

881639

UNIVERSIDAD FRANCO MEXICANA

8
2ej

ESCUELA DE DERECHO



EL DIVORCIO NECESARIO POR LA SEPARACION DE
LOS CONYUGES POR MAS DE DOS AÑOS

TESIS PROFESIONAL
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
LUIS ANTONIO RUIZ GUTIERREZ

TRABAJO CON
EXCELLENTE CALIDAD



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

C A P I T U L A D O

" EL DIVORCIO NECESARIO POR SEPRACION DE LOS CONYUGES
POR MAS DE DOS AÑOS"

CAPITULO I. GENERALIDADES SOBRE DIVORCIO.

1

- 1.- CONCEPTO DE DIVORCIO.
- 2.- CONCEPTO SOCIOLOGICO DEL DIVORCIO.
- 3.- PROBLEMATICA DEL DIVORCIO.

CAPITULO II. ANTECEDENTES HISTORICOS DEL DIVORCIO.

17

- 1.- EN DERECHO ROMANO.
- 2.- EN DERECHO FRANCES .
- 3.- EN DERECHO ESPAÑOL.

CAPITULO III. ANTECEDENTES DEL DIVORCIO EN LA LEGISLA- 45
CION MEXICANA.

- 1.- CODIGO CIVIL DE 1870.
- 2.- CODIGO CIVIL DE 1884.
- 3.- LEY DE 1914.
- 4.- LEY DE RELACIONES FAMILIARES DE 1917.
- 5.- CODIGO CIVIL DE 1928.
- 6.- CODIGO CIVIL VIGENTE.

CAPITULO IV. CLASES DE DIVORCIO. 67

- 1.- MUTUO CONSENTIMIENTO.
- 2.- ADMINISTRATIVO.
- 3.- NECESARIO.

CAPITULO V. ANALISIS DE LA FRACCION XVIII DEL CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL 90

- 1.- EL DIVORCIO NECESARIO POR SEPARACION DE LOS CONYUGES POR MAS DE DOS AÑOS.
- 2.- PROBLEMATICA.
- 3.- PROPUESTAS DE REGULACION.

CONCLUSIONES. 99

BIBLIOGRAFIA. 102

OBJETIVO DE TESIS

El objetivo primordial de esta tesis, consiste en efectuar un análisis lógico-jurídico, acerca de la causal prevista en la Fracción XVIII, misma que fue incluida en el Código Civil para el Distrito Federal, el 12 de diciembre de 1983, mediante Decreto de Formas y Adiciones a dicho ordenamiento, publicado en el Diario Oficial de la Federación, el 27 de diciembre de 1983, estableciendo dicha adición:

"Artículo 267. Son causales de divorcio.

I. XVIII. La separación de los cónyuges por más de 2-años, independientemente del motivo que haya originado la separación - la cual podrá ser invocada por cualesquiera de ellos."

Considero que esta reforma al Código Civil es inadecuada, toda vez que basta el simple transcurso del tiempo, dos años para que sea decretado el divorcio, sin que se tenga que acreditar o comprobar algún motivo que haya originado la separación, situación que en mi concepto no debe de prevalecer, atendiendo a la naturaleza del matrimonio y de su papel que representa en la sociedad, el cual debe disolverse sólo en los casos previstos por las causales comprendidas en el artículo 267, antes de ocurrir la Reforma de 1983, de donde desprendo que el Legislador, por ningún motivo debe autorizar la disolución del vínculo matrimonial en base a un criterio de simple temporalidad y sin que se deduzca motivo alguno. Razón por la que propongo la derogación de la fracción XVIII del Código Civil.

CAPITULO PRIMERO**GENERALIDADES SOBRE EL DIVORCIO****1. CONCEPTO DE DIVORCIO****11. CONCEPTO SOCIOLOGICO DEL DIVORCIO****111. PROBLEMATICA DEL DIVORCIO**

CAPITULO I.

GENERALIDADES SOBRE EL DIVORCIO

1.- CONCEPTO DE DIVORCIO.

En el presente punto, examinaremos el concepto de divorcio, en sus connotaciones gramatical y jurídica, dejando los conceptos sociológico y la problemática del divorcio en cuanto a su estudio, posteriormente al tratar los puntos 2 y 3 de esta investigación.

En su connotación gramatical, el concepto de divorcio, según el Diccionario de la Academia Española, significa "Del latín *divortium*. Acción y efecto de divorciar o divorciarse" (1).

Por su parte, el concepto de divorciar, según la Academia, significa: "De divorcio. Tr. Separar el juez competente por su sentencia a dos casados, en cuanto a cohabitación y lecho... Disolver el matrimonio la autoridad pública" (2).

Las definiciones anteriores, nos proporcionan el concepto de divorcio, aunque si bien, la primera connotación, divorcio, nos remite a la segunda, divorciar, y en la que se define en términos jurídicos el vocablo en su segunda acepción.

Disolver el matrimonio la autoridad pública. Este concepto, no lleve necesariamente a definir que entendemos por matrimonio.

(1) DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA (REAL ACADEMIA ESPAÑOLA).
19a. Ed., Editorial Espasa-Calpe, Madrid, 1970, P. 489.

(2) Ibid. pag.

Matrimonio, de acuerdo con la Academia de la Lengua -

Española significa:

Matrimonio. (Del latín matrimonium) m. Unión de hombre y mujer concertada de por vida mediante determinados ritos o formalidades legales; 2. Sacramento propio de legos, por el cual hombre y mujer se ligan perpetuamente con arreglo a las prescripciones de la Iglesia" (3).

Expuesto el concepto de matrimonio, mismo que es definido en términos de lo afirmado por la Academia Española, como la - - unión de hombre y mujer concertada de por vida mediante determinadas formalidades legales, cabe a este respecto el efectuar la siguiente - precisión, el matrimonio, contrariamente con la definición anterior, - de acuerdo con nuestro sistema jurídico vigente, no es vitalicio o de por vida, toda vez que se autoriza la disolución del vínculo matrimonial mediante la institución jurídica del divorcio.

En la doctrina jurídica, se han pronunciado diversos juristas acerca del vocablo divorcio. A continuación veremos algunas definiciones con respecto al tema que nos ocupa.

En base a lo que nos refiere Eduardo Pallárez, el concepto de divorcio consiste: "En 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 res--

(3) Idem. p. 855

pecto de terceros. Por tanto, en sí mismo, el divorcio consiste en - la ruptura del vínculo conyugal, pero ésta solo se obtiene mediante - las formas y requisitos que la propia ley determina. Produce, en con - secuencia, dos efectos: el de la mencionada ruptura y el de otorgar a los cónyuges la facultad de poder contraer nuevo matrimonio. (4).

Rafael Rojina Villegas nos proporciona su concepto de divorcio en los siguientes términos:

"Divorcio proviene del latín divortium, que significa disolución del matrimonio. Forma sustantiva del antiguo divortere, - que significa separarse, reiteración; voltere, dar vueltas.

Según el pensamiento etimológico, el divorcio significa dos sendas que se apartan del camino.

En sentido metafórico, más amplio y moderno, divorcio es la separación de cualesquiera de las cosas que estaban unidas.

En un sentido jurídico, abarca dos posibilidades, una mayor y otra menor; la disolución del vínculo matrimonial y la mera se paración de cuerpos que deja subsistente el vínculo. En ambos casos - en virtud de sentencia judicial fundada en causa legal. "(Fernando Fug yo Lanieri, Derecho Civil...)" (5).

(4) PALLARES, Eduardo: El Divorcio en México, 4a. Ed. Editorial Porrúa México, 1984, P. 36.

(5) ROJINA VILLEGAS Rafael: Derecho Civil Mexicano, Tomo II, Derecho de Familia, 6a. Ed., Edit. Porrúa, México, 1983, p. 383.

Por su parte, Ignacio Galindo Garfias, con respecto al divorcio nos advierte:

"Concepto. 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 expresamente establecida 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 compruebe debidamente la imposibilidad de que subsista la vida matrimonial, debe ser pronunciada cuando no hay duda de que ha cesado la posibilidad de que continúen unidos en matrimonio los consortes, ya sea porque ha quedado probada en el juicio la existencia de hechos en tal manera graves que considerados en la ley como causa de divorcio, han provocado la ruptura de ese conseso para mantener el vínculo (divorcio contencioso o necesario) o porque marido y mujer están de acuerdo en hacer cesar su vida matrimonial (divorcio por mutuo consentimiento). (6).

Expuestas las definiciones anteriores sobre el concepto de divorcio, según ha expuesto la doctrina nacional y la extranje-

(6) GALINDO GARFIAS, Ignacio: Derecho Civil, Primer Curso, Parte General, Personas, Familia, 8a. Ed., Edit. Porrúa, México, 1987, p.577 y 578

ra, veamos el divorcio a la luz del Código civil para el Distrito Federal:

El artículo 266 de este ordenamiento expone:

"Artículo 266 El divorcio disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro"

De lo que antecede, tenemos que el divorcio, por nuestra parte, puede ser definido como el acto jurisdiccional por medio del cual, se decreta la disolución del vínculo matrimonial, ya sea en forma voluntaria o en forma necesaria, correspondiendo el divorcio en forma voluntaria por mutuo acuerdo entre los consortes, y en forma necesaria, cuando se acreditan los extremos previstos por el Código Civil como causales de divorcio.

2.- CONCEPTO SOCIOLOGICO DEL DIVORCIO.

El divorcio desde un punto de vista social, es una -- institución de extrema importancia, toda vez que el matrimonio es una institución que constituye la base de la familia, y por lo tanto, es un importante factor de cohesión social.

Se afirma comunmente, que el Estado adquiere fortaleza y cohesión social, si las familias que constituyen al mismo se conservan y se mantienen unidas. Por lo que, a contrario sensu, el divorcio como antítesis del matrimonio coadyuvará en consecuencia, a la paulatina disolución de la cohesión de la sociedad y a su debilitamiento inexorable.

Ignacio Galindo Garfias, nos comenta su punto de vista sobre el divorcio como problema social en los siguientes términos:

"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" (7).

El planteamiento realizado por Galindo Garfias con respecto al divorcio desde un punto de vista social, relaciona a la institución objeto de nuestro estudio, necesariamente con la desintegración del matrimonio, con sus evidentes consecuencias humanas y morales, tanto para los consortes que se vuelven ex-cónyuges, y la relación de éstos y sus hijos, así como la relación entre éstos últimos.

Por lo que respecta a los ex-cónyuges, lo más probable es que una vez conseguido el divorcio, se busque nueva pareja, dificultándose enormemente la relación que se entabla entre la madrastra o el padrastro con los hijos del matrimonio anterior, llegando incluso a relaciones tormentosas que en ocasiones son sumamente dañinas para los hijos, quienes son desplazados y relegados a segundo término.

El nuevo matrimonio o la simple unión que se forma -- después del divorcio, es asimismo, muy difícil que se consolide como familia, debido a que normalmente los hijos anteriores que se llevan al nuevo matrimonio o a la unión de la pareja, es difícil que acepten su nueva situación, sobre todo el subordinarse a la autoridad de un nuevo "padre" o "madre", tornándose la relación sumamente conflictiva.

(7) GALINDO GARFIAS Ignacio.- Ob. Cit. pag. 582.

El factor religiosos o la institución religiosa de la Iglesia Católica, como parte de la sociedad, trata de mantener la cohesión de la familia y del matrimonio, por lo que no autoriza el divorcio entre los cónyuges.

Es de tomarse en consideración, que la función de la Iglesia Católica consiste en conservar los principios religiosos y -- del dogma cristiano, consistente en que la unión entre el hombre y la mujer es una unión sagrada y como tal no debe disolverse, prohibiéndose se tajantemente el divorcio.

Sin embargo, la religión en términos modernos ha perdido camino, debido a que las nuevas generaciones someten a un cuestionamiento radical a la Institución de la Iglesia, debido a sus posturas científicas que niegan todo crédito a los dogmas religiosos, -- mismos que no son susceptibles de comprobación de acuerdo al método científico de observación, experimentación y conclusión.

Por lo que respecta a nuestra legislación, al Código Civil para el Distrito Federal, podemos considerarla como no influenciada por la religión, debido a cuestiones religiosas que nos ilustra la historia, por ejemplo, las leyes de Reforma y nuestra Constitución Política promulgada por Don Venustiano Carranza, jefe máximo de la -- Revolución, el año de 1917, en la que se prohíbe toda intromisión de la Iglesia en cuestiones del Gobierno temporal, es decir, de los gobiernos emanados de la voluntad del pueblo en los regímenes democráticos.

De lo anterior, podemos concluir que desde el punto de vista social, y de acuerdo con nuestra legislación civil vigente se autoriza la institución del divorcio, porque actualmente el matrimonio ha sufrido graves crisis, debido, entre otros factores, al económico, mismo que ha recrudecido la situación general de las familias llegando incluso hasta el divorcio.

Por nuestra parte, podemos afirmar que el divorcio, desde un punto de vista social, es un mal necesario que cumple con una función social inapreciable, consistente en mantener en la medida de lo posible, a los miembros que integran a la familia, sin las presiones desgastantes de los constantes conflictos entre sus miembros que se encuentran al borde del divorcio.

3.- PROBLEMATICA DEL DIVORCIO.

La problemática del divorcio se remonta a épocas -- anteriores de la evolución histórica, en los principios de las civilizaciones, éste fue negado o prohibido, no fué sino hasta épocas -- recientes, cuando se ha autorizado por las sociedades progresistas -- y avanzadas.

A modo de ejemplo, tenemos como sociedad de la antigüedad, a los judíos en tiempos de Jesucristo, y en base a los textos que integran al Nuevo Testamento, según Galindo Garfias, "el divorcio fue condenado, en términos generales. Según.. San Marcos, a la pregunta de unos fraiseos sobre si es lícito al marido repudiar-

a su mujer, Jesús dijo: "¿Que os mandó Moisés?, y ellos contestaron - "Moises permitió repudiarla, precediendo escritura legal del repudio". Replicó Jesús "En vista de la dureza de vuestro corazón, os dejo mandado eso". Pero más adelante aclara "Cualquiera que desechare a su -- mujer y tomare otra, comete adulterio contra ella y si la mujer se - aparta de su marido y se casa con otro, es adúltera...

San Mateo. "Así pues os declaro que cualquiera que -- despidiere a su mujer sino en caso de adulterio; y quien casare con - la divorciada también lo comete"...

A partir del siglo X la Iglesia tomó para sí, plena - jurisdicción sobre el matrimonio y fundándose en los textos evangélicos de San Marcos y San Lucas pronunció la indisolubilidad del matrimonio". (8).

En nuestro país, con antelación al siglo XIX, se prohíbe el divorcio, debido a la fuerte influencia de la religión en la vida nacional, sin embargo, en los Códigos Civiles de 1870 y de 1884, no se acepta el divorcio vincular, y sólo se acepta la separación de cuerpos, como dispensa de la cohabitación por motivos de enfermedad - determinada de algunos de los cónyuges.

No fue sino hasta la ley expedida por Don Venustiano Carranza, en el año de 1917, cuando se da el paso definitivo en-

(8) GALINDO GARFIAS, Ignacio, Ob, Cit. pp. 579 y 580

materia de divorcio, al establecerse que el matrimonio es un vínculo - disoluble, y que el divorcio daba término a dicho vínculo, autorizando a los divorciados a contraer nuevo matrimonio. Es preciso mencionar, - que antes de ésta Ley, existió otra que autorizó el divorcio vincular, expedida por Carranza en diciembre de 1914, como observaremos en el -- Capítulo subsecuente.

Como se expresó con anterioridad, los Códigos Civiles de 1870 y 1884, autorizaron no el divorcio vincular, sino la separa-- ción de cuerpos, entendiéndose por esta institución jurídica, según - nos ilustra Galindo Garfias, "Es el estado de dos esposos, que han -- sido dispensados por la justicia competente, de la obligación de vi-- vir juntos. La separación de cuerpos no rompe el vínculo conyugal, - sólo dispensa a los consortes del deber de cohabitación" (9).

