⁸⁰ El Derecho en México Una Visión de Conjunto. Op. Cit. Pág. 296.

5.3 EL PROCEDIMIENTO JURIDICO

Sobre el procedimiento del divorcio voluntario, conforme al código de procedimientos civiles para el Distrito Federal.

*Se lleva a efecto de acuerdo con lo que disponen los artículos 272 en su último párrafo, 273, 275 y 276 del Código Civil y 674 a 682 de la Ley Procesal. Conforme a estas disposiciones se tramita de la siguiente manera:

- a) Es Juez competente para conocer del divorcio voluntario, el del domicilio conyugal (artículo 156 fracción XII del Código de Procedimientos Civiles).
- b) A la demanda deberá acompañarse copia certificada del acta de matrimonio y de las de nacimiento de los hijos menores, así como el convenio previo que hayan celebrado los cónyuges, según lo exige el artículo 273 del Código Civil.
- c) Aunque generalmente se afirma que el divorcio voluntario se lleva a cabo en vía de Jurisdicción voluntaria, en realidad no es así, porque el Código Procesal no lo incluye en el título relativo a dicha Jurisdicción y además principalmente porque en él hay cuestiones entre partes que consisten, no en la voluntad que tienen los cónyuges de divorciarse, sino en la validez de lo estipulado en el convenio respecto de la condición futura de los hijos y de la manera como han de cumplir los padres la obligación que tienen de alimentarlos, así como las garantías que se otorguen para el cumplimiento de esta obligación. El divorcio no se decreta por el Juez sino cuando se aprueba el convenio, al cual pueden oponerse el Ministerio Público y el propio Juez, si lo rechaza por no considerarlo legal o conveniente a los

Intereses morales y económicos de los hijos que están sujetos a la patria potestad. Por tanto, en el juicio de divorcio hay cuestiones entre partes y debido a esta circunstancia debe figurar en los actos de jurisdicción contenciosa. La parte contraria a los cónyuges es el Ministerio Público.

- d) Admitida la demanda de divorcio, el Juez citará a los cónyuges y al Agente del Ministerio Público a una junta que deberá celebrarse después de los ocho días y antes de los quince siguientes a la resolución que la fija. En ella el Juez exhortará a los cónyuges para que no se divorcien, y si no lo logra al no avenirse, aprobará provisionalmente los puntos del convenio relativos a los hijos, a la esposa y a los alimentos que un cónyuge debe dar al otro mientras dure el procedimiento, dictando al efecto las medidas necesarias. (Artículo 675 del Código de Procedimientos Civiles). En esta junta se citará a otra nueva, siempre que los cónyuges insistan en su voluntad de divorciarse y en la segunda que deberá efectuarse en el mismo plazo que la primera, de nuevo el Juez exhortará a los interesados para obtener su reconciliación. En caso de que insistiesen en divorciarse y con audiencia del Ministerio Público se aprobará definitivamente el convenio, si es legal y conveniente a los hijos. La sentencia que lo apruebe decretará la disolución del vínculo matrimonial. (Artículo 676 del Código de Procedimientos Civiles).
- e) En el divorcio voluntario los cónyuges no pueden hacerse representar por procurador y es forzosa su asistencia personal a las juntas para la validez del procedimiento. El cónyuge menor de edad necesita de un tutor especial para solicitar el divorcio y para que lo acompañe en las juntas. (Artículo 677 y 678 del Código de Procedimientos Civiles).
- f) La acción de divorcio voluntario caduca cuando los cónyuges dejan de promover durante tres meses. (Artículo 679 del Código de Procedimientos Civiles).

