

301809

18

20



UNIVERSIDAD DEL VALLE DE MEXICO

ESCUELA DE DERECHO
CON ESTUDIOS INCORPORADOS A LA UNAM

**"LA FALTA DE REPRESENTACION DE
LOS HIJOS MENORES EN EL JUICIO
DE DIVORCIO NECESARIO".**

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADA EN DERECHO

P R E S E N T A :

GLORIA GARCIA CAMPOS

MEXICO, D. F.

1987

FALLA DE ORIGEN



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis 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.

INDICE GENERAL

Página.

INTRODUCCION	1
--------------	---

CAPITULO I

I.- ANTECEDENTES HISTORICOS

1.- Concepto de Matrimonio	3
2.- Naturaleza Jurídica del Matrimonio	9
3.- El Divorcio en el Derecho Romano	11
4.- El Divorcio en el Derecho Francés	14
5.- El Divorcio en el Derecho Español	15
6 El Divorcio en la Legislación Mexicana	16

CAPITULO II

II.- CONCEPTO Y CLASES DE DIVORCIO

1.- El Divorcio como un Mal Necesario	23
2.- El Divorcio Necesario en México	25
3.- El Divorcio ante el Juez del Registro Civil (Administrativo)	27
4.- Divorcio por Mutuo Consentimiento	29
5.- Divorcio Contencioso o Necesario	32

CAPITULO III

III.- LAS GARANTIAS INDIVIDUALES

Artículo 14 Constitucional.- Garantía de Audiencia.	34
- Oportunidad de Defensa.	
- Oportunidad de Probanza.	

Artículo 16 Constitucional.-Garantía de Legalidad. 45

- Motivación
- Fundamentación.

CAPITULO IV

IV.- TRAMITACION DEL DIVORCIO NECESARIO.

1.- Clasificación de las Causas del Divorcio	51
2.- Juicio de Divorcio Necesario	75
3.- Requisitos Esenciales	78
4.- El Procedimiento	79
5.- La Sentencia	84
6.- Efectos de la Sentencia	86

CAPITULO V

V.- "LA FALTA DE REPRESENTACION DE LOS HIJOS MENORES EN EL JUICIO DE DIVORCIO NECESARIO.

1.- Consideraciones Generales	102
2.- Violación al Artículo 14 Constitucional	
3.- Violación al Artículo 16 Constitucional	

CONCLUSIONES 115

BIBLIOGRAFIA

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

El presente trabajo tiene como propósito fundamental, el estudio de algunas medidas, encaminadas a proteger a los hijos menores, en los casos en los que por diversas razones existe controversia entre sus padres, culminando éstas con el divorcio necesario.

Para este efecto, y tomando como base la gran importancia que tiene la niñez en México, y dado el tema, consideré necesario dividir el presente trabajo en cinco capítulos, partiendo del estudio general, hasta la parte medular del mismo, quedando como se menciona a continuación:

En el primer capítulo se analiza el concepto de matrimonio, naturaleza jurídica del mismo, así como el divorcio en distintos países.

El segundo capítulo se refiere a las diferentes clases de divorcio que establecen tanto el Código Civil como el Código de Procedimientos Civiles, en México, en cuanto a su tramitación.

El tercer capítulo es de suma importancia, ya que en él se estudian las garantías constitucionales que amparan diversos bienes y derechos, tanto del hombre como de la mujer, como personas y como cónyuges.

Por lo que se refiere al cuarto capítulo, en este -

encontramos las diferentes etapas que se siguen para la tramitación del divorcio necesario, desde las causales que lo originan hasta los efectos y repercusión de la sentencia en el núcleo familiar y en la sociedad, con lo cual culmina la controversia entre los cónyuges.

Por último, el quinto capítulo de esta tesis, contiene el tema base de este trabajo, llamado "La Falta de Representación de los Hijos Menores en el Juicio de Divorcio Necesario", mismo que se enfoca a lograr en favor de los menores la intervención oficiosa del Ministerio Público, con el fin de obtener los beneficios y amparo en contra de actos que afecten sus derechos, lo cual traerá como consecuencia forjar una sociedad más justa y responsable, como uno de los aspectos más relevantes para alcanzar niveles superiores de desarrollo, lo cual se obtendrá preparando desde ahora física, profesional y espiritualmente a estos menores, ya que no hay que olvidar los retos que derivan de la crisis económica y de valores que vivimos, y de nuestros problemas demográficos. Tengo plena confianza que con trabajo, perseverancia y honestidad de gobernantes y gobernados, México saldrá adelante.

CAPITULO I

I.- ANTECEDENTES HISTORICOS.

- 1.- Concepto de Matrimonio
- 2.- Naturaleza Jurídica del Matrimonio
- 3.- El Divorcio en el Derecho Romano
- 4.- El Divorcio en el Derecho Francés
- 5.- El Divorcio en el Derecho Español
- 6.- El Divorcio en la Legislación Mexicana

I.- ANTECEDENTES HISTORICOS.

1.- Concepto de Matrimonio.

El Derecho Romano no dá un concepto del matrimonio, sólo lo refiere en una forma generalizada.

En este sentido, podemos observar que el matrimonio no apareció súbitamente, sino que tiene establecidas sus bases y regulación en un largo proceso evolutivo, y que desde la antigüedad fueron consideradas dos grandes figuras jurídicas, como son : Iustae Nuptia y Concubinatio, que en la actualidad se consideran como matrimonio y concubinatio.

En tal virtud vemos que su conocimiento nos va a -- permitir determinar las influencias ejercidas por instituciones de otras culturas, con nuestra legislación actual y fundamentalmente, las bases que fueron tomadas del Derecho Romano.

Al respecto vemos como desde la época antigua el matrimonio era considerado como la célula básica de la sociedad y que tenía como finalidad primordial:

a).- La ayuda mutua que se deben los cónyuges en forma total y permanente.

b).- Perpetuar la especie mediante la procreación y educación para la vida de las nuevas generaciones.

En el Derecho Romano se criticó la definición que consideraba al matrimonio como "Las nupcias son la unión -- del hombre y la mujer, consorcio para toda la vida, particiu

pación del derecho divino y humano", ya que no se consideraba aplicable a la sociedad romana.

Dentro de la evolución histórica del matrimonio romano, podemos distinguir tres fases características:

1.- En la primera fase el matrimonio normalmente - va acompañado de la manus.

2.- En una segunda, al lado del matrimonio cum manus encontramos el matrimonio sine manus, ya que en la antigüedad el matrimonio cum manus, se refería a que la mujer - salía de su familia original, para formar parte de la familia de su marido. En el matrimonio sine manus, no se rompen los lazos de agnación de la mujer, su padre sigue conservando sobre ella la patria potestad y ante el marido tiene una situación de igualdad.

3.- En la tercera, la manus perdió su importancia y cayó en desuso a tal grado que únicamente existe el matrimonio sine manus.

Ahora bien, los requisitos o condiciones esenciales para contraer matrimonio eran :

- a).- Consentimiento de quienes van a contraer nupcias.
- b).- Consentimiento del paterfamilias.

c).- Edad de la Pubertad.

d).- El Connubium. (aptitud legal para contraer matrimonio).

a).- Consentimiento de quienes van a contraer nupcias.

En principio las personas que van a contraer matrimonio deben consentir libremente. Sin embargo, en los primeros siglos de Roma, el consentimiento de los futuros esposos era relativo, en virtud del poder absoluto que el paterfamilias ejercía sobre sus hijos, este consentimiento se fue afirmando a medida que en derecho se afianzaba la personalidad jurídica del Alieni Iuris (personas sometidas o dependientes de otras, ejem. esclavos). El consentimiento de los contrayentes debía ser expresado libremente, no era válido si se obtenía mediante violencia, engaño o miedo grave.

b).- Consentimiento del Paterfamilias.

Las personas Alieni Iuris, debían obtener el consentimiento del paterfamilias para casarse, cualquiera que fuera su edad. No era necesario el consentimiento de la madre por no tener autoridad sobre el hijo.

El nieto debía obtener el consentimiento de su padre, además el de su abuelo, cuando éste tenía la patria potestad sobre ellos, porque los hijos del nieto con el tiempo debían caer bajo la patria potestad de su padre y era un principio de derecho que nadie podía tener un heredero de sí mismo sin su consentimiento.

Bajo el Imperio de Augusto y en virtud de la Ley Julia del año 736 de Roma, se permitió al hijo casarse con - autorización del magistrado, cuando injustamente, el pater familias negaba su consentimiento.

Durante el Bajo Imperio se permitió a los hijos casarse cuando el paterfamilias estuviese imposibilitado para dar su consentimiento por ausencia, locura o cautiverio.

Las personas Sui Iuris (en derecho romano eran las - personas que no estaban sometidas a potestad alguna).- cualquier que fuera su edad podría casarse sin consentimiento de nadie. Sin embargo la mujer sujeta a tutela perpetua requería del consentimiento de su tutor para entregarse In Manus.

Desaparecida la tutela perpetua, una Constitución -- exigió para las mujeres el consentimiento del padre, de la madre o de sus parientes más próximos para casarse antes de la edad de 25 años. (1)

c).- Edad de la Pubertad.

La pubertad es la capacidad natural "conjunto de condiciones recibidas de la naturaleza para la vida conyugal"

Desde el principio se fijó para la mujer como edad - de la pubertad los doce años cumplidos. En cuanto a los va-

(1) Agustín Bravo González y Beatriz Bravo Valdés. Primer - Curso de Derecho Romano. Edit. Pax-México, 1983.pág.164.

rones hubo dos corrientes de opinión diversa:

1.- La sustentada por los Sabinianos fieles a las prácticas antiguas, quienes sostenían que la pubertad del hombre se fijara en cada caso particular, mediante un examen de su cuerpo, que denotara los rasgos característicos de esta edad.

2.- El criterio seguido por los Proculianos, quienes propusieron como edad uniforme, para establecer la pubertad de los varones los catorce años. Esta última opinión fue la que sancionó el derecho de Justiniano.

d).- El Connubium.

Se define como la aptitud legal para contraer las Iustas Nuptias. (matrimonio)

La ciudadanía romana era una condición indispensable para la existencia del Connubium, sin embargo existían otros tipos de impedimentos para la celebración del matrimonio entre dos personas determinadas. En esta virtud debemos considerar dos tipos de incapacidades en el derecho romano :

a).- Las incapacidades absolutas.

b).- Las incapacidades relativas.

Las incapacidades absolutas eran aquellas que impedían el matrimonio de una persona con cualquiera otra. Estaban-

privadas del *Ius Connubii*: los esclavos, los peregrinos, -- los latinos coloniales, los latino junianos y los *dedicti* -- quienes no tenían los derechos de ciudad; excepcionalmente se les otorgaba individualmente el *connubium*.

Las incapacidades relativas eran aquellas que constituían impedimentos para celebrar el matrimonio entre dos personas determinadas por circunstancias personales.

Los impedimentos para celebrar el matrimonio eran -- aquellas causas que se oponían a la celebración del mismo. Dichos motivos se fundan en razones de parentesco, en consideraciones político-sociales y en la existencia del lazo matrimonial anterior.

Concepto de Matrimonio en la Actualidad.

"Es la unión legal de dos personas de distinto sexo, realizada voluntariamente, con el propósito de convivencia permanente, para el cumplimiento de todos los fines de la vida" (2)

El matrimonio puede ser considerado desde el punto de vista religioso y desde el punto de vista meramente civil. Desde el punto de vista de la iglesia católica, es un sacramento; de acuerdo con una concepción civil, el matrimonio es una realidad del mundo jurídico que en términos generales puede definirse como un acto bilateral, solemne

(2) Rafael de Pina, Diccionario de Derecho, Edit. Porrúa, S.A. México 1979, pág. 332.

que se produce entre personas de distinto sexo, una comunidad destinada al cumplimiento de los fines derivados de la naturaleza humana y de la situación voluntariamente aceptada por los contrayentes. (3)

2.- Naturaleza Jurídica del Matrimonio.

Al respecto existen diferentes posiciones doctrinales como son las siguientes:

a).- El Matrimonio como Contrato.

En el artículo 130 de la Constitución de 1917, se afirma que el matrimonio como contrato civil, es de la exclusiva competencia de los funcionarios y autoridades del orden civil; es decir, no debe considerarse que el legislador mexicano al afirmar que el matrimonio es un contrato, quiso equipararlo en sus efectos y disolución al régimen general de los contratos, sino que su intención fué únicamente negar a la iglesia toda ingerencia en la regulación jurídica del matrimonio, con la celebración del mismo, en las consecuencias del divorcio y en los impedimentos para este acto. Así se explica que el artículo 147 del Código Civil vigente, prohíba toda estipulación contraria a los fines del matrimonio, es decir, a la perpetuación de la especie y a la ayuda recíproca que se impone a los consortes. Por esta misma razón el artículo 182 dice: "Son nulos los pactos que los esposos hicieren contra las leyes o las naturales fines del matrimonio", o sea que no sólo no se pueden alterar las obligaciones y facultades que imperativamente establece la ley, sino que tampoco pueden los consortes pactar términos, condiciones o modalidades que afecten a este-

(3) Rafael de Pina, Derecho Civil Mexicano, Vol. Primero, Novena Edición. Edit. Porrúa, S.A. México 1978, pág. 314.

régimen que se considera de interés público. En este sentido es de aplicación estricta el artículo 60. del Código Civil vigente, conforme al cual la voluntad de los particulares no puede eximir de la observancia de la ley ni alterarla o modificarla. El mismo precepto permite que se renuncien los derechos privados que no afecten directamente el interés público y es indiscutible que una renuncia en cuanto a los derechos y obligaciones que derivan del matrimonio si afectan al interés público. (4)

b).- El Matrimonio como Acto Jurídico.

Es el maestro Rafael de Pina, en su obra denominada "Derecho Civil Mexicano", quien nos señala que Duguit defendió en Francia esta tesis, encuadrando al matrimonio dentro de la esfera de los actos que él definía como actos jurídicos condición, afirmando que en el derecho privado las situaciones objetivas nacidas a consecuencia de estos actos son muy numerosas. (5)

c).- El Matrimonio como Institución Jurídica.

El matrimonio, es desde luego una institución como lo son por ejemplo, el contrato o la letra de cambio, pero esta calificación lejos de aclarar el problema de la determinación de su naturaleza lo que hace es dificultarla.

Como vemos el matrimonio es considerado formalmente un contrato, en virtud de que el mismo crea derechos y obligaciones al momento de constituirse, y que no solamente

(4) Rafael de Pina, Derecho Civil Mexicano. Vol. Primero, No vena Edición. Edit. Porrúa, S.A. México 1978. pág. 317.

(5) Rafael de Pina. ob. cit. pág. 320.

requiere del consentimiento de los contrayentes, sino que va más allá de la concepción contractual, en el sentido de que en nuestro derecho mexicano, el matrimonio sin la intervención del estado carece de validez legal, es por estas consideraciones especiales, las que dan la importancia que tiene el hecho de que la declaración de voluntad de los consortes se haga ante la presencia del Juez del Registro Civil, para que el mismo surta sus efectos contra terceras personas.

3.- El Divorcio en el Derecho Romano.

El divorcio en cuanto al vínculo existió en el Derecho romano desde las épocas más remotas y podía pedirse sin causa jurídica que lo justificase.

Al respecto, explicaban los romanistas que no era necesario 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 de Justiniano.

Lo anterior originó la facilidad de obtener el divorcio, lo que produjo la inmoralidad de las clases poderosas, que abusaban de dicha institución para satisfacer sus caprichos amorosos y hacer perder al matrimonio la estabilidad y la dignidad moral y religiosa que antes tenía; por lo que únicamente se permitió el divorcio cuando existiera una causa justa para obtenerlo. En caso contrario, se castigaba al infractor de esta norma, pero no se justificaba el divorcio.

Para esa época el divorcio era una figura jurídica regulada por un sistema preestablecido de leyes, por lo que el propio emperador Constantino prohibió el divorcio por mutuo consentimiento, pero su sucesor Justiniano hubo de restablecerlo porque la opinión pública se lo exigió.

Se disolvía el matrimonio como es lógico por la muerte de uno de los cónyuges; pero también por declaración unilateral hecha por uno de los cónyuges (repudium). 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 validez, siquiera un convenio de no divorciarse, surgiendo una política que fomentaba la frecuencia de uniones fértiles, la cual no tomaba medidas en contra del repudium, considerando que así sería más fácil que una unión cediera su lugar a nuevas uniones, que quizá darían hijos a la patria, lo que hizo fue rodear la notificación del repudium de ciertas formalidades. (presencia de siete testigos)

De otra manera después de una violenta discusión conyugal, muchas veces no podía saber la esposa exactamente si estaba repudiada o no.

Al lado del repudium encontramos la disolución del matrimonio por mutuo consentimiento.

Cuando Justiniano sube al trono se encuentra con cuatro clases de divorcio:

- a).- Por mutuo consentimiento.
- b).- Por culpa del cónyuge demandado en los casos tipificados en la ley.
- c).- Sin mutuo consentimiento.

- d).- Sin causa legal, en cuyo caso el divorcio es válido pero dá lugar a un castigo del cónyuge que hubiera insistido en el divorcio.

Para ninguna de las clases de divorcio mencionadas se necesitaba una sentencia judicial.

4.- El Divorcio en el Derecho Francés.

En las legislaciones europeas, el Código Civil Francés o Código Napoleón, aceptó el divorcio por mutuo consentimiento, en realidad la idea del divorcio voluntario, - que parte del Código Francés se debe a Bonaparte, quien logró imponerla, no obstante la opinión contraria de quienes intervinieron en la redacción del Código que lleva su nombre.

En Francia ya no se dá la figura del divorcio voluntario en la actualidad, pero se ha llegado a circunstancias todavía más graves porque existen los divorcios simulados. Por lo que no hay una verdadera causa de divorcio, pero como los consortes no pueden divorciarse por mutuo consentimiento, simplemente porque ya no quieren continuar casados y no se les acepta esta manifestación de voluntad, entonces recurren a la inmoralidad de inventar una causa.

Tiene relevante importancia, también señalar la evolución del matrimonio en el antiguo derecho francés, en virtud de que posteriormente va a servir de inspiración a los códigos europeos.

En el Derecho Francés la evolución se produjo de la siguiente manera:

Fue hasta la Revolución Francesa, como las ideas católicas, respecto a la indisolubilidad del matrimonio perdieron su valor.

