

MATRIMONIO Y DIVORCIO

Manuel F. Chávez Asencio*

1. Referencia al Matrimonio.

El artículo 266 del Código Civil para el Distrito Federal, en su primera parte, dice que “el divorcio disuelve el vínculo del matrimonio”. Esta disposición legal hace referencia al vínculo y al matrimonio, por lo cual debemos aludir, aún cuando sea breve, a la institución matrimonial. Deseamos hacerlo porque esta institución es la que se termina con el divorcio.

Para que el divorcio proceda debe haber matrimonio válido. Debe tenerse en cuenta que el matrimonio es permanente por naturaleza, y el religioso es indisoluble. El vínculo conyugal se entiende intrínsecamente indisoluble si no puede disolverse por voluntad de quienes lo constituyeron, es decir, por voluntad de los cónyuges. Se entiende como extrínsecamente indisoluble si no existe en el mundo autoridad capaz de disolverlo.

Observamos que para la existencia del matrimonio, adicionalmente al consentimiento de los contrayentes, se requiere la declaración del Juez del Registro Civil. También es conocido que para su extinción se requiere un decreto o sentencia de otro representante de la autoridad, que puede ser el Juez del Registro Civil en caso de divorcio voluntario administrativo, o el Juez de lo Familiar en el caso del divorcio voluntario judicial o del contencioso. Lo anterior significa que los cónyuges por sí no pueden dar por terminada la relación jurídica conyugal, es decir, el matrimonio es intrínsecamente indisoluble, porque para terminarlo se requiere de una resolución o decisión de un funcionario público.

El divorcio es una excepción. Tomando en consideración lo expresado en el sentido de que el matrimonio es permanente, la excepción es el divorcio que lo disuelve, y la excepción confirma la regla. Las instituciones familiares son permanentes por naturaleza, a diferencia de lo transitorio de las relaciones jurídicas de carácter patrimonial económico. Así lo observamos en la adopción, reconocimiento de hijos, el

* Profesor del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana.

matrimonio, etc. Suponer que el divorcio fuera lo que pretenden las parejas al casarse, sería tanto como convertir la excepción (el divorcio) en principio y el matrimonio en algo transitorio.

“La institución del matrimonio es de orden público, por lo que la sociedad está interesada en su mantenimiento y sólo por excepción la ley permite que se rompa el vínculo matrimonial”⁽¹⁾.

En la permanencia del matrimonio están interesada la comunidad y el Estado, así lo han expresado tanto la doctrina como la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, dentro de las cuales destaco la siguiente:

“Nuestro régimen legal, en relación con el matrimonio, que es de carácter monogámico, cimentándose además en la permanencia, la razón de ser y finalidad del matrimonio se sustenta en la idea de un respeto y comprensión absoluta entre los cónyuges, para dar la creación moral a la célula que constituye la familia dentro del conglomerado”⁽²⁾.

Congruente con lo anterior, es de señalarse que el divorcio sólo debe proceder por causas graves o bien por enfermedad. “Siendo el matrimonio la base de la familia, que a su vez es la de la sociedad, el Estado, preocupándose por ello mismo, por la estabilidad de la institución, sólo permite su disolución por divorcio en casos verdaderamente graves, expresamente señalados por la ley. De aquí que todas las disposiciones legales que establecen tal disolución, son de interpretación estricta y que únicamente es procedente decretar aquél solo por causas específicamente ennumeradas”⁽³⁾.

2. Matrimonio.

La palabra matrimonio se aplica indistintamente a dos situaciones diferentes, si bien unidas entre sí por una relación de causa a efecto: la celebración del matrimonio y el matrimonio en sí, es decir, la vida conyugal de la pareja humana. Algunos autores agregan, adicionalmente, un tercer significado al referirse a la pareja formada por los consortes.

(1) Amparo directo 5329/1958.

Beatriz Margarita Machin de Moreno, resuelto el 27 de agosto de 1958 por unanimidad de cinco votos. Ponente Ministro Garola Rojas. Precedentes: directo 4364/1952 Velez Jorge Juan, Tomo CXXI, pág. 1038, directo 1337/1954. Ortiz Zavala Amado, Tomo CXXIV, pag. 835; Directo 425/1938. Comunidad de Herederos de Saturnino A. Sauto, Tomo CXIX, pág. 352; Directo 4244/1939, Ríos Salazar Juana del, Tomo LXIII, pág. 333541; Directo 2789/1931. González Gamboa Aurelio, Tomo XXXIX, pág. 1894; Directo 6562/1950. Ferrán Fernández Horacio, Tomo CXI, pág. 133. 3a. Sala. Boletín 1969, pág. 523. Sexta Época, Vol. XXVI, Cuarta Parte, pág. 69 Jurisprudencia 165 (Sexta época), pág. 517 Sec. 1a. Vol. 3, Sala (Ediciones Mayo. Actualización 1, Civil No. 1118, pág. 566).

(2) Amparo Directo 1247/1972.

Fernando Pérez Vázquez, julio 12 de 1774.

