

24
378



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
FACULTAD DE DERECHO

**ENSAYO SOCIO-JURIDICO
SOBRE EL DIVORCIO.**

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
JORGE KURT JANSEN RUIZ

MEXICO, D F.

1986



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.

ENSAYO SOCIO-JURIDICO SOBRE EL DIVORCIO.

CAPITULO PRIMERO.

ETIMOLOGIA E HISTORIA DEL MATRIMONIO Y DEL DIVORCIO.

I. ETIMOLOGIA.	4
II. ROMA.	5
1. EL MATRIMONIO: SU CONCEPTO.	5
2. DEFINICION DE MODESTINO: SU CRITICA.	5
3. DE LOS ESPONSALES.	6
4. CONSTITUCION DEL MATRIMONIO.	7
5. REQUISITOS PARA CONTRAER MATRIMONIO.	8
6. IMPEDIMENTOS PARA CONTRAER MATRIMONIO.	9
a.- Basados en el parentesco.	9
b.- Basados en consideraciones politico sociales.	10
c.- Basados en la existencia de un matrimonio anterior.	10
7. EFECTOS DEL MATRIMONIO.	11
a.- Respecto a los cónyuges.	11
b.- Entre el padre y los hijos.	12
c.- Entre la madre y los hijos.	12
8. NULIDAD DEL MATRIMONIO.	12
9. DISOLUCION DEL MATRIMONIO.	13
10. EL DIVORCIO.	13
III. DERECHO CANONICO.	18
IV. EVOLUCION LEGISLATIVA EN MEXICO.	19
1. LA PRIMERA LEY DEL REGISTRO CIVIL EN MEXICO.	19
2. LEYES DE REFORMA.	20
3. CODIGO CIVIL DEL IMPERIO MEXICANO.	23
4. CODIGO CIVIL DE 1870 y 1884.	26
5. LEY DEL 9 DE ABRIL DE 1917 SOBRE RELACIONES FAMILIARES	29

CAPITULO SEGUNDO.

EL MATRIMONIO EN LA ACTUALIDAD.

I. CONCEPTO ACTUAL DEL MATRIMONIO.	36
II. NATURALEZA JURIDICA DEL MATRIMONIO.	40
III. ELEMENTOS ESSENCIALES Y DE VALIDEZ DEL MATRIMONIO.	49
IV. IMPEDIMENTOS PARA CONTRAER MATRIMONIO.	55
V. NULIDAD DEL MATRIMONIO.	61
VI. EFECTOS DEL MATRIMONIO.	63

CAPITULO TERCERO

DIVORCIO. 75

I. CAUSAS DE DIVORCIO.	76
II. CARACTERISTICAS DE LA ACCION DE DIVORCIO.	83
III. EFECTOS DEL DIVORCIO.	92
IV. EL DIVORCIO EN RELACION CON LOS PROBLEMAS FUNDAMENTALES DEL DERECHO FAMILIAR.	95

CAPITULO CUARTO.

EFFECTOS DEL DIVORCIO EN LA FAMILIA Y EN LA SOCIEDAD.	99
I. SOCIOLOGIA DEL DIVORCIO.	99
II. DIVORCIO Y SOCIEDAD.	102
III. TIPOS MAS FRECUENTES DE CONFLICTO EN EL MATRIMONIO.	106
1. ADULTERIO.	106
2. CRUELDAD.	106
3. DESERCIÓN.	108
4. FALTA DE PREPARACION.	109
IV. LOS HIJOS DEL DIVORCIO.	110
V. EL DIVORCIO EN RELACION AL NUCLEO SOCIAL QUE LO RODEA	112
VI. SU PROBLEMATICA CONFLICTUAL INTERNACIONAL.	115

CAPITULO QUINTO.

CONCLUSION. 120

FUENTES. 122

BIBLIOGRAFIA. 123

P R O L O G O

La finalidad de este trabajo de investigación es la de encontrar la fundamentación de la existencia de la institución del divorcio, tanto en el aspecto histórico, como en el jurídico y sociológico; ya que para que exista el divorcio tiene que haber previamente el matrimonio, se hace necesario realizar un estudio del mismo para poder entender mejor la modificación que surgirá en -- relación con la situación jurídica y social de la pareja que ha contraído matrimonio y que en un momento dado ha decidido ejercitar la acción de divorcio por no poder llevar a cabo la realización de los fines del matrimonio de una manera adecuada.

En el primer capítulo se estudiará el aspecto histórico tanto del matrimonio como del divorcio, desde Roma, pasando por el Derecho Canónico hasta llegar -- al sistema jurídico mexicano, tomando en cuenta las modificaciones sufridas por estas dos instituciones desde la primera Ley del Registro Civil del 27 de Enero de 1857 hasta el Código Civil para el Distrito Federal Vigente.

El segundo capítulo tratará exclusivamente del matrimonio, analizando su concepto, su naturaleza jurídica, sus elementos de existencia, impedimentos, su nulidad y sus efectos.

El tercer capítulo analizará las causales de divorcio, las características de la acción de divorcio, sus efectos y la relación que guarda esta institución con los problemas fundamentales del Derecho Familiar.

Por último, el cuarto capítulo se concretará a los aspectos sociológicos del divorcio como son : Sociología del divorcio, la sociedad respecto al divorcio, tipos más frecuentes de conflictos en el matrimonio, los hijos en el divorcio y la relación del mismo con el núcleo social que lo rodea y su problemática conflictual interrnacional. Es importante darse cuenta que el divorcio toma un papel muy importante dentro de la sociología, puesto que al producirse, modificará fundamentalmente la estructura familiar y necesariamente repercutirá -- esto en la sociedad, que es la base de la sociología, ésta como materia que -- tratará siempre de dar soluciones a los conflictos sociales.