La revolución que sólo consideraba el matrimonio como un contrato civil, necesariamente debía llegar al divorcio, mismo que aunque se había proyectado su restablecimiento, - fué hasta que lo organizó la asamblea legislativa, en la ley del 20 de septiembre de 1792, que lo permitió con gran-facilidad.

En primer lugar admite el divorcio no sólo por consentimiento mutuo, sino por simple incompatibilidad de caracteres, alegada por uno solo de los esposos, enseguida crea numerosas causas de divorcio, algunas de las cuales eran muy-discutibles, como la inmigración, la locura, la desaparición de uno de los esposos durante cinco años.

Hasta el año de 1816 continuó el divorcio en Francia, pero con motivo de una carta constitucional de 1814, se estableció el catolicismo como religión de Estado, quedando - por lo mismo condenado el divorcio. Se ha interpretado esta ley de 1816 como un desagravio a la iglesia, causado por la Revolución Francesa, que a su vez trajo como consecuencia - que el catolicismo no fuese religión de Estado, esto de - - acuerdo con la carta constitucional de 1830, la que lo privó de su carácter de religión exclusiva.

Era lógico entonces que al desaparecer la causa que - impedía el divorcio, se promulgara una ley que volviera a - admitirlo, pero sólo hubo iniciativas de las Cámaras de Diputados, que en diferentes ocasiones presentaron proyectos - que fueron siempre rechazados.

No fue sino hasta 1884 cuando se reimplanta el divorcio, por ley de 19 de julio, como consecuencia de una -- prolongada campaña, restableciéndose ya no en los términos de la ley de 1792, sino más bien en la forma que lo estableció el Código Napoleón; es decir, restringiendo el divorcio en los casos de adulterio, injurias graves, sevicia y condenas criminales.

5.- El Divorcio en el Derecho Español.

Por lo que se refiere al Divorcio en el derecho - español, las Siete Partidas se ocupan de él, en el Título - noveno donde se encuentran, entre las más importantes las - siguientes: (6)

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 ejer

(6) Eduardo Pallares. El Divorcio en México, Edit. Porrúa, - Cuarta Edición, México 1984. pág. 15

citarla cualquier persona.

La Ley Cuarta prohíbe que pidan la acción mencionada las siguientes personas:

El que supiere que estaba en pecado mortal, o que se le probase estarlo, a menos que correspondiese hacerlo por parentesco. Tampoco se debía oír al que lo hiciese con intención de utilizarse de alguna cosa de aquellos a quienes acusa, ni el que hubiere recibido dinero u otra cosa por esta razón, siempre que se le pudiese probar.

No debe llamarnos la atención el hecho de que en las leyes españolas no aparezcan, sino en alguna de ellas, normas relativas al divorcio. Esta omisión se explica fácilmente, si se toma en cuenta que todo lo concerniente al matrimonio y al propio divorcio pertenecía a la jurisdicción ecleséastica y que la iglesia mediante decretales, resoluciones de concilio y el Código Canónico, era la que -- reglamentaba esa materia.

No obstante hay algunas disposiciones en la legislación civil que tratan del divorcio. Una de las más importantes leyes españolas que precedieron a la nuestra y en parte estuvieron vigentes en México.

6.- El Divorcio en la Legislación Mexicana.

Expresamente nuestro Código Civil vigente no define al divorcio, si acaso lo enuncia, en virtud de lo que dispone el artículo 266 y que a la letra dice:

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

El maestro Antonio de Ibarrola lo define como:

"La disolución del matrimonio es la ruptura del lazo conyugal y la cesación de los efectos que la unión de los esposos producía respecto a ellos o respecto a terceros. La disolución de un matrimonio presupone su validez. El matrimonio nulo no puede disolverse." (7)

Como se desprende del análisis anteriormente transcrito, nosotros consideramos, que si bien es cierto que el divorcio es la ruptura del lazo conyugal que trae como consecuencia la cesación de los efectos que produce el matrimonio, respecto de los cónyuges, no lo será en cuanto a los hijos.

Ahora bien, el divorcio como excepción, al principio de que el matrimonio es permanente por naturaleza, a diferencia de lo transitorio, por lo que, siendo la excepción como ya dijimos, debe regularse cuidadosamente las causas que permitan disolver al matrimonio, y solamente cuando las mismas sean de tal magnitud que hagan imposible la firme realización de los objetivos del matrimonio, para lo cual se clasifica dicha figura jurídica en dos aspectos que a continuación estudiaremos :

a).- Divorcio Sanción.

Es aquel que se establece por causas graves, como delitos, hechos inmorales, actos que implican el incumpli-

(7) Antonio de Ibarrola. "Derecho de Familia". Tercera Edición. Edit. Porrúa, S.A. México 1984, pag. 330.

miento de las obligaciones fundamentales en el matrimonio, o que sean contrarios al estado matrimonial, por cuanto que destruyan la vida en común, así como los vicios: abuso de drogas enervantes, embriaguez consuetudinaria, o el juego cuando sea motivo constante de desavenencia conyugal.

b).- Divorcio Remedio.

Este no supone una culpa, sino que decreta la disolución del vínculo para proteger al cónyuge sano o a los hijos, cuando existan enfermedades crónicas e incurables, que sean además contagiosas o hereditarias.

Por lo tanto, el Divorcio como Remedio se aplica a situaciones conyugales incompatibles con la naturaleza y los fines del matrimonio, no tiene nada de inmoral. El divorcio se considera generalmente como una institución prácticamente necesaria como un mal necesario.

En este sentido el Código Civil vigente, reglamenta tales situaciones, aunque no en una forma expresa.

Los preceptos legales que reglamentan la situación del divorcio como sanción son comprendidas en el artículo -- 267 fracciones I, II, III, IV, V, VIII, IX, X, XI, XII, XIII, XIV, XVI y XVIII, así como lo que establece el artículo 268 - del mismo ordenamiento legal.

Por lo que respecta a la reglamentación que se hace en relación al divorcio remedio, estas se encuentran contenidas en las fracciones VI, VII y XV del artículo 267.

En México, los Códigos civiles de 1870 y 1884, no aceptaron el divorcio vincular, reglamentando sólo el divorcio llamado por separación de cuerpos. Entre los Códigos de -

1870 y el de 1884, sólo existe una diferencia de grado, es decir, el primero estatua mayores requisitos, audiencias y plazos, para que el juez decretara el divorcio por separación de cuerpos. El Código de 1884 redujo los trámites - considerablemente. En ambos Códigos se regulan como causas de separación de cuerpos, algunas de las que enumera el Código Civil vigente como causas de divorcio vincular.

El Código Civil de 1870 en el capítulo V regula lo relativo al divorcio. En este Código se parte de la noción del matrimonio como unión indisoluble, y como consecuencia lógica, no se admite el divorcio vincular.

El artículo respectivo señaló siete causas de divorcio, cuatro de las cuales constituían delitos. De las restantes, la sevicia podía constituir delito, pero aun en el supuesto de no llegar a este grado, se le consideró como causa de divorcio. Las causas de divorcio señaladas en dicho ordenamiento "además de inducir sospecha fundada de mala conducta, siembran el resentimiento y la desconfianza haciendo sumamente difícil la unión conyugal"

Con respecto al Código Civil de 1884, en su artículo 226 señala: "El divorcio no disuelve el vínculo del matrimonio: suspende sólo algunas de las obligaciones civiles, que se expresarán en los artículo relativos a este Código". De lo anterior se desprende que el único divorcio que admitía, era el de separación de cuerpos, en el cual - como ya hemos dicho subsistía el vínculo matrimonial.

Como causas de divorcio señalaba dicho Código el adulterio de uno de los cónyuges, el hecho de dar a luz, - durante el matrimonio un hijo concebido antes del contrato de matrimonio y que judicialmente se declarara ilegítimo,-

la propuesta del marido para prostituir a la mujer o permitir de alguna manera dicha prostitución; la violencia hecha por uno de los cónyuges para que el otro cometiera algún delito; el conato de alguno de los cónyuges para tolerar o corromper a los hijos; el abandono del domicilio conyugal sin causa justificada; la sevicia, la acusación falsa hecha por un cónyuge contra el otro; el hecho de negarse a ministrar alimentos conforme a la ley; los vicios incorregibles de juego y embriaguez; la enfermedad crónica o incurable que fuera contagiosa o hereditaria, anterior al matrimonio; la infracción a las capitulaciones matrimoniales; y el mutuo consentimiento.

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

Así en este orden de ideas, por los años de 1914 y 1915 encontramos los primeros antecedentes jurídicos que dieron lugar al nacimiento de la Ley de Relaciones Familiares de 1917, el de 29 de diciembre de 1914 y el otro del 29 de enero de 1915, los que introdujeron en México, el divorcio vincular, suprimiendo así al divorcio por separación de cuerpos o divorcio no vincular.

Son estos decretos los que sostenían la posición de que si el matrimonio se constituyó con la voluntad de los consortes era absurdo que subsistiera el vínculo matrimonial careciendo de esa voluntad.

La ley que estableció en México el divorcio en --

cuanto al vínculo, fue la expedida en el Puerto de Veracruz por el primer Jefe del Ejército Constitucionalista, Don Venustiano Carranza, el 9 de abril de 1917, en la que encontramos los siguientes conceptos : (8)

"Que las ideas modernas sobre igualdad, ampliamente difundidas y aceptadas en casi todas las instituciones sociales, no han llegado a influir convenientemente en las -- instituciones familiares..."

"Que los derechos y obligaciones personales de los -- consortes deben establecerse sobre una base de igualdad entre estos y no en el imperio que, como resto de la 'manus' romana se ha otorgado al marido, y deben, además, consignar se en los preceptos legales las prácticas que emanan de la costumbre a fin de hacer que la ley sea suficientemente respetable y debidamente respetada, por todo lo cual, se ha -- creído conveniente determinar de un modo expreso que ambos -- cónyuges tienen derecho a consideraciones iguales en el seno del hogar; que la mujer está dispensada de vivir con su marido, cuando éste se establezca en lugar insalubre o inadecuado a la posición social de la mujer; que el marido está obligado a sostener el hogar, sin perjuicio de que la mujer coadyuve, si tiene bienes o trabaja; que la falta de -- cumplimiento de esas obligaciones, por parte del marido, -- constituye un delito; que el cuidado directo del hogar y de la prole corresponde a la mujer y como consecuencia de esto último, que ella no puede obligarse a prestar servicios personales, sin el previo consentimiento del marido..."

(8) Marisol Martín Reig, El Divorcio en México, Cía. General de Ediciones, S.A., Segunda Edición, México, 1979. pág. 33.

Como se advierte las anteriores disposiciones de nuestro Código Civil de 1928, son copia literal de preceptos de la Ley de Relaciones Familiares de 1917, la cual supo conciliar con acierto, la igualdad de los sexos en el matrimonio y en el hogar, sin perjuicio de la unidad y armonía de la familia, ni del interés primordial de los hijos.

Antes de esta ley sólo se autorizaba por el Estado, el divorcio en cuanto al lecho y a la habitación, que dejaba vivo el matrimonio y no permitía a los divorciados contraer otro nuevo.

CAPITULO II

II.- CONCEPTO Y CLASES DE DIVORCIO

- 1.- El Divorcio como un Mal Necesario.
- 2.- El Divorcio Necesario en México.
- 3.- Divorcio ante el Juez del Registro Civil (Divorcio Administrativo)
- 4.- Divorcio por Mutuo Consentimiento.
- 5.- Divorcio Contencioso o Necesario.

II.- CONCEPTO Y CLASES DE DIVORCIO.

Concepto:

Al igual que el matrimonio, no encontramos en nuestro Código Civil vigente, una definición expresa del divorcio, toda vez que el legislador únicamente se ha ocupado de reglamentarlo.

1.- El Divorcio como un Mal Necesario.

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 lo siguiente:

a).- La subsistencia de matrimonios mal avenidos o en los cuales uno de los cónyuges sea indigno de continuar siendo el titular de los derechos y facultades que derivan del matrimonio (por ejemplo ayuda mutua, la fidelidad, derecho a heredar, recibir alimentos, etc.), lo que produce evidentemente un mal social, que es preciso remediar por los pésimos ejemplos que ocasiona, sobre todo respecto de los hijos.

b).- El divorcio produce también consecuencias funestas para los hijos, lo que trae consigo la disolución de la familia y el peligro de que proliferen los divorcios, y se convierta el matrimonio así en una institución de tal manera frágil.

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 cónyuges a tener relaciones ilícitas fuera del mismo matrimonio.

Como se ve, el problema del divorcio está relacionado con la aptitud de los cónyuges a refrenar sus instintos sexuales, sea en el mismo matrimonio o fuera de él, cuando están separados. Ya que debe verse el divorcio no como una causa sino como un efecto, y así, no atribuirle el cargo de que a él se deba la destrucción familiar, ya que dicha desintegración ha venido operando en la familia desde tiempo atrás, por causas muy complejas, por lo que en estos casos el divorcio viene a ser la solución para situaciones nocivas y destructivas para la familia, o sea que es el remedio para diversas situaciones conyugales que son incompatibles con la propia naturaleza del matrimonio. (10)

Por lo mismo, es posible afirmar que la evolución de la especie humana no ha alcanzado el grado de moralidad suficiente para soportar la indisolubilidad del matrimonio, por lo que debe considerarse el divorcio como un mal necesario a fin de evitar otros mayores, e injusticias increíbles.

Situación que ha venido a entorpecer el sano desarrollo tanto físico como mental de los menores, en virtud de que la desintegración familiar impide que estos se desarrollen con toda plenitud, manifestándose como un contagio social, observando que dicho fenómeno social no es un mal de una determinada clase social.

[10] Víctor M. de la Paz y F.- Teoría y Práctica del Juicio de Divorcio. Edit. Fernando Leguizamo. México 1978.- - pág. 47

Al respecto cabe hacer mención a la posición que sostiene una de las Instituciones de Protección al Menor y a la Familia, al referir lo siguiente:

"La familia para que pueda cumplir con su función protectora e integradora de las personas que la forman, debe retomar los valores morales y sociales y mostrar como el trabajo en equipo puede contribuir en gran medida a mejorar sus condiciones de vida" (11)

2.- El Divorcio Necesario en México.

El Divorcio Necesario existió desde la más remota antigüedad, e incluso la ley mosaica lo permitía.

En Atenas, se permitía también la disolución del vínculo matrimonial por determinadas causas.

El Divorcio Necesario es la forma de terminar o romper definitivamente el lazo de unión conyugal, por alguna de las causales establecidas en el artículo 267 del Código Civil vigente, y en las cuales se declara la culpabilidad de uno de los cónyuges y el derecho del otro, de pedirle la disolución del vínculo matrimonial; estas causas serán analizadas en capítulo por separado, ya que el legislador no ha querido que los Tribunales tengan la facultad de establecer causas diferentes de las que él consideró las únicas justificadas.

(11) Revista del Menor y la Familia. Año 3. Vol. 3. Órgano Informativo y de Divulgación del DIF. Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia. pág. 25.

Clases de Divorcio:

Los Códigos Civil y el de Procedimientos Civiles, establecen tres clases de divorcio en cuanto al vínculo.(12)

El divorcio ante el Juez del Registro Civil sólo puede llevarse a cabo cuando los esposos son mayores de edad, no tienen hijos y de común acuerdo han liquidado la sociedad conyugal, si bajo ese régimen se casaron.

El divorcio judicial, denominado voluntario, es procedente, cuando sea cual fuere la edad de los cónyuges, y habiendo procreado hijos, están de acuerdo en disolver el vínculo conyugal y para ello celebran un convenio que someten a la aprobación de un juez de primera instancia, todo en los términos que previene el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, así como Código Civil vigente.

El divorcio contencioso necesario, que puede pedirse por el cónyuge inocente, cuando el otro ha incurrido en alguna de las causas que enuncian los artículos 267 y 268 del Código Civil.

Además del divorcio propiamente dicho, el Código Civil autoriza en determinados casos, que un cónyuge demande a otro, la separación en cuanto al lecho y a la habitación, pero subsistiendo el vínculo conyugal (artículo 277) y no se extinguen algunas de las obligaciones más importantes que derivan de la unión conyugal, sobre todo las alimenticias.

(12) Eduardo Pallares, El Divorcio en México, Edit. Porrúa. Cuarta Edición. México 1984, pág. 37

3.- El Divorcio ante el Juez del Registro Civil (Administrativo)

Esta forma de divorcio facilita la disolución -- del matrimonio por mutuo consentimiento, ya que llenándose ciertas formalidades que menciona el artículo 272 del Código Civil, se puede obtener. El citado artículo a la letra dice :

Art. 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 ese régimen se casaron, se presentarán personalmente ante el juez del Registro Civil del lugar de su domicilio, comprobarán con las copias certificadas respectivas que son casados y mayores de edad y manifestarán de una manera terminante y explícita su voluntad de divorciarse. El juez -- del Registro Civil, previa identificación de los consortes, levantará un acta en que hará constar la solicitud de divorcio y citará a los cónyuges para que se presenten a ratificarla a los quince días. Si los consortes hacen la ratificación, el juez del Registro Civil los declarará divorciados, levantando el acta respectiva y haciendo la anotación correspondiente en la del matrimonio anterior. El divorcio así obtenido no surtirá efectos legales, si se comprueba que los cónyuges tienen hijos, son menores de edad y no han liquidado su sociedad conyugal, y entonces aquellos sufrirán las penas que establezca el Código de la materia. Los consortes que no se encuentren en el caso previsto en los anteriores párrafos de este artículo, pueden divorciarse por mutuo consentimiento, ocurriendo al juez competente en los términos que ordene el Código de Procedimientos Civiles"

Por lo anterior podemos observar que si bien es cierto que es de interés general y social el que los matrimonios sean instituciones estables de difícil disolución; lo es también el que los hogares no sean focos de continuos disgustos o desavenencias y si no están en juego los intereses de los hijos ni en forma alguna se perjudican derechos de terceros, debe disolverse el vínculo matrimonial de inmediato, considerándose con esto que la sociedad no sufrirá perjuicio alguno.

Para que se lleve a cabo el divorcio ante el juez del Registro Civil, es necesario que los cónyuges comparezcan personalmente, ya que la ley considera este divorcio como un acto personalísimo. Cuando comparecen por primera vez los cónyuges, se levanta un acta en la que hacen constar su comparecencia y la voluntad de divorciarse, hecho lo cual los declara divorciados y procede a anotar la disolución del vínculo conyugal en el acta respectiva del matrimonio.

El papel pasivo del juez del Registro Civil 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 divorcio como la rescisión de un contrato.