La separación de cuerpos, en base a nuestro derecho - civil vigente, es autorizado por el artículo 267 en sus fracciones -- VI y VII, que a la letra establecen:

"Artículo 267. Son causas de divorcio:

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

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

(9) GALINDO GARFIAS, Ignacio.- Ob. Cit. p. 586

Exclusivamente en estos casos, el cónyuge sano, podrá optar por la simple separación de cuerpos o por el divorcio vincular.

En estas causas de divorcio por separación de cuerpos, el legislador establece el remedio permitiendo la separación de los cónyuges, debido al estado enfermizo en que se encuentra uno de los cónyuges, sin que intervenga culpa alguna de el cónyuge enfermo.

La resolución que decreta la separación de cuerpos, - consiste en dispensar el débito conyugal a los esposos.

La separación de cuerpos no podrá autorizarse de mutuo acuerdo entre los consortes, sino que tendrán que comprobarse en forma restrictiva y limitativa las causales previstas en las fracciones VI - y VII del artículo 267 del Código Civil.

Ahora bien, de conformidad con Galindo Garfias, el divorcio por separación de cuerpos no ha cumplido en forma eficaz el fin que el legislador propuso al instaurar dicho divorcio debido a "Que no ha llenado en la práctica el propósito que movió al legislador al establecerlo; porque aparte de que legislativamente fue adoptado sólo en los casos a que se refirieren las fracciones VI y VII del artículo 267 del Código Civil, condena a los cónyuges separados a una continencia carnal que deben mantener de por vida." (10).

Expuesta la problemática del divorcio por separación de cuerpos y compartiendo el punto de vista que nos da acerca del mismo Ignacio Galindo Garfias, en el sentido de que no se debe condenar -

(10) GALINDO GARFIAS, Ignacio.- Ob. Cit. p.º 587

a los consortes a una vitalicia continencia carnal, con lo que se desvirtúa totalmente el matrimonio. A continuación veremos algunas notas acerca de la importancia que tiene la familia en la vida social, y las repercusiones que aquélla tiene para la sociedad.

A éste respecto, comentamos lo que nos refiere Luis - Recaséns Siches, acerca de la comunidad y asociación en la familia:

"La familia ya constituida es una comunidad, precisamente uno de los ejemplos típicos de comunidad, sobre todo para los - hijos, pues éstos despiertan a la conciencia dentro del seno de la familia e impregnados por el ambiente de ésta.

Respecto de los cónyuges, quienes entraron en su relación matrimonial por un contrato de asociación, cabe sin embargo decir que hasta cierto punto, al correr del tiempo, van llegando a formar una especie de cuasi-comunidad, pues en los casos de buena avenencia va formándose un espíritu común, que configura a los dos. Se dice "hasta cierto punto", pues a pesar de la intimidad de las relaciones entre esposos y de la recíproca solidaridad que los une, acrecentada ésta cuando se produce la prole, sin embargo, el tipo de relación matrimonial no suscita la conciencia de un nosotros, sino que él y ella conservan el sentido de sus respectivas individualidades. (11)

(11) RECASENS SICHES, Luis: Tratado General de Sociología, 7a. Ed., - Edit. Porrúa, México, 1965, P. 471.

Con la cita anterior, vemos como la institución de la familia es sumamente importante para el desarrollo integral de los miembros que la conforman. La familia como núcleo principal de la sociedad, en la medida en que se conserve unida en esa misma medida el Estado se mantiene unido y ajeno a los problemas de disgregación social.

En atención a los principios de humanidad y de convivencia entre los miembros de toda sociedad, nos conviene que la familia se conserve, en la medida de lo posible, unida, toda vez que, si se autoriza el fomento de los divorcios "al vapor", se estará autorizando la disgregación social, razón por la cual, tanto el legislador como los jueces, no deben autorizar fácilmente los rompimientos de los vínculos matrimoniales, sino cuando a su juicio se produzca alguna causal de divorcio necesario en base al artículo 267 del Código Civil, criticando el supuesto previsto en la fracción XVII, en que hace depender la disolución del vínculo matrimonial de la separación de los consortes por más de dos años. La crítica de esta fracción, la haremos con posterioridad, al analizar el Capítulo Cuarto.

El punto de vista, sobre el problema del divorcio, que nos proporciona Eduardo Pallás, es el siguiente:

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

A) La subsistencia de los matrimonios mal avenidos o en los cuales uno de los cónyuges sea indigno de continuar siendo el

titular de los derechos, poderes y facultades que derivan del matrimonio, es evidentemente un mal social que es preciso remediar por los peores ejemplos que produce, sobre todo respecto a los hijos.

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

C) También hay que tener en cuenta que el instinto -- sexual y las necesidades a que da nacimiento, son muy poderosas y difíciles de dominar, de tal manera que si no se permite el divorcio en cuanto al vínculo, se obliga a los divorciados a tener relaciones ilícitas fuera del mismo matrimonio. (12).

Los puntos anteriores, proporcionados por Pallares, nos dan una idea acerca de las repercusiones que tiene el divorcio en la vida social. Se destaca, que el divorcio es un mal necesario, -- atendiendo a la circunstancia de que un matrimonio mal avenido, en las más de las veces resulta poco ejemplar para la prole, debido a los constantes problemas entre los cónyuges, mismos que ocasionan estados de angustia y de neurosis tanto entre ellos mismos, como de los hijos. Así mismo, es certera la aseveración proporcionada por Pallares, en el sentido de que al incrementarse los divorcios, en base a la fragi-

(12). PALLARES, Eduardo; ob. cit. p. 38

lidad de los matrimonios, es muy posible que produzca esta conducta, - el que los consortes satisfagan pasiones temporales y costumbres disolutas. La tercera opinión de Palláres, es igualmente válida, ya que - en atención a que el instinto sexual es tan fuerte, de tal modo que si no se autoriza el divorcio vincular, se obliga a los divorciados a tener relaciones extramatrimoniales.

CAPÍTULO SEGUNDO**ANTECEDENTES HISTORICOS DEL DIVORCIO****1. EN EL DERECHO ROMANO****11. EN EL DERECHO FRANCES****111. EN EL DERECHO ESPAÑOL**

CAPITULO II.

ANTECEDENTES HISTORICOS DEL DIVORCIO

1.- EN EL DERECHO ROMANO.

En base a lo que nos expone Eduardo Palláres, "parece cierto que el divorcio en cuanto al vínculo, existió en el derecho romano desde las épocas más remotas, y que no podía pedirse sin causa jurídica que lo justificase, a pesar de la afirmación de Plutarco, -- que atribuye a Romulo una fantástica ley que determinaba las causas legítimas del divorcio. Explican los romanistas que no era necesaria una causa determinada para legitimar el divorcio porque la institución del matrimonio romano se fundaba no sólo en el hecho de la cohabitación, sino en el afecto conyugal. Por tanto, cuando éste desaparecía, era procedente el divorcio. Así se infiere del Código Justiano en el texto relativo a las estipulaciones inútiles (VIII-38-2). Por lo tanto, en el derecho clásico se deshacía el matrimonio mediante un procedimiento contrario al que le dio nacimiento: si se contrajo por medio de la *Confarreatio* del divorcio se llevaba a cabo por la *Difarratio*, si era por medio de la *compro*, entonces procedía la *Remancipatio*." (1).

Por su parte, en base a lo que nos refiere Eugéne Petit, "El jefe de la familia tuvo, durante largo tiempo, el derecho de romper por su única voluntad el matrimonio del hijo sometido a su auto

(1). PALLARES, Eduardo: op. cit., pp. 11 y 12

ridad. Antonio el Piadoso y Marco Aurelio hicieron cesar este abuso de autoridad. Las demás causas de disolución del matrimonio son las siguientes:

1.- La muerte de uno de los esposos. El marido podía volver a casarse inmediatamente; pero, en cambio, la viuda debía guardar el luto durante diez meses, y no volver a casarse antes de la expiración de esta fecha, afin de evitar confusión de parto...

2.- La pérdida del connubium, resultando de la reducción en esclavitud. Si alguno de los esposos ha sido hecho prisionero por el enemigo se disuelve el matrimonio, no siendo retroactivamente restablecido por la vuelta del cautivo... (2).

A las causas anteriores, se les conocían en la Roma antigua, como de disolución del matrimonio, incluyendo entre estas causas el divorcio.

Por lo que respecta a esta última causa de disolución del matrimonio, es decir, el divorcio, de acuerdo con lo que nos refiere Cicerón, "el divorcio estaba permitido por la Ley de las XII Tablas (...) hablando del divorcio, está tomada de un tratado de Cayo sobre la Ley de las XII Tablas" (3).

Ahora bien, la mujer sometida 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 uniones, que sólo el marido podía llevar a cabo y siendo por causas graves. En-

(2) PETIT, Eugène: Tratado Elemental de Derecho Romano (tr. del francés por José Fernández) Editora Nacional, México, 1971. p. 109

(3) Idem. nota 5, p. 109

los matrimonios sin mano, en lo que los consortes tenían igualdad de derechos, a finales de la República y en los inicios del Imperio, al relajarse las costumbres, la manus se tomó más rara, con lo que la mujer más frecuentemente podía provocar el divorcio.

Antes de proseguir hablando del divorcio en la Roma antigua, y en base a la estrecha vinculación que esta Institución -- tiene con el matrimonio, toda vez que éste es requisito sine qua non para que se de el divorcio, hablaremos brevemente sobre el matrimonio en la Roma antigua.

El matrimonio en Roma se llamaba Justae nuptiae. De las justas nupcias, derivaban los derechos familiares que reconocía el derecho, tales como la patria potestad y el parentesco civil. La esposa tomaba el nombre de uxor y el esposo vir. Al lado de las justas nupcias, la ley romana reconocía el concubinato y no lo prohibía, aunque lo reglamentaba debidamente. La unión de los esclavos llevaba el nombre de contubernium. La naturaleza jurídica del matrimonio, en la Roma de la antigüedad, fue considerado en sus principios como un contrato civil. Las justas nupcias en el derecho romano se perfeccionaban por el consentimiento para celebrarlas y la tradición o entrega de la mujer realizada en las formas que el propio derecho autorizaba, respecto de la tradición de los bienes en general

Por su parte, Guillermo F. Margadant, se interroga: - ¿Pertenece entonces el matrimonio romano al ius civile, conforme a lo anterior? No, ya que el mero matrimonio romano no produce modificación alguna de la distribución de cosas o personas entre las diversas

"monarquías domésticas"; el padre conserva la patria potestad sobre su hija casada con otro romano, y la mujer sui iuris que celebra un matrimonio simple sine manu, conserva el poder sobre sus propios bienes. No es sorprendente, a la luz de lo anterior, que el matrimonio romano por quedar fuera del ius civile, no revista forma alguna y -- que además, no intervenga en su celebración el Estado. En tiempos imperiales, cuando entran en Italia las influencias de oriente, y, con ellas, la tendencia a considerar el matrimonio como un acto jurídico-formal, los jurisconsultos sienten con frecuencia la necesidad de -- acentuar el tradicional carácter informal del matrimonio romano como nos demuestra el *Corpus iuris*" (4) .

Como condiciones de validéz del matrimonio, tenemos -- los siguientes puntos: 1. La pubertad de los esposos; 2. Su consentimiento; 3. El consentimiento del jefe de familia; 4. El connubium.

La pubertad, es la edad en que los consortes pueden -- procrear, para perpetuar la familia.

El consentimiento de los esposos, debían consentir libremente, sin coacción.

El consentimiento del jefe de familia, los que se casen sui iuris, no necesitan el consentimiento de nadie. Los hijos bajo autoridad deben tener el consentimiento del jefe de familia; finalmente, el connubium, es la aptitud legal para contraer las justas -- nupcias.

(4) MARGADANT S., Guillermo F.: El Derecho Privado Romano, 6a Ed. Edit. Porrúa, México, 1975, p. 198.

Tomadas las bases del matrimonio en la Roma antigua, retomamos el divorcio, el cual de acuerdo con Eugéne Petit, "el divorcio podía efectuarse de dos maneras: a) Bona gratia, es decir, por la mutua voluntad de los esposos, no siendo requerida de esta manera ninguna formalidad, pues el desacuerdo disuelve lo que el consentimiento había unido; b) Por repudiación, es decir, por la voluntad de uno de los esposos, aunque sea sin causa. La mujer tiene este derecho lo mismo que el marido, excepto la mujer manumitada y casada con su patrono... Bajo Augusto, y para facilitar la prueba de la repudiación, la Ley Julia de Adulteris, exige que el que intente divorciarse notifique al otro esposo su voluntad de presencia de siete testigos, oralmente o por una acta escrita, que le era entregada por un manumitido. (5).

Con respecto al rejudio, Margadant nos comenta: "Además se disolvía el matrimonio por declaración unilateral, hecha por uno de los cónyuges (rejudium). Los romanos consideraban que no debía subsistir un matrimonio si una de las partes se daba cuenta de -- que la affectio maritalis había desaparecido. No tenía validéz siquiera, un convenio de no divorciarse...(6).

Con respecto a las clases de divorcio que durante el gobierno de Justiniano existían en Roma, tenemos: el mutuo consentimiento; la culpa del cónyuge demandado; sin mutuo consentimiento y sin causa legal, y bona gratia.

(5) PETIT, Eugéne: op. cit., p. 110

(6) MARGADANT, Guillermo: op. cit., pp. 211 y 212.

Para complementar la legislación romana la época de -
 Justiano, en relación con el divorcio y las causas que lo disolvían,-
 tenemos de acuerdo con Eduardo Palláres las siguientes:

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

A su vez, la mujer podía pedir el divorcio en los si-
 guientes casos:

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

El propio emperador prohibió el divorcio por mutuo - consentimiento, pero su sucesor Justino hubo de reestablecerlo porque la opinión pública se lo exigió. (7).

Con lo anteriormente expuesto, nos damos una idea acerca de la Institución del divorcio en la Roma antigua, percatándose que desde los mismos orígenes de la civilización romana, las presiones que producían ciertos matrimonios era de tal grado, que se tuvo - que autorizar el divorcio para evitar males en la convivencia dentro de la familia.

Encontramos en el Derecho Romano, entre las causas de divorcio, algunas que coinciden con nuestro derecho civil moderno, como son: el adulterio, el alejamiento de la casa conyugal, atentado - contra la vida de la mujer, el intento de prostituirla; además de existir el divorcio voluntario. Es evidente, que estas causas no son textualmente idénticas a las modernas causas previstas en nuestro derecho civil moderno, sin embargo, nos ilustran acerca de la evolución - histórica de la institución objeto de esta investigación.

Los emperadores cristianos, en Roma, a partir de Constantino, no suprimieron el divorcio, haciendolo más difícil, debiendo - se precisar las causas legítimas de repudiación.

Para finalizar con el concepto del divorcio en el Derecho Romano, de conformidad con Ignacio Galindo Garfias, "el divortium es una institución jurídica que propiamente surgió al mismo tiempo

(7) PALLARES, Eduardo; op. cit. pp. 12 y 13

po en que el Derecho intervino para organizar jurídicamente al matrimonio, constituyéndolo sobre la base de un nexo obligatorio entre el varón y la mujer que deciden hacer vida en común. Apareció en una -- forma primitiva, como un derecho concedido al varón, de repudiar a la mujer en ciertos casos, por causa de adulterio de la esposa y también con no menor frecuencia, se aceptaba el ejercicio del derecho de repudiar, fundada en la esterilidad de la mujer. (8).

Como vimos con antelación, al citar a Pallás, con el transcurso del tiempo, la mujer podía pedir el divorcio en ciertos casos, entre los que se comprenden: la alta traición del marido, atestado contra la vida de la mujer, el intento de prostituirla. Evolución de la institución del divorcio, que trata de darle a éste un trato equitativo tanto para el varón como para la mujer.

(8) GALINDO GARFIAS, Ignacio; op. cit., p. 578

2. EN EL DERECHO FRANCES.

Señala Ignacio Galindo Garfias, "La revolución francesa, que sustentaba el principio de que el matrimonio es un contrato y no un sacramento, debía llevar necesariamente al divorcio. El principio de la autonomía de la voluntad, como base fundamental de los actos jurídicos y las ideas del individualismo, llevaron a la promulgación de la ley sobre el divorcio de 20 de septiembre de 1792 en la -- que reconoció la posibilidad de disolver el vínculo matrimonial, por numerosas causas entre las cuales se aceptaba la incompatibilidad de caracteres. (9).