(3) Amparo Directo 3635/1955. Emigdio Torres Ullrich. Resuelto el 26 de enero de 1956. 3a. Sala, Boletín 1956, pág. 90 (Visible Ediciones Mayo, Tomo Civil, pág. 418).

“El mismo término técnico “matrimonio”, designa dos realidades; por una parte, una institución jurídica que comprende el conjunto de las reglas que presiden la organización social de la unión de los sexos y de la familia natural, y, por otra parte, un acto jurídico que se concreta a la celebración de esta unión ante el oficial del estado civil y cuyo único objetivo es la adhesión de los interesados a la institución jurídica del matrimonio. Ver el término técnico “matrimonio” única o principalmente el acto jurídico del matrimonio, es deformar totalmente la realidad, tomar lo accesorio por lo principal, y más bien un simple elemento externo por la institución misma. Por lo demás, no significa ésto que el acto jurídico del matrimonio no sea un acto jurídico complejo, en virtud de reunir en sí tanto el consentimiento de los esposos como la participación del oficial del estado civil, que complementa este consentimiento. Pero su función permanece siempre externa, subordinada en relación a la institución jurídica del matrimonio”⁽⁴⁾.

Entiendo que el matrimonio en sentido propio es lo que se llama una comunidad conyugal, o sea, el matrimonio estado. A la celebración se le aplica el mismo vocablo de matrimonio por extensión, debiendo ser más exacto denominarla: nupcia, boda o casamiento, lo que pone en relieve el carácter causal o transitorio del acto constitutivo que es sólo la celebración del matrimonio.

Estas dos realidades dificultan una definición del matrimonio. Conjugando ambas podemos señalar que el matrimonio es un acto jurídico conyugal (pacto conyugal) en el que intervienen, además, el Juez del Registro Civil para constituir el vínculo conyugal, el que se traduce en el matrimonio-estado, como comunidad íntima y permanente de vida conyugal de un hombre y una mujer, en orden al amor conyugal la procreación responsable y la promoción humana de ambos⁽⁵⁾.

2.a.- *Matrimonio-acto*. La boda como todo acto jurídico requiere de un motivo determinante en la voluntad (Art. 1795 fc. IV y 1831 c.c.), del consentimiento y objeto que pueda ser materia del mismo (Art. 1794 c.c.). Requiere también de la capacidad, que el consentimiento se exprese libre y espontáneo, y de formas y solemnidades especialmente previstas para el matrimonio. Es decir, se requiere de elementos esenciales que permitan su existencia y de elementos de validez.

Como elemento de existencia en todo acto jurídico se requieren: la manifestación de la voluntad y la existencia de un objeto física y jurídicamente posible. El Derecho de familia, y en este caso el matrimonial, tiene la especialidad de su propia naturaleza que hace que, adicionalmente a los elementos señalados, se de la diferencia de sexos, que aún cuando relacionado con el objeto debe destacarse su necesidad, y también la solemnidad que según la doctrina es elemento de existencia.

(4) Bonnacese Julian. La filosofía del Código de Napoleón aplicada al Derecho de Familia. Editorial José E. María Cajica, Puebla, México. 1945, pág. 224.

(5) Chávez Ascencio Manuel F. La Familia en el Derecho. Relaciones Jurídicas Conyugales, Editorial Porrúa, S.A. México 1985, pág. 70.

Siguiendo la teoría general, como elementos de validez para la celebración del matrimonio (boda), encontramos la necesidad de que el objeto, motivo o fin sean lícitos (Art. 1795 fc. III). El consentimiento debe ser libre y espontáneo, señalándose como vicios del mismo el error, el dolor y la violencia (Arts. 1812, 1823 c.c.) Se requiere la capacidad de los contrayentes, tanto para cumplir los deberes, derechos y obligaciones del matrimonio por haber llegado a la edad núbil, cuanto para poder celebrar el acto jurídico al ser mayores de edad, o tener la autorización de sus padres o tutores en caso de mayores de 14 y 16 años para la mujer y el varón respectivamente. Por último, también en la boda están como necesarias ciertas formalidades que deben satisfacerse antes de la celebración, y durante la boda en los términos que dispone nuestra legislación.

Habiéndose satisfecho los requisitos de validez, del matrimonio que existe por haberse cumplido los esenciales es un matrimonio válido. En esta parte es donde pueden surgir todos los problemas de invalidez que pueden acarrear la nulidad del matrimonio, tanto civil como eclesiástico.

2.b. Matrimonio-estado. Dados los elementos señalados, el acto jurídico conyugal existe y siendo válido produce el vínculo jurídico, es decir, la relación jurídica conyugal que se vive en el matrimonio-estado, o sea, la comunidad íntima de vida conyugal.

El matrimonio, como comunidad de vida, tiene una riqueza de convivencia y relaciones interpersonales que excede la regulación jurídica. El matrimonio, se origina de la propia naturaleza de la persona y de la unión natural de la pareja hombre-mujer; de estas realidades humanas surge el Derecho Familiar, que no es posible se elabore en gabinete, pues debe responder a la propia naturaleza de la persona y del matrimonio para regular y promover la relación interconyugal y, posteriormente, la familiar.