El artículo 272 supone que los dos cónyuges tienen el mismo domicilio, porque emplea la frase : " se presentarán personalmente ante el juez del Registro Civil de su domicilio "; pero puede suceder que no lo tengan. En la práctica, se admiten como verdaderas las declaraciones que a este respecto hagan los cónyuges, sin exigirles el requi---

sito previo de la protesta de decir verdad.

El Código exige que los cónyuges demuestren con la copia certificada relativa su mayoría de edad, pero no exige prueba alguna en lo concerniente a su domicilio, el no haber procreado hijos y por último el que hayan liquidado la sociedad conyugal.

4.- El Divorcio por Mutuo Consentimiento.

Llamado también divorcio voluntario judicial, se caracteriza porque no hay cuestión de las partes, porque presupone que se han puesto de acuerdo en disolver el vínculo conyugal y en lo concerniente al convenio que someten a la aprobación judicial.

Este tipo de divorcio se decreta por sentencia, dictada por el juez de lo civil o de primera instancia, la cual disolverá el vínculo matrimonial y la sociedad conyugal, en caso de existir. También es necesario en este tipo de divorcio la intervención del Ministerio Público, quien examinará la validez del convenio y dará o negará su aprobación; pero como generalmente los cónyuges no llegan a un acuerdo estrictamente legal para definir la situación de los hijos (primer punto del artículo 273), porque en realidad trata alguno de ellos de excluir al otro de la patria potestad, es decir concede el divorcio siempre y cuando se le entregue la custodia de sus hijos menores y además que el otro cónyuge renuncie a la patria potestad, pero como ésta no es renunciable trata de burlar a la ley redactando el convenio de divorcio de tal manera que sin emplear la expresión categórica de que un cónyuge renuncia a la patria potestad sobre sus hijos, de hecho hace esa renuncia-

porque se obliga a no visitarlos, a no intervenir en su -- educación, pero podemos decir que esta condición impuesta por uno de los cónyuges a fin de que el divorcio se tramite de común acuerdo, es indebida y por lo tanto no debe -- ser aprobada por el juez, ya que no hay razón jurídica que justifique la pérdida de la patria potestad, pues el artículo 448 del Código Civil dice: "la patria potestad no es renunciable"

El divorcio por mutuo consentimiento de acuerdo con el Código de Procedimientos Civiles, pueden solicitarlo ante la autoridad judicial, los cónyuges mayores o menores de edad, que no se encuentren en estado de interdicción, tengan hijos y hayan concertado el convenio que exige el artículo 273 del Código Civil y será competente para conocer del divorcio voluntario el juez del domicilio conyugal.

Las partes que intervienen en el juicio de divorcio voluntario son: los dos cónyuges, el Ministerio Público que desempeña un papel muy importante en este juicio, - ya que vela por los derechos e intereses morales y patrimoniales de los hijos menores de edad e interdictos, así también como para que se cumplan debidamente las leyes relativas al matrimonio y al divorcio.

Si los dos cónyuges o alguno de ellos es menor de edad rige lo dispuesto en el artículo 643 fracción III del Código Civil, según la cual los emancipados menores de edad siempre necesitan de un tutor para negocios judiciales, siendo indudable que lo es el divorcio voluntario que se lleva a cabo ante un juez.

Admitida la demanda el juez cita, tanto a los cónyuges como al Ministerio Público a una junta que se efectuará después de los ocho días y antes de los quince. En ella aconseja a los cónyuges y procura su reconciliación; si no lo obtiene señala la segunda junta que tendrá lugar en los plazos mencionados y con el mismo objeto.

Si en la primera junta no tiene éxito, el juez aprobará provisionalmente el convenio presentado por los cónyuges, oyendo previamente al Ministerio Público, pero su aprobación se limitará a los siguientes puntos: a la situación en que deben quedar, durante el procedimiento, los hijos incapacitados y la propia mujer, a los alimentos que deberán pagarse a los hijos y al cónyuge, según proceda durante el procedimiento, dictando al efecto, las medidas necesarias para asegurar el pago.

Si en la segunda junta tampoco se logra la reconciliación de los cónyuges, el Tribunal, después de ver el parecer del Ministerio Público sobre la aprobación definitiva del convenio, decretará el divorcio aprobando el citado convenio.

El Ministerio Público únicamente puede oponerse a la aprobación del convenio, cuando este contenga estipulaciones contrarias a los derechos, necesidades y bienestar de los hijos menores e interdictos. (por ejemplo que vaya contra las buenas costumbres, la moral y el derecho.)

A la oposición del Ministerio Público deberá recaer un decreto del cual se dará vista a los cónyuges para que modifiquen el convenio, de acuerdo con lo solicitado por dicho funcionario.

Si no lo hacen, el juez resolverá en justicia, pero siempre teniendo en cuenta que los derechos de los hijos no sean violados.

El juez no está obligado a someterse a las exigencias del Ministerio Público, relativas al convenio, pero debe cuidar de que éste no viole ninguna de las leyes de orden público, concernientes a la familia. (13)

5.- El Divorcio Contencioso Necesario. (Antecedentes)

El divorcio necesario existió desde la más remota antigüedad.

En el Derecho Romano se reconoció tanto el divorcio necesario como el voluntario.

En el primitivo Derecho Romano, para los matrimonios en los que la mujer estaba sujeta a la manus del marido, es decir a una potestad marital férrea, equiparando a la mujer a una hija, sólo el marido tenía el derecho de repudiar a la esposa para disolver su matrimonio, y había por consiguiente, la posibilidad de una disolución matrimonial por voluntad unilateral. (14)

- (13) Eduardo Pallares, El Divorcio en México, Cuarta Edición Edit. Porrúa, S.A. pág. 52
(14) Guillermo Floris Margadant S. El Derecho Privado Romano. Edit. Esfinge, S.A. Novena Edición. México 1985, pág.211

Posteriormente ya en la evolución del Derecho Romano, para los matrimonios en los que la mujer no estaba sujeta a la manus del marido el derecho de repudiación se concedía a ambos cónyuges.

De igual manera, en el Derecho Francés, el Código Civil o Código Napoleón admitió tanto el divorcio voluntario como el necesario, pero se restringieron las causas. Ya no se aceptó la incompatibilidad de caracteres, la locura, la ausencia, la inmigración y se reconocieron como causas de divorcio: el adulterio, las injurias graves, la sevicia y las condenas criminales.

CAPITULO III

III.- LAS GARANTIAS INDIVIDUALES

Artículo 14 Constitucional.- Garantía de Audiencia.

- Oportunidad de Defensa
- Oportunidad de Probanza

Artículo 16 Constitucional.-Garantía de Legalidad.

- Motivación
- Fundamentación

III.- LAS GARANTIAS INDIVIDUALES.

En el presente capítulo analizaremos las Garantías Individuales, como protectoras de la vida del hombre en sociedad.

Para tal efecto consideramos que el artículo 14 constitucional es de vital importancia en nuestro ordenamiento jurídico, ya que en él se consagran garantías individuales que amparan diversos bienes que integran la esfera de nuestros derechos, por lo que consideramos necesario citar los párrafos relativos al tema que nos ocupa:

"A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna.- Nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido, ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho.- En los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra, o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de ésta se fundará en los principios generales del derecho"

Vemos pues que su estructura es compleja, por esa razón es conveniente que hagamos un análisis minucioso del mismo, en virtud de que tutela diferentes garantías como son :

1.- Garantía de irretroactividad de la ley.

El primer párrafo del artículo 14 constitucional dice:

"A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna". Es una garantía que inicialmente -- fué propia del Derecho Penal, posteriormente la jurisprudencia y la doctrina la hicieron extensiva al Derecho Civil.

El problema de la retroactividad de la Ley, también-- conocido como conflicto de leyes en el tiempo, consiste en la aplicación de una norma a hechos o derechos, adquiridos con anterioridad al momento en que entró en vigor la nueva ley.

La norma constitucional que comentamos es clara y -- precisa, al ordenar que queda prohibido para el juzgador -- imponer sanciones, fundándose en una ley de vigencia posterior, siempre y cuando, cause perjuicio al infractor; ahora la misma norma interpretada a contrario sensu, encontramos que cuando la nueva ley sea benéfica para el infractor el juzgador tiene el deber de aplicarla retroactivamente. Así lo ha sostenido la Suprema Corte de Justicia de la Nación en las siguientes resoluciones.

"La retroactividad existe cuando una disposición -- vuelve al pasado, cuando rige o pretende regir situaciones ocurridas ante su vigencia retro-obrando en relación-- a las condiciones jurídicas que antes no fueron comprendidas en la nueva disposición anterior. Ahora bien, la Constitución General de la República consagra el principio de

la retroactividad, que causa perjuicio a alguna persona, - de donde es deductible la afirmación contraria, de que --- puede darse efectos retroactivos a la ley, si ésta no causa perjuicio" (15)

2.- La Garantía de Audiencia.

El párrafo segundo del artículo 14 constitucional, - consagra la Garantía de Audiencia, el cual a la letra dice:

"Nadie puede ser privado de la vida, de la libertad, de sus posesiones, propiedades o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho"

Este párrafo segundo del artículo constitucional que comentamos, tiene una estructura compleja, en razón de que comprende en sí mismo, cuatro garantías específicas, y son las siguientes: (16)

a).- Que contra la persona que pretenda privarnos de algún bien jurídico, tutelado por nuestra carta magna, se siga un juicio.

b).- Que el proceso se sustancie por los tribunales- previamente establecidos.

(15) Semanario Judicial de la Federación. Tomo. LXXI, pág. 3496

(16) Ignacio Burgoa, Las Garantías Individuales. Méx. pág. 515.

c).- Que durante el proceso se observen las formalidades esenciales del procedimiento.

d).- Que se juzgue al infractor en base a las leyes expedidas con anterioridad a la violación.

Debido a la importancia de la Garantía de Audiencia, analizaremos de manera separada cada una de las cuatro garantías específicas que la integran:

a).- La garantía de previo juicio, es la primera que consagra el segundo párrafo del artículo 14 constitucional que a la letra dice:

"Nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio"

De la transcripción literal de esta garantía se destacan dos elementos esenciales, que son:

Primero.- Sólo se podrá ejecutar un acto privativo.

Segundo.- Mediante Juicio.

O sea, que para ejecutar la autoridad cualquier acto privativo de derechos, se requiere un juicio previo. Visto así, analicemos esos dos conceptos.

El maestro Ignacio Burgoa, nos dice que el acto privativo "es la consecuencia o el resultado de un acto de -- autoridad y se traduce o puede consistir en una merma o me

noscano (disminución) de la esfera jurídica del gobernado, - determinados por el egreso de algún bien jurídico, material- o inmaterial (derecho), constitutivo de la misma (despose- sión o despojo), así como la impedi^ción para ejercer un dere- cho"

Para el maestro Ignacio Burgoa, el acto privativo - es un acto condi^ción, en su relación con el artículo 14 cons- titucional que según dice: "no basta que un acto de autori- dad produzca semejantes consecuencias en el estado o ámbito- de una persona para que aquél se refute como "acto de priva- ción", en los términos del segundo párrafo del artículo 14 - constitucional, puesto que para ello es menester que la mer- ma o menoscabo mencionados, así como la impedi^ción citada, - constituyan el fin último, definitivo y natural del aludido- acto"

Resumiendo lo anterior, sólo es acto privativo, a la luz del artículo 14 constitucional, todo aquel acto de autori- dad que tenga como fin último, producir una merma o menoscabo u impedi^ción para ejercer un derecho. En cambio cuando el ac- to de autoridad se proponga fines distintos, como el de coac- cionar a los deudores particulares, no debe ser considerado - como acto de privación, sino como un acto autoritario de mo- lestia.

El segundo elemento que integra la garantía especifi- ca en estudio, es la que señala la expresión "mediante juicio" con-notación que dice el maestro Burgoa, en su obra Las Garan- tías Individuales, es sinónimo de la expresión "por medio de", por la cual debe entenderse que es un requisito previo al acto de privación, o sea todo acto privativo debe ser precedido de- un juicio previo, conforme a lo anterior es acertada la afirma^ción

ción del autor citado, cuando dice que: cuando una ley administrativa faculte a la autoridad que se trate para realizar actos de privación en perjuicio del gobernado, sin consagrar, un procedimiento defensivo previo, se estará en presencia de una violación a la Garantía de Audiencia, aunque la propia ley establezca recursos o medios de impugnación del mencionado acto.

b).- Que el proceso se substancie ante los Tribunales previamente establecidos.

Es la segunda garantía específica que integra la garantía de Audiencia, y que viene a reforzar la garantía que se consagra en el artículo 13 de la misma Constitución, es la que prohíbe que persona alguna sea juzgada y sentenciada por tribunales especiales o por comisión, o sea para conocer de un determinado negocio.

Preguntémonos qué debemos entender por Tribunales previamente establecidos, pues, debemos entender que son todos aquellos órganos del Estado con capacidad jurisdiccional (formal o material), además que estén adscritos previamente a cualquiera de los tres poderes. En consecuencia la garantía de Audiencia es aplicable o rige para cualquier órgano que tenga competencia para realizar funciones jurisdiccionales, o sea, que la garantía que consagra el artículo 14 constitucional es extensiva a los tribunales administrativos. En ese sentido se ha pronunciado la Suprema Corte de Justicia de la Nación, como se corrobora en las siguientes resoluciones :

"No es exacto que sólo las autoridades judiciales - son constitucionalmente competentes para privar de sus propiedades y derechos a los particulares, en los casos en que la ley aplicable así lo prevenga. Si bien, el segundo párrafo del artículo 14 constitucional exige para ello "juicio se guido ante los tribunales previamente establecidos no son ex clusivamente los judiciales, sino también las autoridades ad ministrativas, a quienes la ley ordinaria confiere competencia para ello, pero eso sí, respetando la previa audiencia, la irretroactividad de la ley, las formalidades esenciales - del procedimiento y la aplicación exacta de la ley. Esta interpretación tradicional se debe a que por la complejidad de la vida moderna sería imposible que el Estado cumpliera sus funciones públicas con acierto, prontitud y eficacia, si tuviera siempre que acudir a los tribunales judiciales para ha cer efectivas sanciones establecidas en las leyes" (17)

"La garantía individual del artículo 14 constitucional se otorga para evitar que se vulneren los derechos de -- los ciudadanos sujetos a cualquier procedimiento civil, por lo que es errónea la apreciación de que sólo son otorgadas a sujetos a procedimiento en otras materias" (18)

c).- El proceso debe reunir las Formalidades Esenciales.

Es la tercera garantía específica que forma parte - de la Garantía de Audiencia. En esta encontramos, que todo -

(17) Informe de 1969, Tribunal Pleno. Primera parte, pág.216

(18) Semanario Judicial de la Federación. Tomo L, pág. 1552; La misma idea se contiene en la ejecutoria dictada en - amparo en revisión 7,554/61. Tomo LXVII, pág. 18

procedimiento, en que consista el juicio previo al acto de -privación, debe contener cuatro formalidades procesales :

1.- Que el afectado tenga conocimiento de la iniciación del procedimiento, del contenido de la cuestión que va a debatirse y de las consecuencias que se producirán en caso de prosperar la acción intentada, y que se le de oportunidad de presentar sus defensas.

2.- Que se celebre una fase probatoria, donde las partes tengan la oportunidad de probar la veracidad de sus excepciones y defensas.

3.- Que se celebre una fase de alegatos, donde las partes fundamenten los puntos probados en la fase anterior.

4.- Que el proceso culmine con una resolución definitiva, decidiendo los puntos de litis y que, al mismo tiempo se señale la forma de cumplirse.

Por lo anterior se consideraría que es más acertado clasificar las formalidades del proceso en dos categorías, -esenciales y secundarias, la primera comprendería a la oportunidad de defensa y la oportunidad probatoria, y su contravención constituiría una clara violación a la Garantía de -- Audiencia que tutela el segundo párrafo del artículo 14 constitucional. En cambio la inobservancia de los segundos no pueden constituirse en una violación a la garantía que comentamos.

El maestro Ignacio Burgoa, con relación a lo anterior

nos dice que: "cuando un ordenamiento objetivo, cualquiera que este sea, consigna dos oportunidades, la de defensa y la probatoria, puede decirse que las erige como formalidades, las cuales asumen el carácter de esenciales!"

La oportunidad de defensa se traduce en distintas formas procesales, tales como las notificaciones, el emplazamiento, el término para oponerse a las pretensiones de privación o al pretendido acto privativo, etc., y por lo que atañe a la oportunidad probatoria esta se manifiesta en la normación objetiva o procesal, en diferentes elementos del procedimiento, tales como la Audiencia o la dilación probatoria, así como todas las reglas que conciernen al ofrecimiento, rendición o desahogo y valoración de probanza... Además de las formalidades llamadas "secundarias", cuya violación no importa contravención a la Garantía de Audiencia, consintiendo en todos aquellos actos, -- elementos o formas o requisitos procesales que no implican la sustanciación normativa de las dos oportunidades mencionadas.

Me uno a la tesis del maestro Burgoa, porque es evidente que el párrafo segundo del artículo 14 Constitucional al decir las "Formalidades esenciales del procedimiento" se refiere principalmente a la oportunidad de defensa y la oportunidad probatoria; fases que incluso las leyes procesales que las contemplan, como el Código Civil en su artículo 267 relativo al Divorcio, si no se dá alguna de las causas que en él se mencionan no procede el mismo.

- d).- Que el proceso se regule por leyes expedidas con antelación al caso concreto.

Esta es la cuarta garantía específica que inte---

gra la Garantía de Audiencia, consiste en que el caso concreto se juzgue en base a las leyes expedidas con anterioridad al caso concreto. Este mandato constitucional se relaciona directamente con la prohibición, que se refiere a dar efecto retroactivo a la ley en perjuicio de persona alguna, que ya comentamos en párrafos anteriores.

Analicemos ahora, la esencia de la Garantía de Audiencia que comentamos, la cual consiste en el mandato de que toda resolución jurisdiccional que se dicte, debe ceñirse a la letra de la ley aplicable al caso concreto, o en la interpretación jurídica de la misma, y a falta de esta se deberá fundar en los principios generales de derecho.

Entendemos por interpretación: fijar el sentido y alcance de la ley; la cual se puede clasificar atendiendo a la persona que la realiza en :

- 1.- Particular o privada.
- 2.- Judicial o jurisdiccional.
- 3.- Auténtica o legislativa.