Como dato histórico, recordemos la influencia que tuvo la Revolución Francesa, en todos los ámbitos de la cultura y de la política de los países civilizados. Esta notoria influencia se sintió, asimismo, en el campo del Derecho Civil y Constitucional principalmente.

En este orden de ideas, de acuerdo con Margadant, dice "la ideología de la iluminación (Montesquieu, Voltaire, Rousseau y Raynal- tan popular en su época, tan olvidado en la actualidad-), - ideología que bajo el régimen de los Borbones había logrado penetrar en la Nueva España a pesar del endurecimiento intermitente de la política de la censura; la repercusión de las ideas de la Revolución Francesa y el triunfo de ésta contra el acien régimen... (10).

(9) GALINDO GARFIAS, Ignacio. ob. cit. pp. 580 y 581

(10) MARGADANT S., Guillermo F.: Introducción a la Historia del Derecho Mexicano, 8a. Ed., Edit. Esfinge, México, 1988, p' 113

Con lo que antecede, vemos como el ambiente de la Nueva España, se impregna totalmente de los vientos libertarios de la -- Francia del Iluminismo, corriente filosófica, política y jurídica que se deja sentir fuertemente en las clases criollas y mestizas de finales del siglo XVIII y principios del siglo XIX, que se concretizan en la revolución de independencia de la Nueva España respecto de la Metrópli.

De la cita de Galindo Garfias, se desprende que al -- considerarse el matrimonio como un contrato y no un sacramento, con -- lo que ingresa el principio de autonomía de la voluntad, como base -- fundamental de los actos jurídicos.

Con relación al tema de la autonomía de la voluntad, -- de acuerdo con Ramón Sánchez Meda: "El dogma de la autonomía de la -- volunta : surgió durante el auge del individualismo y del liberalismo económico del siglo pasado, al amparo de la teoría del contrato so- -- cial de Rousseau que creía en la voluntad natural del individuo y en -- la necesidad de limitar por el pacto social la libertad sólo para con -- servar ésta. La autonomía de la voluntad se reducía fundamentalmente a sostener, primero, que salvo muy raras excepciones, todas las obli- -- gaciones contractuales, nacían de la soberana voluntad de dos partes -- libres iguales y, segundo, que eran justas todas esas obligaciones -- creadas por la voluntad. (11).

Para complementar el tema de la autonomía de la volun- -- tad, veamos lo que nos refiere Manuel Borja Soriano a éste respecto.

(11) SANCHEZ MEDAL, Ramón: De los Contratos Civiles, 9a. Ed. Edit. -- Porrúa, México, 1988, p.5.

"La noción de libertad individual se expresa habitualmente diciendo que todo lo que no está prohibido, está permitido. Es to es lo que en el dominio del Derecho se llama el principio de la autonomía de la voluntad...

El principio fue acogido por el Código Napoleón - -- artículo 1134 y por nuestros Códigos de 1870 artículo 1535 y de 1884- artículo 1419.

De acuerdo con el principio de la autonomía de la voluntad, las partes son libres para celebrar o no contratos y al celebrarlos, obran libremente y sobre un pie de igualdad, poniéndose de acuerdo unos contratantes con otros, fijando los términos del contrato, determinando su objeto, sin más limitación que el orden público. Esta limitación se encuentra consignada en términos generales en el artículo 6 del Código Napoleón... y en el artículo 6 del Código de -- 1928, según el cual: "La voluntad de los particulares no puede eximir de la observación de la ley, ni alterarla o modificarla. Sólo pueden renunciarse los derechos privados que no afecten directamente al interés público, cuando la renuncia no perjudique derechos de tercero" .- Esto quiere decir que los particulares pueden estipular en sus contratos todo lo que no sea contrario a una ley, y aún pueden convenir en lo que sea contrario a una ley si esta no es de interés público, sino sólo supletoria de la voluntad de las partes". (12).

(12) BORJA SORIANO, Manuel: Teoría General de las Obligaciones 10a. -- Ed., Edit. Porrúa, México, 1985, pp. 122 y 123.

Así tenemos, que producto de la influencia del individualismo fomentado por la Revolución Francesa, el campo jurídico no escapa a esta manifestación individualista como lo demuestra el hecho de que el Código Napoleón, estableciera el principio de la autonomía de la voluntad de los contratantes, e influyera igualmente en los Códigos Civiles del Siglo XIX, entre los que se encuentran los nuestros, el Código de 1884.

Expuesta la teoría del principio de la autonomía de la voluntad en los contratos civiles, continuemos con nuestra exposición sobre el Derecho Francés en el aspecto concerniente al divorcio.

De conformidad con Galindo Garfias, "El Código Napoleón de 1804 redujo las causas de divorcio a sólo tres: el adulterio, la sevicia y las injurias graves. Sólo acepta el divorcio por actos-culposos de uno de los cónyuges y lo rechaza en aquellos casos en que alguno de ellos padece enfermedad mental, en los cuales no puede imputarse culpa alguna a los consortes.

Los principios sustentados por el Código Civil Francés de 1804 en materia de divorcio, influyeron en las legislaciones modernas de algunos países. (13).

Por su parte, Georges Ripert y Boulanger, citados por Galindo Garfias, exponen con relación al divorcio: "Se destruye pues el matrimonio, para satisfacer el interés individual de los esposos. El valor social de la institución se mide por los peligros de esa destrucción. Si el divorcio es un remedio excepcional para situaciones-

(13) GALINDO GARFIAS, Ignacio: op. cit., p. 581

trágicas, es un mal bastante leve. Lo lamentable es que la práctica del divorcio se ha difundido mucho y en todas las clases de la población... Se termina por considerar el divorcio como la solución normal de un matrimonio a prueba. El matrimonio pierde así su fuerza y se quebranta la institución de la familia. (14).

En el Derecho Francés moderno, como expusimos con antelación, hasta la Revolución Francesa las ideas religiosas sobre el divorcio, perdieron su valor. El año de 1792 se consagró en la Ley Francesa la institución del divorcio. En esta Ley se autoriza la disolución del vínculo matrimonial, por simple incompatibilidad de caracteres, además por adulterio, injurias graves, sevicia, abandono de un conyuge o de la casa conyugal; la comisión de un hecho inmoral o un delito, la locura y la emigración por más de cinco años fueron también causa de divorcio.

En el Código Civil de Napoleón, se admitió, tanto el divorcio voluntario como el necesario. En éste último, se restringieron las causas: se excluyeron como causales del divorcio la incompatibilidad de caracteres, la locura, la ausencia, la emigración; y, contrariamente, se incluyeron como nuevas causales, el adulterio, -- las injurias graves, la sevicia y las condenas criminales.

Según nos refiere Marcel Planiol, "La Revolución, -- que sólo consideraba el matrimonio como un contrato civil, necesariamente debía llegar al divorcio. Desde la Constituyente se proyectó el restablecimiento de éste, pero fue sólo la Asamblea legislativa -

(14) GALINDO GARFIAS, Ignacio. Ob, cit. pp. 582 y 583

la que organizó en la ley del 20 de septiembre de 1792, que lo permite con gran facilidad. En primer lugar admite el divorcio no sólo -- por el consentimiento mutuo, sino por simple incompatibilidad de caracteres, alegada por uno sólo de los esposos durante cinco años. La Convención facilitó aún más el divorcio en sus decretos del 8 nivoso y del 4 floreal año II. Pero, ante al abuso de esta nueva libertad, pronto volvió a la ley de 1792 (Decreto del 15 termidor años III). (15)

Hasta el año de 1816 la institución del divorcio en Francia continuó, en base al Código Civil Napoleón, sin embargo, al darsele la religión católica de religión de Estado, se suprime el divorcio.

A este respecto, Planiol nos comenta:

"Supresión del divorcio en 1816. Con la Restauración y la Carta de 1814, se estableció el catolicismo como religión del Estado, quedando, por lo mismo, condenado el divorcio. De Bonald depositó una ley relativa a la abolición del divorcio, que fue la del 8 de mayo de 1816. Siempre se ha considerado que esta ley es la satisfacción dada a la Iglesia contra el régimen derivado de la Revolución. Las apasionadas frases de De Bonald y las discusiones que originó el proyecto, no dejan ninguna duda a este respecto.

"Restableciendo el divorcio. La carta de 1830 privó al catolicismo de su carácter de religión exclusiva. La consecuencia lógica de esto debió haber sido el restablecimiento del divorcio, pero aunque la Cámara de Diputados en los primeros años del reinado de-

(15) PLANIOL, Marcel, citado por ROJINA VILLEGAS, Rafael: op. cit. p. 419

Luis Felipe, la votó cuatro o cinco veces siempre fuer rechazada por los Pares. En 1848, la Constitución la rechazó a su vez y solamente sesenta y ocho años después de su supresión fue restablecida por la ley del 19 de julio de 1884 como consecuencia de una prolongada campaña emprendida por Naquet... (16).

Como se desprende de la cita anterior de Marcel Planiol, desde el año de 1816 hasta el año de 1884, el divorcio estuvo -- prohibido en Francia. Como vemos, a mediados del siglo XIX en Francia se le quita el catolicismo la categoría de religión de Estado, -- con lo que se puede instituir el divorcio.

En el año de 1884, se reimplanta el divorcio tal y -- como lo regula el Código Civil Napoleón, restringiéndose las causas -- de adulterio, de injurias graves, de sevicia y de condenas criminales.

Con la exposición anterior, nos damos una somera idea acerca del divorcio en el Derecho de Francia, y la influencia que tuvo la Revolución de 1789, la que como hemos visto, tuvo repercusiones no sólo a nivel político, sino también en el ámbito jurídico, sobre -- todo en el Código Civil de Napoleón de 1804, mismo que influyera en -- el Derecho Hispanoamericano, llegando dicha influencia hasta nuestro -- Código de 1884.

(16) PLANIOL MARCEL. - citado por ROJINA VILLEGAS, idem., pp., 420 y 421

3. EN EL DERECHO ESPAÑOL.

En el presente punto, examinaremos la regulación de la institución del divorcio en el Derecho Español, mismo que es antecedente inmediato de nuestro Derecho Civil Mexicano.

En la Ley de las Siete Partidas, al decir de Eduardo-Palláres, se ocupan del divorcio en el título noveno, en donde se encuentran las siguientes leyes:

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

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

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

La Ley Cuarta prohíbe que pidan la acción mencionada las siguientes personas: el que se supiese que estaba en pecado mortal o que se le probase estarlo a menos que le correspondiese haberlo por parentesco, Tampoco se deberá oír al que lo hiciese con intención de utilizarse de alguna cosa de aquellos a quienes acusa, ni el que hubiese recibido dinero u otra cosa por esta razón, siempre que se le pudiese probar. (17).

(17) PALLARES, Eduardo; op. cit., p. 15

En el Derecho Español Antiguo, tal y como nos lo demuestra la Ley de las Siete Partidas, contiene un sentido religioso, toda vez que en la ley segunda, se establece que el marido que sorprenda a su mujer en adulterio, si no la denuncia, comete pecado mortal, teniendo que presentarse la denuncia ante el Obispo o ante un Oficial suyo.

La ley cuarta, corrobora lo anteriormente comentado, ya que se prohíbe que pidan la acción de divorcio "el que se supiese que estaba en pecado mortal". Esto es, la Ley de las Siete Partidas, está muy imbuida de las ideas religiosas que imperaban durante toda la Edad Media, y gran parte del siglo XVI en adelante.

En la legislación del Fuero Juzgo, en base a lo que nos comenta Pallás, "la ley segunda dice: Si pecado es yacer con la mulier aliena, mayormiente es pecado en dejar la suya con que se casó por su grado.

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

1. Que ningún home non lexe su mugier sin on por adulterio, nin se parta della por escriptura ni por testimonias nin por otra manera

2. Más si el marido descubriese el adulterio a la mulier, el juez la debe meter en su poder que faga de ella lo que quisiere.

3. E si quisier tomar orden, el saderdote sepa la voluntad damos; é si ambos quisieren ninguno de ellos non se pueda ca--

sar de aquí adelante con otri.

4. E si alguno se partiere de otra manera de su mulier aya las arras quel diera el marido é toda su buena quita.

5. Y el marido que ficiere facer a la mulier escripto é se casare con otra, debe recibir doscientos azotes, é seer sennalado laidramente y echado de la tierra por siempre.

6. E por que la miules sueelen dejar los maridos más a menudo con amor de los reyes ó de las grande homes, por ende mandamos que si alguna mulier... se quisiere partir de su marido é casar con otri, sea tornada en primer del primero marido é aia aquella pena qual diximos de suso del marido.

7. Todavía si el marido es tal que yace con varones, o si quisier que faga su mulier adulterio con otri mandamos que la mulier pueda casar con otri si quisiere. Más si por aventura el marido fuere dado por siervo a alguno si la mulier se quiere partir dél, non puede casar fasta que sea muerto" (18):

Vemos en la legislación del Fuero Juzgo, el carácter muy religiosos de las leyes que regulan el divorcio.

Considera esta ley, como pecado el ser infiel en el matrimonio. Regula la institución del adulterio, y autoriza que el hombre pueda dejar a su mejero por causa de éste. Se regula alguna forma de venganza privada, cuando el marido descubre a la mujer cometiendo adulterio, el juez da a la mujer al varón para que haga de ella lo que quisiere.

(18) PALLARES, Eduardo; Ob. cit. pp. 18 y 19

Retomando a la Ley de las Siete Partidas, de acuerdo con Palláres, nos habla de la separación de los casamientos en los siguientes términos:

"Sobreviviendo algunos de los obstáculos dichos en el título anterior por los que se deba separar el matrimonio, luego que fuese probado, se debe separar por juicio de la Iglesia, a menos que perteneciese a obstáculos que hubiesen de decidir los legos como sobre adulterio. Ya que en el título anterior hemos hablado de estos obstáculos, hablaremos en éste de la separación del matrimonio que se llama en latín divortium. Diremos donde tomó este nombre, porqué se pueden separar, quién puede decidirlo y de qué modo:

LEY I. Qué cosa es divorcio y de donde tomó este nombre:

Divortium, en latín, tanto quiere decir en romance como departamento, y esto es cosa que departe la mujer del marido é el marido de la mujer por embargo que ha entre ellos cuando es probado en juicio derechamente. Tomó este nombre de la separación de las voluntades del hombre y de la mujer a diferencia de las que tenían cuando se unieron.

LEY II. Por qué razones se puede hacer esta separación:

Hay dos clases y dos modos de hacer esta separación. La una es por la religión y la otra por pecado de fornicación. Por aquella se hace cuando uno de los cónyuges, después de haberse unido carnalmente, quisiere entrar en órden y se lo concediese el otro prometiéndole guardar castidad, siempre que fuera tan viejo que no se pudiera sospechar que podía pecar carnalmente, pero deberá hacerlo por

mandato del Obispo u otro prelado de la Iglesia que tenga esa facultad. En el caso de que la mujer cometiere adulterio siendo acusada ante juez eclesiástico, y probada la acusación; o si se volviese herege, o de otra ley, y no quisiere enmendarse, es el otro modo en que ocurre propiamente el divorcio. La diferencia que hay entre separación que se hiciere por otros obstáculos, y por el divorcio, en que no se puede casar ninguno de ellos mientras vivieren, y en el que se hace por razón de adulterio se puede casar el que quedase...

LEY VII. Quienes pueden sentenciar en caso de separación del matrimonio y de qué manera:

Deben hacer esto los arzobispos u obispos de la jurisdicción de los esposos, pero siendo costumbre de cuarenta años que lo hicieran los arcedianos, arciprestes u otros prelados menores, bien pueden hacerlo si fuesen letrados, o aquél a quien el papa otorgue privilegio para ello.