El hombre es un ser sociable por naturaleza, de donde se desprende la idea de relación, como una necesaria vinculación, ya intelectual, ya emocional, volitiva o legal entre personas y entre el individuo y la sociedad.

Por lo tanto, relación significa conexión, correspondencia, trato, comunicación de una persona con otra. Pueden haber relaciones de parentesco, de amistad, amorosas, comerciales, etc.

Estos conceptos dan base para poder elaborar el de relación jurídica, que podemos entender como la vinculación dinámica que entre personas se da, por sus deberes, obligaciones y derechos, que está prevista y regulada en el Derecho positivo.

Los vínculos jurídicos surgen del matrimonio, del parentesco, la patria potestad o tutela como instituciones jurídicas previstas en el Derecho, o situaciones de hecho (concubinato y madre soltera) previstas directa o indirectamente en la norma.

De lo anterior se desprende la íntima relación de causa y efecto entre la boda y la vida conyugal. Del acto jurídico conyugal surge el vínculo jurídico, que es la comu-

nidad íntima de vida conyugal como un estado jurídico, cuya relación se integra por los deberes, obligaciones y derechos conyugales.

Hago diferencia entre deberes y obligaciones, pues estimo que los primeros responden a unas exigencias distintas y, consecuentemente, tienen naturaleza jurídica diversa. Tanto deberes como obligaciones son responsabilidades que deben cumplir los cónyuges durante su vida matrimonial dentro de la relación interpersonal y jurídica dinámica. Pero la diferencia está en que los deberes, siendo responsabilidades como he dicho, carecen de contenido económico o pecuniario a diferencia de las obligaciones que tienen un valor, o pueden ser cuantificadas. A título de ejemplo sirva el deber de fidelidad, consignado en la legislación como un valor que debe protegerse y promoverse, por lo que su violación produce como sanción el divorcio en los términos del artículo 267 fc. I c.c.

También como criterio para diferenciar los deberes de las obligaciones, se observa que los primeros responden o tienen su fundamento muy claramente señalado en valores morales o religiosos, que sin dejar de ser tales, el legislador los toma y los incorpora en la norma. Así podemos encontrar en materia penal que conservándose como pecado el privar a una persona de la vida o despojarla de sus bienes, en la legislación se consignan como delitos el homicidio y el robo. Encontramos también como diferencia la dificultad, o imposibilidad en muchos casos de exigir el cumplimiento de un deber; a título ejemplo, pensemos la dificultad para que un cónyuge exija judicialmente fidelidad al otro. Por último, también encontramos diferencia en cuanto a los acreedores. En esta relación jurídica conyugal ambos consortes son responsables del cumplimiento de los mismos deberes frente al otro. Es decir, ambos tienen las mismas facultades y los mismos deberes, lo que significa que entre ellos hay reciprocidad y complementariedad, a diferencia de las distintas obligaciones y derechos que existen en cualquier acto jurídico patrimonial-económico.

A título sólo enunciativo, pues no es materia de este trabajo desarrollar los distintos deberes conyugales que en la legislación existen, señalaré como tales los siguientes:

La vida en común (Art. 163 c.c.). Se refiere al deber de los conyuges de vivir juntos en el domicilio conyugal, que hará posible el cumplimiento de los otros deberes.

Débito carnal (Art. 147 y 162 c.c.). Este deber está comprendido dentro del amor conyugal, como una realidad personalizante, unitiva y de mutua entrega. En nuestra legislación, aún cuando no se alude claramente a este deber, es posible reconocer su existencia pues sería difícil satisfacer el amor conyugal y la procreación responsable, con los cuales guarda íntima relación.

Fidelidad (Art. 167 fc. I c.c.). Es un valor cuya violación por el adulterio está consignado en la legislación, pero comprende también el cumplimiento de la promesa dada, y el compromiso diario y permanente entre cónyuges como forma y camino de vida.

La ayuda y el socorro mutuo (Art. 147 y 162 c.c.). Actualmente debe entenderse como la promoción conyugal integral que estos se deben al haberse comprometido en la celebración del matrimonio.

Respeto. A este deber se hace referencia en diversas disposiciones legales, aún cuando no exista una que expresamente lo mencione. Deben respetarse al varón y la mujer, y al celebrar el matrimonio debe haber plena libertad para manifestar su consentimiento; para lograrlo están los impedimentos que lo obstaculizan por violencia, o por dolor, que significan falta de respeto a alguno de los contrayentes. Encontramos también igualdad de dignidad y de derechos entre ambos, y cualquiera podrá desempeñar un trabajo fuera del hogar, siempre que no dañe la moral de la familia y la estructura de ésta.

Autoridad. (Art. 168 c.c.). Esta es compartida y en el matrimonio hay cogobierno tanto en lo que respecta al hogar conyugal, como a la educación y administración de los bienes de los hijos.

Están presentes también las obligaciones, es decir, aquellas responsabilidades que tiene un contenido patrimonial económico, dentro de las cuales se citan las siguientes:

Alimentos (Art 302 c.c.). Los conyuges deben darse alimentos; ésta obligación subsistirá en caso de divorcio en los términos que previene el Código Civil.