Agradezco profundamente al Lic. Raúl García Gómez, su guía y su paciencia para el elaboración de este modesto trabajo.

**Para mi maestro mi más
profundo agradecimiento.**

CAPITULO PRIMERO

ETIMOLOGIA E HISTORIA DEL MATRIMONIO Y DEL DIVORCIO.

EN este primer capitulo se estudiaran las distintas formas que han tenido las instituciones del matrimonio y del divorcio atravez de la historia; de como -- desde la época desde que nació el Derecho en Roma existía la preocupación de -- dar estabilidad a las relaciones surgidas por la unión más o menos estable de un hombre y una mujer, pero que tambien era necesario prevenir el posible caso de que dicha unión no funcionara y proteger los derechos y las obligaciones -- nacidos antes de dicha ruptura, por lo que los romanos pensaron en una institu-- ción que aunque en ese entonces era muy limitada, solucionaba en parte el -- problema de la disolución de la paréja; dicha institución es la que hoy conoce-- mos con el nombre de divorcio.

En nuestro pais en el transcurso de su historia. se ha tenido también la nece-- sidad de regular tanto el matrimonio como al divorcio y al hacer el estudio -- de los diferentes ordenamientos legales que se han dictado al respecto, se -- hace notorio que al principio el matrimonio era consideraro indisoluble y que el divorcio solo dejaba sin efectos algunas de las obligaciones surgidas del -- contrato matrimonial, esto con la evidente influencia del clero. Posteriormente a principios de este siglo, si se consideró el matrimonio como una institu-- ción susceptible de ser disuelta, por lo que el divorcio tuvo que sufrir modifi-- caciones para adecuarlo a la vida moderna de la sociedad.

A continuación se hace un estudio de las diferentes etapas del matrimonio y del divorcio en el Derecho Romano, Derecho Canónico y en la Historia del -- Derecho en México.

ETIMOLOGIA.

MATRIMONIO.- Tomó el nombre de las palabras latinas MATRIS MUNIUM , que signi-- fica el oficio de madre; y no se llama patrimonio, porque la madre contribuye-- más a la formacion y crianza de los hijos en el tiempo de la preñez y la lactan--

cia. (1)

DIVORCIO .- Llamase divorcio por la diversidad u oposición de voluntades del marido y la mujer, A DIVERSITATE MENTIUM, o porque cada uno se va por su lado QUA IN DIVERSA ABEUNT. (2)

ROMA.

EL MATRIMONIO SU CONCEPTO.

En los textos romanos al matrimonio se le denomina IUSTAE NUPTIAE o IUSTUM-MATRIMONIUM. El varón toma el nombre de VIR y la mujer de Uxor. El matrimonio es la base y fundamento de la familia romana.

En todas las naciones dos son fundamentalmente las finalidades del matrimonio: una la ayuda mutua que se deben los conyuges en forma total y permanente; y la otra perpetuar la especie mediante la procreación y educación para la vida de las nuevas generaciones.

En merito de lo anteriormente expuesto, podemos expresar que el matrimonio es la unión legítima del varón y la mujer con el proposito de perpetuar la especie humana y prestarse mutuo auxilio. (3)

DEFINICION DE MODESTINO: SU CRITICA.

El Digesto transcribe esta célebre definición de Modestino relativa al matrimonio: NUPTIAE SUNT CONIUNCTIO MARIS ET FEMINAE ET CONSORTIUM OMNI VITAE, DIVINE ET HUMANI JURIS COMMUNICATIO. Esto se traduce de la siguiente manera: "Las nupcias son la unión de hombre y mujer consorcio para toda la vida, -- participación del derecho divino y humano.

(1) ESCRICHE JOAQUIN. DICCIONARIO RAZONADO DE LEGISLACION Y JURISPRUDENCIA. Editora e Impresora Norbajacaliforniana. Ensenada Baja California 1974. Segunda edición. Pag. 1204.

(2) Op. Cit. Pag. 565.

(3) LEMUS GARCIA RAUL. DERECHO ROMANO. PERSONAS-BIENES-SUCESIONES. Editorial LIMSA, México, D.F. 1964 Pag. 83 . y 84.

La crítica que se enderza a la definición anterior, consiste en que no es aplicable a la sociedad romana en sus diversas épocas y que ya no resultaba valedera en el periodo de Justiniano.

En las Institutas de Justiniano encontramos la siguiente definición del matrimonio: "NUPTIAE AUTEM SIUE MATRIMONIUM EST VIRI ET MULIERIS CONJUNCTIO, INDIVIDUAM CONSETUDINEM VITAE CONTINENS", que en una traducción más literal expresa: Nupcias o matrimonio es la unión del varón y la mujer que implica una costumbre individual de la vida. En una versión más libre se puede traducir: "Nupcias o matrimonio es la unión del varón y la mujer, con el propósito de convivir en forma permanente e indisoluble.

Esta última definición más en consonancia con la época de Justiniano, difiere sustancialmente de la de Modestino toda vez que ya no contiene la última parte de ésta: "Divini et humani juris communicatio" en merito sin duda a que los caracteres del matrimonio variaron fundamentalmente al caer en desuso la manus, relajarse las nupcias y perder toda importancia el culto familiar. (4)

DE LOS ESPONSALES.

Los sponsales constituyen una convención que implica la promesa mutua de futuras nupcias (SPONSIO ET REPRMISO NUPTIARUM FUTURARUM).

Sponsalia deriva de sponsio, contrato verbal que originalmente se perfeccionaba mediante una pregunta seguida de una respuesta adecuada en términos solemnes.

Las personas que celebraban esta convención se les denominaba sponsi que significaba esposos.