LEY VIII. No pueden ser puestos en manos de árbitros de pleitos de separación de matrimonio:

Prohibe esto la Iglesia, aunque aquellos sean clérigos y obispos, por dos razones. Una porque puestos en manos de éstos no pueden acabarse sino por miedo de pena, y ésta no puede ponerse en los matrimonios; y segunda razón, porque el matrimonio es espiritual... -- (19) .

De la Ley II de las Siete Partidas, se desprende que hubo dos clases de separación: la primera, por la religión, y la otra-

por pecado de fornicación. Corresponiendo la primera forma, cuando uno de los cónyuges quisiere entrar a alguna orden religiosa, debiendo realizar ésto por mandato del Obispo o de algún prelado de la Iglesia que tenga esta facultad, la segunda forma, es decir, por pecado de fornicación. Corresponde ésta a una de las causales de divorcio, - que como señalamos con antelación, también era considerado pecado de fornicación con persona extraña al vínculo matrimonial.

De acuerdo a la Ley II, eran autoridades competentes-

Obra de indiscutible valor histórico es el Código Civil Español comentado por Florencio García Goyena, ordenamiento que a mod. de proyecto de Código Civil en el año de 1851, mismo que no llegó a entrar en vigencia, influyó en los trabajos de interpretación -- del Código Civil vigente en España, así como en nuestros Códigos Civiles de 1870 y 1884, este Código de García Goyena con relación a la -- institución del divorcio dispone entre otras cuestiones, lo siguiente:

"El divorcio no disuelve el Matrimonio; pero suspende la vida común de los casados...

"El conocimiento de las causas de divorcio pertenece exclusivamente á los tribunales civiles. (20)

(20) GARCIA GOYENA, Florencio: Del Código Civil Español (Concordancias, motivos y comentarios), Madrid, 1851, pp. 88 y 89

En el Código anterior, nos percatamos de que el divorcio no disuelve el vínculo matrimonial, sólo suspende la vida marital de los cónyuges. Las causas de divorcio son de la competencia de los tribunales civiles, a diferencia de la competencia de los ordenamientos anteriores españoles, mismos que otorgaban competencia para resolver el divorcio a los tribunales de la competencia eclesiástica.

Entre las causas legítimas de divorcio, comprende:

1. El adulterio de la mujer en todo caso; y del marido cuando resulte escándalo público o menosprecio de la mujer.
2. Los malos tratamientos de obra ó injurias graves.
3. La propuesta del marido para prostituir a su mujer.
- 4.- El conato del marido y de la mujer para corromper a los hijos; y la connivencia en su corrupción o prostitución.
5. La apostasía de uno de los cónyuges. (21)

Como causales de divorcio, el Código en comento prevé el adulterio de la mujer, en cualquier situación o condición, y el del hombre, sólo cuando lo realice con escándalo público o menosprecio de la mujer. Causal que en forma evidente nos demuestra la desigualdad jurídica entre los cónyuges a mediados del siglo XIX.

Las causales previstas en los puntos 2, 3, y 4, en forma semejante han pasado a nuestro Código Civil vigente, a través de los Códigos Civiles de 1870 y 1884, pero por lo que toca a la causal -

(21) GARCIA GOYENA, Florencio.- ob., cit. p. 90.

prevista en el punto 5, "La apostasía de uno de los cónyuges", nos refiere García Goyena que en el "Número 5 la Ley 2, título 10, partida-4, llama á esto "fornicio (adulterio) espiritual, tornándose hereje ó moro ó judío" (22).

Como Desprendemos claramente de la causal 5, ésta evidentemente no pasó a nuestro derecho civil moderno.

Un artículo muy importante, lo es el 77 del Código Civil de García Goyena, que hace alusión a que "El mutuo consentimiento de los cónyuges no es causa de divorcio ni autoriza su voluntaria separación" (23).

El autor en cita, a éste respecto nos comenta que "El matrimonio es de orden y derecho público: es la fuente y base, el primero y más sagrado interés de la sociedad; no puede, pues quedar al arbitrio de los particulares destruir por su simple consentimiento -- tan altos fines é intereses... (24).

En el artículo 77, no se autoriza el divorcio por mutuo consentimiento de los cónyuges, y compartimos el comentario tan atinado de García Goyena, en el sentido de que el matrimonio es de -- orden público, es la fuente y base del interés de la sociedad, aunque no compartimos su punto de vista con relación a que no se pueda destruir el matrimonio por la simple voluntad de los particulares

En el Capítulo V, retomaremos el punto de vista de -- García Goyena, con respecto al papel que desempeña el matrimonio en -

(22) GARCIA GOYENA, Florencio.ob.- cit. p. 93

(23) GARCIA GOYENA, Florencio.ob.- cit. p.

(24) GARCIA GOYENA, Florencio.ob.- cit. p.

la vida social, el cual compartimos ampliamente, cuando hablemos de - la crítica a la fracción XVIII del artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal.

El artículo 78 del Código en comento dispone:

"La demencia, la enfermedad contagiosa ó cualquiera - otra calamidad semejante a uno de los cónyuges no autoriza el divor-- cio, pero podrá el juez con conocimiento de causa y á instancia del - otro cónyuge suspender breve y sumariamente, en cualquiera de dichos- casos, la obligación de cohabitar; quedando, sin embargo, subsisten-- tes las demás obligaciones conyugales para con el esposo desgracia-- do" (25).

Como interesante crítica a este artículo, García Goye na, nos comenta que uno de los fines del matrimonio es el mutuum vi-- tae adiutorium, y no se llena suspendiendo la cohabitación y dificul-- tando con esto la ayuda y los consuelos cuando son más necesarios.

Por nuestra parte, discrepamos de la crítica anterior, toda vez que la demencia, la enfermedad contagiosa u otra semejante, - hacen imposible que los cónyuges puedan continuar cohabitando, con -- evidente riesgo o perjuicio para el otro cónyuge sano, lo que desde - el punto de vista humano y lógico, es recomendable.

Los artículos 79 y 80 del Código en comento, estable-- cen"

El divorcio sólo puede ser demandado por el cónyuge - que no haya dado causa de él" (artículo 79).

(5) GARCIA GOYENA, Florencio.- ob. cit. pp. 93 y 94

"La reconciliación pone término al juicio de divorcio, y deja sin efecto ulterior la ejecutoria dictada en él; pero los cónyuges deberán ponerla en conocimiento del tribunal que entiende ó haya entendido de la causa" (Artículo 80)" (26).

Estos artículos, en lo fundamental han pasado a ser regulados por nuestro derecho civil moderno, sólo comentaremos que la primera parte del artículo 80, está erróneamente redactada en cuanto a su sentido, ya que la reconciliación al poner término al juicio de divorcio, no podrá haber una ulterior o posterior sentencia dictada en un juicio que no ha llegado a su término precisamente por la reconciliación.

En cuanto a los efectos del divorcio, el Código de -- García Goyena, en sus artículos 82, 83 y 84 establece:

"Ejecutoriado el divorcio, quedarán los hijos ó se -- pondrán bajo el poder y protección del cónyuge no culpable.

Si ambos cónyuges fueren culpables, se proveerá a los hijos de tutor...

Los hijos menores de tres años se mantendrán, hasta -- que cumplan esta edad, al cuidado de la madre, si el tribunal no dispusiere otra cosa" (Artículo 82).

"El padre y la madre quedan sujetos á todas las obligaciones que tienen para con sus hijos, aunque pierdan la patria -- testad" (Artículo 83).

"Sin embargo de lo dispuesto en los artículos 81 y - 82, los tribunales podrán acordar, á petición del consejo de familia, cualquiera providencia que por circunstancias particulares se considere beneficiosa á los hijos.

En todo caso, si los padres divorciados por algunas - de las causas señaladas en los números 1 y 2 del artículo 76 proveyesen, de común acuerdo, al cuidado y educación de los hijos se guardará lo que dispongan" (27).

Los efectos del divorcio anteriormente señalados, básicamente coinciden con nuestro derecho moderno, lo que demuestra en forma fehaciente, la influencia que el derecho español tiene en nuestro derecho como oportunamente mencionamos con antelación.

Como comentario al artículo 83, García Goyena nos expone que la pérdida de la patria potestad es una pena, y por la pena se pierden derechos, pero no se dispensan obligaciones.

Otros efectos del divorcio. son los comprendidos en - los comprendidos en los artículos 85 y 86, que a la letra dicen:

"El cónyuge que diere causa al divorcio pierde todo - su poder y derechos sobre las personas y bienes de sus hijos, mientras viva el cónyuge inocente; pero los recobrará á la muerte de este, si el divorcio ha estimado por alguna de las causas señaladas en los números 1 y 2 del artículo 76.

En los demás casos se les proveerá de tutor cuando -- muera el padre ó madre inocente" (Artículo 85).

(27) GARCIA GOYENA, Florencio.- ob. cit., p. 98 y 99

"El cónyuge que diere causa al divorcio, perderá todo lo que se le hubiese dado o prometido por su consorte, ó por cualquier otra persona en consideración al mismo: el cónyuge inocente - conservará lo recibido y podrá reclamar lo pactado en su provecho" - (Artículo 86) (28).

Estos dos artículos del Código de García Goyena, en lo fundamentalmente coinciden con nuestro Código Civil vigente,

Los artículos transcritos, nos demuestran la regulación del divorcio por el Código Civil de García Goyena, percatándonos sobre la influencia evidente que éste ha tenido en nuestro Derecho Civil vigente.

(28) GARCIA GOYENA, Florencio.- Ob. cit. pp. 100 y 101

CAPITULO TERCERO**ANTECEDENTES DEL DIVORCIO EN LA
LEGISLACION MEXICANA****I. CODIGO CIVIL DE 1870****II. CODIGO CIVIL DE 1884****III. LEY DE 1914****IV. LEY DE RELACIONES FAMILIARES DE 1917****V. CODIGO CIVIL DE 1928****VI. CODIGO CIVIL VIGENTE**

CAPITULO III.

ANTECEDENTES DEL DIVORCIO EN LA LEGISLACION MEXICANA

1. CODIGO CIVIL DE 1870

Como antecedente, tenemos que el Código Civil Francés de 1804, influye directamente en la Legislación Civil Española del -- Siglo XIX, por medio del proyecto de Código Civil de 1851, conocido - como Código Civil de García Goyena, el que comentamos en el capítulo anterior. Si bien es cierto que este Código no tuvo vigencia, tam- - bién lo es que los comentarios de Florencio García Goyena, son cita-- dos por los juristas del Derecho Civil Hispano. Los juristas iatino- americanos han sido influidos por este Código, atendiendo a que nues- tros Códigos Civiles de 1870 y 1884, se inspiraron tanto en el Código Civil N. leónico como en los estudios de García Goyena.

El Código Civil de 1870, al decir de Galindo Garfias, "Tiene como antecedente un proyecto que por encargo oficial redactó - en 1859 el doctor Don Justo Sierra. Este proyecto fue concluido en - el año de 1861; pero la situación política y el estado de guerra por- el que atravesaba entonces el país impidieron que sus disposiciones - se pusieran en vigor. El proyecto del doctor Don Justo Sierra se ins- piró en su mayor parte, en el Código Civil Francés de 1804 en el Codi- go Albertino de Cerdeña, en los Códigos Civiles Portugués, Austriaco, y Holandés, así como en las concordancias del proyecto del Código Ci- vil Español de 1851, redactadas por Don Florencio García Goyena. Fue uno de los más avanzados Códigos de su tiempo... (1).

(1) GALINDO GARFIAS, Ignacio: ob. cit., p. 107

El divorcio en el Código Civil de 1870, no aceptó el divorcio vincular, sólo se aceptaba el divorcio por separación de cuerpos. En este ordenamiento, se regulan como causas de separación de cuerpos, algunos supuestos que regulan nuestro Código vigente como causas de divorcio vincular.

En el Capítulo V del Código de 1870, se prevee lo referente al divorcio, parte de la noción del matrimonio como unión indisoluble y, como consecuencia lógica, no se admite el divorcio vincular, a continuación transcribimos los artículos 239 y 240 de este ordenamiento:

"Artículo 239. El divorcio no disuelve el vínculo matrimonial: suspende algunas de las obligaciones civiles, que se expresarán en los artículos relativos de este código. (2).

En este dispositivo se regula que el divorcio no disuelve el vínculo matrimonial, influido, sin duda, este ordenamiento por el proyecto de Código Civil de García Goyena, el que como vimos, no autorizaba esta clase de divorcio.

En el artículo 240 del Código Civil de 1870, se disponen las causas de divorcio en los siguientes términos:

Artículo 240. Son causas legítimas de divorcio:

- 1.- El adulterio de uno de los cónyuges.
- 2.- La propuesta del marido para prostituir a su mujer no sólo cuando el mismo marido la haya hecho directamente, sino cuando se pruebe que ha recibido dinero de cualquier remuneración con

(2) ROJINA VILLEGAS, Rafael: ob. cit. tomo II p. 389

el objeto expreso de permitir que otro tenga relaciones ilícitas con su mujer..

3.- La incipación o la violencia por un cónyuge al otro para cometer algún delito aunque no sea de incontinencia carnal.

4.- El conato del marido o de la mujer para corromper a los hijos, o la convivencia de su corrupción.

5.- El abandono sin causa justa del domicilio conyugal, prolongado por más de dos años.

6.- La sevicia del marido con su mujer o la de ésta con aquél.

7.- La acusación falsa hecha por un cónyuge al otro.

(3).

En este artículo del Código Civil de 1870, nos percatamos de que existe coincidencia entre sus causales y las examinadas en el Proyecto de Código Civil de García Goyena, debiendo precisar, - que se ha excluido en el Código de 1870, la causal referente a "la -- apostasía de uno de los cónyuges"; así mismo, en este último Código, - vemos que se adicionan algunas causas de divorcio, como son: las marcadas con los números 3, 5, 6 y 7. Detectándose entre estas causales la marcada con el número 5, que consiste en "El abandono sin causa -- justa del domicilio conyugal, prolongado por más de dos años". Si -- comparamos esta causal con la actualmente prevista por el Código Civil vigente, correspondiente a la causal marcada con la Fracción XVIII del artículo 267, nos damos cuenta que la diferencia entre ambos pre-

ceptos consiste en que el Código Civil de 1870 exige la separación - "sin causa justa" de uno de los cónyuges del domicilio conyugal por más de dos años, en tanto el Código vigente, no exige la demostración del motivo o causa de la separación.

Rafael Rojina Villegas, comentando este artículo, señala: "Este ordenamiento, se encuentra inspirado por un profundo proteccionismo al matrimonio, como institución indisoluble, debido a lo cual interpuso a la realización del divorcio, una serie de trabas y formalidades. Al efecto, después de una serie de separaciones temporales, en las cuales, al finalizar el plazo de cada una de ellas, el juez exhortaba a los cónyuges en conflicto, para que diesen por terminado el juicio de divorcio, intertaba en la última audiencia su reconciliación, antes de pronunciar la sentencia definitiva. Asimismo, se prohibía el divorcio por separación de cuerpos cuando el matrimonio - llevaba veinte años o más de constituido. Ahora bien, el Código Civil de 1870 señalaba como condición sine non, para gestionar el divorcio por separación de cuerpos, el que hubieren transcurrido dos años - como mínimo, desde la celebración del matrimonio, antes de los cuales la acción de divorcio era improcedente. (4).

De la parte final del comentario de Rojina Villegas, - se desprende otra gran diferencia entre sendos Códigos, el de y - el actual, la cual consiste en que el ordenamiento primeramente citado admitía sólo el divorcio por separación de cuerpos, pero no el divorcio vincular.

(4) ROJINA VILLEGAS, Rafael. ob.- cit. p. 389.

A continuación, transcribimos algunos artículos del -
Código Civil de 1870, referentes al divorcio:

Artículo 246. Cuando ambos consortes convengan en divorciarse en cuanto al lecho y habitación, no podrán verificarlo sino ocurriendo por escrito al juez y en los términos que expresan los artículos siguientes: en caso contrario, aunque vivan separados se tendrán como unidos para todos los efectos legales del matrimonio.

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

Artículo 248. Los cónyuges que pidan de conformidad su separación del lecho y habitación y la administración de los bienes durante el tiempo de separación.