Sostenimiento del hogar (Arts. 163 y 164 c.c.). No obstante que puede estimarse que el sostenimiento del hogar está comprendido dentro del concepto de los alimentos, nuestra legislación hace una especial referencia a la obligación de los cónyuges de contribuir económicamente al sostenimiento del hogar, 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 proporciones que acuerden.

Sucesión. Se hace referencia tanto al derecho que tiene el cónyuge a la sucesión intestada, como a los alimentos en caso de la testamentaria, que será inoficiosa en la parte correspondiente a los alimentos a los que tiene derecho el cónyuge.

Servicios personales. (Art. 216 c.c.). Es obligación dentro del matrimonio ayudarse y prestarse servicios personales entre cónyuges, los que serán gratuitos.

Adicionalmente a los deberes y obligaciones, debemos tomar en cuenta los efectos que surgen del matrimonio, y se hace referencia a los siguientes:

Régimen de bienes. Los cónyuges necesariamente deberán celebrar el matrimonio sujetándose a alguno de los regímenes posibles que son: separación de bienes, sociedad conyugal, o el mixto.

Patrimonio de familia. La posibilidad de constituir un patrimonio de familia no es usual en nuestro país, lo que nos señala necesidad de estudiar esta institución para hacerla operativa mediante los cambios correspondientes.

Donaciones. En el Derecho de familia se hace referencia tanto a las donaciones antenuptiales como a las que entre consortes se dan, y que tienen efectos jurídicos

durante el matrimonio según podrá apreciarse posteriormente al tratar sobre el divorcio.

Sueldos y emolumentos. Estos están destinados al sostenimiento del hogar conyugal en forma prioritaria, y después, según sea el régimen, se podrán disfrutar por cada uno de ellos, o entrarán a formar parte del fondo social.

Daños y perjuicios. Ambos son responsables de los daños y perjuicios que se pueden causar (Art. 218 c.c.).

Limitación de capacidad. No obstante que los contrayentes sean mayores de edad, al casarse sufre una limitación en su capacidad, pues requieren de autorización judicial para contratar entre sí, salvo los contratos específicamente excluidos en la ley (Art. 174 y sigs. c.c.).

Se interrumpe la prescripción. Para fomentar la unión conyugal, y evitar conflictos durante la vida en esta comunidad, el artículo 177 c.c. previene que durante la vida conyugal se interrumpe la prescripción.

Adicionalmente habrá que tomar en cuenta el advenimiento de los hijos. Estos generan una relación jurídica paterno-filial, en donde está presente la patria potestad a cargo de los progenitores y la responsabilidad filial como respuesta de los hijos a aquellos, con todos los deberes, obligaciones y derechos que en dicha relación se establecen en forma natural y son asumidas en la legislación.

Del matrimonio-estado, es decir, de la comunidad íntima y permanente de vida conyugal es donde pueden surgir los conflictos o problemas de divorcio. El incumplimiento de algún deber o de alguna obligación conyugal o filial, producirán una relación humana insana que se puede calificar de ilícita en lo jurídico, y desembocar en el divorcio como solución, aún cuando no necesariamente, pues existen el perdón y la reconciliación humanamente posibles y jurídicamente establecidos en nuestra legislación.

3.— Divorcio.

Es la forma legal de extinguir un matrimonio válido en vida de los conyuges.

Del concepto expresado se deduce: el divorcio como disolución del vínculo matrimonial, solo puede obtenerse en forma legal; es decir, con los procedimientos legales al presentarse algunas de las causas contenidas en la legislación, que son de estricta aplicación, pues "siendo el matrimonio la base de la familia, que a su vez es de la sociedad, el Estado, preocupándose por ello mismo, por la estabilidad de la institución, sólo permite su disolución por divorcio en casos verdaderamente graves, expresamente señalados por la ley. De aquí que todas las disposiciones legales que establecen tal disolución son de interpretación restrictiva y que únicamente es procedente decretar aqué sólo por las causas específicamente numeradas por la ley"⁽⁶⁾. El

(6) Amparo Directo 3653-1955. Emilio Torres Ulrich, 3a. Sala, Boletín 1956, pág. 90 Ediciones Mayo Civil No. 920, pág. 418.

divorcio extingue el matrimonio válido es decir, aquél para cuya celebración se cumplieron los requisitos de validez, pues de lo contrario habría ilicitud, y el problema debe resolverse vía nulidad. Es la forma de extinción en vida de los cónyuges, pues el matrimonio puede terminar también por nulidad, o muerte de alguno de ellos.

Como consecuencia del divorcio: se termina el matrimonio; se termina la relación jurídica conyugal; se termina la comunidad de vida íntima; se terminan los deberes conyugales; se conservan algunas obligaciones conyugales; y conserva la relación jurídica paterno filial.