Los sponsales no obligaban jurídicamente a los esposos quienes podían anular la promesa a voluntad.

(4) LEMUS GARCIA RAUL. Op. Cit. pag.83.

Tenían capacidad para celebrar los esponsales quienes podían contraer matrimonio; excepcionalmente se permitió que los impuberes mayores de 7 - - años, con el consentimiento de sus representantes legítimos pudiesen celebrarlos. Quien ha celebrado esponsales no podía contraer nuevos sin haber extinguido los primeros so pena de infamia.

En el Bajo Imperio, con reiterada frecuencia los esponsales se acompañaban con la entrega a la esposa de las arras (*ARRHAE SPONSA LITIAE*) - - y otras donaciones mutuas que se hacían los esposos (*SPONZALITIA LARGITATIS*) a condición de que el matrimonio se realizase; y si este no se efectuaba las donaciones se anulaban. Si el donante era responsable de la ruptura del compromiso perdía lo donado; ahora bien, si era la mujer la causante de dicha ruptura y había recibido arras, estaba en la obligación de devolverlas al esposo, más otro tanto. Si durante la celebración de los esponsales los novios intercambiaban un beso y el matrimonio no se realizaba por causa de muerte de uno de los dos, el otro tenía el derecho de - retener la mitad de lo donado y la obligación era entregar la otra mitad a los herederos. (5)

CONSTITUCION DEL MATRIMONIO.

EL *ius civile* no requería para la celebración del matrimonio ninguna solemnidad civil o religiosa, aún cuando se confirma que era necesario que la mujer quedara instalada como *UXOR* en la casa del marido, lo que se lograba mediante la *DEDUCTIO MULIERIS IN DOMUS MARITI*" consecuentemente, la autoridad romana no tenía ninguna intervención en el matrimonio, lo que hacía que se careciese de una prueba indubitable para su comprobación. Esta falta de prueba se suplía mediante las "*TABULAE NUPTIALES*" especie de actas-escritas que, en ocasiones se hacían redactar o bien por medio de testigos. En efecto Justiniano estableció que los integrantes de la clase de los *ILUSTRES* al celebrar el matrimonio debían redactar los "instrumentos - dotalia" relativos a la dote; y quienes formaban la clase media, al efectuar su matrimonio, deberían rendir declaración ante el "defensor ecclesiae" y tres clérigos, los cuales junto con los desponsados debían fir--

mar un acta que se redactaba y depositaba en los archivos. La novela 117 de Justiniano abrogó las formalidades relativas a la clase media. (6)

REQUISITOS PARA CONTRAER MATRIMONIO,

Los requisitos o condiciones esenciales para contraer matrimonio eran:

- 1.- Consentimiento de quienes van a contraer nupcias.
- 2.-Consentimiento del pater-familias.
- 3.-Edad de la pubertad.
- 4.-El connubium.

- 1.- 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 pater familias ejercía sobre sus hijos; este consentimiento se fué afirmando a medida que el derecho afianzaba la personalidad jurídica del ALIENI IURIS. El consentimiento de los contrayentes debía ser expresado libremente; no era válido si se obtenía mediante violencias, engaño o miedo.

- 2.- Consentimiento de los Pater-familias.

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 permiso de su padre y además de su abuelo cuando este tenía la patria potestad sobre ellos, porque los hijos del nieto, con el tiempo deberían 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 Augusto y en virtud de la Ley Julia del año de 736 de Roma se permitió al hijo casarse con autorización del Magistrado cuando injustificadamente el pater-familias negaba su consentimiento. Durante el Bajo Imperio se permitió a los hijos casarse cuando el pater-familias estuviese imposibilitado para dar su consentimiento por ausencia, locura o cautiverio. Las personas sui

juris cualquiera que fuera su edad podía casarse sin consentimiento de nadie sin embargo la mujer sujeta a tutela perpetua requería del consentimiento - de su tutor para entregarse in manu .

En el Bajo Imperio 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 los 25 años.

3.-EDAD DE LA PUBERTAD.

La pubertad es la capacidad natural o "conjunto de condiciones recibidas de la naturaleza para la vida conyugal". Desde un principio se fijó como la - edad de la pubertad los 12 años cumplidos. En cuanto a los varones hubo dos corrientes de opinión diversas:

- a).-La sustentada por los sabinianos fieles a las prácticas antiguas, quienes sostenían que la pubertad del hombre se fijara en cada caso particular mediante el exámen de su cuerpo que denotara los rasgos característicos de - esta edad.
- b).- El criterio seguido por los proculleanos quienes propusieron como edad uniforme para establecer la pubertad en los varones los 14 años. Esta opinión fué la que sancionó el derecho de Justiniano.

4.- EL CONNUBIUM.

Se define como la aptitud legal para contraer las iustas nuptias. La ciudadanía romana era una condición indispensable para la existencia del connubium; sin embargo existían otro tipo de impedimentos.

- a).- Relativas que eran aquellas que impedían el matrimonio por circunstancias personales.
 - b).- Absolutas, que impedían el matrimonio por carecer de los derechos de ciudadanía ciertas personas en especial, siendo algunos de estos casos los esclavos, peregrinos, latinos coloniales, latinos junianos, dedictilos etc.- a los cuales excepcionalmente se les otorgaba individualmente el connubium.
- (7)

IMPEDIMENTOS PARA CONTRAER MATRIMONIO.

A.- Impedimentos basados en el parentesco.