La interpretación de la ley puede tener un carácter doctrinal, cuando son los escritores y tratadistas de derecho, quienes en sus obras, en sus conferencias o en la cátedra, señalan determinados sentidos de la ley. Puede también venir de la autoridad y esto le toca hacerlo al órgano encargado de aplicarla, es decir al poder judicial, dándose también el caso de que sea el propio legislador al estarla elaborando el que la realice, llamándose entonces interpretación legislativa o auténtica.

En cuanto a los Principios Generales del Derecho, debemos decir que son deducidos por el juzgador, del análisis inductivo del Sistema Jurídico Mexicano y de los sistemas culturales afines, con vista a establecer, en juicios lógicos las notas uniformes que rigen a todas las instituciones integrantes del sistema legal. Ahora bien, un principio general del derecho, de acuerdo con el citado precepto-constitucional, no debe estar plasmado literalmente en ninguna disposición escrita, pues de ser así equivaldría a --- aplicar la norma legal.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, para fijar el concepto de los Principios Generales de Derecho ha sostenido dos criterios:

1.- En el primero relacionado con el derecho positivo, declara que "son los principios consignados en algunas de nuestras leyes, teniendo por tales no sólo las que se han expedido después de 1917, sino también las anteriores a la Constitución de 1917. (19)

2.- El segundo que pudieramos llamar de índole filosófico, establece que: "son verdades jurídicas notorias, indiscutiblemente de carácter general, como su mismo nombre lo indica, elaboradas o seleccionadas por la ciencia del derecho, de tal manera que el juez pueda dar la solución que el mismo legislador hubiera dado si hubiera estado presente o habría establecido si hubiera previsto el caso, siendo condición que no desarmonicen o estén en contradicción con-

(9) Quinta Epoca, Tomos XIII, 1924 y XXII, 1935, págs. 858- y 995.

el conjunto de normas legales cuyas lagunas deben llenar"
(20)

Garantía de Legalidad contenida en el artículo
16 Constitucional.

"La Garantía de Legalidad que consagra el artículo 16 Constitucional, es una garantía de vital importancia, en razón a que protege todo el sistema de derecho objetivo de México, ejerciendo control desde la propia Constitución hasta el Reglamento Administrativo más minucioso" (21)

El texto del citado artículo Constitucional, en su primera parte dice:

"Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento"

Como se aprecia del contenido del texto transcrito, la Garantía de Legalidad, se compone de dos requisitos:

- 1.- El concepto de Fundamentación.
- 2.- El concepto de Motivación.

(20) Quinta Epoca, Tomo XL, 1938, pág. 2641.

(21) Burgoa Ignacio, Las Garantías Individuales. Edit. Porrúa, S.A., México, 1983, pág. 275.

1.- El concepto de Fundamentación.- Consiste en que la resolución debe basarse en una disposición normativa general, es decir, que la autoridad debe citar en la resolución, la forma general que prevea la situación concreta, para que se autorice su actuación. Esto es consecuencia directa del principio de legalidad que deben regir todo acto de autoridad, que se traduce, en que las autoridades sólo pueden hacer lo que la ley permita, principio que ha sido acogido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la siguiente Jurisprudencia:

"Las autoridades no tienen más facultades que las que la ley les otorga, pues si así no fuera, fácil sería suponer implícitas todas las necesarias para sostener actos que tendrían que ser arbitrarios por carecer de fundamento legal" (22)

Es importante destacar que para considerar una resolución que sancione la infracción, como legalmente fundada, no basta que la autoridad invoque la ley de la manera global, sino que debe señalar en la resolución específicamente, cuál es o cuáles son los preceptos legales que se ajustan al hecho concreto, así lo sostiene la siguiente resolución de la Suprema Corte:

"El requisito de fundamentación que exige el artículo 16 Constitucional, no se satisface con la citación de la ley de la materia, en que se haya apoyado la autoridad responsable, sino que es in

(22) Semanario Judicial de la Federación, Quinta Época, Tomo XIII, pág. 514.

dispensable, para que el acto pueda reputarse -
fundado, que precise, en concreto, el precepto-
legal en que pretenda sustentarse" (23)

2.- El concepto de Motivación.

La Motivación de la causa legal de procedimiento, consiste en que se haga saber al demandado de manera clara y precisa cuales son los hechos, circunstancias y modalidades objetivas que encuadran en los supuestos abstractos -- que constituyen la infracción.

La Motivación legal implica, pues, la necesaria-
adecuación que debe hacer a la autoridad entre la norma ge
neral fundatoria de la resolución, y la situación concreta
sobre la que va a surtir efectos.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha de-
finido el concepto de Motivación específicamente en la si-
guiente tesis jurisprudencial :

"Motivación, concepto de la.- La Motivación exi-
gida por el artículo 16 Constitucional, consis-
te en el razonamiento, contenido en el texto --
mismo del acto autoritario de molestia, según -
el cual quien lo emitió llegó a la conclusión -
de que el acto concreto al cual se dirige se --
ajusta exactamente a las prevenciones de deter-
minados preceptos legales. Es decir, motivar --
un acto es externar las consideraciones relati-
vas a las de hecho que se formuló la autoridad-

(23) Amparo en Revisión 1645/60. Ponente Felipe Tena Ramírez, Tomo LI Segunda Sala, Pág. 9 Sexta Época.

para establecer la adecuación del caso concreto a la hipótesis legal" (24)

Comentario a los Artículos 14 y 16 Constitucionales.

Podemos decir que las Garantías de Audiencia y Legalidad tienen su antecedente inmediato en el artículo 14 - de nuestra Carta Magna de 1857, aunque pueden hallarse otros en las diversas leyes constitucionales anteriores.

Sin embargo, la protección jurídica otorgada al -- hombre en su vida, libertad, propiedades, posesiones y derechos, es relativamente reciente en la historia; surgió porque con demasiada frecuencia las autoridades, arbitrariamente, abusando del poder y sin proceso alguno, imponían a los gobernados las más duras penas y éstos carecían de medios - jurídicos para defenderse.

Para que estos dos artículos Constitucionales no - sean violados, es necesario vigilar que su aplicación sea - correcta para no dar lugar a situaciones injustas, dejando - en estado de indefensión a alguna de las partes que forman - el litigio.

Por ejemplo, cabe mencionar en materia familiar, - como es el caso que nos ocupa, que el juez al admitir la de manda de divorcio debe considerar como medida cautelar lo - que previene el artículo 282 en su fracción III que dice :
" señalar y asegurar los alimentos que debe dar el deudor -

(24) Sexta Epoca, Tercera Parte, Vol. LXXVI, Pág. 44.
Pfizer de México, S.A.

alimentista al cónyuge acreedor y a los hijos", para que esta medida precautoria no traiga consigo la violación del artículo 16 Constitucional, es necesario no sólo que esté fundada en la ley, sino también ha de estar debidamente motivada, tal como lo exige el mencionado precepto de nuestra ley Constitucional. La Motivación consiste en la prueba de que el cónyuge que demanda el divorcio y sus hijos tienen necesidad de percibir la pensión alimenticia.

Además, es igualmente indispensable, la prueba de estos dos extremos: Que el deudor alimentario se encuentre en condiciones económicas lo suficientes para pagar los alimentos, y la prueba de cantidad a que deban ascender estos últimos.

Si no se llenan los requisitos anteriores, se violará la garantía que otorga el artículo 16 Constitucional y procederá el juicio de amparo contra dicha resolución.

Por lo que se refiere al artículo 14 Constitucional que en su primera y última parte dice :

"A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna"

"Nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido, ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho"

"En los juicios del orden civil, la sentencia de definitiva deberá ser conforme a la letra, o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de ésta se fundará en los principios generales de derecho"

Con relación a los párrafos primero y tercero, - del artículo antes citado, podemos hacer el siguiente comentario y observación con respecto a la causal de la fracción XVIII del artículo 267 del Código Civil vigente, relativa al divorcio y que dice:

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

Con respecto a esta causal es de apreciarse que los señores tratadistas únicamente tomaron en cuenta el -- lapso de tiempo en el cual estén separados los cónyuges, - sin considerar los motivos de esa separación, pero se olvidaron del artículo 14 Constitucional que en su primera parte dice:

"A ninguna ley se le dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna"

Sin embargo, en caso de que alguno de los cónyuges invoque esta causal, le puede ser fácilmente deshechada, ya que en virtud de ser de reciente creación, en las - reformas que se llevaron a cabo al Código Civil vigente, - no puede ser aplicable, ya que se estará perjudicando en - sus derechos y en su persona a la otra parte al estarle -- aplicando una ley con efectos retroactivos.

CAPITULO IV

IV.- TRAMITACION DEL DIVORCIO NECESARIO.

- 1.- Clasificación de las Causas del Divorcio
- 2.- Juicio de Divorcio Necesario
- 3.- Requisitos Esenciales
- 4.- El Procedimiento
- 5.- La Sentencia
- 6.- Efectos de la Sentencia

IV.- TRAMITACION DEL DIVORCIO NECESARIO.

1.- Clasificación de las Causales del Divorcio.

Pueden dividirse en los siguientes grupos :

a).- Causas en las que los tribunales gozan de cierta facultad discrecional, para decretar el divorcio o abstenerse de hacerlo, teniendo en cuenta la gravedad de los hechos que la ley considera como causas. Por ejemplo, cuando se trata de injurias graves, sevicia, calumnias, abandono del hogar sin oír causa justificada, etc. (25)

b).- Las contrarias a las anteriores, en las que los tribunales no tienen esa facultad discrecional. Ejem. el adulterio, el abandono de hogar por más de un año, la falta del pago de alimentos, la promoción de un juicio improcedente, etc.

c).- Un tercer grupo está formado por las causas que implican un hecho culpable, e incluso la comisión de un delito, por parte del cónyuge demandado; tales como el adulterio, la incitación a cometer un delito, la corrupción de la mujer, el abandono del domicilio conyugal, etc. En sentido opuesto hay causas que no tienen esa naturaleza jurídica. Así, por ejemplo, padecer algunas de las enfermedades que especifican las fracciones VI y VII del art. 267.

(25) Eduardo Pallares, Edit. Porrúa, S.A. Cuarta Edición, - México 1984, pág. 62.

d).- El cuarto grupo comprende el incumplimiento de las obligaciones matrimoniales, de modo especial las relativas a suministrar alimentos al otro cónyuge y a sus hijos, y la de vivir en el domicilio conyugal. En oposición a estas causas, pueden señalarse aquellas que sin constituir el incumplimiento de las obligaciones matrimoniales, revelan una condición de inmoralidad tal del cónyuge culpable, que es del todo necesario disolver el matrimonio para evitar sus influencias perniciosas en la vida de los hijos o del otro consorte.

e).- Finalmente, hay otras causas que deben producir la disolución del matrimonio, sea por motivos de honor o porque ponen al cónyuge que ha incurrido en ellas, en la imposibilidad de continuar cumpliendo sus obligaciones familiares.

A continuación, y por considerarlo necesario entraremos al estudio de cada una de las causas que enumera el citado artículo 267 del Código Civil vigente.

PRIMERA CAUSA DE DIVORCIO.

"El adulterio de cualquiera de los cónyuges"

Con relación a esta causa podemos decir lo siguiente:

a).- La legislación vigente ha igualado la situación jurídica del hombre y de la mujer. Tanto en la Ley de Relaciones Familiares de 1917 como en el Código Civil de 1884, el adulterio de la esposa era siempre causa de divorcio, cualquiera que fueran las circunstancias en que se produjese. No acontecía lo mismo con el adulterio del marido. Era necesario que causara escándalo social, hubiese de por medio una -

concubina, o se llevara a cabo en la morada conyugal;

b).- El Código Penal vigente, no define el delito de adulterio y únicamente lo sanciona. Tampoco lo hace el Código Civil, esta omisión de la ley se suple con el concepto gramatical y tradicional que se tiene de ese acto;

c).- Consiste en la unión sexual que no sea contra natura, de dos personas que no estén unidas por el matrimonio civil, y de las cuales una de ellas o las dos, estén casadas civilmente con un tercero;

d).- De la definición anterior se desprende que no hay adulterio en los actos contra naturaleza, aunque existan los demás elementos de la definición; tampoco lo hay entre personas que se unen sexualmente, que sólo estén casados por vínculos religiosos con un tercero.

El legislador no tomó en cuenta esos actos a pesar de su gravedad, ni existe ninguna fracción en el artículo 267 que pueda referirse a ellos de modo directo.

e).- Tanto doctrinalmente, como en la legislación penal, el adulterio sólo existe como acto consumado, de tal manera que el Código Penal no castiga la tentativa ni los actos preparatorios de ese delito. Este punto de vista es válido también en lo relativo al divorcio, porque es de la esencia del adulterio el que se consume;

f).- De lo anterior se infiere, que no son causas de divorcio fundadas en la fracción primera del mencionado artículo 267, las relaciones amorosas que sostenga uno de --

los esposos con tercera persona, aunque se lleven a cabo públicamente y con notorio deshonor del otro cónyuge.

g).- El artículo 269 se refiere de una manera especial, al término en el que el cónyuge ofendido por el adulterio, debe demandar el divorcio, y lo hace en los siguientes términos: "cualquiera de los esposos puede pedir el divorcio por el adulterio de su cónyuge". Esta acción dura seis meses, contados desde que se tuvo conocimiento del adulterio.

h).- La prueba de esta causa es muy difícil de producirse directamente, por lo cual sólo se logra en muchos casos mediante presunciones graves, cuya calificación queda al prudente arbitrio del juez. Debido a esto, en la práctica es más acertado demandar el divorcio por injurias graves y no por adulterio o por las dos cosas a la vez, considerando como tales injurias, la conducta seguida por el adúltero con su cómplice. Pero hay que tener en cuenta el principio de la no interpretación extensiva que se ha mencionado.

i).- Cuando el adúltero vive en concubinato, la prueba del mismo es más fácil y el término para promover la acción de divorcio, no comienza a correr a partir del día en que el cónyuge ofendido tuvo conocimiento del concubinato, sino cuando éste concluye por ser el concubinato un acto de tracto sucesivo, en el que se repite la ofensa en un periodo de tiempo más o menos largo. Tanto los tribunales del orden común como la Suprema Corte, han resuelto que si la causa del divorcio es de tracto sucesivo, el término para ejercerla se inicia cuando concluye dicho tracto;

j).- La sentencia penal que condena a los adúlteros, debe considerarse como cosa juzgada en el juicio civil de divorcio, en lo relativo a la comisión del adulterio.

SEGUNDA CAUSA DE DIVORCIO.

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

Respecto de esta causa, cabe decir: El hijo sólo puede ser declarado ilegítimo, cuando nace antes de que se cumplan 180 días siguientes a la celebración del matrimonio, porque si el nacimiento se efectúa después, el hijo se presume legítimo, y, por tanto, del marido, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 324, fracción I, del Código Civil.

La presunción anterior es *juris-tantum*, pero sólo puede ser destruída con las pruebas y en las circunstancias que mencionan las siguientes disposiciones legales: artículo 326, que dice: "El marido no podrá desconocer a los hijos, alegando adulterio de la madre, aunque ésta declare que no son hijos de su esposo, a no ser que el nacimiento se le haya ocultado, o que demuestre que durante los diez meses que precedieron al nacimiento no tuvo acceso carnal con su cónyuge"

TERCERA CAUSA DE DIVORCIO.

"La propuesta del marido para prostituir a su mujer, no sólo cuando el mismo marido la haya hecho directamente,

sino cuando se pruebe que ha recibido dinero o cualquiera remuneración, con el objeto expreso de permitir que otro tenga relaciones carnales con su mujer"

En la actualidad, el Código de la materia, vigente en el Distrito Federal, castiga dicho delito en la siguiente forma :

Art. 206.- "El lenocinio se sancionará con prisión de seis meses a ocho años y multa de cincuenta a mil pesos"

Art. 207.- Comete el delito de lenocinio :

I.- Toda persona que habitual o accidentalmente explote el cuerpo de otra, por medio del comercio carnal, se mantenga de este comercio u obtenga de él un lucro cualquiera.

II.- Al que induzca o solicite a una persona, para que con otra comercie sexualmente con su cuerpo o le facilite los medios para que se entregue a la prostitución.

III.- Al que regentee, administre o sostenga directa o indirectamente prostíbulos, casas de cita o lugares -- de concurrencia expresamente dedicados a explotar la prostitución, y obtengan cualquier beneficio con sus productos.

CUARTA CAUSA DE DIVORCIO.

Consiste en "la incitación a la violencia hecha por un cónyuge al otro para cometer algún delito, aunque no sea de incontinencia carnal"

Incitar a la violencia significa tanto como provocarla; pero la causal sólo se produce si la provocación tiene por objeto inducir a la persona a cometer un delito.

Lo más frecuente, es que uno de los cónyuges mueva al otro a cometer un delito contra las personas, ya sea el de lesiones, homicidio, plagio, pero también puede ser que tengan por objeto la comisión de un delito sexual, como es el de violación,

Es frecuente entre las personas pertenecientes a la clase humilde, que la mujer provoque el valor del hombre apelando a su honor, para que ejecute un acto violento. La conocida frase "no seas cobarde" o "no te dejes", ha sido causa de que en México se hayan cometido y se cometan muchos delitos de sangre. La causa de divorcio que se analiza es independiente de la responsabilidad penal en que puede incurrir el cónyuge provocador si el otro, a instancias suyas, comete el delito.

La provocación puede ser de palabra, por escrito, e incluso por medio de determinados actos, como el desprecio, la sonrisa burlona, el negarse a cumplir el débito conyugal y otros análogos con los que de una manera o de otra se lleva a cabo la provocación.

No es necesario que el delito que se ejecute como consecuencia de la incitación, sea un acto de violencia, aunque a primera vista parezca ordenar tal cosa la fracción IV del artículo 267. Lo que en realidad dice, es que un cónyuge provoque en el otro un estado de violencia, pero no que el delito sea igualmente un acto violento. Pue-

de serlo de otra naturaleza, e incluso delito contra la -- propiedad, porque la ley no exige lo contrario. Para inducir a una persona a delinquir en cualquier forma, se puede violentarla y después de eso aconsejarle que dañe a otra - persona en su matrimonio; pero lo más frecuente es que la - provocación se refiera a delitos violentos, como son los - ya mencionados.

QUINTA CAUSA DE DIVORCIO.

Consiste en "los actos inmorales ejecutados por el ma - rido o por la mujer con el fin de corromper a los hijos, - así como la tolerancia en la corrupción"

De todas las causas de divorcio que enuncia la - ley, tal vez sea ésta la más odiosa, la más culpable, la - que demuestra mayor depravación, excepto en aquellos casos en que la miseria obliga a los padres a consentir en la -- prostitución de sus hijos, hecho éste que la pobreza expli - ca, pero no justifica de ninguna manera.