El matrimonio, como institución de orden público, de interés social y célula básica de la sociedad termina. La forma legal de terminación no es de orden público, ni de interés social. Esto parece claro, porque si el matrimonio como célula básica está considerado de orden público y de interés social, no puede estimarse con los mismos atributos lo que termina esta comunidad, aún cuando se estime como necesario para evitarse daños entre cónyuges o a los hijos. El divorcio es una solución o consecuencia de no haber sabido construir el matrimonio; de un fracaso de alguno, o de ambos cónyuges; de inmadurez para la vida conyugal, de egoísmo o de irresponsabilidad.

El divorcio no es un derecho subjetivo. Los derechos subjetivos son propios de la persona, o bien derivan de un acto o hecho jurídico. Los primeros los tiene toda persona, independientemente de su sexo, edad, raza, origen de nacimiento, etc. En el orden familiar, podemos señalar que existen los derechos familiares de la persona (a título de ejemplo: derecho de contraer el matrimonio y prepararse para él, a formar y ser parte de una familia, etc.) y los derechos sociales de la familia (a título de ejemplo: el derecho al ser y hacer de la familia, a la seguridad social, a la educación, etc.)⁽⁷⁾. Adicionalmente están todos los derechos que aparecen consagrados como garantías individuales en la Constitución.

Otra forma de adquirirlos es mediante el acto o hecho jurídico sobre lo cual no me detengo por no ser materia de este estudio.

El divorcio no se origina por ninguna de las situaciones señaladas. Las parejas no se casan para divorciarse como si fuera un camino de vida que primero deben pasar por el matrimonio para después vivir como divorciados. El divorcio se origina por el incumplimiento a los deberes y obligaciones, que ocasiona una relación interpersonal insana y jurídicamente ilícita. Al romperse la convivencia conyugal por el incumplimiento, surge la posibilidad de la disolución. Es facultad exclusiva del cónyuge inocente demandar al culpable la disolución del vínculo (Art. 278 c.c.). Es decir, surge la posibilidad de actuar ante los tribunales mediante el ejercicio de la acción correspondiente.

La acción no es un derecho subjetivo. Puede "concebirse como el poder jurídico de provocar la actividad de juzgamiento de un órgano que decida los litigios de inte-

(7) Chávez Ascencio Manuel F. La Familia en Derecho, Vol. I Editorial Porrúa, S.A. México 1974, pág. 381.

reses jurídicos”⁽⁸⁾. Independientemente de que se acepte o no la autonomía de la acción, siguiendo las teorías modernas que la conciben como un derecho abstracto de obrar procesal, de carácter público, cívico, autónomo, para pretender la intervención gubernamental a través de la prestación de la actividad jurisdiccional y lograr una justa composición del litigio planteado (Carnelutti, Hugo Rocco, Alfredo Rocco, etc.), no puede equipararse al derecho subjetivo en los términos antes expresados, pues la acción del cónyuge inocente surge sólo en caso de incumplimiento a los deberes u obligaciones conyugales o filiales.

El divorcio es un mal necesario, o un mal menor. También puede estimarse como un fracaso que afecta a la comunidad y al Estado y, principalmente afecta a los hijos.

De lo dicho en relación al matrimonio, se deduce que la extinción del mismo es compleja, tanto por lo que termina, como por lo que permanece. La disolución no termina los recuerdos, ni las relaciones interpersonales habidas entre consortes. Evidentemente, terminan los deberes conyugales que sólo son posibles durante la vida de la pareja. Pero continúan algunas de las obligaciones que tienen el carácter patrimonial-económico, y también la relación interpersonal y jurídica con los hijos.

Independientemente de la clase de divorcio, bien sea voluntario judicial o necesario, (excluyo el administrativo que es un mero trámite que debería desaparecer de nuestra legislación) habrá necesidad de resolver varias y complejas situaciones jurídicas que deben plantearse, bien sea en el convenio o en la demanda. Debe tenerse presente lo que expresa el artículo 31 c.p.c., en el sentido de cuando “haya varias acciones contra una misma persona, respecto de una misma cosa, y provenga de una misma causa deben intentarse en una sola demanda; por el ejercicio de una o más quedan extinguidas las otras”. Este principio estimo no solo es aplicable en la demanda, sino también al convenio, puesto que este será homologado por el juez de lo familiar y comprendido dentro de la sentencia que dicte, que tendrá fuerza obligatoria para los divorciados.

En el divorcio habrá que tomar en cuenta la complejidad de las relaciones interpersonales y jurídicas surgidas del matrimonio, y, por lo tanto, tendría que comprenderse, bien sea en la demanda o en el convenio, lo siguiente: la situación de los cónyuges; la relación con los hijos; y las cargas económicas.

3.A En relación con los cónyuges. Deben tomarse decisiones en el convenio judicial, o incorporarse a la demanda, que afectarán a los cónyuges durante la fase procesal, y también preveer las consecuencias jurídicas que permanecerán y afectarán a los divorciados.

(8) Flores García Fernando.

Diccionario Jurídico Mexicano. Tomo I, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México 1982, pág. 40.

Separación. En el convenio se debe prever la separación de los cónyuges (Art. 273, III, y 275 c.c.), lo que también debe resolver el juez en forma provisional al plantearse la demanda, o antes si hubiere urgencia, en los términos del artículo 282 c.c. Debe tomarse en cuenta que los deberes y obligaciones conyugales y filiales permanecen. Esta por decretarse el divorcio.