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

Artículo 250. La separación no puede pedirse sino pa sados dos años de la celebración del matrimonio. Presentada la solici tud el juez citará a los cónyuges a una junta, en que procurará resta blecer entre ellos la concordia; y si no lo lograre, aprobará el arre glo provisorio con las modificaciones que crea oportunas, y no cita-- rá a nueva junta hasta después de tres meses. (5).

(5). ROJINA VILLEGAS Rafael. Ob. cit. p.

En el artículo 246 del Código anteriormente transcrito, se desprende el aspecto fundamental de la concepción del divorcio en el Siglo XIX, nos referimos a que no se admitía el divorcio vincular, hecho que es corroborado en el precepto en su parte final: "aunque vivan separados se tendrán como unidos por todos los efectos legales del matrimonio".

De conformidad con el artículo 250, la separación puede pedirse pasados dos años de la celebración del matrimonio.

Para finalizar con las disposiciones del Código de 1870, relativas al divorcio, transcribimos los artículos 260, 263 y 264.

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

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

Artículo 264. La ley presupone la reconciliación, cuando después de decretada la separación o durante el juicio sobre ella ha habido cohabitación de los cónyuges. (6).

Interrelacionando los artículos 260, 263 y 264 del Código Civil de 1870, nos damos cuenta que el legislador facilita que el matrimonio surta nuevamente sus efectos en su totalidad, mediante la

(6) ROJINA VILLEGAS Rafael., ob. cit. p. 391

reconciliación de los cónyuges, dejando sin efecto la ejecutoria que decretó el divorcio. Esto demuestra el espíritu protector del Código de 1870 con respecto al matrimonio.

Veamos a continuación, lo que nos comenta a este respecto Rojina Villegas:

"Consideramos de importancia el texto del artículo - - 260, que faculta a los cónyuges para dar por terminado el divorcio por separación de cuerpos, en cualquier etapa del juicio, aún cuando existiera sentencia definitiva que hubiese declarado el divorcio. Con la simple cohabitación voluntaria y sin trámite judicial alguno, la misma quedaba sin efecto, lo que demuestra nuevamente el espíritu proteccionista del Código Civil de 1870, para con la institución del matrimonio como vínculo indisoluble. (7).

Con lo anterior, damos por revisado en lo fundamental la institución del divorcio a la luz del Código Civil de 1870, mismo que sólo autorizaba el divorcio por separación de cuerpos.

(7) ROJINA VILLEGAS, Rafael, ob. cit. p.

2.- CODIGO CIVIL DE 1884.

El Código Civil de 1884, se encuentra profundamente -
influído por el espíritu individualista sobre todo en el aspecto eco-
nómico.

Destaca en este ordenamiento, la autoridad del esposo
sobre la esposa y los hijos. Con respecto a éstos últimos, el Código
en comento, diferenciaba a los hijos legítimos respecto de los hijos-
naturales; ratificó la indisolubilidad del matrimonio. Este ordena-
miento, en lo relativo al divorcio, fue reformado por la Ley del Divor-
cio de 29 de diciembre de 1914, promulgada en Veracruz, por Don Venug-
tiano Carranza.

En el Código Civil de 1884, se admitió el divorcio --
por separación de cuerpos, suspendiéndose algunas obligaciones civiles
que imponía el matrimonio.

A continuación, veremos algunas disposiciones con res-
pecto al divorcio, de acuerdo con el ordenamiento en cita

En los artículos 226 y 227, se establece el divorcio-
y las causales legítimas del mismo.

Artículo 226. El divorcio no disuelve el vínculo del-
matrimonio; suspende sólo algunas de las obligaciones civiles, que se
expresarán en los artículos relativos de este código.

Artículo 227. Son causales legítimas de divorcio:

I. El adulterio de uno de los cónyuges.

II. El hecho de que la mujer dé a luz durante el matri-
monio un hijo concebido antes de celebrarse el contrato, y que judi-
cialmente sea declarado ilegítimo;

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 ilícitas con su mujer.

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

V. El conato del marido o de la mujer para corromper a los hijos, o la tolerancia en su corrupción.

VI. El abandono del domicilio conyugal sin justa causa, o aún cuando sea con justa causa, si siendo ésta bastante para pedir el divorcio, se prolonga por más de un año el abandono, sin que el cónyuge que lo cometió intente el divorcio.

VII. La sevicia, las amenazas o las injurias graves de un cónyuge para con el otro.

VIII. La acusación falsa hecha por un cónyuge contra el otro.

IX. La negativa de uno de los cónyuges a administrar al otro alimentos conforme a la ley.

X. Los vicios incorregibles de juego o embriaguez.

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

XII. El mutuo consentimiento. (8).

(8) PALLARES, Eduardo: EL Divorcio en México... ob. cit. p. 24

Efectuando una comparación entre las causales de divorcio entre el Código Civil de 1870 y el de 1884, encontramos mayores -- causas de divorcio en este último, como son las siguientes: las marcadas en el artículo 227 del Código de 1884, con las Fracciones II, IX, X y XI.

En la Fracción VI del artículo del Código de 1884, -- existe una reforma, toda vez que el abandono del domicilio conyugal -- sin justa causa, o aún cuando sea con justa causa, si esta es bastante para pedir el divorcio se prolonga por más de un año el abandono sin -- que el cónyuge que lo cometió intente el divorcio.

No obstante que el artículo antecitado, aumenta la posibilidad de procedencia del divorcio, extendiéndolo al supuesto cuando existiera justa causa prolongándose por más de un año el abandono.

A continuación, reproducimos los artículos 233 y 234 -- del Código de 1884, mismos que se refieren a las formalidades para obtener el divorcio.

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

Artículo 234. Transcurrido un mes desde la celebración de la junta que previene el artículo anterior, a petición de cualquie-

ra de los cónyuges, el juez citará otra junta en que los exhortará de nuevo a la reunión, y si ésta no se lograre, decretará la separación, siempre que le conste que los cónyuges quieren separarse libremente, - y mandará reducir a escritura pública el convenio a que se refiere el artículo anterior. (9).

Rafael Rojina Villegas a éste respecto, nos comenta:

"Salta a la vista, pues, que el gran número de juntas o audiencias a que hacía mención el Código de 1870, quedaron reducidas - exclusivamente a dos plazos de tres meses que señalaba ese Código, se limitaron exclusivamente a un mes, además de que ya no se reprodujo el artículo 258 del Código Civil de 1870, en donde se duplicaban los plazos de tres meses señalados por los artículos 248 a 257. Así pues, -- señalamos como diferencia radical entre ambos ordenamientos, la de haber facilitado el divorcio por separación de cuerpos. (10)

No obstante lo reformado por el Código Civil de 1884, - con relación al divorcio, en cuanto a que éste da una mayor celeridad al procedimiento de divorcio, cabe el comentario de que en este ordenamiento se autorizó el divorcio por separación de cuerpos, negándose la procedencia del divorcio del vínculo matrimonial.

Como señalamos con antelación, tanto el Código de 1870 como el de 1884, estuvieron fuertemente influenciados por dos ordenamientos jurídicos de suma importancia en la historia del derecho: el Código Civil de Napoleón y el Proyecto de Código Civil de Florencio Go

(9) PALLARES, Eduardo; ob. cit. p. 35

(10) ROJINA VILLEGAS, Rafael. ob. cit. p. 392.

yena, en un sincretismo de sendos Códigos, que se traducen en un derecho más moderno para el siglo diecinueve, pero no tan moderno, como los del siglo XX.

3. LEY DE 1914.

La Ley del Divorcio de 29 de diciembre de 1914, promulgada por Don Venustiano Carranza, es un ordenamiento histórico, debido a que por primera vez en México se regula jurídicamente el divorcio vincular, a diferencia de la legislación anterior, que autorizaba única y exclusivamente el divorcio por separación de cuerpos.

En seguida, transcribiremos algunos párrafos de la exposición de Motivos de la Ley en comento, los que demuestran su evidente evolución histórica de la institución del divorcio en nuestro país.

"Venustiano Carranza, Primer Jefe del Ejército Constitucionalista, Encargado del Poder Ejecutivo de los Estados Unidos Mexicanos y Jefe de la Revolución, en virtud de las facultades de que me encuentro investido, y considerando:

"Que el matrimonio tiene por objetos esenciales la procreación de la especie, la educación de los hijos y la mutua ayuda de los contrayentes para soportar las cargas de la vida; que, en esa virtud, se contrae siempre en concepto de unión definitiva, pues los cónyuges al unirse entienden conseguir por ese medio la realización de sus más altos ideales; pero, desgraciadamente, no siempre se alcanzan los fines para los cuales fue contraído el matrimonio, y, por --

excepcionales que puedan ser estos casos, la ley debe justamente atender a remediarlos, relevando a los cónyuges de la obligación de permanecer unidos durante toda la existencia, es un estado irregular contrario a la naturaleza y a las necesidades humanas.

"Que lo que hasta ahora se ha llamado divorcio en - - nuestra legislación, o sea, la simple separación de los consortes sin disolver el vínculo... lejos de satisfacer la necesidad social de reducir a su mínima expresión las consecuencias de las uniones desgraciadas, sólo crea una situación irregular, peor que la que trata de - remediarse, por que fomenta la discordia entre las familias, lastimando hondamente los efectos entre padres e hijos, y extendiendo la desmoralización en la sociedad.

"Que esa simple separación de los consortes crea, además, una situación anómala de duración indefinida, que es contraria a la naturaleza y al derecho que tiene todo ser humano de procurar su - bienestar y la satisfacción de sus necesidades, por cuanto condena a los cónyuges separados a perpetua inhabilidad para los más altos fines de la vida.

"Que la experiencia y el ejemplo de las naciones civilizadas enseñan que el divorcio que disuelve el vínculo es el único - medio de subsanar, hasta donde es posible, los errores de uniones que no pueden subsistir.

"Que la experiencia de países tan cultos como Inglaterra, Francia y Estados Unidos de Norteamérica ha demostrado ya, hasta la evidencia, que el divorcio que disuelve el vínculo es un factor de moralidad, porque facilitando la formación de nuevas uniones legíti-

mas, evitando la multiplicidad de los concubinatos y, por lo tanto, - el pernicioso influjo que necesariamente ejercen en las costumbres - públicas, da mayor estabilidad a los afectos y relaciones conyugales, asegura la felicidad de mayor número de familias y no tiene el inconveniente grave de obligar a los que por error o ligereza, fueron al matrimonio a pagar su falta con la esclavitud de toda su vida.

"Que si bien la aceptación del divorcio que disuelve el vínculo es el medio directo de corregir una verdadera necesidad social, debe tenerse en cuenta que sólo se trata de un caso de excepción, y no de un estado que sea la condición general de los hombres en sociedad; por lo cual es preciso reducirlo sólo a los casos en -- que la mala condición de los consortes ya irreparable en otra forma que no sea su absoluta separación.

"Por tanto, he tenido a bien decretar lo siguiente:

"Artículo 1. Se reforma la Fracción IX del artículo - 23 de la Ley de 14 de diciembre de 1874, reglamentaria de las adiciones y reformas de la Constitución Federal decretada el 25 de diciembre de 1873, en los términos siguientes:

"Fracción IX. 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 desaveniencia conyugal. Disuelto el matrimonio, los cónyuges pueden contraer una nueva unión legítima.

"Artículo 2. Entre tanto se establece el orden constitucional de la República, los Gobernadores de los Estados quedan autorizados para hacer en los respectivos Códigos Civiles, las modificaciones necesarias a fin de que esta ley pueda tener aplicación. (11).

Con la anterior transcripción, tanto de la Exposición de motivos como de los únicos dos artículos de la Ley del Divorcio de diciembre de 1914, constatamos el trascendente paso que se verifica en nuestra legislación civil con respecto al divorcio, nos referimos a la autorización del divorcio vincular, mismo que entre otros motivos, se aducen cuestiones de carácter humano, como aquéllas que se refieren a que durante la vigencia del Código anterior, la separación de cuerpos, lejos de remediar la situación entre los consortes, se reduce la relación entre éstos. "lastimando hondamente los afectos entre padres e hijos, y extendiendo la desmoralización de la sociedad.

Asimismo, se hace alusión de dicha exposición, que el divorcio vincular sólo es un caso de excepción, más no de un estado que sea la condición general de los hombres en sociedad.

Compartimos ampliamente los argumentos o motivos proporcionados por Don Venustiano Carranza, en virtud de las cuales se autoriza el divorcio vincular.

Entre las causales de divorcio necesario en la Ley de diciembre de 1914, encontramos primeramente, aquéllas que hacían imposible la realización de los fines del matrimonio, tales como la: impotencia incurable para la cópula, en cuanto que impedía la perpe-

(11) ROJINA VILLEGAS, Rafael; ob.cit.pp.429 a 431

tuación de la especie; enfermedades crónicas e incurables que fuesen contagiosas o hereditarias, y situaciones contrarias al estado matrimonial, por abandono de la casa conyugal o por ausencia, toda vez -- que al no verificarse la vida en común, ya no se podían cumplir los fines matrimoniales. Entre las segundas series de causas que podían considerarse para autorizar el divorcio necesario, las siguientes: -- faltas graves de algunos de los cónyuges que hicieran irreparable la desavenencia conyugal; los graves hechos inmorales de prostitución - de la mujer, de tolerancia del marido para prostituirla, o de ejecución de actos directos para su prostitución, así como la corrupción de los hijos; el incumplimiento de obligaciones conyugales relacionados con alimentos y abandono en condiciones aflictivas de un cónyuge o de los hijos.

4. LEY DE RELACIONES FAMILIARES.

La Ley de Relaciones Familiares, también promulgada por Don Venustiano Carranza, el 9 de abril de 1917, también autoriza el divorcio vincular, en base a que acoge la Ley del Divorcio de - - 1914.

Como vimos con antelación, el Código Civil de 1884 - no reconocía el divorcio vincular, toda vez que autorizaba la separación de cuerpos en casos muy limitados.

La Ley de Relaciones Familiares, tomó en consideración las causales de divorcio que reguló el Código Civil de 1884, su primiendo la infracción de las capitulaciones matrimoniales, que ha sido ese Código, el único que la admitió de que la infracción de di-

chas capitulaciones puedan disolver el vínculo matrimonial.

Cabe la precisión, de que, fuera del Código Civil de 1884, ningún ordenamiento posterior autorizó como causal para otorgar el divorcio vincular la infracción a las capitulaciones matrimoniales.

En seguida, transcribimos algunos de los artículos -- de esta Ley, a fin de percatarnos de cómo regulaba la institución -- del divorcio y sobre las cuales que comprendía.

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

Artículo 76. Son causas de divorcio:

I. El adulterio de uno de los cónyuges.

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

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

IV. Ser cualquiera de los cónyuges incapáz para llenar los fines del matrimonio, o sufris sífiles, tuberculosis, enajenación

mental incurable, o cualquiera otra enfermedad crónica incurable, que sea, además, contagiosa o hereditaria.

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

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

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

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

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

X. El vicio incorregible de la embriaguez.

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

XII. El mutuo consentimiento. (12).

De la transcripción que antecede, se desprende que la causal marcada con la Fracción VI, establece el abandono del marido por más de un año, con el evidente abandono de sus obligaciones matrimoniales, como causal de divorcio, misma que debe de ser demos-

(12) PALLARES, Eduardo., ob. cit. pp. 28 y 29

trada para que proceda el divorcio vincular. Esta Fracción, es sin duda, un antecedente de la Fracción XVIII del vigente artículo 267 - del Código Civil para el Distrito Federal.

5. CODIGO CIVIL DE 1928.

Con fecha 30 de agosto de 1928 fue promulgado el Código Civil que entró en vigor posteriormente, en fecha primero de octubre de 1932.

Este Código se encuentra influido por el Código Civil de 1884 y por la Ley de Relaciones Familiares de 1917, en cuya exposición de motivos se expresan los siguientes argumentos:

"...Armonizar los intereses individuales con los sociales, corrigiendo el exceso de individualismo que impera en el Código Civil de 1884... La Reforma del Código Civil era un deber ineludible de la Revolución; pero en tanto que la organización de la familia, el concepto de la propiedad y la reglamentación fácil y expédita de las transformaciones diarias no se armonizarán con las exigencias de la vida moderna, el antiguo régimen, vencido en los campos de batalla se seguiría gobernando nuestra sociedad. (13).