La fracción V del artículo 267 está relacionada - con el artículo 270 que precisa en que consiste la causa - de que se trata. Dice: "Son causas de divorcio los actos - inmorales ejecutados por el marido o por la mujer con el - fin de corromper a los hijos, ya sean éstos de ambos, ya - de uno sólo de ellos. La tolerancia en la corrupción que - da derecho a pedir el divorcio debe consistir en actos po - sitivos y no en simples omisiones"

Esta causa esta relacionada con el delito de co-

rrupción de menores, pero no se identifica con él, porque no es necesario que se realicen todos los actos que consti tuyen ese delito, para que se produzca la causal, además, puede ser cometido por personas que no sean padres de familia.

La corrupción que menciona la norma, puede consistir en la prostitución, en la embriaguez, en el uso de substancias estupefacientes, en la práctica del robo, e incluso en la mendicidad. El vocablo corrupción tiene un sentido tan amplio que dentro de él caben toda clase de miserias morales, aún las más diferentes entre sí.

Para que la causal exista, es necesario que los cónyuges "ejecuten actos inmorales" tendientes a corromper a sus hijos, y no sólo en que sean tolerantes o débiles -- con ellos, o lo que es igual, que no sepan educarlos al caer de la autoridad necesaria para hacerlo debidamente.

En esta causal, la ley exige pluralidad de actos inmorales, lo que podría considerarse censurable, porque -- uno sólo de ellos podrá ser bastante para revelar la indignidad del progenitor y la necesidad de que pierda la patria potestad. Por ejemplo en algunas regiones de la República, es frecuente que los padres vendan a sus hijas o -- consientan que un hombre tenga acceso carnal con ellas, mediante una suma de dinero. Uno solo de estos hechos merece ser sancionado enérgicamente.

La causal puede consistir en actos positivos que produzcan la corrupción de los hijos o en actos negativos que impliquen necesariamente la tolerancia de los progenitores, respecto del estado de inmoralidad y corrupción en-

que vivan los hijos. Por ejemplo, sucede con frecuencia -- que los padres se hacen los disimulados ante la prostitución de una de sus hijas, cuyo dinero aceptan para cubrir los gastos familiares. Incluso ha sucedido que personas -- adineradas, toleran que sus hijas tengan relaciones carnales con gobernantes o políticos ricos, que pagan espléndidamente el donativo de su cuerpo.

Los jueces gozan de un prudente arbitro, para -- distinguir la auténtica tolerancia de la falta de carácter de los padres en sus relaciones familiares, tolerancia que los impulsa a perdonar la corrupción de sus hijos por el amor equivocado que les profesan, pero que no tiene la in-moral finalidad de explotar la corrupción.

SEXTA CAUSA DEL DIVORCIO.

"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"

Esta causa puede estar relacionada con el delito previsto en el artículo 199 bis del Código Penal para el - Distrito Federal, que a la letra dice: "El que sabiendo que está enfermo de sífilis o de un mal venéreo en periodo infectante, ponga en peligro de contagio la salud de otro por medio de relaciones sexuales, será sancionado con prisión - hasta de tres años y multa hasta de tres mil pesos, sin per- juicio de la pena que corresponda si se causa el contagio.- Cuando se trate de cónyuges, sólo podrá procederse por que- rella del ofendido"

SEPTIMA CAUSA DE DIVORCIO.

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

OCTAVA CAUSA DE DIVORCIO.

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

Aunque gramaticalmente el vocablo "separación" es el acto y el efecto de separarse, el verbo separar significa "poner a una persona o cosa fuera del contacto o proximidad de otra; enemistad, desavenir, romper los lazos o vínculos morales que unían a dos personas, cortar sus relaciones, alejarse de un lugar"

Así también podemos señalar que por separación del hogar conyugal, no ha de entenderse el hecho material de salir de él y no volver a la vida en común; sino que consiste en que uno de los cónyuges rompa sus relaciones matrimoniales con el otro y deje de cumplir las obligaciones que derivan del vínculo matrimonial, sea porque no suministre alimentos, no cuide de sus hijos, ni los asista en casos de enfermedad y se desatienda por completo de sus deberes familiares.

Esta interpretación tiene dos defectos: En primer lugar, es contraria al sentido gramatical y lógico de la palabra separación, porque no se justifica en forma alguna

que signifique incumplimiento de las obligaciones matrimoniales, sobre todo, cuando se refiere al abandono de la casa conyugal. Es indudable que en este caso, dicho vocablo quiere decir salir de la casa y no volver a ella. En segundo lugar, el incumplimiento de una obligación tan importante como es la de dar alimentos al otro cónyuge y a los hijos, está asentada en la fracción III, por lo cual, al funcionar las dos fracciones de que se trata, la H. Suprema -- Corte viola el principio de la autonomía de las causales, -- que según afirma el Alto Tribunal, no debe involucrarse -- las unas con las otras, como se hace en este caso.

NOVENA CAUSA DE DIVORCIO.

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

Es erróneo interpretar esta norma en el sentido - de que otorga la acción de divorcio al cónyuge que se separó. El texto legal es claro y de él se infiere que el cónyuge abandonado es el único titular de dicha acción.

DECIMA CAUSA DE DIVORCIO.

"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 preceda la declaración - de ausencia"

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

Dicha declaración está regida por los artículos 669 y 678 del Código Civil y únicamente procede cuando han pasado dos años desde el día en que haya sido nombrado el representante interino del ausente.

En cuanto a la presunción de muerte, está regida por el artículo 705 del Código Civil, que previene "cuando hayan transcurrido seis años de la declaración de ausencia, el juez a instancia de parte interesada, declarará la presunción de muerte"

Respecto de los individuos que hayan desaparecido al tomar parte en una guerra, encontrándose a bordo de un buque que naufrague, o al verificarse una explosión, incendio, terremoto, inundación u otro siniestro semejante, bastará que hayan transcurrido dos años, contados desde su presunción de muerte, sin que en esos casos sea necesario que previamente se declare su ausencia, pero sí se tomarán las medidas provisionales autorizadas por el capítulo I de este título.

Puede censurarse al legislador que otorgue la acción de divorcio contra una persona que se presume ya muerta. En efecto, por una parte la muerte disuelve el vínculo matrimonial, por lo que no hay necesidad del juicio de di-

vorcio para obtener la ruptura de dicho vínculo; por otra parte, el juicio de divorcio concluye igualmente por el fallecimiento de cualquiera de los cónyuges, todo lo cual demuestra que es antijurídico el sistema establecido por el legislador en esta materia.

En los casos en que el cónyuge declarado ausente o presumido muerto, se presente y haga valer sus derechos, la ley es omisa sobre este problema, que no es solamente imaginario, ya que se han dado casos en que el esposo que se creía muerto o legalmente declarado ausente, retorna y pretende tener derechos conyugales respecto al otro cónyuge.

Así podemos concluir con respecto a esta causal, que si la sentencia de divorcio ha causado la autoridad de cosa juzgada material, no hay razón alguna para que se desconozca su obligatoriedad, en el caso supuesto. La presunción de muerte o la declaración de ausencia son consideradas como causas suficientes para demandar el divorcio, y si bien la declaración establece una simple presunción de muerte el Código Civil ha creado un sistema -- que dá a dicha presunción el carácter de absoluta, es decir, que contra ella no cabe prueba alguna en contrario.

UNDECIMA CAUSA DE DIVORCIO.

"La sevicia, las amenazas, las injurias graves de un cónyuge a otro"

La sevicia, las amenazas o las injurias han de ser cometidas por un cónyuge al otro, y no a los miembros de su familia como se ha pretendido en determinados litigios seguidos ante los Tribunales Familiares. El legislador no consideró causas de divorcio dichos actos, cuando se injuria, amenaza o se da de golpes a los padres del otro cónyuge, no obstante la gravedad de esas acciones e incluso su naturaleza salvaje e inhumana.

Los Tribunales no podrán corregir esta omisión de la ley, aplicando por analogía e incluso por mayoría de razón lo previsto en la fracción XI del artículo que comentamos, porque cuando una ley enumera los casos en que debe ser aplicada, se impone una interpretación restrictiva de la norma jurídica. Por otra parte, como tiene gran importancia para la sociedad y el Estado la subsistencia del matrimonio y la determinación específica de las causas de divorcio, sólo compete al legislador precisarlas y no a los Tribunales.

Las injurias que considera el artículo 267 del Código Civil, como causa de divorcio, ya no se identifican con este delito, el cual se encontraba previsto en el artículo 348 del Código Penal, y que señalaba: "Injuria es toda expresión proferida o toda acción ejercitada para manifestar desprecio a otro, o con el fin de hacerle una ofensa", ya que al realizarse reformas al Código mencionado, se derogó el artículo que contemplaba tal delito.

Respecto a la sevicia, cabe decir que los diccionarios la definen en los siguientes términos: "crueldad excesiva, malos tratos, golpes". Para que haya sevicia de acuerdo con la definición anterior, es necesario que se trate de un acto de crueldad excesiva, pero nuestra ley no exige este requisito al considerar como delitos los ya mencionados, y sobre todo, los golpes que no siempre implican la crueldad excesiva; por el contrario, muchas veces constituyen la reacción casi involuntaria de una persona, contra algo que le molesta mucho o le ofende. Cabe recordar a este respecto que en las clases inferiores de la sociedad mexicana, existe la costumbre muy generalizada de que los hombres golpeen a sus mujeres hasta por causas insignificantes, y que ellas frecuentemente estiman los golpes como una demostración de cariño y aún reaccionan contra las terceras personas que intervienen para defenderlas.

Por lo que se refiere a las amenazas, los diccionarios dan la siguiente definición: "La intimidación de un mal futuro que depende de la voluntad del que amenaza y para producir temor en la persona a quien se intimida"

El Código Penal vigente, castiga el delito de amenaza en su artículo 282; sin embargo puede afirmarse que no es necesario que las amenazas constituyan el delito previsto en el Código mencionado, para que se produzca la acción de divorcio, ya que los tribunales tienen amplias facultades de apreciación, con el objeto de resolver si las amenazas alegadas por la parte actora son de tal naturaleza, que ameritan la disolución del vínculo conyugal.

DECIMOSEGUNDA CAUSA DE DIVORCIO.

"La negativa injustificada de los cónyuges a cumplir con las obligaciones señaladas en el artículo 164, sin que sea necesario agotar previamente los procedimientos tendientes a su cumplimiento, así como el incumplimiento, sin justa causa, por alguno de los cónyuges, de la sentencia ejecutoriada en el caso del artículo 168"

Con relación a esta causal el artículo 164 dice: "Los cónyuges contribuirán al sostenimiento del hogar, a su alimentación y a la de sus hijos, así como a la educación de éstos en los términos que la ley establece, sin perjuicio de distribuirse la carga en la forma y proporción que acuerden para este efecto, según sus posibilidades. A lo anterior no está obligado el que se encuentre imposibilitado para trabajar y careciere de bienes propios, en cuyo caso el otro atenderá íntegramente a esos gastos.

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

Asimismo el artículo 168 dice: "El marido y la mujer tendrán en el hogar autoridad y consideraciones iguales, por lo tanto, resolverán de común acuerdo todo lo conducente al manejo del hogar, a la formación y educación de los hijos y a la administración de los bienes que a éstos pertenescan. En caso de desacuerdo, el juez de lo Familiar resolverá lo conducente.

Por lo anterior podemos observar que ambos cónyuges están obligados en la misma proporción a velar por el cuidado del hogar y de los hijos.

DECIMOTERCERA CAUSA DE DIVORCIO.

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

El Código penal vigente tipifica el delito de calumnia en su artículo 356, señalando:

"El delito de calumnia se castigará con prisión de seis meses a dos años o multa de dos a trescientos pesos, o ambas sanciones, a juicio del juez:

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

Al que presente denuncias, quejas o acusaciones calumniosas, entendiéndose por tales aquéllas en que su autor imputa un delito a persona determinada, sabiendo que ésta es inocente o aquel no se ha cometido, y

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

Como el delito de calumnia, en términos generales so lo se persigue por querrela de parte, según lo previene el artículo 360 del Código Penal, cabe preguntar si el desistimiento de dicha querrela por parte del cónyuge ofendido produce la extinción del derecho de pedir el divorcio. Al respecto puede afirmarse, que dicho desistimiento constituye un acto de perdón tácito de la calumnia, produciendo la ex-

tinción de la acción de divorcio en los términos del artículo 279 del Código Civil. En sentido contrario, cabe afirmar que siendo la acción penal diferente de la acción civil y de divorcio, el perdón que extingue a aquélla no hace caducar a la segunda.

DECIMOCUARTA CAUSA DE DIVORCIO.

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

Las penas infamantes están prohibidas por el artículo 22 de la Constitución General de la República y de esta circunstancia pudiera inferirse que tampoco hay delitos infamantes ante la ley. En el Código Penal no existe ninguna norma de la cual pueda basarse la calificación de esa especie de delitos. Cabe preguntar ¿Qué debe entenderse por delito infamante?

De acuerdo con los diccionarios, la palabra infamia significa: descrédito, deshonor, vileza en cualquier línea, acción infame, palabra sumamente injuriosa. De atenderse, por tanto, al mero sentido gramatical de las palabras "delito infamante" que emplea la fracción XIV que se comenta, deberá considerarse como tal el que tenga algunas de las notas mencionadas o sea el delito que causa deshonor, descrédito, vileza en cualquier línea etc., pero la -- ciencia del derecho no se reduce a conocer, interpretar y aplicar gramaticalmente las normas jurídicas, por lo que -- queda en pie el problema de la debida determinación, de -- las que han de considerarse como delitos infamantes. Por --

fortuna, el legislador ha realizado esta tarea en el artículo 95 de la Constitución General de la República, que -- considera como tales, "robo, fraude, falsificación, abuso de confianza u otro que lastime seriamente la buena fama - en el concepto público, inhabilitará para el cargo cual--- quiera que haya sido la pena"

La Constitución General de la República prohíbe en su artículo 22 penas infamantes, o sea aquéllas que causan infamia al que es condenado a sufrirlas.

Parece lógico inferir de esta prohibición, la consecuencia de que no existiendo ya penas infamantes, que no sólo tienen este carácter para el delincuente, sino tam--- bién trascienden a los miembros de su familia, por ello do--- blemente prohibidas en nuestra ley fundamental que no permite castigos trascendentales.

Fue así como la evolución jurídica y el espíritu - de igualdad entre los hombres que viven en un estado políti- co, produjo necesariamente la desaparición de las penas in- famantes, siendo en nuestra legislación mexicana, la Consti- tución de 1857 la primera que suprimió las penas de que se- viene hablando. Por tanto, puede sostenerse que la referen- cia a estos delitos que hace la fracción XIV del Código Ci- vil, no tiene más razón de ser, que lo previsto en el artí- culo 95 de la Constitución Política de los Estados Unidos - Mexicanos, pero puede afirmarse que todavía hay en la con- ciencia social los sentimientos y la idea de que ciertas -- acciones o delitos producen la simple deshonra de quien --- los ejecuta.

DECIMOQUINTA CAUSA DE DIVORCIO.

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

El juego que menciona esta norma, ha de ser de los llamados juegos de azar, porque son los que, por las pérdidas económicas que producen causan la ruina de la familia. Tal era por lo menos la interpretación que durante muchos años se dió a ese vocablo, pero cabe observar que también los deportes, cuando dan nacimiento a un verdadero vicio, pueden ser causa tanto de los disgustos conyugales como de la ruina de la familia.

El vicio de la embriaguez degenera de tal modo al que lo tiene, que por sí solo convierte a su víctima, en un ser inepto para cumplir sus obligaciones familiares. -- Además, el ejemplo que da el dipsómano a sus hijos, es funesto, por que con frecuencia se entregan también a dicho vicio. Agréguese a lo anterior la herencia patológica que reciben los hijos engendrados por los ebrios consuetudinarios y se comprenderá la sabiduría de la norma que se analiza.

Otro tanto puede decirse del uso indebido de -- las drogas enervantes, pero cabe censurar al legislador en la limitación formulada respecto de ellas que consiste en que dicho uso únicamente será causa de divorcio cuando -- amenace producir la ruina de la familia u origine frecuentes disgustos conyugales. El autor piensa que el drogadicto no puede cumplir ni como esposo ni como padre, por lo-

cual deberfa suprimirse la mencionada condici3n.

En el juicio de divorcio ser3 indispensable rendir prueba pericial, para demostrar que el c3nyuge demandado es drogadicto.

DECIMOSEXTA CAUSA DE DIVORCIO.

"Cometer un c3nyuge contra la persona o los bienes del otro, un acto tal que serfa punible si se tratara de -- persona extraña, siempre que ese acto tenga sealada en la ley una pena que pase de un año de prisi3n"

Esta norma se refiere a cierta clase de delitos, - que no son punibles cuando los comete un c3nyuge en contra del otro. Por ejemplo, el llamado err3neamente "robo de infante", que no es castigado cuando lo comete la persona que ejerza la patria potestad sobre el infante, como lo previene el art3culo 366, fracci3n VI del C3digo Penal que dice: "Se impondr3 pena de seis a cuarenta años de prisi3n y de - doscientos a quinientos d3as multa, cuando la privaci3n ilegal de la libertad tenga el car3cter de plagio o secuestro en alguna de las formas siguientes: Fracci3n VI.- Si el robo de infante se comete en menor de doce años, por quien - sea extraño a su familia, y no ejerza la tutela sobre el menor.- Cuando el delito lo comete un familiar del menor que no ejerza sobre 3l la patria potestad ni la tutela, la pena ser3 de seis meses a cinco años de prisi3n.- Si espont3neamente se pone en libertad a la persona antes de tres d3as y sin causar ning3n perjuicio, s3lo se aplicar3 la sancici3n correspondiente a la privaci3n ilegal de la libertad de acuerdo con el art3culo 364"

Parece l3gico inferir de la fracci3n XVI que los --

delitos cometidos por un cónyuge en contra del otro, diferentes de los que la propia norma menciona, no son causa de divorcio, ya que la ley sólo considera como causa aquellos actos que serían punibles, si los ejecutasen personas extrañas al vínculo conyugal, pero tal conclusión es absurda e injusta, porque no permitiría a los cónyuges demandar el divorcio cuando cometiesen delitos graves el uno contra el otro.

DECIMOSEPTIMA CAUSA DE DIVORCIO.

Consiste en la voluntad de los cónyuges de manifestar su conformidad ante la autoridad correspondiente con respecto a su deseo de separarse.