Casa conyugal. Surge o pueden surgir problemas para decidir quien será desplazado de la casa familiar. Esto puede agravarse cuando el inmueble es propiedad del cónyuge que no conserva la custodia provisional de los hijos. Ambos deben resolver y costear, en la forma en que así lo hubieren vivido conyugalmente, el mantenimiento de la casa familiar durante el proceso.

Donaciones. En el Derecho Familiar existen dos clases de donaciones, que son especiales y siguen reglas diversas al contrato de donación. Las donaciones antenuptiales en principio se confirman con la celebración del matrimonio, sin embargo, habrá que tomar en cuenta lo dispuesto por el artículo 228 c.c. que previene que en caso de adulterio o por el abandono injustificado del domicilio conyugal por parte del donatorio, éstas son revocables y se entienden revocadas al presentarse esos casos.

Las donaciones entre consortes tiene la característica de su revocación, pero debido a las últimas reformas, esta revocación procede cuando exista causa justificada para ello y a juicio de juez. Debe observarse que las causas de divorcio son, excepto las referidas a las enfermedades, enajenación mental, ausencia, etc., situaciones de graves violaciones a deberes u obligaciones conyugales o filiales, y, consecuentemente, darán lugar a que exista causa justificada para la revocación. La legislación previene que el cónyuge que diere causa al divorcio pierda lo que se le hubiera dado, es decir, donado, y el otro tiene el derecho a conservarlo. Por lo tanto, bien sea en el convenio, bien sea en la demanda habrá que comprender esta revocación que en algunos casos puede ser de considerable cuantía.

Se pierde lo prometido. El artículo 286 c.c. también señala que el conyuge culpable perderá lo que se le hubiere prometido por su consorte, o por otra persona en consideración a éste, lo que debe considerarse en el convenio o exigirlo en la demanda.

Indemnización. El último párrafo del artículo 288 c.c., previene que “cuando por el divorcio se originen daños o perjuicios a los intereses del cónyuge inocente, el culpable responderá de ellos como autor de un hecho ilícito”. Sobre el particular deberá observarse que el divorcio no es lo ilícito, sino lo es la causa que da origen a la disolución del matrimonio. Como en nuestra legislación se señala que el divorcio procede no sólo por violaciones a deberes u obligaciones conyugales o filiales, sino también en los casos de enfermedad, locura, impotencia, etc., no todas las causales van a generar la posibilidad de exigir daños y perjuicios, porque no todas pueden considerarse como ilícitos.

La legislación califica la causa del divorcio como ilícita. Es decir, libera al cónyuge inocente de la prueba del ilícito, que es necesario en cualquier conflicto de daños y perjuicios. Sólo deberá acreditarse la relación de causa a efecto y valorar los daños causados.

Daño moral. De los términos del artículo 1916 c.c., es posible adicionalmente exigir el daño moral, que podrá ser en otro tanto de los daños y perjuicios en los términos antes señalados.

Contratos vigentes. Al presentarse el divorcio pueden haber contratos que entre cónyuges se hubieren celebrado y estuvieren vigentes. También pueden haber fianzas otorgadas por uno en favor del otro, avales en títulos de crédito, etc. Todo ésto habrá que terminarlo o resolverlo en alguna forma. Debemos tomar en cuenta que no necesariamente todas las relaciones jurídicas que entre cónyuges se dan son necesariamente conyugales. Entre cónyuges, adicionalmente a su relación conyugal, pueden haber entre ellos negocios, y éstos pueden conservarse después como divorciados.

Deja a los conyuges en aptitud de contraer otro matrimonio. Como último de los efectos entre cónyuges, por disolverse el vínculo, faculta a los divorciados para contraer leglamente nuevo matrimonio.

3.b En relación a los hijos. Debemos recordar que la relación interpersonal y jurídica con los hijos permanece. El divorcio disuelve el vínculo, pero conserva la relación paterno-materno-filial.

Custodia. Tanto en el divorcio voluntario como en el contencioso, es necesario preveer lo relativo a la custodia de los hijos, tanto durante el proceso como después de ejecutoriada la sentencia. Esto debe decidirse en el convenio, y proponerse en la demanda en el caso del contencioso, en cuyo supuesto decidirá el juez. Debe observarse que nuestra legislación no necesariamente exige que la custodia la tenga alguno de los progenitores, pues tanto el artículo 273, en su fracción I, como el artículo 282, en su fracción VI, no se limitan a señalar a los progenitores como las personas a quienes serán confiados los hijos. Desde luego, debe interpretarse que solo podrán tener la custodia aquellos que puedan ejercer la patria potestad, es decir, si no la tuvieran los progenitores, podrán tenerla los abuelos paternos o maternos.

Ejercicio de la patria potestad. Como consecuencia del divorcio, solo uno de los progenitores tendrá la custodia y esto trae como consecuencia que humanamente no puedan ambos ejercer en la misma forma y manera la patria potestad. Es decir, uno tendrá el ejercicio preferente, que será el que custodia, y el otro, en caso de no perder la patria potestad, solo tendrá el derecho de vigilar y el deber de colaborar con el que custodia.