El Código Civil de 1928, reprodujo en lo fundamental las mismas causas de la Ley de Relaciones Familiares, suprimiendo la infracción de las capitulaciones matrimoniales, introduciéndose nuevas causas de divorcio: los vicios no sólo de la embriaguez consuetudinaria sino el uso inmoderado de las dorgas enervantes, y el juego; el caso de que un cónyuge se separe por motivo justificado del domicilio

(13) GALINDO GARFIAS, Ignacio., ob. cit. p. 109

conyugal, si no entabla la demanda de divorcio dentro de un año, el otro cónyuge que fue el culpable, que obligó al primero a separarse, por ejemplo, por adulterio, por injurias, por sevicia, tendrá el derecho, no obstante de haber sido el culpable, de promover como cónyuge-inocente demandada de divorcio.

Reproducimos a continuación la clasificación que realiza Rafael Rojina Villegas en relación a las causas de divorcio en el Código Civil de 1982, mismo que entra en vigor el año de 1982.

"... No harémos una enumeración, porque no tiene objeto, como lo hace el artículo 267 de dicho Código, en virtud de que en la misma no se si fue un criterio sistemático. Además, es difícil --retener en la memoria estas causas, si no se lleva a cabo una clasificación, agrupándolas por especies, a efecto de distinguir: I. Las --que impliquen delitos. II. Las que constituyan hechos inmorales. III. Las contrarias al estado matrimonial o que impliquen el incumplimiento de obligaciones conyugales, IV. Determinados vicios y V. Ciertas enfermedades. Por lo que toca a los delitos, están comprendidos en las Fracciones: II, III y V. Los hechos contrarios al estado matrimonial están previstos por las Fracciones: VIII, IX y XII. Las enfermedades en las Fracciones VI y VII, y los vicios en la Fracción XV. (14).

Anotamos la causa prevista en la Fracción IX del artículo 267 del Código Civil de 1928, que hace referencia a la separación del hogar conyugal originada por causa que sea bastante para pedir el divorcio, si se prolonga por más de un año, sin que el cónyuge

(14) GALINDO GARFIAS, Ignacio. ob. cit., p. 433.

que se separó entable la demanda de divorcio.

Esta causal, al igual que en la Ley de Relaciones Familiares, atenta en contra del estado matrimonial, debiendo comprobar el cónyuge que se separó del domicilio conyugal la causa, misma que - debe ser bastante para pedir el divorcio. Esta causal se respetó en la reforma al Código Civil para el Distrito Federal de 27 de diciembre de 1983, misma que adicionó el artículo con la fracción XVIII.

6. CODIGO CIVIL VIGENTE.

El Código Civil vigente para el Distrito Federal, en materia común y para toda la República en materia federal, en lo que respecta al divorcio necesario, concretamente a las causales de divorcio adicionó al artículo 267 de dicho ordenamiento, una fracción - - XVIII, que a la letra dice:

"XVIII. La separación de los cónyuges por más de dos años, independientemente del motivo que haya originado la separación, la cual podrá ser invocada por cualesquiera de ellos". Esta causal da motivo al divorcio en forma necesaria, bastando la invocación por cual quiera de los cónyuges, no siendo necesario acreditar un motivo que -- hubiere originado la separación.

En el presente inciso, nos concretaremos a citar la -- fracción anterior, toda vez que en el Capítulo V analizaremos a fondo esta fracción en base a que constituye la parte medular de esta investigación.

CAPITULO CUARTO**CLASES DE DIVORCIO****1. MUTUO CONSENTIMIENTO****11. ADMINISTRATIVO****111.NECESARIO**

CAPITULO IV
CLASES DE DIVORCIO

I. MUTUO CONSENTIMIENTO

Entre los sistemas de divorcio que regula nuestro Código Civil vigente en el Distrito Federal, encontramos que éstos se dividen en dos ramos: el divorcio por separación de cuerpos y el divorcio vincular.

Antes de entrar a la exposición de las clases de divorcio vinculares, es decir, aquellos que producen la disolución del vínculo matrimonial, y que son: el divorcio voluntario, administrativo y judicial, y el divorcio necesario, expondremos someramente el sistema de divorcio no vincular también llamado "divorcio por separación de cuerpos", toda vez que en éste no se da la disolución del vínculo matrimonial.

En el divorcio por separación de cuerpos, el vínculo matrimonial subsiste, permanecen las siguientes obligaciones: la fidelidad, la de ministración de alimentos y la imposibilidad de contraer nuevas nupcias.

Los efectos del divorcio por separación de cuerpos son:

La separación marital de los consortes, los que ya no tienen la obligación de vivir juntos, por lo que ya no tienen la obligación de realizar vida marital.

En relación con esta clase de divorcio, el distinguido jurista francés Marcel Planiol, se pronuncia en el siguiente sentido:

"Separación de los domicilios.- La separación de habitación no recae únicamente sobre la residencia sino sobre el domicilio de los esposos. Si se considera que la mujer tiene como domicilio legal el de su marido, débese a que está obligada a habitar con él; cuando cese esta obligación, debe cesar también la comunidad de domicilio. Por tanto, la mujer, separada de cuerpos es capaz de escoger, en lo adelante, su domicilio y de cambiarlo a voluntad... (1).

Al decir de Planiol, "La separación no es sino el divorcio antiguo disminuído en sus efectos por el derecho canónico, que prohibía a los esposos desunidos contraer nuevo matrimonio con otras personas. Por tanto, no es una institución nueva, sino la transformación de una institución anterior: no pudiendo casarse ya cada uno de los esposos en vida del otro, el divorcio se reducía a una simple separación de habitación... Muy pronto se reconoció que todo divorcio que no daba a los esposos el derecho de casarse nuevamente, dejaba en realidad subsistir su unión... (2).

En la experiencia jurídica mexicana, como expusimos en su oportunidad, las codificaciones civiles del siglo XIX, las de 1870 y 1884, regularon exclusivamente el divorcio por separación de cuerpos y no fue sino hasta el año de 1914, en el que Don Venustiano Carranza promulga la Ley del Divorcio que acepta el divorcio vincular, ordenamiento que es recogido por la Ley de Relaciones Familiares de 1917, promulgada por el mismo Venustiano Carranza.

(1) PLANIOL, Marcel: Tratado Elemental de Derecho Civil Francés, Edit. Cajica, Puebla, México, 1942, p. 95.

(2) PLANIOL, Marcel Ob. cit., p. 86

En el Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, recoge el divorcio por separación de cuerpos como una opción que se regula en el artículo 277 que a la letra dice:

Artículo 277. 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 su 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.

De este dispositivo, desprendemos que el divorcio por separación de cuerpos también procede en los casos previstos por las causales previstas en las fracciones VI y VII del artículo 267, en cuyo supuesto, el cónyuge sano tiene el derecho de optar entre el divorcio vincular o bien, la simple separación de cuerpos.

A continuación, transcribimos las fracciones VI y VII del artículo 267:

Artículo 267. Son causas de divorcio:

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

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

Expuestos los puntos anteriores, relativos al divorcio por separación de cuerpos, a continuación entraremos al examen --

de los sistemas de divorcio vinculares, es decir, aquellos que disuelven el vínculo matrimonial, iniciando con el divorcio voluntario o -- por mutuo consentimiento, previsto en la fracción XVII del artículo - 267 del Código Civil, misma causal del divorcio por mutuo consentimien to.

El divorcio por mutuo consentimiento o voluntario, en base a nuestro sistema jurídico, es aquel que disuelve el vínculo matrimonial y concede capacidad a los cónyuges de contraer otro. Este divorcio se lleva a cabo con el mutuo acuerdo entre los consortes en disolver dicho vínculo.

El divorcio voluntario, se puede llevar a cabo en dos formas: acudiendo ante el órgano jurisdiccional, es decir, ante un --- juez del Registro Civil, bajo determinados supuestos jurídicos que a continuación examinaremos.

El divorcio voluntario judicial se encuentra regulado por los artículos 272, párrafo último del Código Civil y el artículo- 674 del Código de Procedimientos Civiles, mismos que establecen:

Artículo 272...

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. Los casos no previstos en los párrafos anteriores se refieren a contrario sensu: cuando no sean mayores de edad, cuando tengan hijos y no hubieren liquidado la sociedad conyugal, en estos supuestos es cuando procede el divorcio voluntario judicial.

Por su parte, el artículo 674 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, dispone con relación al divorcio por mutuo consentimiento:

Artículo 674. Cuando ambos consortes convengan en divorciarse, en los términos del último párrafo del artículo 272 del Código Civil, deberán ocurrir al tribunal competente presentando el convenio que se exige en el artículo 273 del Código citado, así como una copia certificada del acta de matrimonio y de las de nacimiento de -- los hijos menores.

De conformidad con el artículo 273 del Código Civil -- para el Distrito Federal, "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 persona a quién sean confiados los hijos del matrimonio, tanto durante el procedimiento como después de ejecutoriado el divorcio;

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

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

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

V. La manera de administrar los bienes de la sociedad conyugal durante el procedimiento, y la de liquidar dicha sociedad -- después de ejecutoriado el divorcio, así como la designación de liquidadores. A ese efecto se acompañará un inventario y avalúo de todos los bienes muebles o inmuebles de la sociedad.

Ahora bien, en cuanto a la naturaleza del convenio -- que sirve de base al divorcio, Eduardo Palláres comenta:

"El convenio es un verdadero contrato de derecho público, porque tanto el Estado como la Sociedad, están interesados en que se otorgue conforme a las leyes que rigen el matrimonio y el divorcio, cuenta habida de que existen los intereses de los hijos menores y los derechos de los cónyuges derivados del matrimonio, todo lo cual concierne a la institución de la familia.

Es un contrato sui géneris, porque la ley obliga a -- los consortes a incluir en él, diversas estipulaciones sin las cuales carece de validéz y eficacia jurídica. En otros términos, los consortes no tienen plena libertad para otorgarlo fuera de las prescripciones legales... Los consortes tienen el derecho de pedir que se cumpla el contrato y aún de lograr su ejecución por la vía judicial, pero de -- ninguna manera lograrán que por la violación del mismo se nulifique -- el divorcio y vuelvan los divorciados a estar unidos por el matrimonio.. Lo más importante en el convenio, que no debe omitirse, es lo -- relativo a los hijos, así como a los alimentos, que tanto ellos como uno de los cónyuges deberán percibir, y las garantías concernientes -- a su pago". (3).

(3) PALLARES, Eduardo: El Divorcio en México, ob, cit. pp. 49 y 50

En cuanto al procedimiento, los artículos 675 y 676, - establecen lo siguiente:

Artículo 675. Hecha la solicitud, citará el Tribunal a los cónyuges y al representante del Ministerio Público a una junta en la que se identificarán plenamente ante el Juez, que se efectuará después de los ocho y antes de los quince días siguientes, y si asistieren los interesados los exhortará para procurar su reconciliación. Si no logra avenirlos, aprobará provisionalmente, oyendo al representante del Ministerio Público, los puntos del convenio relativos a la situación de los hijos menores o incapacitados, a la separación de -- los cónyuges y a los alimentos de aquellos y de los que un cónyuge de ba dar al otro mientras dure el procedimiento, dictando las medidas - necesarias de aseguramiento.

Artículo 676. Si insistieren los cónyuges en su propósito de divorciarse, citará el Tribunal a una segunda junta que se efectuará después de los ocho y antes de los quince días de solicitada; y en ella volverá a exhortar a aquellos con el propio fin que en el anterior. Si tampoco se lograre la reconciliación y en el convenio quedaren bien garantizados los derechos de los hijos menores o in capacitados, el Tribunal, oyendo el parecer del Representante del Ministerio Público sobre este punto dictará sentencia en que quedará di suelto el vínculo matrimonial y decidirá sobre el convenio presentado.

Resulta una disposición de suma importancia el convenio que deben adjuntar los cónyuges a su demanda de divorcio, toda -- vez que de conformidad con el artículo 680 del Código de Procedimientos Civiles, "En caso de que el Ministerio Público se oponga a la apr

bación del convenio, por considerar que viola los derechos de los hijos o que no quedan bien garantizados, propondrá las modificaciones - que estime procedentes y el Tribunal lo hará saber a los cónyuges para que dentro de los tres días manifiesten si aceptan las modificaciones. En caso de que no las acepten, el Tribunal resolverá en la sentencia lo que proceda con arreglo a la ley cuidando de que en todo caso queden debidamente garantizados los derechos de los hijos. Cuando el convenio no fuere de aprobarse, no podrá decretarse la disolución del matrimonio.

Algunas otras medidas de naturaleza sustantiva con -- respecto al divorcio voluntario, son las siguientes previstas en el -- Código Civil:

Artículo 274. El divorcio por mutuo consentimiento -- no puede pedirse sino pasado un año de la celebración del matrimonio.

Artículo 275. Mientras que se decreta el divorcio, -- el juez autorizará la separación de los cónyuges de una manera provisional, y dictará las medidas necesarias para asegurar la subsistencia de los hijos a quienes hay obligación de dar alimentos...

Con relación a los alimentos, la fijación de la cantidad sea que se trate del marido o de la mujer, según los casos, se rigen por las disposiciones contenidas en el Capítulo relativo a los alimentos del Código Civil.

Finalmente, el artículo 681 del Código Adjetivo, dispone que "La sentencia que decreta el divorcio por mutuo consentimiento, es apelable en el efecto devolutivo. La que lo niega es apelable en ambos efectos."

2. ADMINISTRATIVO.

El divorcio voluntario o por mutuo consentimiento, -- también es susceptible de tramitarse ante una autoridad de naturaleza administrativa, como lo es el Registro Civil.

El divorcio llamado "administrativo", porque son las autoridades administrativas, a diferencia de las judiciales, quienes son las encargadas de tramitar esta clase de divorcios, está regulado por el artículo 272 del Código Civil, en sus párrafos del uno al - cuatro.

Establece este dispositivo:

Artículo 272. 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 ése 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 - sí 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..."

El último párrafo de este precepto, no lo transcribimos toda vez que ya fue reproducido en el inciso anterior, al hablar del divorcio voluntario judicial.

Del artículo antecitado, se desprenden los siguientes comentarios:

Al exigir el dispositivo que los consortes comparezcan personalmente, significa que es un acto personalísimo y por lo tanto, - no pueden comparecer a través de un apoderado o de un representante -- legal.

Los Jueces del Registro Civil, a diferencia de los Jueces de lo Familiar, desempeñan un papel pasivo, ya que sus funciones - se asemejan a las de los Notarios Públicos, toda vez que se limitan -- los Jueces a hacer constar los hechos que ordena la ley y a declarar - el divorcio. Da fe de la voluntad de las partes, es decir, de los consortes y por medio de un acto de declaración de voluntad y en ejercicio de una potestad que le otorga el Estado, disuelve el Matrimonio.

En base a lo que nos comenta Eduardo Palláres, "El papel pasivo del oficial en esta clase de divorcios, se explica, porque, no habiendo hijos de por medio, ni conflicto de intereses pecuniarios procedentes del matrimonio, tanto la sociedad como el Estado carecen - de interés en que el vínculo conyugal subsista y consideran el divor--

cio como la rescisión de un contrato. (4).

En el caso en que alguna de las partes o ambas, realice declaraciones falsas con respecto a no haber procreado hijos o a no haber liquidado la sociedad conyugal, trae como consecuencia, de acuerdo con el artículo 272 del Código Civil, que "no surtirá efectos legales si se comprueba que los cónyuges tienen hijos, son menores de edad o no han liquidado su sociedad conyugal".

El divorcio así obtenido, es decir, mediante declaraciones falsas, será declarado nulo de pleno derecho.

Para que el divorcio surta sus efectos, es necesario que se levanten las actas respectivas y que estén debidamente autorizadas. Su omisión o el hecho de que no estén autorizadas con la firma de los jueces del Registro Civil, impedirá que el divorcio surta sus efectos porque esos requisitos son indispensables, a excepción -- del que se refiere a que se anote en el acta del matrimonio, la del divorcio.