DECIMO-OCTAVA CAUSA DE DIVORCIO.

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

Esta causa que ha sido incorporada en este artículo ha sido motivo de grandes polémicas, en virtud de que al ser invocada por alguno de los cónyuges, se estaría violando la garantía consignada en el artículo 14 Constitucional, que a la letra dice en su primer párrafo: "A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna"

Por lo tanto no puede solicitarse el divorcio --

por esta razón, sino hasta después de dos años contados a partir de la fecha en que fué creada esta causal.

El objeto de enumerar en esta tesis las causales en su totalidad, se debe a la gravedad que implica la disolución del vínculo conyugal, lo cual ha sido considerado -- por el legislador, a fin de que los tribunales no tengan -- facultad de establecer causas diferentes de las que él consideró las únicas justificadas; además de exponer un panorama amplio de los diferentes motivos y razones por los que se llega al juicio de divorcio (voluntario, necesario, etc.) y se encuadre en el que corresponda, de acuerdo con el análisis particular y criterio jurídico que se aplique al respecto.

Aún cuando el legislador tomó las medidas antes mencionadas, cabe preguntar si éste omitió en su estudio de las causales del artículo 267 del Código Civil vigente algunos hechos que merecen ser considerados como causas de divorcio. En algunas legislaciones y anteriormente en la relativa al Distrito Federal; se consideraba como causa de divorcio la incompatibilidad de caracteres, ya que, esta situación convierte al matrimonio en una sociedad forzosa, que produce mayores males que bienes y tiene el efecto de que los cónyuges lejos de continuar amándose, lleguen hasta a odiarse, o por lo menos a desear la disolución del vínculo conyugal, por lo que se considera que debe subsistir dicha causa de divorcio.

También se considera que el legislador, pasó por alto el hecho de que el marido sea un invertido, esto es, -

que mantenga relaciones sexuales con otro varón, hecho que no constituye un auténtico adulterio, aunque tenga grandes semejanzas con él, casos desafortunadamente muy frecuentes.

Con menos frecuencia, acontece que la esposa es la que practica esa degeneración que no puede ser asimilada al verdadero adulterio, por lo tanto también sería conveniente incluir estos hechos como causales de divorcio.

2.- Juicio de Divorcio Necesario.

En él se ejercita la acción de divorcio que es acción del estado civil. Por su propia naturaleza es juicio plenario, por lo cual agota la materia litigiosa cuando es resuelto por sentencia ejecutoria.

En el Distrito Federal, la competencia para conocer del divorcio contencioso la determina el artículo 156, fracción XII del Código de Procedimientos Civiles, que dice: En los juicios de divorcio, el tribunal del domicilio conyugal y en caso de abandono de hogar, el del domicilio del cónyuge abandonado.

Puede suceder que por circunstancias determinadas, los cónyuges no tengan propiamente domicilio matrimonial, en cuyo caso no es posible aplicar la primera parte del artículo mencionado, procediendo a aplicar el principio general de que, tratándose de una acción personal, como es la de divorcio, la competencia se determina por el domicilio del cónyuge demandado.

En este juicio se ofrece la prueba testimonial para probar los hechos en que consiste la causa de divorcio alegada por el

demandante, lo mismo que las contrapruebas testimoniales, rendidas por el demandado, son válidas y eficaces, aunque las produzcan parientes, criados y amigos íntimos de los consortes, porque debido a la naturaleza de dichas causas, esas personas son las que, con mayor frecuencia conocen los hechos litigiosos debido a las relaciones de amistad de familia que tienen con los consortes. Más aún, en los Tribunales mexicanos se ha dado el caso de que se admitió como prueba eficaz el dicho de un niño cuya veracidad no se puso en duda.

No obstante la trascendencia social del juicio de divorcio contencioso, no es parte en él el Ministerio Público, como lo es en el divorcio voluntario. No se explica esta anomalía porque tanto en uno como en otro, están de por medio los derechos y el porvenir de los hijos, que son las primeras víctimas inocentes de la rotura del vínculo conyugal. El Código no tomó en cuenta esta circunstancia, y sobre ellos pueden recaer las malas pasiones de los cónyuges, sus deseos de venganza e incluso de sus odios, al extremo de que, ante la Suprema Corte de Justicia, se pretendió obtener de ella un fallo que quitara a la madre el derecho de ver a sus hijos, derecho que la ley no lo otorga, porque procede de la naturaleza y puede decirse que es de origen divino.

Es un juicio al mismo tiempo declarativo y de condena, e incluso constitutivo. Declara la culpabilidad de uno de los cónyuges y el derecho del otro de pedirle la disolución del vínculo matrimonial; condena al cónyuge culpable, por regla general, a la pérdida de la patria potestad y en algunos casos a la suspensión de la misma; lo condena igualmente al pago de la pensión alimenticia y a

la pérdida de las donaciones hechas en consideración al otro cónyuge. Como puede observarse es el tipo de los juicios constitutivos, porque mediante él se dá fin a un estado de derecho y se constituye otro por completo diferente.

Medidas cautelares en el Juicio de Divorcio Necesario.

Pueden dividirse en dos clases; las que conciernen a las personas de los cónyuges y de sus hijos, y las relativas a -- los bienes y obligaciones de naturaleza patrimonial.

La primera medida consiste en separar a los cónyuges.

Aunque aparentemente no presenta dificultades tanto de hecho como de derecho, sin embargo las tiene, como lo es -- el caso que se comenta enseguida:

Cuando la esposa demanda el divorcio, hay necesidad - en algunos casos de vencer la resistencia del marido a que se lleve a cabo la separación sobre todo si se trata de esposos - irascibles, y por lo tanto son capaces de llegar a medidas extremas, sea para impedir el divorcio o para que la esposa vaya a vivir lejos de ellos con determinadas personas.

Otra de las medidas cautelares que debe ordenar el -- juez al admitir la demanda de divorcio, consiste en la que previene el artículo 282 en su fracción III, que dice: "señalar - y asegurar los alimentos que debe dar el deudor alimentario al cónyuge acreedor y a los hijos"

Para que esta medida precautoria no traiga consigo la violación del artículo 16 Constitucional, es necesario no sólo

que esté fundada en la ley, sino también ha de estar debidamente motivada, tal como lo exige el mencionado precepto de nuestra ley Constitucional. La motivación consiste en la prueba de que el cónyuge que demanda el divorcio y sus hijos, tienen necesidad de percibir la pensión alimenticia. Además, es igualmente indispensable, la prueba de estos dos extremos: Que el deudor alimentario se encuentre en condiciones económicas lo suficientes para pagar los alimentos, y la prueba de la cantidad a que deban ascender estos últimos.

Si no llenan los requisitos anteriores, se violará la garantía que otorga el artículo 16 Constitucional y procederá el juicio de amparo contra la resolución que decreta el pago.

El aseguramiento del pago de los alimentos puede consistir en fianza, hipoteca o en depósito de dinero en cantidad suficiente calculada por la duración probable del juicio de divorcio. También puede solicitarse dicho aseguramiento, pidiendo al juez en la demanda de divorcio, que decrete el embargo precautorio en bienes del demandado en cantidades suficientes para garantizar el pago de los alimentos.

3.- Requisitos Esenciales.

Para que se pueda iniciar el juicio de divorcio necesario, deben cubrirse los siguientes requisitos :

a).- El primero de ellos es la existencia de un matrimonio válido,

b).- El segundo consiste en que exista una de las cau

sas legales o varias de ellas que produzcan a favor del cónyuge inocente la acción de divorcio.

c).- Que dicha acción se ejercite en tiempo hábil, o sea dentro de los seis meses siguientes a aquél en que el cónyuge inocente tuvo conocimiento del hecho culposo del otro cónyuge generador de la acción.

d).- Que no haya mediado por parte del cónyuge inocente perdón expreso o tácito.

e).- Que se promueva ante el juez competente.

f).- Que la parte que lo promueve tenga capacidad procesal para hacerlo.

g).- Que el escrito de demanda se ajuste a los preceptos legales.

4.- El Procedimiento.

Con respecto al procedimiento podemos decir que es un acto personalísimo cuya acción puede ser ejercitada por cualquiera de los cónyuges, siendo importante considerar para tal efecto el artículo 282 del Código Civil, que a la letra dice:

"Al admitirse la demanda de divorcio, o antes si hubiere urgencia se dictarán provisionalmente y sólo mientras dure el juicio, las disposiciones siguientes:

I.- (Derogada)

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

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

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

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

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

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

Art. 285.-"El padre y la madre, aunque pierdan la patria potestad, quedan sujetos a todas las obligaciones que tienen para con sus hijos"

El artículo 288 en su primer párrafo dice:

"En los casos de divorcio necesario, el juez tomando -

en cuenta las circunstancias del caso y entre ellas la capacidad para trabajar de los cónyuges, y su situación económica, sentenciará al culpable al pago de alimentos en favor del inocente"

Por lo que se refiere al Divorcio Necesario, el cónyuge inocente podrá solicitarlo presentando su escrito de demanda ante el juez de lo Familiar en turno, en el que señalará domicilio y nombre de las personas autorizadas para oír y recibir toda clase de notificaciones; así mismo señalará el nombre y domicilio del demandado e indicará las prestaciones que solicita, a fin de que le sean concedidas; como son :

- a).- La disolución del vínculo matrimonial que los une.
- b).- La pérdida de la patria potestad que el cónyuge culpable ejerce sobre los menores hijos procreados durante el matrimonio.
- c).- La disolución y liquidación de la sociedad conyugal.
- d).- El pago de los gastos y costas que el juicio origine.

Fundándose para lo anterior en las consideraciones de hecho y de derecho que serán señaladas con toda precisión y claridad.

En los HECHOS manifestará la fecha en que contrajeron matrimonio, bajo qué régimen y se adjuntará copia --

certificada del acta de matrimonio.

A continuación dirá cuántos hijos procrearon, -- nombre y edad de los mismos, lo cual acreditará con las actas de nacimiento respectivas.

Citará el domicilio donde establecieron el hogar conyugal.

Mencionará los bienes que hayan adquirido durante el matrimonio.

Finalmente indicará la razón o causal por la que solicita el divorcio.

DERECHOS.- Fundamentará con los artículos que -- sean aplicables en cuanto al fondo y procedimiento.

En el mismo escrito solicitará se dicten las medidas provisionales convenientes; asimismo solicitará se gire oficio al lugar donde presta sus servicios el demandado, a fin de que informe el sueldo y prestaciones que percibe - el demandado, para estar en posibilidad de fijar la pensión alimenticia.

Posteriormente saldrá publicado en el Boletín Judicial, el auto de admisión de la demanda, en el que el C.-Juez ordenará se gire el oficio solicitado para la empresa donde labora el demandado, así como para que se le emplace y corra traslado para que en término de nueve días conteste la demanda.

En el escrito de contestación el demandado deberá referirse a cada uno de los hechos aducidos por el actor, confesándolos o negándolos y expresando los que ignore por no ser propios. El silencio y las evasivas harán que se tenga por confesados o admitidos los hechos de la demanda que se dejen de contestar. Sin embargo se tendrá por contestada en sentido negativo cuando se trate de asuntos que afecten las relaciones familiares.

Una vez contestada la demanda, declarada la rebeldía o contestada la reconvenición, el juez señalará de inmediato fecha y hora para la celebración de una audiencia -previa y de conciliación dentro de los diez días siguientes, dando vista a la parte que corresponda, con las excepciones que se hubieren opuesto en su contra, por el término de --- tres días.

Si una de las partes no concurre sin causa justificada, el juez la sancionará con multa hasta por los montos establecidos en la fracción II del artículo 62 del Código de Procedimientos Civiles. Si dejaren de concurrir ambas partes sin justificación, el juzgador los sancionará de --- igual manera. En ambos casos el juez se limitará a examinar las cuestiones relativas a la depuración del juicio.

Si asistieren las dos partes, el juez examinará las cuestiones relativas a la legitimación procesal y luego se procederá a procurar la conciliación que estará a cargo del conciliador adscrito al juzgado. El conciliador preparará y propondrá a las partes, alternativas de solución al litigio.

Si los interesados llegan a un convenio, el juez

lo aprobará de plano si procede legalmente y dicho pacto -- tendrá fuerza de cosa juzgada.

En caso de desacuerdo entre los litigantes la audiencia proseguirá y el juez, que dispondrá de amplias facultades de dirección procesal, examinará en su caso, la regularidad de la demanda y de la contestación, la conexidad, - la litispendencia y la cosa juzgada, con el fin de depurar el procedimiento. (art. 272 C.P.C.)

Nuevamente será publicado en el Boletín Judicial el auto que recaiga a la contestación de la demanda con fundamento en los artículos 277 y 290 del Código de Procedi---mientos Civiles se abrirá el periodo de ofrecimiento de pruebas que será de 10 días.

Cada uno por su parte ofrecerá las pruebas que a su derecho convengan.

El Juez dictará el auto admitiendo las pruebas - que presenten los divorciantes, las cuales serán califica--das y valoradas, a fin de formarse un justo criterio, para resolver conforme a derecho. Una vez que sea dictada la sentencia respectiva se solicitará su ejecutorización, así como que se gire oficio al Registro Civil para que haga las - anotaciones en el libro correspondiente.

5.- La Sentencia.

Por lo que se refiere a la Sentencia el Código - Civil nos dice lo que a continuación se transcribe y que a-

la letra dice:

Art. 283.- "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. El juez observará las normas del presente Código para los fines de llamar al ejercicio de la patria potestad a quien legalmente tenga derecho a ello, en su caso, o de designar tutor"

Art. 285.- "El padre y la madre, aunque pierdan la patria potestad, quedan sujetos a todas las obligaciones que tienen para con sus hijos"

Art. 287.- "Ejecutoriado el divorcio, se procederá -- desde luego a la división de los bienes comunes y se tomarán las precauciones necesarias para asegurar las obligaciones que queden pendientes entre los cónyuges o con relación a los hijos. Los consortes divorciados tendrán obligación de contribuir, en proporción a sus bienes e ingresos, a las necesidades de los hijos, a la subsistencia y a la educación de éstos hasta que lleguen a la mayor edad"

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

Art. 289.- "En virtud del divorcio, los cónyuges recobrarán su entera capacidad para contraer nuevo matrimonio. El cónyuge que haya dado causa al divorcio no podrá volver a casarse sino después de dos años, a contar desde que se decretó el divorcio. Para que los cónyuges que se divorcien voluntariamente puedan volver a contraer matrimonio es indispensable que haya transcurrido un año desde que obtuvieron el divorcio.

Art. 291.- "Ejecutoriada una sentencia de divorcio, el juez de primera instancia remitirá copia de ella al juez del Registro Civil ante quien 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"

De lo anterior podemos resumir que la Sentencia Definitiva es la resolución judicial que pone término a un juicio (proceso), en una instancia, en un recurso extraordinario o en un incidente que resuelva lo principal.

Por Sentencia Ejecutoriada, podemos decir que es aquella que causa ejecutoria, por ministerio de la ley o -- por resolución judicial, produciendo los efectos de la cosa juzgada. (arts. 426 a 429 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal).

6.- Efectos de la Sentencia.

Sobre los efectos de la Sentencia podemos decir que una de las particularidades de ésta, que se pronuncian-

en los juicios de divorcio, sea en los voluntarios o en los necesarios, consiste en que únicamente alcanzan la autoridad y la fuerza de la cosa juzgada material cuando el fallo concede el divorcio, tan sólo en lo relativo a la disolución del vínculo conyugal, pérdida de la patria potestad, declaración de culpabilidad de uno de los cónyuges, etc., pero no en lo relativo al monto de la pensión alimenticia, obligación de pagarla y situación de los hijos.

En efecto, rigen respecto de ellas el artículo 94, que dice: "Las resoluciones judiciales dictadas con el carácter de provisionales pueden modificarse en sentencia interlocutoria o en la definitiva"

Las resoluciones judiciales firmes dictadas en negocios de alimentos, ejercicio y suspensión de la patria potestad, interdicción y en la jurisdicción voluntaria y las demás que prevengan las leyes, pueden alterarse y modificarse cuando cambien las circunstancias que afectan el ejercicio de la acción que se dedujo en el juicio correspondiente.

Inscripción de la Sentencia de Divorcio.- El art. 682 del Código de Procedimientos Civiles, ordena que ejecutoriada la sentencia del divorcio, el Tribunal que la haya pronunciado mandará inscribirla en el Registro Civil de su jurisdicción, el del lugar de nacimiento de los cónyuges y en el de donde se casaron. La falta de inscripción no priva a la sentencia de su autoridad y fuerza, sea a su favor o en contra de los cónyuges, respecto de ellas o con relación a terceros, pero cabe advertir que el estado civil únicamente se prueba por medio del acta de divorcio que ordena -

el Código Civil. Por tanto será necesario levantar ésta para lograr dicha prueba. (26)

Medidas que puede dictar el Juez después de ejecutoriada la Sentencia de Divorcio.

A este respecto, el artículo 287 previene: "ejecutoriado el divorcio, se procederá desde luego a la división de los bienes comunes y se tomarán las precauciones necesarias para asegurar las obligaciones que queden pendientes entre los cónyuges o con relación a los hijos"

La norma no especifica qué clase de precauciones han de tomarse para garantizar el cumplimiento de las obligaciones que queden pendientes, por lo cual los tribunales gozan de un prudente arbitrio judicial en esta materia.

Podrán exigir a los cónyuges que otorguen fianzas, constituyan hipotecas o depósito de dinero para ese objeto. También pueden condicionar los derechos de los cónyuges al debido cumplimiento de las obligaciones de que se trata y todo esto en el mismo juicio de divorcio en el periodo de ejecución de sentencia usando de las medidas de apremio en caso necesario.

El mismo artículo 287 en su segundo párrafo se refiere a la obligación de alimentar a los hijos, diciendo: "Los consortes divorciados tendrán la obligación de contribuir, en proporción a sus bienes, a la subsistencia y educación

(26) Eduardo Pallares, Edit. Porrúa, S.A., Cuarta Edición, México 1979, pág. 316.

ción de los hijos varones hasta que lleguen a la mayor edad, y de las hijas aunque sean mayores de edad hasta que contraigan matrimonio, siempre que vivan honestamente.