Tanto en el convenio como en la sentencia deberá cuidarse la precisión en esta materia, para evitar conflictos futuros en perjuicio de los hijos. La legislación señala que quien tiene la custodia deberá ejercer la patria potestad (Art. 380 y 381 en rela-

ción con los artículos 415 y 416 c.c.). Estas disposiciones se refieren a los hijos habidos fuera del matrimonio, pero deben aplicarse también a los habidos de matrimonio, puesto que la situación jurídica de ambos es idéntica y, consecuentemente, se deben aplicar las mismas soluciones para el caso de que los progenitores se separen.

Derecho de visita. Quien no tiene la custodia tiene el derecho de visita. En este derecho el principal sujeto es el menor, quien tiene derecho a la convivencia con sus progenitores y también con los otros parientes para conservar la relación familiar. Es una situación que hay que decidir con claridad, bien sea en el convenio, o exigir que en la sentencia se precise.

Patria potestad. Es necesario en caso del divorcio contencioso, demandar junto con las otras prestaciones bien sea la pérdida, suspensión o limitación de la patria potestad, aún cuando esto es posible en controversia posterior, pues no está vinculado necesariamente con todas las acciones que deben deducirse en la demanda de divorcio.

3.3 Cargas económicas. Estos son aspectos muy conflictivos en todo divorcio. Así como la custodia es importante para la mujer, el aspecto económico afecta sensiblemente al varón. Dentro de estos conceptos se señalan los siguientes:

Alimentos. En el convenio deben precisarse los alimentos que se deben los conyuges durante el proceso y también como divorciados. La mujer tiene derecho de recibir alimentos por el mismo lapso de duración del matrimonio, derecho que disfrutará si no tiene ingresos suficientes y mientras no contraiga nuevas nupcias o se una en concubinato. El varón no tiene este derecho; sólo surge cuando se encuentra imposibilitado para trabajar y carezca de ingresos suficientes y también mientras no contraiga nuevas nupcias, o se una en concubinato. Esta es una indemnización de carácter compensatoria pues se previene que este derecho permanecerá por el mismo lapso de duración del matrimonio. El concepto como alimentos permanece, es decir, se deben alimentos, pero su carácter jurídico lo estimo como indemnización compensatoria.

Adicionalmente debe preverse en el convenio lo relativo a los alimentos en favor de los hijos, que debe ser con cargo a ambos progenitores, desde luego no necesariamente en la misma cuantía. Fijar la cuantía origina siempre conflicto entre los divorciantes; como una solución se puede hacer referencia a la forma de vida que llevarán en el matrimonio y prolongarla a la que llevarán los divorciados con sus hijos.

En el divorcio contencioso será responsabilidad del Juez que se aseguren los alimentos a los hijos, y sentenciar al culpable al pago de alimentos en favor del inocente, lo que significa una sanción que debe satisfacerse durante toda la vida, independientemente de la cuantificación, según las necesidades del acreedor alimentario en los términos del artículo 311 c.c. que establece la proporcionalidad entre las necesidades y posibilidades del acreedor y del deudor.

En ambos supuestos (divorcio voluntario y el contencioso) deberán determinarse forma y manera como se entregará la pensión alimentaria, y forma de su garantía.

Vivienda Familiar. La vivienda familiar se inicia con la vivienda conyugal en los términos del artículo 164 c.c. No hay concepto en nuestra legislación sobre vivienda familiar, solo a ella se refieren los artículos 723 frac. I y los relativos que tratan sobre patrimonio de la familia.

La familia continúa. Después de la crisis conyugal, y obtenido el divorcio, uno de los progenitores será desplazado del domicilio conyugal, pero la familia, si se quiere incompleta por falta de un progenitor, continuará y para ello requiere la vivienda familiar. En esta materia pueden surgir conflictos, que deben preverse en lo posible, para lo cual es necesario determinar en el convenio con precisión dónde se establece, como se distribuyen las cargas para el sostenimiento de la vivienda, forma y manera de resolver situaciones futuras, como por ejemplo: cómo debe resolverse el caso del nuevo matrimonio del custodio; también debe decidirse si se utiliza el inmueble de alguno de los progenitores, y cual será la forma jurídica para dar la posesión al custodio y los hijos.

Enseres. También se debe decidir sobre todos los enseres necesarios para la vida familiar.

Domicilios. La legislación prevee que durante el proceso se señale la casa que servirá de habitación a cada uno de los cónyuges (Art. 273 III), y también por razón a la separación de los cónyuges en el contencioso deberá señalarse la casa o domicilio en que habitará cada uno de ellos.

Sin embargo, no es usual que se indique cual será el domicilio después de divorciados, lo que estimo de importancia pues será el lugar en donde deben cumplirse las obligaciones y deberes que permanecen. Es necesario para su cumplimiento señalar el lugar, pues de lo contrario será el del domicilio del deudor. El domicilio puede generar conflictos para el o la cónyuge que custodia los hijos y tiene derecho a la pensión alimentaria.