- g) Si el Ministerio Público se opone a la aprobación del convenio, deberá expresar las modificaciones que en su concepto deben hacerse en el mismo. De su pedimento se correrá traslado a los cónyuges para que dentro de tres días manifiesten si están de acuerdo en los cambios propuestos. Si no lo están, el Juez pronunciará la sentencia definitiva rechazando o aprobando el convenio. (Artículo 680 del Código de Procedimientos Civiles).
- h) La sentencia que decreta el divorcio ha de inscribirse al margen del acta de matrimonio respectiva. Es apelable en ambos efectos cuando niega el divorcio, ya tan solo es en el efecto devolutivo cuando lo concede. (Artículo 681 y 682 del Código de Procedimientos Civiles).
- i) El divorcio voluntario no puede pedirse sino pasado un año de la celebración del matrimonio y mientras se decreta el Juez debe autorizar provisionalmente la separación de los cónyuges. (Artículo 274 y 275 del Código Civil).
- j) Los cónyuges que hayan solicitado el divorcio voluntario, podrán reunirse de común acuerdo en cualquier tiempo, con tal de que el divorcio no hubiere sido decretado, pero no podrán volver a solicitarlo sino pasado un año del de su reconciliación. (Artículo 276 del Código Civil).⁸¹
- k) Hay que tener en cuenta lo que previene el artículo 273 del Código Civil respecto del convenio que debe acompañarse a la demanda de divorcio. (ver capítulo IV inciso 4.3).

⁸¹ Pallares Eduardo. Op. Cit. Pág. 267 - 276.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- La sociedad en que vivimos actualmente se está transformando rápidamente, igualmente su crecimiento es vertiginoso. Esta transformación debe ser en un solo sentido, tiene que ser en forma positiva, pues así lo requieren cualquier cambio en una sociedad civilizada, los cambios deben ser acordes a las necesidades que esta demande, todo ello debe estar siempre apegado al estado de derecho.

SEGUNDA.- Actualmente nuestra sociedad está formada por gente joven que va entre las edades de 16 a 30 años; estos requieren de un derecho justo y equitativo; para que a través de ello puedan desarrollar su máxima capacidad y ser productivos para nuestro país y aporten ideas nuevas que sean positivas a la sociedad, pues considero que este debe ser una obligación primordial del Estado.

TERCERA.- La Institución del derecho de Familia, contempla dentro de su división al divorcio, mismo que es bastante criticado, sin embargo considero que este no debe serlo; sino debe ser la forma como esta regulado jurídicamente o bien las ideas que aporte el Estado para disminuirlo ya sea en el aspecto legal o humano.

CUARTA.- En el aspecto legal se establece que a través de la disolución conyugal no resuelve los problemas de los divorciados, ya que los complica aún más, ya que incluso habiendo una sentencia en la que señalan derechos y obligaciones; en infinidad de casos no se cumplen. En el aspecto social siempre los distinguen a los divorciados la sociedad ya que los considera como personas irresponsables o conflictivas. En el aspecto moral causan sentimientos entre los divorciados e inclusive

en ciertas ocasiones existe venganza haciendo justicia por su propia mano; los hijos que son los más afectados tienen trastornos psicológicos.

QUINTA.- Partiendo de la anterior idea, considero que no debe observarse en este sentido, en vez de criticarlo porque mejor no se aportan ya otras ideas o planes de trabajo con el fin de dar una estabilidad al matrimonio, encaminado no solo al aspecto legal sino también al humano. Todo ello debe hacerse llegar a los organismos competentes del Estado para buscar las mejores soluciones.

SEXTA.- Considero que el Estado tiene ya una doble función; en primer término implica una labor educativa permanente, constante y prolongada en los primeros ciclos escolares impartiendo a las generaciones de jóvenes la importancia que tiene una educación sexual, no desde el punto de vista físico de la relación sexual, sino al correcto papel que hombre y mujer deben asumir en sus relaciones sociales como seres humanos, que tengan como finalidad encaminarlos a educar al niño y jóvenes para que cuando asuman la responsabilidad de contraer matrimonio y aún más el ser padre de familia. Para lograr este objetivo en mi forma de pensar, se debe fomentar la creación de consejeros matrimoniales y en materia de problemática familiar en general; debe existir ayuda social, médica, psicológica, recreativa y cultural de todo tipo; todo ello como un auxilio para la debida solidez de la familia.