La norma anterior no distingue entre las sentencias que se pronuncian en los divorcios voluntarios y las que determinan uno necesario. Por tanto, el intérprete no está autorizado para referirlas únicamente a los primeros, rigen también respecto de los segundos. Si la afirmación anterior es cierta, salta a la vista una incongruencia, o sea la relativa a que la norma no toma en cuenta la obligación que se impone al cónyuge culpable de pagar la pensión alimenticia, tanto al otro consorte como a los hijos cuando así proceda. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 287 resulta que a pesar de la condena de que se trata, el cónyuge inocente también permanece obligado a cubrir los alimentos a los hijos varones hasta los dieciocho años y a las mujeres, aunque sean mayores de edad, si permanecen solteras y viven honestamente. Este último deber es una supervivencia de costumbres que van desapareciendo, porque tenía su razón de ser cuando las mujeres permanecían en el hogar y no ejercía ninguna profesión, ni trabajaban para ganar dinero. En la actualidad se da el caso de que jovencitas pertenecientes a familias ricas no obstante ello ejercen una profesión o cualquiera otra actividad.

Respecto a la liquidación de la sociedad conyugal la norma que se comenta está relacionada con los artículos 197, 203 y 204 del Código Civil. Estos dos preceptos establecen la manera de liquidar la sociedad conyugal y el último de ellos ordena que las utilidades líquidas que haya producido la sociedad, se repartan por mitad entre los dos cónyuges.

Cabe preguntar ¿Deberá hacerse esta repartición aún cuando en el juicio de divorcio se declare culpable a uno de los cónyuges? ¿No se opone a ello lo dispuesto en el artículo 286, que castiga al consorte culpable con la pérdida de -- las donaciones hechas en concepto de matrimonio? Como las sanciones son de estricto derecho y no cabe ampliarlas a -- otros casos que los previstos expresamente por la ley, se impone la conclusión de que, a pesar de la culpabilidad de uno de los cónyuges, deberá percibir las utilidades que -- produzca la sociedad legal en la forma expuesta.

Precauciones que deben tomarse cuando la mujer queda en cinta.

Las prescriben los artículos 1638 a 1648, que son aplicables en el juicio de divorcio:

a).- La mujer que crea encontrarse en cinta, deberá -- avisarlo al juez dentro del término de cuarenta días para que lo haga saber al marido.

La ley no precisa a partir de qué día comienza a correr el mencionado término. Es de suponerse que desde el día en que a la mujer se le suspendan sus reglas.

b).- El marido puede pedir al juez que dicte las providencias necesarias para evitar la suposición de parto, -- la sustitución del infante o que se haga pasar por viable -- el hijo que nazca.

Tratándose del divorcio, no tiene importancia -

que el hijo nazca viable si muere después, porque en este caso no hay la obligación del marido de alimentarlo. Se entiende que nace viable cuando desprendido totalmente del seno materno, vive 24 horas o es presentado vivo en el Registro Civil. (art. 337 del C.C.)

c).- El juez cuidará que no se ataque el pudor ni la libertad de la mujer con las medidas que dicten para garantizar los derechos del marido en la forma expuesta. (art. 1639)

d).- La mujer está obligada a dar aviso al juez de que se acerca el día del parto para que lo haga saber al marido y éste tiene derecho de pedir al juzgado que nombre un médico o una partera que se cercioren del parto, según lo previene el artículo 1640 del Código Civil. Aunque la norma no lo prescribe debe entenderse que la persona nombrada por el juez tiene derecho de asistir al parto, porque de otra manera no puede cerciorarse de que en realidad se verificó y de que no hubo sustitución de infante.

e).- En todas las actuaciones relativas a las medidas de que se trata, deberá ser oída la mujer.

f).- Si bien la ley sanciona a la viuda que no da al juez el aviso de su preñez y de la inminencia del parto, -- con la pérdida del derecho de recibir alimentos, tal sanción no tiene lugar en el juicio de divorcio, porque ese derecho depende de que sea declarado o no, cónyuge culpable - el marido en la sentencia definitiva. Por tanto, cabe preguntar qué consecuencia se producirá por la falta de esos avisos.

Si el hijo nace después de que los esposos han sido separados y la mujer no ha dado aviso de su preñez, - el marido no pudo ejercitar oportunamente los derechos que se le conceden, y por tanto, no nace en él la obligación - de pagar alimentos porque no se debe considerar legalmente probado para él la realidad del parto, la identidad del hijo, ni su viabilidad. En el supuesto, la mujer debe demostrar por los medios probatorios del derecho común esos --- tres extremos.

Otro tanto puede afirmarse si el juez que conoce del divorcio, no aplica debidamente los preceptos legales - de que se ha hecho mérito.

Sanciones que establece la ley al cónyuge culpable:

a).- La pérdida de la patria potestad sobre los hijos habidos en el matrimonio.

b).- La obligación de pagar alimentos al otro cónyuge y naturalmente a los hijos menores de edad o incapacitados. Respecto de las mujeres, el Código establece la obligación - de alimentarlas, mientras no se casen y vivan honestamente. Como se sabe, se puede cumplir el deber de sostenerlas, in - corporándolas a la propia familia, pero esto no tiene lugar en los casos de divorcio.

c).- La de pagar al cónyuge inocente los daños y per - juicios que le produzca el divorcio.

d).- La de no poder contraer nuevo matrimonio, sino -- después de que hayan transcurrido dos años desde la fecha - en que se decretó el divorcio.

e).- El de devolver las donaciones hechas a su favor, por concepto del matrimonio.

Modos de Terminar el Divorcio Contencioso.

Concluye por las siguientes causas y en los siguientes casos:

1.- Por el desistimiento que haga el actor de su demanda, de acuerdo con las prescripciones del artículo 34 del Código de Procedimientos Civiles.

Como se sabe, el desistimiento de la demanda, no produce la pérdida de la acción, o sea de los derechos que el actor hizo valer en la propia demanda. Unicamente se extinguen los engendrados por la instancia, tales como los que derivan de la presentación de la demanda, su admisión y traslado al demandado, y las diferentes ventajas y adquisiciones procesales que se hayan producido durante la tramitación del juicio. Además, el desistimiento de la demanda exige la conformidad del demandado y el pago de los gastos y costas, más daños y perjuicios producidos por el juicio.

Aunque es cierto que el desistimiento de la demanda no produce la pérdida de la acción de divorcio, también lo es que si durante la tramitación del juicio y antes de presentar la nueva demanda, han transcurrido los seis meses fijados por el legislador, para la caducidad de la acción de que se trata, ésta se extinguirá por la misma caducidad.

Además hay razones serias para considerar el desistimiento como el perdón tácito que hace el cónyuge inocente al culpable, aunque se reconoce que este punto de vista es dudoso, porque puede haber casos en que el desistimiento se haga con la reserva expresa de los derechos del actor para promover nuevo juicio.

Fuera de esa hipótesis, ¿es de presumirse que -- del acto de desistimiento se infiere el perdón tácito, porque sólo es válido y eficaz el desistimiento de la demanda mediante el consentimiento del demandado sin haber obtenido el perdón del actor o la reconciliación de ambos cónyuges? No es creible tal cosa.

2.- Otra de las causas que ponen fin al divorcio es el hecho de que el actor se desista de la propia acción de divorcio. A diferencia del anterior, este desistimiento no requiere el consentimiento del demandado y además extingue dicha acción, según lo previene el mencionado artículo 34 del Código de Procedimientos Civiles, que no podrá ser --- ejercitada nuevamente por las mismas causas, o mejor dicho por los mismos hechos que sirvieron de fundamento a la acción anterior. Claro está que si esos hechos se repiten podrá iniciarse nuevo juicio, aunque estén comprendidos en la misma causa legal.

Como se sabe hay dos clases de perdón: el tácito y el expreso.

Este último se otorga mediante la palabra verbal o escrita; y aquél por medio de determinados hechos que necesariamente lo presuponen o por lo menos es de presumirse que exista, porque así se infiere de los hechos en que se-

hace consistir el perdón.

El perdón no consiste propiamente hablando en el olvido de la ofensa o de la mala acción que se perdona. -- Puede subsistir por mucho tiempo el recuerdo de las dos cosas a pesar del perdón, y no obstante tal circunstancia, - no por ella deja de existir el perdón con todos sus efectos. Consiste en realidad en la declaración de voluntad por parte de quien lo otorga de no hacer efectivas las sanciones y responsabilidades que tiene derecho a ejercitar en contra del cónyuge culpable. Perdonar no es olvidar, sólo no castigar.

Tratándose del perdón tácito, muchas veces bastará un beso, un abrazo que el cónyuge ofendido dé al ofensor para manifestar su perdón, pero todo depende de que en efecto, el acto de que se trate, sea de palabra, por escrito o de cualquier otra manera, pero que implique necesariamente la voluntad mencionada de no hacer efectivas las sanciones y responsabilidades en que haya incurrido el cónyuge ofensor.

En este particular se presentan en la práctica - circunstancias y problemas de difícil solución. Por ejemplo, se discute si el hecho de vivir juntos los esposos, - después de que haya sido conocido por uno de ellos el hecho culpable de su consorte, implica el perdón tácito. Los Tribunales franceses han establecido jurisprudencia, en el sentido de que ni aún la unión sexual de los esposos después de que el ofendido tenga conocimiento de la ofensa, - constituye un acto de perdón tácito.

En mi concepto es objetable este punto de vista

siempre y cuando dicha unión sea voluntaria por parte de -- los dos consortes, y más aún cuando la exige el ofendido.-- No parece justo que después de ello y de hacer uso de sus - derechos matrimoniales, el ofendido ejercite en contra de - su consorte la acción del divorcio, no obstante que la uni- ón matrimonial es necesariamente, o por lo menos debe serlo, un acto de amor libremente realizado. Tal acto supone el -- perdón de quien recibió la ofensa. Si no lo inspira el amor, sino solamente un instinto animal, entonces hay que conside- rar que quien lo exige ofende a su consorte.

3.- Caso diferente es aquel en que el cónyuge ofendido continúa suministrando alimentos a su consorte, porque en - este supuesto no hay una relación lógica entre dicho acto y el perdón de la ofensa. Pueden suministrar alimentos para - no incurrir en la responsabilidad consiguiente a la omisión de no darlos o también es posible interpretar ese acto como una acción noble y generosa de carácter voluntario que no - supone necesariamente el perdón.

4.- La cuarta causa por la cual puede concluir el di- vorcio es la reconciliación de los cónyuges, pero únicamen- te produce tal efecto cuando se realiza mientras no conclu- ya el juicio de divorcio con la sentencia firme e irrevoca- ble, de acuerdo con lo que dispone el artículo 280 del Cód^o Civil que a la letra dice: "La reconciliación de los con- yuges pone término al juicio de divorcio en cualquier esta- do que se encuentre, si aún no hubiere sentencia ejecutoria. En este caso, los interesados deberán denunciar su reconci- liación al juez, sin que la omisión de esta denuncia destru- ya los efectos producidos por la reconciliación.

En estos casos, la reconciliación puede implicar el perdón de mutuo agravio, aunque algunas veces sólo uno de los consortes sea el culpable, y el otro se reconcilie con él por el afecto que le profesó, por el bien de sus hijos o por nobleza de corazón.

La reconciliación, al igual que el perdón, puede ser expresa o tácita, pero en todo caso bilateral. Produce los mismos problemas enunciados en el párrafo anterior y no es un acto jurídico propiamente dicho, sino un mero hecho jurídico que no está sujeto a formalidad alguna.

En mi opinión, debe presumirse la reconciliación salvo prueba en contrario, cuando los cónyuges cohabitan de nuevo o se unen matrimonialmente.

Cabe observar que la obligación ya mencionada de denunciar al juez que conoce del divorcio, el acto de reconciliación, resulta inútil porque a pesar de que no se lleve a cabo, siempre producirá la terminación del juicio de divorcio.

Como principio de derecho que rige lo mismo el acto de perdonar y la reconciliación, puede formularse el siguiente: Tanto el uno como la otra presuponen para existir, que en el ánimo de los cónyuges haya, en un caso, la intención de perdonar y en la otra la voluntad de reconciliarse.

Para que el perdón y la reconciliación surtan el efecto de extinguir la acción de divorcio y de poner término al juicio respectivo, es del todo indispensable que ---

sean puras y simples, esto es, no sujetos a condición ni a plazo. Mientras éste no se cumpla y aquélla no se realice, los dos actos son ineficaces para producir los efectos que les atribuye la ley.

La reconciliación, lo mismo que el perdón, son un obstáculo insuperable para que el cónyuge ofendido pueda ejercitar de nuevo la acción de divorcio por los mismos hechos que hizo valer en el primer juicio.

5.- Otra de las causas que ponen fin al juicio de divorcio, es el acto que menciona el artículo 276, que dice: "Los cónyuges que hayan solicitado el divorcio por mutuo consentimiento, podrán reunirse de común acuerdo en cualquier tiempo, con tal de que el divorcio no hubiere sido decretado. No podrán volver a solicitar el divorcio por mutuo consentimiento, sino pasado un año desde su reconciliación"

6.- Puede también terminarse el juicio de divorcio -- por la caducidad de la instancia en los términos que precisa el artículo 137 del Código de Procedimientos Civiles, -- cuando ninguna de las partes incluyendo entre ellas al Ministerio Público, haga alguna promoción en el juicio durante 180 días hábiles que fija dicho precepto.

Cuando el juicio termina por la caducidad de la instancia, no se extingue la acción de divorcio, sino que puede ejercitarse de nuevo por los mismos hechos, pero -- siempre que no hayan transcurrido los seis meses que para la presentación de la demanda de divorcio exige la ley, --

tal como se ha explicado en el inciso relativo al desistimiento de la demanda.

7.- Igualmente termina el juicio de divorcio porque el cónyuge ofendido, o sea el actor de dicho juicio, renuncia a sus derechos y exija al otro consorte que se allane a vivir con él, de acuerdo con lo que dispone el artículo 281 del Código Civil.

En este caso hay dos actos jurídicos diferentes, por una parte, la renuncia que la ley supone expresa, de los derechos que tiene el cónyuge ofendido en contra del demandado en el juicio; y por otra, la pretensión de que su consorte se allane a vivir con él. De los términos del mencionado artículo se entiende que la renuncia de los derechos del consorte ofendido puede ser pura y simple, y no está condicionada a que el demandado acepte vivir con él. En otros términos, al efectuar la renuncia, el actor se desiste de la acción. De lo que se sigue que podrá más tarde continuar el juicio de divorcio, pero no iniciar otro nuevo por la misma causa que sirvió de fundamento al anterior.

Por lo tanto si el demandado, no cumple la obligación de cohabitar con su consorte, este último se encontrará en una situación adversa para él, ya que ha perdido los derechos que tenía contra su consorte, y no ha conseguido vivir en común. Surge la duda si debe demandar en juicio diferente al de divorcio el cumplimiento de la obligación de que se trata, o si, por el contrario, en el mismo juicio ha de exigirla. Me inclino por esta última solución, y me apoyo en las siguientes razones:

El artículo 281 del Código Civil determina los derechos que en dicho juicio tienen los cónyuges. Por tanto, cuando preceptúa que el ofendido puede renunciar a sus derechos se ha de entender que la renuncia podrá hacerla en el juicio de divorcio, y consiguientemente también la exigencia de que el demandado se allane a vivir con él.

La renuncia de los derechos que hace el ofendido implica forzosamente el perdón tácito que concede del acto culposo cometido por el otro cónyuge. En consecuencia, el juicio termina también por esa causa.

8.- Otra de las causas que ponen fin al juicio de divorcio, es la muerte de uno de los cónyuges. Son tan obvias las razones que la fundan, que no necesitan ser explicadas. Basta recordar que la muerte disuelve al matrimonio, para comprender que después de ella no tiene ya razón de ser el juicio de divorcio cuyo fin principal es disolver el vínculo conyugal.

9.- Puede éste terminar también por transacciones y convenio celebrado en el juicio y aprobados por el juez.

10.- Igualmente puede concluir el juicio por sentencia definitiva y firme con autoridad de cosa juzgada material y no solamente formal.

11.- En los juicios de divorcio, la sentencia definitiva es apelable en ambos efectos si no concede el divorcio, por lo cual la de primera instancia no pone fin al juicio.

Si, por el contrario, se concede el amparo y por

virtud del mismo se nulifica el fallo de segunda instancia, el juicio de divorcio estará vivo hasta que el tribunal de segunda instancia pronuncie nueva sentencia que substituya a la nulificada.

CAPITULO V

V.-"LA FALTA DE REPRESENTACION DE LOS HIJOS MENORES EN EL JUICIO DE DIVORCIO NECESARIO"

- 1.- Consideraciones Generales**
- 2.- Violación al Artículo 14 Constitucional**
- 3.- Violación al Artículo 16 Constitucional**

V.- LA FALTA DE REPRESENTACION DE LOS HIJOS MENORES EN EL JUICIO DE DIVORCIO NECESARIO.

Consideraciones Generales :

En el presente capítulo, me referiré concretamente a lo que puede considerarse una laguna en la ley, por lo -- que respecta a la Falta de Representación de los Hijos Menores en el Juicio de Divorcio Necesario de los padres. Para esto tenemos que entender lo que es capacidad, la cual la ley la define como sigue :

"Es la aptitud jurídica para ser sujeto de derechos y de deberes y hacerlos valer"

I.- Capacidad de Goce.- Es la aptitud jurídica para ser sujeto de deberes y derechos.

La ley da esa aptitud a seres inclusive que no -- nacen, sino que sólo están concebidos.

II.- Capacidad de Ejercicio.- Es la aptitud jurídica o para hacer valer los derechos que se tengan y para asumir deberes jurídicos.

El Código Civil nos dice con respecto a la capacidad en sus artículos 1798 y 1799 lo siguiente :

Art. 1798.- "Son hábiles para contratar todas las personas no exceptuadas por la ley"

Art. 1799.- "La incapacidad de una de las partes no puede ser invocada por la otra en provecho propio, salvo que sea indivisible el objeto del derecho o de la obligación común"

De lo anterior podemos observar que el citado Código, no tiene un capítulo debidamente formado con todas las disposiciones que regulan la capacidad y la incapacidad.

Cuando preceptúa que todas las personas son hábiles para contratar, excepto aquellas que la ley determine -- como incapaces, debiera enseguida señalar quiénes son incapaces; sin embargo nos debemos remitir al artículo 450 del mismo Código Civil, en el que dice que tienen incapacidad natural y legal: (27)

Art. 450.- "Tienen incapacidad natural y legal:

I.- Los menores de edad.

II.- Los mayores de edad privados de inteligencia -- por locura, idiotismo o imbecilidad, aún cuando tengan intervalos lúcidos.

III.- Los sordo-mudos que no saben leer ni escribir.

IV.- Los ebrios consuetudinarios y los que habitualmente hacen uso inmoderado de drogas enervantes.