Ahora bien, cuando los cónyuges se hayan casado en -- una jurisdicción determinada, y con posterioridad trasladen su domicilio a otra parte diferente, en este caso, el Juez que haya divorciado a los consortes, remitirá copia del acta de divorcio al Juez que congo -- ció del matrimonio, para que efectúe la anotación respectiva.

3. NECESARIO.

El divorcio necesario o contencioso disuelve el vínculo matrimonial y deja a los cónyuges en la posibilidad de contraer --

(4) PALLARES, Eduardo:ob. cit., p. 40

Sobre este particular y puesto que la causa que ha dado origen al divorcio no es imputable al cónyuge que la originó, el -- cónyuge sano puede demandar el divorcio vincular o solicitar del juez que suspenda su obligación de cohabitar con el cónyuge enfermo. En -- este caso quedan subsistentes las demás obligaciones creadas por el ma trimonio (artículo 277 del Código Civil. (7).

La clasificación anterior, proporcionada por Galindo - Garfias, misma que clasifica las causales de divorcio desde el punto - de vista de la culpa o no culpa, resulta interesante para nuestro estu dio, atendiendo al hecho de que para que opere el divorcio por necesi- dad o contencioso, el Código Civil vigente atiende a un criterio de -- culpabilidad o no culpabilidad, lo que demuestra que la naturaleza del divorcio necesario procede siempre y cuando se den los extremos previs tos por los artículos 267 y 268 del Código Civil, debiendo tomar en -- cuenta que la ley en este aspecto es rigorista y poco flexible, toda - vez que cuando no existe culpa de alguno de los cónyuges sólo autoriza el divorcio necesario por lo preceptuado en las fracciones VI y VII, - en las que no hay culpa, pero sí una causa que impide la realización - del matrimonio.

Expuestas en forma somera las causales del divorcio ne cesario, toda vez que el objeto de la presente investigación consiste en el análisis de la causal XVIII del artículo 267 del Código Civil, -- razón por la cual, en el presente Capítulo nos limitamos a transcribir las fracciones del artículo 267 y el supuesto previsto en el artículo -

(7) GALINDO GARFIAS, Ignacio., cfr. pp. 598 a 610.

IX. La acusación calumniosa hecha por un cónyuge contra otro por delito que merezca pena mayor de dos años de prisión, es causa absoluta de divorcio.

XII, La comisión de un delito no político pero infamante, que merezca pena de prisión mayor de dos años, es causa absoluta de -- divorcio.

XIII. Los hábitos del juego, de la embriaguez o el uso indebido y persistente de las drogas enervantes, siempre que amenacen -- causar la ruina de la familia o constituyan un continuo motivo de desavenencia conyugal

XIV. De acuerdo con la fracción XVI del artículo 267 uno de los cónyuges contra quien el otra ha cometido un hecho que sería -- punible si no se tratara de consortes.

XV. La separación de los cónyuges por más de dos años, -- independientemente de la causa que la haya motivado.

XVI. Si uno de los cónyuges ha intentado una acción de divorcio o de nulidad de matrimonio por causa que no haya justificado o se ha desistido de la demanda o de la acción sin la conformidad del -- cónyuge demandado, éste tiene a su vez el derecho de solicitar la disolución del vínculo matrimonial, luego de pasados tres meses de la no -- ficación de la última sentencia o del auto que recayó al desistimiento (artículo 268 del Código Civil.)

Ignacio Galindo Garfias, clasifica como causas de divorcio no derivadas de culpa, las que provienen de enfermedad mental o física de alguno de los cónyuges y de la impotencia incurable para la cópula carnal. (fracciones VI y VII).

III. La propuesta del marido para prostituir a la mujer no sólo cuando lo haya hecho directamente, sino cuando hubiere recibido dinero o cualquier otra remuneración para permitir que otro tenga relaciones carnales con ella.

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

V. Los actos inmorales del marido o de la mujer para corromper a los hijos así como la tolerancia en su corrupción.

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

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

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

IX. La Sevicia, las amenazas y las injurias graves ejecutadas por un cónyuge en contra del otro.

X. La negativa de uno de los cónyuges a resolver lo conducente al matrimonio del hogar, a la formación y educación de los hijos y a la administración de los bienes que a éstos pertenecen o a acatar la resolución del juez, en caso de desacuerdo sobre el particular, con su consortes.

nuevas nupcias, se decreta esta clase de divorcio siempre y cuando -- se compruebe o se comprueben alguna o algunas de las causales que en forma textativa o limitativa previstas en los artículos 267 y 268 del Código Civil.

En base a lo que nos informa Eduardo Palláres, con respecto al principio de la aplicación restrictiva de las causas de divorcio, nos comenta el criterio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación:

"La H. Suprema Corte de Justicia ha establecido la jurisprudencia de que las causas de divorcio son autónomas, en el sentido de que es ilegal vincularlas entre sí, completando o combinando lo que una dicen con lo que otras ordenan. Está prohibido interpretarlas extensivamente y aplicarlas a casos diferentes de los que de manera expresa supone cada norma. (5).

De conformidad con Ignacio Galindo Garfias, "las causas de divorcio... pueden derivar de culpa de uno o de ambos de los conyugues o porvenir de otras razones, en los que no puede imputarse culpa a ninguno de ellos" (6).

Este autor, clasifica como causas de divorcio derivadas de culpa:

I. El adulterio debidamente probado de uno de los conyugues Artículo 267 del Código Civil.

II. Es causa de divorcio que la mujer de a luz un hijo concebido antes de la celebración del matrimonio y que judicialmente sea declarado ilegítimo.

(5). PALLARES, Eduardo., ob. cit., p. 61

(6). GALINDO GARFIAS, Ignacio: ob. cit., p. 598.

268, a modo de dejar el estudio de la causal XVIII para el Capítulo - siguiente, misma que constituye el núcleo de esta investigación.

A continuación, expondremos algunos dispositivos relativos a la tramitación del divorcio necesario, mismos que están previstos en el Código Adjetivo Civil, es decir, el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, y algunos artículos del Código Sustantivo, es decir, el Código Civil para el Distrito Federal.

El Juez al admitir la demanda de divorcio, debe ordenar que se adopten ciertas medidas cautelares de naturaleza provisional, mientras se tramita el divorcio, que atañen a la persona de los cónyuges, así como de los hijos, y en cuanto a los bienes de los consortes con relación a las obligaciones de naturaleza patrimonial entre los esposos y en relación con los hijos, en base al artículo 282 del Código Civil.

Veamos las fracciones del artículo 282 del Código Civil que hace referencia a las medidas cautelares provisionales:

I. Drogada.

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

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

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

V. Poner a los hijos al cuidado de la persona que de común acuerdo hubieren designado los cónyuges, pudiendo ser uno de estos. En defecto de ese acuerdo, el cónyuge que pida el divorcio propondrá la persona en cuyo poder deben quedar provisionalmente los hijos. El-

juez, previo 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.

De conformidad con Eduardo Pallares, "el divorcio con~~t~~tencioso se lleva a cabo en un juicio cuyas notas esenciales son las siguientes:

a). Es un juicio ordinario civil;

b). La ley lo considera tan importante que como veremos más adelante únicamente tienen competencia para conocer de él los jueces de primera instancia sea cual fuere la cuantía de los intereses en juego;

c). La sentencia que en él se pronuncia es al mismo tiempo constitutiva y de condena. Es lo primero porque mediante ella se pone término a un estado jurídico (es estado de matrimonio) y se produce un nuevo estado civil o sea el de divorcio que permite a los cónyuges volver a casarse.

El carácter constitutivo de la sentencia se pone de manifiesto porque sólo mediante ella puede desatarse el vínculo conyugal incluso en el divorcio voluntario;

d). Es sentencia de condena porque impone determinadas responsabilidades y sanciones al Cónyuge declarado culpable;

e). El fallo que en él se dicte, no sólo produce efectos jurídicos a favor y en contra de los litigantes, sino también es oponible a terceros...

f). Lo anterior se explica, porque, el estado civil de

las personas en una determinada situación jurídica que existe no sólo entre ellos, sino erga omnes, esto es respecto de todos los demás - miembros de la sociedad, incluso respecto del Estado mismo y de los - funcionarios y empleados que lo integran;

g). Ni que decir que directamente afecta a los hijos de los cónyuges que se divorcian, que no sean mayores de edad o que - siendolo se encuentren en estado de interdicción... (8).

Como medidas cautelares de carácter económico que deben ser tomadas cuando se demanda la acción de divorcio, tenemos:

Fijarse el monto de los alimentos que uno de los cónyuges esté obligado a dar al otro cónyuge, en base a lo estatuido en los artículos 164 y 165 del Código Civil.

La fijación se hará de acuerdo con el principio general de que los alimentos han de ser proporcionados a las posibilidades del deudor alimentario y a las necesidades del acreedor.

El aseguramiento del pago de los alimentos. Esta seguridad puede consistir en fianza, hipoteca o en depósito de dinero - en cantidad suficiente, calculada por la duración probable del juicio de divorcio.

El dictar las medidas convenientes para que el marido no cause perjuicios en sus bienes a la mujer. Estas medidas pueden - consistir en las siguientes:

Depósito judicial de los bienes muebles;

Oficio al Director del Registro Público de la Propiedad, a fin de que no se inscriba ningún acto jurídico que dañe a los-

(8) PALLARES, Eduardo: Diccionario de Derecho Procesal Civil.; ob.cit. p.273

bienes de la mujer;

Prevenición al marido bajo el apercibimiento de ser con-
signado al Ministerio Público de que se abstenga de ejecutar ningún --
acto perjudicial a los bienes de la mujer.

Entre los modos de terminar el divorcio contencioso, -
tenemos:

1. Por el desistimiento que haga el actor de su deman-
da. Aunque si bien el desistimiento de ésta no significa el de la - -
acción o sea de los derechos que el actor hizo valer en la propia de--
manda.

2.- Que el actor se desista de la acción de divorcio.

A diferencia del desistimiento de la demanda, en el que
el actor requiere del consentimiento del demandado, en el desistimien--
to de la acción, no se requiere este consentimiento, al operar el desig-
timiento de la acción, se extingue ésta y ya no se puede ejercitar la -
misma acción.

3.- Porque el cónyuge ofendido, el actor, otorgue al --
culpable su perdón que puede ser tácito o expreso.

4.- La reconciliación de los cónyuges también concluye
el divorcio, pero procede ésta cuando aún no haya concluído el juicio-
con sentencia firme e irrevocable.

5.- Por operar la caducidad de la instancia concluye -
el divorcio, cuando ninguna de las partes realice ninguna promoción en
el juicio durante los 180 días hábiles que fija el artículo 137 del C^o
digo de Procedimientos Civiles.

6.- La muerte de alguno de los cónyuges pone fin al --
divorcio.

7.- Por convenio celebrado entre los consortes durante la tramitación del juicio, pone fin al divorcio.

8.- La sentencia definitiva y firme con autoridad de cosa juzgada pone fin al juicio de divorcio.

Ahora bien, de conformidad con el artículo 283 del Código Civil, "La sentencia de divorcio fijará la situación de los hijos, para lo cual el juez gozará de las más amplias facultades para resolver todo lo relativo a los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad, su pérdida, suspensión o limitación, según el caso, y en especial a la custodia y al cuidado de los hijos, debiendo obtener los elementos de juicio necesarios para ello, en su caso, o de designar tutor".

"La sentencia que decreta la disolución del vínculo matrimonial, produce efectos en relación con la persona de los consortes que se divorcian, respecto de la situación de los hijos y en cuanto a los bienes de los consortes.

En cuanto a la persona de los cónyuges que se divorcian, el artículo 266 del Código Civil dispone que el divorcio disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro. De la misma manera, el artículo 289 establece que si bien los cónyuges recobran su capacidad para contraer nuevo matrimonio, el cónyuge que ha dado causa al divorcio no podrá volver a casarse, sino después de dos años a partir de la fecha de la sentencia de divorcio. De acuerdo con este mismo precepto, los cónyuges que se divorcian voluntariamente, no podrán contraer nuevo matrimonio sino después de un año contado a partir de la fecha en que se decretó la disolución del vínculo...

En cuanto a la situación de los hijos, el artículo 283 otorga al juez "las más amplias facultades para resolver todo lo relativo a los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad, su pérdida, suspensión o limitación, según el caso, y en especial a la custodia y al cuidado de los hijos, debiendo obtener los elementos de juicio necesarios para ello..."

Actualmente el artículo 283 abandona el criterio del juzgador todo lo relativo a la patria potestad, y aún lo autoriza para designar tutor, cuando no haya persona en quién recaiga el ejercicio de la patria potestad..."

En cuanto a los bienes, el cónyuge culpable pierde en favor del cónyuge inocente, todo lo que hubiere dado o prometido por su consorte u otra persona, en consideración al matrimonio; donaciones antenupticiales o donaciones entre consortes. El cónyuge inocente conservará lo recibido y podrá reclamar lo pactado en su provecho según el artículo 283 del Código Civil.

El cónyuge culpable además, debe pagar al cónyuge inocente los daños y perjuicios que le produzca el divorcio.

En efecto de la sentencia de divorcio, según lo dispone el artículo 197 del Código Civil, la disolución de la sociedad conyugal, la cual debe ser puesta en liquidación de acuerdo con las bases que establezca la sentencia de divorcio, conforme a lo dispuesto en las capitulaciones matrimoniales artículo 287 del Código Civil. (9).

(9) GALINDO GARFIAS, Ignacio; ob. cit. pp. 611 a 614.

De conformidad con el artículo 291 del Código Civil,- "Ejecutoriada una sentencia de divorcio, el juez de primera instancia remitirá copia de ella al Juez del Registro Civil ante quién se celebró el matrimonio, para que levante el acta correspondiente y, además, para que publique un extracto de la resolución durante quince días, - en las tablas destinadas al efecto".

Con lo anterior, demos por concluído el Capítulo relativo a las clases o sistemas de divorcio preceptuados por nuestro Código Civil vigente, la exposición antecitada no pretende ser exhaustiva, en base a que en el Capítulo siguiente, analizaremos la causal -- XVIII del artículo 267 del Código Civil, causal que en nuestra opinión debe de ser suprimida del ordenamiento en estudio por las razones que expondremos adelante.

CAPITULO QUINTO**ANALISIS DE LA FRACCION XVIII DEL
CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL****1. EL DIVORCIO NECESARIO POR SEPARACION
DE LOS CONYUGES POR MAS DE DOS AÑOS****11. PROBLEMATICA****111. PROPUESTA DE REGULACION**

CAPITULO V.

ANALISIS DE LA FRACCION XVIII DEL ARTICULO 267 DEL CODIGO CIVIL
PARA EL DISTRITO FEDERAL.1. EL DIVORCIO NECESARIO POR SEPARACION DE LOS CONYUGES POR
MAS DE DOS AÑOS.

De conformidad con el artículo 267, en su fracción XVIII, se prevee la procedencia del divorcio necesario o contencioso por " La separación de los conyuges por más de dos años, independientemente - del motivo que haya originado la separación, la cual podrá ser invocada por cualesquiera de ellos "

En el capitulo anterior, al hablar del divorcio contencioso expusimos la clasificación que sobre las causas de divorcio nos propone Ignacio Galindo Garfias, reduciéndolas este autor en dos clases; las primeras, en las que encontramos el elemento de la culpabilidad de alguno de los consortes; y, las segundas en las que no existe culpa alguna de alguno de los consortes en la disolución del vínculo matrimonial, pero, sin embargo, por causa imprevista como la deficiencia mental o algun contagio de enfermedad venerea, o alguna enfermedad crónica o incurable, se disuelve el vínculo matrimonial en forma necesaria.

Del criterio anterior, nos percatamos que el divorcio necesario es decretado por las causales previstas en el artículo 267, o bien, el supuesto previsto en el artículo 268 del Código Civil, siempre y cuando en términos de la clasificación de Galileo Garfias, --- exista culpa de alguno de los cónyuges o no exista ésta, en los supuestos previstos por las fracciones VI y VII del artículo 267.