SEPTIMA.- El Juez al decretar el divorcio voluntario judicial debe ajustarse siempre al orden público, al interés social, a las buenas costumbres y a los principios generales del derecho de familia, por ello sus consecuencias deben producir el menor mal para los cónyuges y sus hijos.

OCTAVA.- El divorcio necesario es criticado, lo es más el divorcio voluntario judicial, ya que se argumenta que facilita la separación conyugal, sin embargo no lo es así; ya que es considerado como un verdadero juicio y el que decreta el divorcio es el Juez de lo Familiar, existe intervención del Ministerio Público. Más aun lo que se juzga no es la voluntad de los cónyuges sino más bien es el convenio que exige el artículo 273 del Código Civil.

NOVENA.- Los cónyuges al redactar el convenio tienen una autonomía de voluntad restringida ya que los derechos y obligaciones del matrimonio son de orden público e interés social, la voluntad es limitada ya que el orden público familiar exige que los cónyuges no se dañen entre sí, se vigilen los intereses de la familia y que los pactos sean lo menos dañinos para los hijos. (artículo 4 de la Constitución y artículo 940 del Código de Procedimientos Civiles). Los alimentos entre cónyuges e hijos no pueden renunciarse por el deudor alimentista, tampoco lo es la patria potestad, sólo pueden ser suspendida, limitada o perderla, solo a través de resolución judicial.

DECIMA.- Propongo que El Ministerio Público actúe de oficio cuando alguno de los cónyuges quiera evadir sus obligaciones; a título de ejemplo cumplir con la obligación de dar alimentos, puede proceder penalmente cuando alguno de los cónyuges se declare intencionalmente en estado de insolvencia con el objeto de eludir el cumplimiento de sus obligaciones alimentarias (artículo 336 bis del Código Penal).

DECIMO PRIMERA.- Propongo que además de la función que tiene el juez de detectar y comprobar la plena capacidad en que gozaron los cónyuges al redactar el convenio, analizará lo pactado referente a los cónyuges, hijos y bienes para aceptar el convenio o bien rechazarlo, la ley debe obligarlo hacer las modificaciones que

considere convenientes, siempre apegadas a los principios generales del derecho de Familia, orden público, buenas costumbres e interés social.

DECIMO SEGUNDA.- Propongo que si los cónyuges han tenido reincidencia en diversas ocasiones en que se reconcilian, y después al año siguiente vuelven a solicitar el divorcio voluntario Judicial; el Juez y el Ministerio Público pueden actuar de oficio y proceder a analizar el convenio, pues no tiene ya razón la reconciliación entre los cónyuges.

DECIMO TERCERA.- Propongo que se abra un capítulo en nuestro Código Civil en donde se regulen jurídicamente todas las características del convenio y que estas no queden a la interpretación del Juzgador, toda vez que en la legislación vigente no existe.

DECIMO CUARTA.- Propongo que se derogue el artículo 274 del Código Civil, el cual habla de que deberá dejar pasar un año, contados a partir de la fecha en que se reconcillaron. Para adquirir nuevas nupcias el tiempo no debe ser por un año sino que debe ser por tiempo indefinido, ya que esto puede traer como consecuencia que no se cumpla con los derechos y obligaciones de los divorciados; ejemplo si existía obligación en el convenio de dar alimentos a 2 hijos, dentro de 4 años ya no será únicamente sobre estos dos, mas aparte habrá obligación sobre los hijos de su nuevo matrimonio y quizá disminuya el porcentaje o bien el derecho de visita ya no se realice. Es decir mientras los divorciados cumplan con sus obligaciones en convenio y se encuentren bien garantizadas a consideración del Juez, podrán adquirir nuevas nupcias.

DECIMO QUINTA.- Considero que al artículo 273 del Código Civil debe anexarse la regulación jurídica del derecho de visita, el régimen de separación de bienes. Además al derecho de visita debe ser considerado legalmente no solo como un derecho sino como una obligación de los divorciados.

BIBLIOGRAFIA

Bejarano Sánchez Manuel. "Obligaciones Civiles", Colección Textos Jurídicos Universitarios. México 1989.