El parentesco era el impedimento para contraer matrimonio tanto para el punto

de vista para la agnación como de la cognación. En la línea recta la prohibición es absoluta hasta el infinito; en la línea colateral la prohibición alcanza hasta el tercer grado, es decir tíos y sobrinos. En el parentesco por afinidad la prohibición es absoluta en línea recta; en la línea colateral, a partir de Constantino, se prohibió el matrimonio entre cuñado y cuñada. La prohibición entre afines dura hasta en tanto no se disuelva el matrimonio que da origen al parentesco por afinidad. Se prohíbe el matrimonio entre el adoptante y el adoptado y los descendientes. Justiniano prohibió también el matrimonio entre el padrino y ahijada por motivos de parentesco espiritual. (8)

B.- Basados en consideraciones político-sociales.

En los orígenes de Roma el matrimonio estuvo prohibido entre patricios y plebeyos hasta la Ley Canuleia de 309 de Roma que levantó dicha prohibición. Posteriormente se prohibió el matrimonio entre ingenuos y libertinos hasta las leyes Julia y Papia Poppaea que únicamente prohibieron el matrimonio entre los libertinos y los senadores y sus hijos. Se prohibió así mismo el matrimonio entre un gobernador o sus hijos con una mujer domiciliada en su provincia. El tutor y sus hijos tenían la prohibición para casarse con su pupila y el curador y sus hijos no podían casarse con una mujer menor de 25 años sobre la cual ejerciese la curatela. El raptor no podía casarse con la mujer raptada; ni los cristianos con los judíos. (9)

C.- Existencia de lazo matrimonial anterior.

Las personas que pretendían contraer matrimonio debían estar libres de todo lazo matrimonial anterior en el momento de casarse, en virtud de que en Roma siempre se observó el principio de la monogamia. La mujer viuda o divorciada para volver a casarse debía observar el período de viudez de diez meses con el objeto de evitar la confusión del parto (TURBATIO SANGUINIS). (10)

(8) LEMUS GARCIA RAUL. Op. Cit. Pag.89.

(9) IBIDEM.

(10) Op. Cit. Pags. 89 y 90.

EFECTOS DEL MATRIMONIO.

a).- Respecto a los conyuges.

Dentro de las relaciones matrimoniales la mujer participa del mismo rango social del marido, aún cuando la condición de plebeya o libertina no se extinguen virtud de su matrimonio con patricio o ingenuo respectivamente. Los esposos se deben fidelidad y ayuda mutua, aún cuando la infidelidad de la mujer es más severamente reprimida por sus consecuencias dentro del domus.

Desde luego la condición de la mujer variaba según que el matrimonio se --- acompañara o no de la manus, en los términos que se indican a continuación:

En el matrimonio *cum manus* la mujer se colocaba en la misma condición del - hijo (*LOCO FILIAE*), considerandose hermana de sus hijos. La mujer deja de - tomar parte de su antigua familia para entrar a la del marido, participando del culto privado (*sacra privata*) de la *domus* del esposo. Este se hace propietario , a título universal de todos los bienes que pertenecen a la esposa y de los que adquiere con posterioridad, por su calidad de *alieni iuris*. Al morir el marido la mujer entraba a la sucesión como *sui heredes* en iguales condiciones que los hijos.

En el matrimonio *sine manus* la mujer no caía bajo la potestas *mariti* ni --- entraba a la familia del marido. Este no tenía ningún poder sobre su esposa quien conservaba la condición anterior al matrimonio: si era *sui juris* seguía siéndolo; si era *alieni iuris* seguía perteneciendo a su familia primitiva. Si la mujer tenía patrimonio propio lo seguía conservando. Por *costum* bre la mujer si era *sui juris* o su *paterfamilias* si era *alieni iuris* , *constitua* una dote en favor del marido, fundandose en el principio de que la mujer debería contribuir a las cargas de la familia que pesaban sobre el --- marido. A la muerte del marido la mujer casada *sine manus* no tenía derecho a la sucesión del marido, hasta el derecho honorario se otorgó a los *conyuges* derechos sucesorios recíprocos. (11)

(11) LEMUS GARCIA RAUL. Op. Cit. páginas 90,91 y 92.

b.-Entre el padre y los hijos:

Los hijos del matrimonio son legítimos (LIBERI IUSTI) y están bajo la potestad de su padre o de quien ejerza sobre él la patria potestas. Forman parte de la familia civil (AGNACION) y tienen la misma condición social de su padre. Tienen la calidad de sus herederos en la sucesión del paterfamilias. (12)

c.- Entre la madre y los hijos.

En el caso de matrimonio sine manus no existía ninguna liga de parentesco civil (AGNACION) entre la madre y los hijos por formar parte de dos familias diferentes. Solo existían lazos de cognación entre ellos y en el derecho primitivo no existía el derecho de sucesión entre la madre y los hijos - hasta el derecho pretoriano primero y la legislación Imperial con posterioridad, modificaron las disposiciones en materia de sucesiones.

En el matrimonio cum manus la mujer, hecha dicho, entrada en la familia civil del marido y se convertía en agnada de sus hijos en calidad de hermana (LOCO SORORIS). (13)

NULIDAD DEL MATRIMONIO.

El matrimonio es nulo y no se produce ninguno de los efectos legales que le atribuye el derecho, cuando falta alguno de los requisitos de validez a que nos hemos referido. Los conyuges no tienen el carácter o calidad de VIR ni de UXOR y se hacen acreedores a las penas que establece la Ley en los casos que esta especifica. En cuanto a los hijos que procrean nacen sui iuris, no tienen padre determinado y se les conoce con el nombre de SPURRI o VULGO CONCEPTI, estando unidos a la madre únicamente por los lazos de cognación. (14)

(12) LEMUS GARCIA RAUL. Op. Cit. Pag. 92.

(13) Ibidem.

(14) LEMUS GARCIA RAUL Op. Cit. Pags. 92 y 93.