Adicionalmente es importante que se prevea como se puede hacer el cambio de domicilio de los divorciados. Debe tomarse en cuenta que las relaciones interpersonales y algunas jurídicas permanecen. El cambio de domicilio de alguno de ellos puede generar problemas al otro. A título de ejemplo: al señalarse el domicilio para el pago de la pensión alimentaria, el cambio de alguno de ellos puede hacer más difícil al otro pagar o cobrar la pensión. En el caso del derecho de visita el cambio de domicilio del progenitor que custodia, puede generar problemas al visitador; piénsese en el cambio a una ciudad lejana que dificultará y hará más gravoso al visitador el tener contacto con su hijo.

En estos casos surge la facultad del visitador a oponerse al cambio de domicilio, o exigir compensación en gastos.

Por último, hay una serie de problemas adicionales que deben preverse en el convenio como son: incumplimiento al mismo, garantías que deben establecerse y modificaciones al mismo convenio. Adicionalmente es conveniente fijar el lugar para el cumplimiento de las obligaciones y para caso de controversia e interpretación

del mismo, pues aún cuando la ejecución de la sentencia que haya causado ejecutoria corresponde al juez que hubiere conocido el negocio en primera estancia (Art. 501 c.p.c.), es conveniente señalarlo en el convenio para evitar tener que litigar en tribunales distantes o, inclusive, en el extranjero.

Régimen de bienes. Independientemente del régimen de bienes matrimoniales pueden surgir conflictos con motivo del divorcio, y a título ejemplificativo señalo algunos:

En caso del régimen de separación, ¿cómo podrá determinarse que bienes son de uno y que bienes son del otro?, porque salvo en casos de inmuebles que aparecen escriturados a uno de ellos, muchos son adquiridos y no conservan las facturas que los acrediten como propietarios, o bien la factura está a nombre de quien no es el dueño por haber faltado su endoso. Pueden presentarse conflictos de orden penal por robo entre cónyuges o de un divorciado sobre bienes que el otro supone suyos. En todo caso conviene hacer inventario en donde se precise cuáles pertenecen a uno y cuáles al otro.

En la sociedad conyugal pueden haber serios problemas por la rendición de cuenta. Normal es que durante la vida conyugal el administrador no rinda cuenta al otro cónyuge. Sin embargo, es obligación hacerlo y aunque no preve la legislación el tiempo de su rendición por lo menos debe haberla con cierta periodicidad. No rendir cuentas puede generar reclamación judicial o penal.

Durante la vida conyugal se hacen muchos negocios en los cuales se involucran o comprometen los bienes de la sociedad conyugal, lo que habrá que dilucidar con mucho cuidado en caso de divorcio.

Adicionalmente, hay que tomar en cuenta el aspecto fiscal para decidir cuando se hace la transmisión de bienes entre cónyuges. Debemos recordar que la donación entre parientes y cónyuges está desgravada en la ley del Impuesto Sobre la Renta; si la transmisión se hace después de la sentencia, por no ser ya cónyuges, no podrá haber esa ventaja fiscal y se causará el Impuesto Sobre la Renta.

4.— Interés Social.

De lo anterior se desprende que siendo el matrimonio de orden público, de interés social y célula básica de la sociedad en la medida que los matrimonios y familias se integren será más fuerte, próspero y dinámico el país. Corresponde a todos procurar la protección, la permanencia y promoción del matrimonio e integración de la familia. Especialmente, tenemos responsabilidad los juristas, por conocer, no sólo el aspecto natural de la relación hombre mujer como pareja conyugal, sino también toda la estructura jurídica que se encuentra desde las normas constitucionales, en la legislación federal y en las estatales sobre el matrimonio y la familia, para proteger y promover estas instituciones.

Es nuestra responsabilidad procurar la integración familiar en beneficio de México, al ser conscientes de que todas las carencias y problemas que observamos en la sociedad pueden evitarse o superarse a través de una vida familiar sana, donde los valores humanos y religiosos se enseñen y, sobre todo, se vivan con el testimonio. La vida familiar y conyugal no puede incrementarse mediante decretos; a los familiares y a los cónyuges corresponde el dinamismo y la vivencia de los valores familiares y conyugales para su integración como pareja y como miembro de una familia, y a nosotros nos corresponde transmitir los conocimientos para lograrlo.

Por lo tanto, el abogado no deberá facilitar el divorcio o tener una actitud pasiva frente a este problema, sino buscar y aconsejar para lograr la integración conyugal.

Esto conlleva a la necesidad de contar en lo social y en lo oficial con instituciones e instrumentos que promueban la integración conyugal y familiar. Corresponde a la comunidad, es decir, a todos, procurarla según nuestros medios. Corresponde al Estado, a través de instituciones de promoción familiar y conyugal. Es necesario dotar a los jueces de los elementos y medios necesarios para que no solo exhorten a los cónyuges a permanecer unidos, sino que les faciliten y les den todos los elementos para reintegrarse y permanecer en su matrimonio. Se requiere adicionalmente se fomenten más las instituciones para la integración familiar.