Bonnetcase, Julián. "La Filosofía del Código de Napoleón aplicado al Derecho de Familia". Editorial José M. Cajica Jr. Puebla, México 1945.

Chávez Ascencio Manuel F. "La Familia en el Derecho. Relaciones Jurídicas conyugales", Primera edición. Editorial Porrúa, S.A. México 1985.

Chávez Ascencio Manuel F. "Convenios Conyugales y Familiares". Primera Edición. Editorial Porrúa, S.A. México 1991.

Diccionario de Derecho Privado. Directores: Don Ignacio de Caso y Romero y Francisco Cervera y Jiménez Alfaro. Editorial Labor, S.A.. Barcelona 1954.

Diccionario Jurídico Mexicano.- Instituto de Investigaciones Jurídicas. Tomo III. Editorial Porrúa, S.A. México Distrito Federal 1985.

Enciclopedia Jurídica Orbea. Editorial Driskill, S.A. Decimonoveno Tomo; Buenos Aires, Argentina 1979.

Ferreter Mora, José. Diccionario de Filosofía, Tomo III. Alianza. Editorial, S.A. Madrid 1986.

Floris Margadant S. Guillermo. "Introducción a la Historia del Derecho Mexicano".
Universidad Autónoma de México 1971.

Gallindo Garfias, Ignacio. Derecho Civil. Primer Curso. Parte General, Personas y Familia.
Editorial Porrúa, S.A. México 1980.

Gran Enciclopedia del mundo. Editorial Marín, S.A. Tomo VI. Barcelona 1977.

Gutiérrez Saenz, Raúl. "Introducción a la Etica". Decimocuarta Edición. Editorial
Esfinge, S.A México 1981.

Ibarrola, Antonio De. "Cosas y Sucesiones". Editorial Porrúa, S.A. México 1977.

Lagomarsino, A.R. Carlos, Salerno U. Marcelo. Enciclopedia de Derecho Familiar. Tomo
I. Editorial Universidad Buenos Aires 1991.

La Ley y la Justicia al Alcance de Todos. El divorcio en México. Joaquín Porrúa Editores.
México 1991.

Mendleta Nuñez Lucio. "El Derecho Procolonial". Enciclopedia Ilustrada Mexicana. No.
7. Editorial Porrúa, México 1937.

Monneret, Héléne. "Vivir Juntos". Ediciones Mensajero. Bilbas, España 1981.

Montero Duhalt, Sara. "Derecho de Familia". Cuarta edición. Editorial Porrúa, S.A.
MÉXICO 1990.

Pacheco E. Alberto. "La Familia en el Derecho Civil Mexicano". Primera Edición. Editorial Panorama, México 1984.

Pallares Eduardo. "El divorcio en México". Sexta edición. Editorial Porrúa, S.A. México 1991.

Pallares, Eduardo. "Diccionario de Derecho Procesal Civil". Decimosexta edición. Editorial Porrúa, S.A. México 1984.

Petit Eugene. "Tratado Elemental de Derecho Romano". Ediciones Selectas. México, D.F. 1982.

Pina, Rafael De. "Elementos de Derecho Civil Mexicano". Editorial Porrúa, S.A. México 1980.

Ramírez Mac Gregor, Carlos. "El Matrimonio. Estudio histórico y de Derecho comparado". Primera edición. Editorial Reus, S.A. Madrid 1930.

Rojina Villegas, Rafael. Compendio de Derecho Civil. Tomo I. Introducción personas y familia. Vigésima edición. Editorial Porrúa, S.A. México 1984.

Ventura Silva, Sabino. "Derecho Romano". Séptima edición. Editorial Porrúa. México 1984.

CODIGOS Y LEYES

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Editorial Porrúa, S.A. México 1993.

Código Civil para el Distrito Federal. Editorial Porrúa, S.A. 59ª Edición. México 1991.

Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal. Editorial Porrúa, S.A. 43ª Edición. México 1992.

Código Penal para el Distrito Federal. Editorial PAC, S.A. México 1988.

Ley Federal del Trabajo. Editorial Porrúa, S.A. México 1987.