CAUSAS QUE MOTIVAN LA DISOLUCION DEL MATRIMONIO.

1.- MUERTE DE UNO DE LOS ESPOSOS.- En este caso el varón podía casarse inmediatamente ; la mujer en cambio debía observar el periodo de viudez de diez meses para evitar la confusión del parto. Quienes violaban esta norma incurrian en infamia que alcanzaba tanto a la mujer como al segundo marido y a las personas que teniendo autoridad sobre ellos habían consentido el matrimonio.

2.-EXTINCION DE LA LIBERTAD QUE TRAJA CONSIGO LA PERDIDA DEL CONNUBIUM.- Si alguno de los conyuges era reducido a esclavitud, se disuelve el matrimonio sin que pueda establecerse por efectos del *ius postliminium*. Solo en caso de que los conyuges hayan sido sometidos simultaneamente, a esclavitud y no haya cesado entre ellos la cohabitación, el *ius postliminium* que opera retroactivamente, destruyendo los efectos de la esclavitud hace que el matrimonio se reputa como no disuelto.

3.- PERDIDA DEL STATUS CIVITATIS DE UNO DE LOS ESPOSOS.- Que tiene como consecuencia la extinción del *connubium*, es otro de los motivos de disolución del matrimonio.

4.- EL DIVORCIO.- Que era otra de las causas de disolución del matrimonio. (15)

EL DIVORCIO.

El matrimonio se disuelve por la muerte de uno de los conyuges o la pérdida de la capacidad o de la *affectio maritalis*.

La capacidad se pierde en primer lugar ; por la *capitis diminutio maxima* sufrida por uno de los conyuges, o bien por hacerse esclavo de un particular o hacerse *servus poenae* por condena o por caer en poder del enemigo.

En esta materia es preciso consignar algunas consecuencias jurídicas, en las que descuella claramente la esencia del matrimonio romano. El matrimonio -- deshecho por la prisión de guerra, por la cual el ciudadano romano se vuelve esclavo del enemigo, no es rehecho *iure postlimini* como los derechos familia

res o patrimoniales, precisamente porque el matrimonio no es un derecho sino una relación jurídica de mero hecho, que dura mientras duran las condiciones de hecho de su existencia.

Sin embargo respecto a este punto se hizo sentir el influjo de las nuevas -- ideas cristianas sobre el concepto del matrimonio y de la cautividad misma. -- Fué vedado absolutamente el nuevo matrimonio, si constaba realmente que el -- marido o la mujer vivían en cautividad y solo fué permitido despues de un -- lapso de cinco años, cuando fuese cierta la supervivencia. Si el cónyuge li- -- bre, a pesar del veto hubiera pasado a otras nupcias, se le consideraba como si se hubiera divorciado y quedaba sujeto a las penas establecidas por la -- nueva época para el divorcio ilícito.

La *capitis diminutio media*, que origina la pérdida de la ciudadanía y acom- -- paña la deportación (antiguamente el *aqua et igni interdictio*) no deshace el matrimonio, sino que le convierte en matrimonio *iuris gentium*.

La capacidad cesa también por un impedimento que sobreviene, principalmente -- el llamado *INCESTUS SUPERVENIENS*, por ejemplo el suegro adopta al yerno de -- modo que este se vuelve hermano de su esposa. El Derecho Antejustiniano dis- --olvía el matrimonio cuando al marido de una liberta se le nombraba senador. Justiniano suprimió esta consecuencia y despues también el veto.

En fin el matrimonio se disuelve por falta de *affectio maritalis* en uno o en -- otro de los conyuges o en ambos. Esto no es otra cosa que el divorcio romano -- (*DIVORTIUM O REPUUDIUM*) y es, no ya un instituto separado, sino una conse- -- cuencia del concepto de matrimonio. Si este exige un acuerdo continuo, cuando este acuerdo viene a fallar, necesariamente el hombre y la mujer no pue- -- den ser considerados más como marido y mujer. Esto era tan vivamente sentido -- por los romanos, que no solo ellos habrían considerado absurdo el concebir- -- que el matrimonio perdurara, cesando el acuerdo entre los conyuges, sino que -- consideraban además como torpe y era vedado por el Derecho para tutela de la -- moralidad el obligarse expresamente a no divorciarse o a pagar una pena en -- caso de divorcio.

El divorcio por su naturaleza, no debía exigir formas como tampoco las exi- -- gía el matrimonio. Un simple aviso verbal o un simple anuncio por escrito --

(PER LITTERAS) o por mensaje (PER NUNTIUM) debía bastar. A veces era, sin embargo una indagación delicada el decidir si la separación de los dos conyuges o el abandono de la mujer, era divorcio o una disensión sin consecuencias y si la nueva unión de los conyuges debía ser considerada como un nuevo matrimonio o como la mera continuación del antiguo. La Lex Julia prescribió que el repudio fuera participado por un liberto en presencia de siete testigos, pero era tal la naturaleza del matrimonio y del divorcio romano, que los jurisconsultos repugnan admitir que sin observarse aquellas formas el matrimonio perdure.

Había además formas sociales muy comunes como por ejemplo la intimidación-TUAS RES TIBI HABITO dirigida a la mujer. En la edad Imperial prevaleció el uso de enviar la participación por escrito (LIBELLUS REPUDI).

La pureza de las costumbres hizo sin embargo, que durante un largo periodo de la historia del Derecho Romano los divorcios fueron bastante raros. La costumbre los reprobaba, si no se hacían con justo motivo y cuando Spurio-Carvillo repudió a la mujer a causa de esterilidad, excitó en el pueblo — escándalo y desdén. En cuanto a las mujeres el estado de dependencia que vivían en aquella época, sujetas a la patria potestad o a la manus no les permitían divorciarse del propio marido. A pesar de esto, este obstáculo — fué eliminado al finalizar la República y también las mujeres sujetas a la manus pudieron divorciarse y obligar al marido a renunciar a la manus mediante el acto de la remancipatio o de la diffarreatio.