Ahora bien, desde nuestro punto de vista, entendemos que - el Legislador, antes de la reforma introducida al artículo 267, mediante la adición de la fracción XVIII, de fecha 12 de diciembre de 1983, publicada en el Diario Oficial de la Federación de 27 de diciembre del mismo año, pretendió autorizar la procedencia del divorcio en los supuestos que limitativamente establecía el artículo 267 del Código Civil, de modo que, cuando no se divorciaban los cónyuges de mutuo acuerdo, alguno de éstos tendría que acreditar fehacientemente la causal o causales en que el otro hubiese incurrido para que el - Juez pudiera decretar el divorcio.

El hecho de que el legislador limitara la procedencia del divorcio a las causales contempladas en el artículo 267, significó que cuando los consortes no hicieran uso de su derecho de divorciarse de mutuo acuerdo, tenían que pasar dificultades y acreditar en forma clara la causal invocada con lo que se desprende que la intención o el espíritu del legislador fué la de dificultar o impedir la procedencia del divorcio necesario en aras del mantenimiento o conservación del matrimonio.

Ahora bien, con la reforma antes citada, al adicionarse el artículo 267, con una fracción XVIII, en opinión del sustentante, se está facilitando la disolución del vínculo matrimonial atendiendo a un criterio de mera temporalidad, más de dos años sin atender al motivo que hubiere originado la separación de los cónyuges.

Estimamos que la procedencia del divorcio "sin motivo", tal y como lo establece la fracción XVIII, contraviene el espíritu del legislador y la tradición jurídica civilista, toda vez que no debe-

decretarse el divorcio sin atender a la causa o motivo que haya originado la separación.

El artículo 267 comienza diciendo " Son causas de divorcio." y en su fracción XVIII dispone: " La separación de los cónyuges por más de dos años, INDEPENDIENTEMENTE DEL MOTIVO QUE HAYA ORIGINADO LA SEPARACION...", con lo que aparentemente hay una contradicción, misma que se interpretaría como sigue: es causa de divorcio la separación de los cónyuges por mas de dos años sin importar la causa de la separación, con lo que basta el simple transcurso del tiempo para -- que se decrete el divorcio, llegando al absurdo de que si no se tiene dos años de separación y se promueve el divorcio, se tiene que --- acreditar la causa que dio origen a la separación, pero, si se tiene dos años y un día, entonces ya no existe la necesidad de acreditar - dicha causa.

En el inciso siguiente, al hablar de la problemática que -- reporta la reforma antes citada, ampliaremos la exposición que hasta aquí hemos realizado.

2. PROBLEMÁTICA.

Ignacio Galindo Garfias, al comentar la fracción objeto de nuestra investigación nos comenta:

" Esta causal podrá ser invocada por cualquiera de los cónyuges, aun por aquel que no ha provocado la separación. No se comprueba porqué el cónyuge que ha faltado al deber de cohabitación sea -- legitimado para obtener el divorcio. Esto es tanto como introducir - la disolución del matrimonio por repudio de uno de los consortes. Esta solución es contraria al principio que se enuncia diciendo que-

'nadie puede hacer valer en su favor sus propias culpas"(10)

Independientemente de la autorizada opinión de Galindo --- Garfias en relación con la fracción objeto de nuestra investigación, en el sentido de que la causal en comento puede ser invocada por -- cualquiera de los consortes atentado en contra del principio de que "nadie puede hacer valer en su favor sus propias culpas", demuestra que en la redacción de esta causal, se carece de técnica jurídica.

Por nuestra parte consideramos que mas alla de que la causal en comento adolece de técnica jurídica, con la inserción de la causal XVIII, se está facilitando la disolución del vínculo matrimonial atendiendo a un criterio meramente temporal, sin atender a -- los motivos o causas que hayan dado causa a la separación. Siendo o representando para el sustentante, esto último, es decir, el atender a los motivos o causas que hayan originado la separación, como la referencia de más trascendencia que el juzgador debe valorar para ver si concede o no el divorcio necesario.

En este orden de ideas, no somos partidarios de la facilidad que de acuerdo con la fracción XVIII se les está dando a los -- consortes para divorciarse, si tomamos en consideración que el matrimonio, como la familia misma constituye el núcleo de la sociedad, y en la medida de que la familia se fortalezca, se fortaleciera la -- sociedad y el Estado."

(10)Galindo Garfias Ignacio Ob Cit, P. 608

En nuestro sistema jurídico vigente, el legislador le ha dado a la familia una importancia relevante, como lo demuestra la intervención que la ley le otorga al juzgador en los conflictos o contrversias del orden familiar.

El papel del Juez en los conflictos familiares, es un pa pel activo con amplias facultades para tomar las medidas conduce ntes, tanto para intervenir en los problemas familiares, como en - los conflictos derivados del divorcio, de la nulidad del matrimo- nio, de los alimentos, de la patria potestad, de la educación de- los hijos entre otros.

A este respecto, Jose Ovalle Favela, al hablarnos del -- proceso familiar, nos comenta sobre la diferencia existente entre el preceso relativo a la familia y el proceso civil común.

Comenta el autor de referencia, que " al examinar la cla sificación de los procesos... se advirtió que, a diferencia del - proceso civil patrimonial o proceso civil en sentido estricto == (regido por el principio dispositivo) el proceso sobre las rela- ciones familiares y el estado civil de las personas se encuentra- orientado por el principio inquisitorio. En efecto, en el proceso familiar se han otorgado al juzgador, tomando en cuenta la trasc ndencia social de las relaciones familiares, mayores atribuciones para la dirección del proceso y particularmente para la obtención de las pruebas. En tal proceso, los derechos que se controvierten generalmente son irrenunciables, por lo que no caen dentro del -- ámbito de la libertad de disposición de las partes. Se trata, en-

suma, de derechos regularmente indisponibles... La modificación o alteración de las relaciones jurídicas familiares se sustrae, por este motivo, de la libertad contractual de los interesados y se sujeta, en cambio, a la intervención necesaria de los órganos del Estado, encargados de verificar que tal modificación solo se produzca cuando se cumplan efectivamente los supuestos y los requisitos establecidos en la ley" (11).

Con respecto a las acciones del estado civil, el artículo 24 del Código de Procedimientos Civiles dice: "Las acciones del estado civil tienen por objeto las cuestiones relativas al nacimiento, defunción, matrimonio o nulidad de éste, filiación, reconocimiento, emancipación, tutela, adopción, divorcio o ausencia; o atacar las constancias del registro civil para que se anulen o rectifiquen. Las decisiones judiciales recaídas en el ejercicio de acciones del estado civil fundadas en la posesión del estado, producirán el efecto de que se ampare o restituya a quien lo disfrute contra cualquier perturbador".

Eduardo Pallás a este tenor nos comenta:

"Las acciones que declaran el estado civil de las personas son una especie de las acciones reales, porque el estado civil produce derechos reales, derechos que se tienen contra todos y no sólo contra determinados individuos. Por este motivo, el artículo 24 ordena que las decisiones recaídas en el ejercicio de las acciones de el estado civil perjudican a los que no litigaron.

(11) OVALLE FABELA, José: Derecho Procesal Civil, 2a. Ed. Edit. Harla, México, 1980, P. 302.

Una sentencia que declare que fulano es padre de Mengano no sólo produce efectos contra el demandado, sino contra todos, - porque el carácter de padre se tiene universaliter, o no se tiene; se es padre o no se es padre" (12).

De acuerdo con lo anterior, la sentencia que decreta el divorcio, produce efectos entre las partes y en contra de todos, - situación semejante ocurre con el estado civil derivado del matrimonio.

Prar fijar el carácter del proceso familiar, anteriormente decimos que éste era inquisitorial, veamos qué se entiende por principio inquisitorio.

El principio inquisitorio, se entiende como el contrario al principio dispositivo, veamos estos principios segun nos lo -- ejemplifica José Becerra Bautista:

*...principio dispositivo, que enuncia diciendo que el - ejercicio de la acción, su desarrollo a través del proceso, los - límites mismos de la acción y la propia actividad del juez, se -- regulan por la voluntad de las partes contendientes. Dicho principio deriva de la consideración de que siendo las partes dueñas de el derecho substancial hecho valer les corresponde la iniciación - y el desarrollo del proceso....Se opone el principio inquisitorio que excluye y restringe la iniciativa de las partes, aun en materia civil como sostiene Calamandrei" (13).

(12) PALLARES, Eduardo: Tratado de las Acciones Civiles, 4a. Ed. Edit. Porrúa, México, 1981, p.61

(13) BECERRA BAUTISTA, José: El Proceso Civil en México, 2a. Ed., Edit. Porrúa, México, 1965, p. 64.

Calamandrei cita las siguientes características del proceso familiar;

"1. Acción e intervención del Ministerio Público; 2. Poderes de iniciativa del juez; 3. Pruebas ordenadas de oficio; 4. -- Ineficacia probatoria de la confesión espontánea, y 5. Prohibición del arbitraje." (14).

Con la exposición de los distinguidos juristas antecitados, vemos como el proceso familiar es de suma trascendencia social y para el derecho, de ahí la intervención activa de los jueces de lo familiar en los divorcios, con lo que se pretende cuidar y vigilar los respectivos procedimientos de modo que en tratándose del divorcio necesario, se decrete éste sólo cuando se pruebe alguna de las causales taxativamente previstas por el artículo 267 del Código Civil, por nuestra parte, la fracción XVIII, es contraria al espíritu que ha informado nuestro derecho civil, al facilitar por el simple transcurso del tiempo la disolución del vínculo matrimonial.

3. PROPUESTA DE REGULACION.

Como única propuesta de regulación, y en base a los argumentos vertidos con antelación, propongo la reforma al artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal en materia común, y para toda la República en materia federal, a fin de que sea suprimida la fracción XVIII de dicho artículo, para que éste quede como se regulaba antes de la reforma del 2 de diciembre de 1983.

(14) CALAMANDREI, citado por OVALLE FAVELA, op. cit., p. 303.

CONCLUSIONES

1. Es de explorado derecho que los juzgados de lo familiar en el Distrito Federal, tasan la garantía que el cónyuge obligado a dar alimentos, tiene que exhibir en autos, basándose para ello en lo dispuesto por los artículos 317, 318 y demás relativos del Código Civil vigente.

2. La práctica en asuntos de lo familiar, ha establecido que al iniciarse un procedimiento de divorcio voluntario, ambos cónyuges suelen tener la intención de cumplirlo; sin embargo, una vez decretada la separación de cuerpos y agotada la secuela, el obligado a asegurar la pensión alimenticia de que se trate, opta por no exhibirla, lo que provoca un retraso en la disolución y en su caso llega a surtir los extremos de caducidad; por ende, se propone la siguiente - adición al artículo 676 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal. "Reiterada la voluntad de los cónyuges de disolver el vínculo matrimonial, el obligado a cubrir alimentos, deberá garantizar dentro de los tres días siguientes la pensión respectiva," como lo establece el diverso 137, fracción III del Ordenamiento citado, "y en caso contrario, debe ser constreñido a cumplirlo mediante órden de Juez."

3. En opinión del sustentante, no debe bastar la simple manifestación que los cónyuges hacen ante el C. Juez, en el sentido de - que BAJO PROTESTA DE DECIR VERDAD, durante el matrimonio no adquirieron bienes; sino que es necesario además, que exhiban copia certificada expedida por el Registrador Público de la Propiedad y del Comercio, en la que fehacientemente acrediten no tener bien alguno, con -

el objeto de preservar el patrimonio familiar.

4. En los divorcios administrativos, con frecuencia los solicitantes expresan no tener hijos para que de manera sumaria se disuelva el vínculo matrimonial que los une. Circunstancia que deja desprovistos a los posibles hijos nacidos en matrimonio. Luego, es de proponerse que los juzgadores a través de trabajadoras sociales de las dependencias gubernamentales exijan de éstas un estudio en el cual conste que los referidos solicitantes no procrearon hijos durante su matrimonio.

5. Debe derogarse a juicio del sustentante lo dispuesto por el artículo 677 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, habida cuenta de que el menor que acude ante un órgano jurisdiccional de la Materia, con el propósito de disolver su matrimonio, ya con antelación obtuvo la emancipación al haber contraído el mismo, según lo establece el diverso 641 del Código Civil vigente.

6. La fracción XVIII del artículo 267 del Código Civil, motivo de este trabajo, debe terminantemente derogarse, puesto que es contraria al espíritu del legislador al asentar en su artículo 278 que el divorcio únicamente puede ser demandado por el cónyuge que no hubiere dado causa a él.

7. Haciendo un análisis integral de lo dispuesto por el artículo 267 en comento, en su fracción VIII, técnicamente prescribe el derecho a ejercerla en el tiempo que indica; sin embargo, da origen a que si no se hace valer, se pueda optar por invocar la fracción IX de dicho numeral; de donde se sigue que no existe término para pedir el divorcio bajo la causal de abandono, siendo inoperante -

la fracción que dio origen a este trabajo.

8. Cabe concluir que en todo procedimiento de divorcio ins--
taurado bajo la causal de abandono de hogar, ha lugar a que además--
del procedimiento de edictos para el caso de desconocer el domici--
lio del cónyuge demandado, el juzgador en la facultad que le confie
re el artículo 941 del Código Adjetivo de la Materia, gire oficio a
la Policía Judicial para la localización del mismo.

9. El objetivo primordial en este modesto trabajo, no es com
plicar más la interpretación que debe darse a la causal de abandono
de hogar, por lo que propongo que en todo caso, la causal XVIII del
referido artículo 267 del Código Civil se reforme para quedar como--
sigue: La separación de los cónyuges por más de dos años, dará cau--
sa al divorcio, previa declaración de ausencia que en sentencia eju
cutoriada decreta el juzgador de que se trate, ello independiente--
mente al motivo que hubiere dado causa a la separación y el cónyuge
ausente no haya entablado demanda de divorcio!!

BIBLIOGRAFIA BASICA.

1. GARCIA MAYNES, Eduardo: Introducción al Estudio del Derecho, Edit. Porrúa, México, 1979
2. GALINDO GARFIAS, Ignacio: Derecho Civil Mexicano, Edit. Porrúa, México, 1976.
3. MUÑOZ, Luis: Derecho Civil Mexicano, Edit. Cárdenas, México, 1971.
4. PALLARES, Eduardo: Diccionario de Derecho Procesal Civil, -- Edit. Porrúa, México, 1976.
5. PALLARES, Eduardo: El Divorcio en México, Edit. Porrúa, México, 1978.
6. ROJINA VILLEGAS, Rafael: Derecho Civil Mexicano, Edit. Porrúa, México, 1980.
7. SANCHEZ MEDAL, Ramón: De los Contratos Civiles, Edit. Porrúa, México, 1986.
8. BORJA SORIANO, Manuel: Teoría General de las Obligaciones, - Edit. Porrúa, México, 1986.
9. RECASENS SICHES, Luis: Tratado Elemental de Sociología, Edit. Porrúa, México, 1972.
10. ALARCON, Manuel Mateos: La Evolución del Derecho Civil Mexicano, desde la Independencia hasta nuestros días, Tipográfica Viuda de F. Díaz de León, México, 1911.
11. VALVERDE Y VALVERDE, Calixto: Tratado de Derecho Civil Español, Talleres Tipográficos Cuesta, Valladolid, 1920.
12. CASTAN TOBEÑAS, José: Derecho Civil Español, Común y Foral, Edit. Reus, Madrid, 1952.

13. PLANIOL, Marcel: Tratado Elemental de Derecho Civil Francés, Edit. Cajica, Puebla, México, 1942.
14. Enciclopedia Jurídica Omeba, Edit. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1976.
15. BECERRA BAUTISTA, José: El Proceso Civil en México, Edit. - Porrúa, México, 1965.

LEYES Y CODIGOS.

1. Ley de Divorcio de 29 de abril de 1914.
2. Ley de Relaciones Familiares del 12 de abril de 1917.
3. Código Civil de 1870.
4. Código Civil de 1884.
5. Código Civil de 1928.
6. Código Civil de 1990.
7. Código Procesal Civil de 1931.