(27) Rafael de Pina, Edit. Porrúa, S.A., México 1978, Cuarta Edición, pág. 208.

Ahora que ya sabemos qué es capacidad y qué incapacidad, en especial de ejercicio; por lo que respecta a ésta nos podemos plantear esta pregunta ¿qué hace un incapaz de ejercicio con su capacidad de goce solamente?

Ante esta situación de tener derechos y no poder ejercerlos, es que desde hace siglos, la mente del jurista creó la figura jurídica que se llama REPRESENTACION.

Concepto de Representación.- "Es el medio que determina la ley o de que dispone una persona capaz, para obtener, utilizando la voluntad de otra persona capaz, los -- mismos efectos jurídicos que si hubiera actuado el capaz, o válidamente un incapaz. (No confundir con la figura del Mandato) (28)

Existen cuatro tipos de Representación.

- A.- La otorgada por la ley.- Es instituída directamente por la ley; por ejemplo los padres -- representan a sus hijos.
- B.- La voluntaria.- Se establece directamente por la voluntad contractual. (Mandato o Testamⁿaria)
- C.- Judicial.- Se determina directamente por la -- autoridad jurisdiccional.
- D.- Oficiosa.- Por el hecho jurídico voluntario -- gesti3n de negocios, se consiguen eventual---

(28) Ernesto Gutiérrez y González. Edit. Cajica, S.A. Quinta Edici3n, México 1980, pág. 335.

mente algunos de sus efectos.

La Representación otorgada por la ley admite dos sub-clases:

a).- Representación de incapaces.

b).- Representación de capaces.

a).- Representación otorgada por la ley, de incapaces. Se realiza cuando la ley faculta a una persona ca paz para verificar actos jurídicos por nombre y cuenta de otra, que por disposición de la misma ley tiene incapacidad de ejercicio, y entonces -- las conductas que realiza aquella, surten efecto en el patrimonio o persona del incapaz.

Al capaz se le designa "representante" y al incapaz "representado"

Los menores de edad no tienen por regla general la administración, ni disposición de sus bienes; tienen una incapacidad de ejercicio creada por la misma ley, la cual -- en estas hipótesis, otorga a los que ejercen la patria potestad o tutela, la representación de los menores y pueden con las formas habilitantes del caso realizar todos los actos -- respecto de los bienes de éstos. Lo que haga el padre o tutor en cuanto al patrimonio del menor, surtirá efectos en el patrimonio de éste y no en el del que ejerce la patria potestad o tutela.

Se considera de gran importancia referirse en esto

punto, a lo que establece el Código Civil y algunos autores con respecto a la patria potestad y la tutela.

Por principio la patria potestad la podemos definir como el conjunto de facultades que suponen también deberes, conferidos a quienes la ejercen en relación a las personas y bienes de los sujetos a ella, con el objeto de salvaguardarlos en la medida necesaria.

La patria potestad no es renunciable, pero el Código Civil faculta a quienes corresponde ejercerla a excusarse, bien porque tengan sesenta años cumplidos; bien porque por su mal estado habitual de salud no puedan atender a su desempeño.

El artículo 283 del Código citado, otorga amplias facultades al juez familiar 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. El juez observará las normas establecidas en el Código señalado para los fines de llamar al ejercicio de la patria potesta a quien legalmente tenga derecho a ello.

Por ejemplo si se diera el caso en el que los cónyuges presentaran problemas que impidan el buen desarrollo de los menores, tales como drogadicción, prostitución o cualquier otro delito plenamente comprobado, y que cada cual ofrezca pruebas suficientes para evitar que el juez familiar dicte su fallo en favor del otro; éste valorará -

dichas pruebas y si considera que ninguno de los dos es apto para ejercer la patria potestad, debido a sus costumbres depravadas y malos tratos que afecten la salud, seguridad o moral de los hijos, el juez condenará a ambos cónyuges a la pérdida de este ejercicio, procediendo a aplicar lo que establece el artículo 414 del Código mencionado, que señala a quienes corresponde ejercer la patria potestad.

Pero si por alguna razón los ascendientes que menciona la citada ley se excusan con causa justificada, para cumplir con esta obligación, se agotarán todos los recursos con el fin de que estos familiares sean los encargados de satisfacer el cumplimiento de este ejercicio; si no sucediere así, los menores podrán ser enviados a las Instituciones que han sido creadas para atender estos casos, entre las cuales podemos mencionar el Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia (DIF), ya que es una Institución orientada a proporcionar y fortalecer el desarrollo de los menores, ya que persigue la finalidad de darles a los niños desamparados un ambiente que les infunda un sentimiento de seguridad.

Pero si por algún motivo no fuese posible el ingreso de dichos menores a estas Instituciones de asistencia, se levantará un acta donde se haga constar la situación de los expósitos, a fin de que las autoridades competentes decidan sobre el cuidado de estos menores, pudiendo ser los Consejos Locales de Tutela, ya que estos cuentan con una lista de personas de la localidad, que por su aptitud legal y moral pueden desempeñar la tutela; dichos Consejos velarán también porque los tutores cumplan sus debe-

res, especialmente en lo que se refiere a la educación de los menores, dando aviso al juez de lo Familiar de las faltas u omisiones, ya que éste es la autoridad encargada exclusivamente de intervenir en los asuntos relativos a la tutela.

Por lo que se refiere a la Tutela el Código Civil la define al señalar el objeto que le atribuye que es "la guarda de la persona y bienes de los que no estando sujetos a la patria potestad, tienen incapacidad natural y legal, o solamente la segunda, para gobernarse por sí mismos.

La tutela es una institución supletoria de la patria potestad, mediante la cual se provee a la representación, a la protección, a la asistencia, al complemento de los que no son suficiente para gobernar su persona y derecho por sí mismos, para regir, en fin, su actividad jurídica. Es por lo tanto una institución que hay que colocar dentro del ámbito del derecho de familia.

Existen tres clases de tutela :

1o.- La tutela testamentaria.- Es la que debe desempeñar la persona designada por el último ascendiente del incapaz, designación que debe contenerse en el testamento.

2o.- La tutela legítima.- Puede recaer: sobre los menores, sobre los dementes, idiotas, imbeciles, sordomudos, ebrios y personas que habitualmente abusan de las drogas enervantes, y sobre los menores abandonados y los acogidos

por alguna persona o depositados en algún establecimiento de beneficencia.

La tutela legítima de los menores tienen lugar cuando no hay quien ejerza la patria potestad, ni tutor testamentario, o cuando deba nombrarse tutor por causa de divorcio. Corresponde a los hermanos, de preferencia a los que sean carnales, y sólo por falta o incapacidad de los hermanos, a los otros colaterales, dentro del cuarto grado.

3o.- La tutela dativa tiene lugar cuando no hay tutor testamentario ni legítimo, o cuando el tutor testamentario está temporalmente impedido para ejercer su cargo y no hay pariente colateral dentro del cuarto grado.

La tutela para asuntos judiciales del menor de edad emancipado siempre será dativa.

Hay causas que también excusan el desempeño de la tutela: ser funcionario o empleado público; ser militar en servicio; tener bajo su potestad tres o más descendientes; los que fueren tan pobres, que no puedan atender a la tutela sin menoscabo de su subsistencia; los que por el mal estado habitual de su salud, o por su rudeza o ignorancia, no puedan atender debidamente a la tutela o curaduría; finalmente los que por su inexperiencia en los negocios o por causa grave, a juicio del juez, no estén en aptitud de desempeñar convenientemente la tutela.

Enseguida continuaremos con nuestro análisis de la Representación, el cual es tan indispensable e importante como el anterior.

b).- La Representación otorgada por ley, de capaces.- Se dá cuando la ley imputa obligatoriamente un capaz, las consecuencias de un acto realizado por otra persona capaz para evitarle un daño y fundado en una idea de solidaridad social.

La Representación Voluntaria, es la que se realiza cuando una persona capaz encomienda a otra también capaz, que acepte, la realización en su nombre de un determinado o indeterminado número de actos jurídicos, el que encomienda recibe el nombre de "representado y el que acepta el cargo "representante"

Para obtener esta representación es preciso que entre representante y representado, se celebre un contrato que se denomina mandato y así se aprecia del anterior concepto, según el cual una persona autoriza realizar a otra que acepta, respecto de un objeto, los actos jurídicos que se le encomienden.

Se tiene así que la fuente de la Representación Voluntaria no es otra que el contrato de mandato.

Sin embargo, como se verá, el mandato o "poder" como también se le llama, no siempre surte todos los efectos externos de la Representación y de ahí que no se puede afirmar que todo contrato de mandato confiere una Representación.

A continuación hablaremos de las Garantías Individuales, que protegen y garantizan como su nombre lo indica la seguridad de todos los ciudadanos, según contenido -

del artículo 1o. Constitucional que dice:

Art. 1o.- "En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución, las cuales no podrán restringirse ni suspenderse sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece"

El motivo de comentar las Garantías Individuales es con el fin de observar que hay casos en los que los hijos-cuyos padres promueven el juicio de Divorcio Necesario que dan completamente en estado de indefensión, ya que en ningún momento procesal son escuchados.

Por tal motivo es preciso comentar que en el juicio de Divorcio Voluntario, existe la intervención del Ministerio Público, la cual es de suma importancia ya que protege los derechos e intereses de carácter patrimonial de los menores de edad. En los casos en los que las partes formulan convenio de común acuerdo, en igual forma el Ministerio Público es quien determina su aprobación, siempre y cuando este convenio establezca la satisfacción suficiente y bastante de las necesidades del acreedor alimentario.

Caso contrario en el juicio de Divorcio Necesario, en el cual existe controversia y cada uno de los cónyuges trata en lo posible de adquirir menos responsabilidades, a fundándose en hechos falsos "comprobados", llegando en ocasiones los cónyuges a pactar convenios contrarios a la protección de los menores; violando la parte del artículo 1o. que dice: "todo individuo gozará de las garantías que otor

ga esta Constitución....", pero si observamos, en la práctica, en ningún momento son escuchados los hijos menores, ni representados por persona alguna, ni aún por el Ministerio Público.

Cabe mencionar también que el artículo 14 Constitucional, párrafo 4o. que a la letra dice:

"En los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley y a falta de esta se fundará en los principios generales de derecho"

Al respecto podemos decir que en una sentencia de divorcio necesario no son tomados en cuenta los menores, ni hay nadie que legal y directamente los represente en sus -- intereses, por lo tanto esta sentencia causa perjuicios y -- cambia la situación jurídica, la cual es una resolución que va a afectar a los menores, por lo cual es violatoria del -- artículo 14 Constitucional, que consagra las garantías de -- audiencia y legalidad.

Ahora bien, es conveniente sugerir con relación a este importante punto, que aún cuando una de las partes pierda el juicio de divorcio necesario, no se le sentencie a la pérdida de la patria potestad de sus menores hijos, lo cual generalmente sucede, sin trámite judicial alguno; proponiendo en su caso, que entre los puntos resolutivos que se dicten dentro de la sentencia, se asiente que al cónyuge culpable se le permita visitar y convivir con sus hijos, porque de otra manera se les puede causar un trauma psicológico, -- y daño emocional, ya que el alejamiento que produce la --

separación repercute en su desarrollo físico y moral.

Por lo que se refiere al artículo 16 Constitucional - que en su primera parte dice:

"Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que --- funde y motive la causa legal del procedimiento."

Como puede apreciarse en el artículo 14 Constitucional y en la primera parte citada, son la base sobre la que descansa el procedimiento protector de los derechos del -- hombre.

Por lo tanto si estos no se toman en cuenta, se considera una grave violación a los mismos, las resoluciones en el Juicio de Divorcio Necesario, comentado en este capítulo.

Por último, como resultado de este trabajo de tesis y en base a lo que se ha expuesto, en el sentido de que los menores deben de gozar de la protección de las autoridades, se sugiere, como ya se dijo antes, la necesidad de que el estado sea el encargado de velar por los intereses de estos pequeños, mediante la intervención del Ministerio Público, en los juicios de divorcio necesario, porque en la medida que se tutelen los intereses de éstos niños, se for talecerá el principio de justicia como valor supremo de la base y libertad que deben emanar de los seres humanos, ayu dándolos a que tengan un desarrollo y desenvolvimiento ple

no, sin que se les limite intelectual, social y culturalmente, ya que debemos estar conscientes de que los menores son la esperanza de hoy y la realidad del mañana; por lo tanto tenemos el compromiso ineludible de brindarles las garantías, seguridades y oportunidades para su desarrollo.

CONCLUSIONES .

CONCLUSIONES .

1o.- El objetivo principal de este trabajo es el deseo de que se considere y analice en un futuro próximo lo que estimo violaciones a los artículos 14 y 16 Constitucionales, en lo que se refiere a "La Falta de Representación de los Hijos Menores en el Juicio de Divorcio Necesario", a fin de que éstos menores queden debidamente protegidos, garantizándoles su educación, alimentación y custodia, ya que en la mayoría de los casos son víctimas inocentes de las desavenencias, malos tratos o errores de -- los que un día por diversas razones o circunstancias, decidieron unirse en matrimonio.

2o.- Por lo anterior y tomando en cuenta que vivimos en una sociedad que se preocupa por el bienestar de los menores, no le sería difícil unir esfuerzos, con apoyo en las Instituciones y Organismos que el Ejecutivo Federal ha establecido para cuidar, vigilar y atender los casos -- en los que es necesaria la intervención de la autoridad -- competente que sancione los actos contrarios a la protección del menor, haciendo estudios jurídicos y legislando, con el fin de salvaguardar sus intereses fundamentales.

3o.- Se hace hincapié en que en el Juicio de Divorcio Necesario que se comenta, se dé intervención al Ministerio Público, adscrito al Juzgado Familiar correspondien

te, para que cumpla con la finalidad de atender esta problemática, sugiriendo asimismo que no se sancione al cónyuge culpable con la pérdida de la patria potestad, sino que ambos la sigan ejerciendo, de acuerdo con el artículo 414 fracción I del Código Civil vigente, concediendo la custodia al cónyuge inocente, el cual deberá permitir al culpable, ver y convivir con sus menores hijos, para que éstos no sufran traumas psicológicos, por la falta de atención, cariño y amor paternal (si este fuere el caso), tomando en consideración que éste queda obligado de acuerdo con el artículo 308 del ordenamiento antes citado, a proporcionar lo necesario para los gastos de alimentación y educación, ya que cabe mencionar lo que el artículo 311 dice "los alimentos han de ser proporcionados a la posibilidad del que debe darlos y a la necesidad del que debe recibirlos", complementándolo con el 322 que señala"..... en la cuantía estrictamente necesaria para ese objeto, siempre que no se trate de gastos de lujo"

Asimismo, a manera de comentario final diremos que el artículo 288 del Código Civil vigente, en su primera parte dice: "En los casos de divorcio necesario, el juez tomando en cuenta las circunstancias del caso y entre ellas la capacidad para trabajar de los cónyuges y su situación económica, sentenciará al culpable al pago de alimentos en favor del inocente"

De lo anterior se desprende que al referirse a la capacidad para trabajar de los cónyuges se refiere a ambos, lo que sería de mayor beneficio para que los hijos gocen de una situación menos limitada, ya que podría darse el -

caso que el cónyuge inocente cuente con una situación económica más desahogada que la que pudiera tener el cónyuge culpable, y además con capacidad para solventar los gastos de los hijos, lo cual les brindaría más apoyo y protección.

Con base en lo expuesto anteriormente, en el sentido de que no existen los medios suficientemente proteccionistas del menor, en los casos en que sus padres (uno de ellos), promueven juicio de divorcio necesario, sin considerar la situación de sus menores hijos: es de vital importancia que los señores legisladores regularicen esta omisión y se reglamente la intervención del Ministerio Público, para que queden legalmente garantizados los derechos de estos pequeños.

BIBLIOGRAFIA.

B I B L I O G R A F I A

- Bravo González Agustín y Sara Bialostosky, Compendio de -
Derecho Romano, Novena Edición, Edit. Pax-México, Mé-
xico 1978.
- Bravo González Agustín y Beatriz Bravo Valdés, Primer Cur-
so de Derecho Romano, Décima Edición, Edit. Pax-Mé-
xico, México 1983.
- Burgoa Ignacio, Las Garantías Individuales, Décimosexta -
Edición, Edit. Porrúa, S.A., México 1982.
- De la Paz y F. Víctor M., Teoría y Práctica del Juicio de
Divorcio, Editor Fernando Leguizamo, Primera Edición,
México 1981.
- Margadant S. Guillermo Floris, El Derecho Privado Romano,
Novena Edición, Edit. Esfinge, S.A., México 1985.
- Gutiérrez y González Ernesto, Derecho de las Obligaciones,
Quinta Edición, Edit. Cajica, S.A., México, 1980.
- García Máynez Eduardo, Introducción al Estudio del Derecho,
Trigésima Edición, Edit. Porrúa, S.A., México 1979.
- Martín Reig Marisol, El Divorcio en México, Cía. General de
Ediciones, S.A., Colección Ideas, Letras y Vida, Se-
gunda Edición, México 1979.

Pallares Eduardo, El Divorcio en México, Cuarta Edición,
Edit. Porrúa, S.A., México 1984.

Pina Rafael de, Derecho Civil Mexicano, Tomos I y II, Edit.
Porrúa, S.A., México 1980.

Petit Eugene, Tratado Elemental de Derecho Romano, Edit.
Epoca, S.A., México 1977.

Sánchez Meda Ramón, Los Grandes Cambios en el Derecho de
Familia en México, Primera Edición, Edit. Porrúa, S.A.
México 1979.

Tena Ramírez Felipe, Derecho Constitucional Mexicano, De-
cimoséptima Edición, Edit. Porrúa, S.A., México 1980.

LEGISLACION.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Código Civil de 1870, para el Distrito Federal y Territorio
de la Baja California.

Código Civil de 1884, para el Distrito Federal y Territorio
de la Baja California.

Código Civil vigente, para el Distrito Federal.

Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

Código Penal para el Distrito Federal.

DIARIOS Y REVISTAS

Diario de los Debates, Palacio Legislativo Tomo II, No.19
México.

Revista del Menor y la Familia, Sistema para el Desarrollo
Integral de la Familia (DIF), Volumen 3, 1984.

DICCIONARIOS Y ENCICLOPEDIAS

Diccionario Jurídico, Edit. Porrúa, México 1979.

Enciclopedia de la Lengua Española, Real Academia Española,
Décimonovena Edición, Edit. Espasa-Calpe, Madrid 1981.