Los divorcios aumentaron con la corrupción descarada que invadió Roma — después de la expansión mundial de su poderío; aún más, su frecuencia fué la característica de esta corrupción y causa de célebres epigramas y sarcasmos.

Por otra parte, dado el concepto que tenían los romanos del matrimonio, — no era una empresa fácil de frenar los divorcios. Declarar que el matrimonio perdura, no obstante el divorcio que significa la cesación de la affectio maritalis era una cosa que no podía caber en un intelecto romano, establecer penas para los conyuges que se divorciaban, era una violación de la libertad. Es verdad que se aplicaban penas pecuniarias, pero no a cargo de los conyuges que se divorciaban y tampoco para castigar el divorcio en sí

mismo, sino a cargo del conyuge que habia dado al otro motivo justificado - para divorciarse y a favor al conyuge inocente divorciado.

Solo con los Emperadores cristianos empieza la lucha contra el divorcio, -- cuyo exito final en la Edad Media bajo la influencia cristiano-canónica, -- debia producir una profunda alteración en el concepto del matrimonio. Se -- comenzo a distinguir entre divorcio verdadero y propio por mutuo consenti- -- miento y el divorcio unilateral o repudio. Respetando el divorcio por mu- -- tuo consentimiento, en cambio se limitó el divorcio unilateral determinando las iustae causal, en los que era lícito; fuera de ellas era castigado.

Esta legislación hostil al divorcio comienza desde Constantino y prosigue -- a través de fases alternas de lucha violenta y de reacción cansada hasta -- Justiniano, que con varias leyes quiso disciplinar o reordenar toda la mate- -- ria , pero siempre en sentido más restrictivo. En el derecho Justiniano -- tenemos una cuádruple distinción: el divorcio por mutuo consentimiento, el repudio o divorcio unilateral por culpa del otro conyuge; divorcio unilate- -- ral sine causa y finalmente el divortium bona gratia, que en sentido técni- -- co significa el divorcio por causas no imputables ni a uno ni a otro de los conyuges. El divorcio por mutuo consentimiento es plenamente lícito. El divorcio unilateral es lícito a base de la iustae causae determinadas por las leyes, que son para el Derecho último de la Nov 117 las siguientes: conjura u ocultación de conjuras contra el Soberano, insidias al otro conyuge, adul- -- terio o malas costumbres de la mujer o el lenocinio intentado por parte -- del marido o el comercio asiduo de éste con otra mujer, aún fuera de la -- casa conyugal, falsa querrela de adulterio por parte suya; en estos casos -- es castigado el conyuge culpable, o sea el que da motivo para el divorcio. -- El divorcio sine cause no es lícito y por lo tanto es castigado, pero es -- válido.

El divortium bona gratia, que no se debe confundir con el divorcio por mutuo consentimiento, es lícito según la Nov 117, solamente por tres causas a sa- -- ber: La elección de la vida claustral, la impotencia incurable y la prisión de guerra del otro conyuge.

Las penas impuestas por el divorcio ilícito, o sea hecho sin justa causa -- y las penas conminadas a la parte culpable en los divorcios lícitos, son --

según Derecho justiniano, el retiro forzado a un convento y la pérdida de la dote y de la donación propter nuptias, o de la cuarta parte de los bienes — cuando no se hubiese constituido ni dote ni donación propter nuptias.

Pero el mismo Justiniano fué más allá y termina por querer proscribir y castigar también el divorcio por mutuo consentimiento. Los conyuges divorciados— eran castigados a retirarse en un convento y perder todos sus bienes en favor de los hijos o de los ascendientes o del convento mismo.

Con esta reacción de Justiniano traspasó, según parece los límites tolerables de la vida social, y el sucesor Justino II, se vió obligado a restaurar la — concesión del divorcio por mutuo consentimiento, con la novela 140 que también forma parte del CORPUS IURIS.

No obstante estas enérgicas limitaciones, el concepto del matrimonio y del — divorcio romano, observese bien, no cambió con el derecho justiniano. El divorcio unilateral sin causa legítima o el divorcio por mutuo consentimiento — puede ser castigado precisamente porque no se puede declarar nulo. El mismo — Justiniano, en la Novela 22 volvió a afirmar una vez más el derecho del Estado y la realidad humana respecto a la misma palabra de Cristo "NUPTIAS..... AFFECTUS FACIT MUTUUS CUM AUTEM SEMEL CONTRACTAR SINT.....APORTET SOLUTIO— NEM SEQUI AUT IMPURITAM AUT CUMPOEMA QUONIAM EXPIS QUAR INTER HOMINES EVENTIUNT LIGATUM OMNE DISSOLUBILE".

Solo en la Edad Media el Derecho Canónico cambió el concepto de matrimonio. — y lo hizo indisoluble por naturaleza.

El Instituto Moderno del divorcio no hace sino ordenar una serie de causas — de anulación del matrimonio y no resucita en absoluto el divorcio romano, — inherente a una idea completa distinta del matrimonio. (16)

(16) BONFANTE PEDRO. INSTITUCIONES DE DERECHO ROMANO. Editorial Instituto — Editorial Reus. Madrid España 1959. Traducido por Luis Bacci y Andres Larrosa 2a. Edición Páginas 189, 190, 191, 192, 193 y 194.

DERECHO CANONICO.

El Derecho Canónico consagra el matrimonio como un sacramento que simboliza desde el punto de vista religioso la unión de Cristo con su Iglesia. En -- efecto, el canon (regla o precepto) 1012 en su párrafo segundo confirma es ta consideración:

Entre bautizados no puede haber contrato matrimonial válido, que por el -- mismo hecho no sea sacramento".

Como propiedades esenciales del matrimonio canónico encontramos su unidad e indisolubilidad. La unidad significa que este puede realizarse por "uno solo con una sola" de aqué la aclaración de que los esposos son una sola carne. La indisolubilidad, como su mismo nombre lo indica, perpetúa el matrimonio durante la vida de los esposos hasta que la muerte los separe, ya que -- lo que Dios ha vinculado, el hombre no lo puede separar.

El canon 1013 consigna una doble finalidad del matrimonio, una primaria -- como es la procreación de la prole y su educación y la secundaria que consiste en la ayuda mutua y como remedio para la concupiscencia.

" Matrimonii finis primarius est procreatio atque educatio prolis; secundarius mutuum adiutorium et remedium concupiscentiae".

El matrimonio religioso tiene ciertos efectos civiles, separables del vínculo matrimonial, cuya regulación es competencia directa del fuero civil, -- como lo relativo a la administración de los bienes de los conyuges. (17)

Hay sin embargo dos casos en que el matrimonio puede disolverse en cuanto -- al vínculo, según el derecho canónico. El primero es cuando de los dos infieles unidos con el lazo del matrimonio según las leyes de su país, se convierte el uno a la fé católica y el otro no quiere continuar en su compañía sino para molestarle y retraerle de su fé o como dicen los canonistas, -- "sine contumelia creatoria, id est, sine blasphemia in Christum", pues entonces

(17) MAGALLON IBARRA JORGE MARIO. EL MATRIMONIO, SACRAMENTO-CONTRATO-INSTITUCION. Editorial Tipografica Editora Mexicana, S.A. México, D.F. 1965 pagina 12 y 13.

ces el convertido puede casarse con otra persona; siendo este el único caso en que se disuelve el matrimonio consumado. No sucede lo mismo cuando de dos fieles el uno cae en herejía o en la infidelidad; porque el matrimonio de los fieles es siempre estable por ser sacramento, al paso que el de los infieles se considera un simple contrato.

El segundo caso en que el matrimonio puede disolverse en cuanto al vínculo es cuando dos fieles que lo han contraído legítimamente, pero sin proceder a su consumación, abraza el uno la vida religiosa profesando en un convento, aunque sea en contra de la voluntad del otro, quien queda absolutamente libre para contraer otro enlace. Fundan los canonistas esta doctrina en que la indisolubilidad del matrimonio no tanto depende de la circunstancia de ser un sacramento, como de la unión que resulta por la tradición de los cuerpos, según la palabra de la escritura "Eterunt duo in carne una"; debiendo sobreentenderse mientras no llega a verificarse esta unión, la condición tácita nisi Deus ad meliora vocaverit. Parece que a primera vista milita la misma razón para hacer disolver el matrimonio no consumado por la promoción a los órdenes sagrados, pues tanto en esta como en la profesión religiosa se encuentra el voto de castidad y se supone mayor perfección que en el estado del matrimonio; pero se dice que el que abraza la vida monástica muere absolutamente para el mundo por los tres votos con que se liga, al paso que la promoción a los órdenes sagrados no lleva consigo la muerte civil ni la renuncia de las cosas temporales(18)

EVOLUCION LEGISLATIVA EN MEXICO

PRIMERA LEY DEL REGISTRO CIVIL EN MEXICO DEL 27 DE ENERO DE 1857.

En esta época se hizo evidente la necesidad de contar con un ordenamiento legal que regularizara la situación de la pareja decidida a unirse en matrimonio y que eventualmente, ya realizado dicho acto, podía cambiar de opinión y surgió la primera Ley del Registro Civil del 27 de Enero de 1857, la cual estuvo notablemente influenciada por las prácticas del Clero que introdujeron a la Nueva España durante tres siglos de dominación española; los cambios necesarios para desaparecer dicha influencia no fué posible hacerlos de inmediato y por -

(18) ESCRICHE JOAQUIN. Op. Cit. Pag. 565.

eso en dicho registro se pedían algunos requisitos avalados por la Iglesia. Para proteger los derechos y las obligaciones surgidas del matrimonio, aún disuelto este con posterioridad, se obligaba a anotar el nuevo acto jurídico llamado -- divorcio al margen del acta de matrimonio. Todo lo anterior lo confirmamos al -- leer los artículos transcritos a continuación.

ARTICULO 65.- Celebrado el sacramento ante el párroco y previas las solemnidades canónicas, los consortes se presentarán ante el Oficial del Estado Civil a registrar el contrato de matrimonio.

ARTICULO 71.- El matrimonio será registrado dentro de cuarenta y ocho horas después de celebrado el sacramento.

ARTICULO 72.- El matrimonio que no este registrado, no producirá efectos civiles.

ARTICULO 73.- Son efectos civiles para el caso la legitimidad de los hijos, la -- patria potestad, los derechos hereditarios, los gananciales, la dote, las arras, -- y demás acciones que competen a la mujer; la administración de la sociedad conyugal que corresponde al marido y la obligación de vivir en uno.

ARTICULO 77.- Las declaraciones de divorcio y nulidades de matrimonio se anotarán también en el registro de la misma manera que los matrimonios y con referencia al registro de éstas , anotándose el mismo acto al margen del primero. Este registro será un apéndice al libro de matrimonios y formará parte de él al ce -- rrarse el volumen de cada año. (19)

LEYES DE REFORMA.

En las Leyes de Reforma ya se empezó a manejar el concepto de que el matrimonio era un contrato civil y que para realizarlo era necesario reunir una serie de -- requisitos y formalidades establecidas por las autoridades civiles y no eclesias

(19) PRIMERA LEY DEL REGISTRO CIVIL EN MEXICO. Ordenada por DUBLAN MANUEL Y LOZA NO JOSE MARIA. LEGISLACION MEXICANA COLECCION COMPLETA DE LAS DISPOSICIONES LE -- GISLATIVAS EXPEDIDAS DESDE LA INDEPENDENCIA DE LA REPUBLICA. Edición oficial -- Tomo VIII Imprenta del Comercio de Dublin yChavez. México 1877 Pags. 370 y 371.

ticas como anteriormente se hacía; se le dió importancia a la edad de los contrayentes y del permiso necesario de quienes ejercían la patria potestad sobre ellos cuando así lo requería la situación en que se encontraban por su edad en ciertas ocasiones; hubo una serie de impedimentos para contraer matrimonio como el error en la persona, el parentesco, atentado contra la vida de ciertas personas, el matrimonio anterior, la locura etc. se fueron perfeccionando y ampliando en ordenamientos legales posteriores como se verá después lo mismo sucedió con las causales de divorcio; el cuál en esa época no disolvía el matrimonio definitivamente sino de una manera temporal y no dejaba a los conyuges en libertad de contraer nuevamente matrimonio, por lo que es necesaria la lectura de algunos ordenamientos que se transcriben enseguida:

MATRIMONIO CIVIL.- Sus formalidades, Impedimentos. Divorcio, Juicios sobre validez o nulidad.

ARTICULO 1.- El matrimonio es un contrato civil que se contrae lícita y válida mente ante la autoridad civil. Para su validez bastará que los contrayentes, previas las formalidades que establece la Ley, se presenten ante aquella y expresen libremente la voluntad que tienen de unirse en matrimonio.

ARTICULO 4 .- El matrimonio civil es indisoluble; por consiguiente, solo la muerte de alguno de los conyuges es el medio natural de disolverlo; pero podrán los casados separarse temporalmente por algunas de las causas expresadas en el artículo 20 de esta Ley. Esta separación legal no los deja libres para casarse con otras personas .

ARTICULO 5.- Ni el hombre antes de los catorce años, ni la mujer antes de los doce, pueden contraer matrimonio. En casos muy graves y cuando el desarrollo de la naturaleza se anticipe a esta edad, podrán los gobernadores de los Estados y del Distrito, en su caso, permitir el matrimonio entre estas personas.

ARTICULO 6.- Se necesita para contraer matrimonio la licencia de los padres tutores o curadores, siempre que el hombre sea menor de veintidós años y la mujer menor de veinte. Por padres para este efecto se entenderá también los abuelos paternos. A falta de padres, tutores o curadores se ocurrirá a los hermanos mayores. Cuando los hijos sean mayores de veintidós años pueden casarse sin licencia de las personas mencionadas.

ARTICULO 8.- Son impedimentos para celebrar el contrato civil del matrimonio -

los siguientes:

I.- El error cuando recae esencialmente sobre la persona.

II.- El parentesco de consanguinidad legítimo o natural, sin limitación de grado en la línea recta ascendente o descendente. En la línea colateral igual, el impedimento se extiende solamente a los tíos y sobrinos, o al contrario siempre que estén en el tercer grado. La calificación de estos grados se hará siguiendo la computación civil.

III.- Atentar contra la vida de alguno de los casados para casarse con el que queda libre.

IV.- Violencia o la fuerza, con tal que sea tan grave y notoria, que baste para quitar la libertad del consentimiento.

V.- Los esponsales legítimos, siempre que consten por escritura pública y no se disuelvan por el mutuo disenso de los mismos que lo contrajeron.

VI.- La locura constante e incurable.

VII.- El matrimonio celebrado antes legítimamente con persona distinta de aquella con quien se pretenda contraer.

Cualquiera de estos impedimentos basta para que no se permita la celebración del matrimonio, o para dirimirlo en el caso de que existiendo alguno de ellos se haya celebrado, menos el error sobre la persona que puede salvarse ratificando el consentimiento después de conocido el error.

ARTICULO 20.- El divorcio es temporal y en ningún caso deja hábiles a las personas para contraer nuevo matrimonio mientras viva alguno de los conyuges.

ARTICULO 21.- Son causas legítimas para el divorcio:

I.- El adulterio, menos cuando ambos esposos se hayan hecho reos de este crimen o cuando el esposo prostituya a la esposa con su consentimiento; más en el caso de que lo haga por la fuerza, la mujer podrá separarse del marido por decisión judicial, sin perjuicio de que éste sea castigado conforme a las leyes. Este caso, así como el concubinato público del marido, dan derecho a la mujer para entablar la acción de divorcio por causa de adulterio.

II.- La acusación de adulterio hecha por el marido a la mujer, o esta a aquél, siempre que la justifique en el juicio.

III.- El concubinato con la mujer, tal que resulte contra el fin esencial del matrimonio.

IV.- Inducción con pertinencia al crimen ya sea que el marido induzca a la mujer o ésta a aquél.

V.- Crueldad excesiva del marido con la mujer, o de ésta con aquél.

VI.- La enfermedad grave o contagiosa de alguno de los esposos.

VII.- La demencia de alguno de los esposos, cuando esta sea tal que fundamentalmente se tema por la vida del otro.

CODIGO CIVIL DEL IMPERIO MEXICANO.

Maximiliano decretó el Código Civil del Imperio Mexicano modificando algunos de los requisitos legales anteriores como el de la edad suficiente para contraer — matrimonio, que anteriormente era de 14 años para el hombre y de 12 para la mujer, quedando dicha edad en este ordenamiento en 18 años para el hombre y 15 para la mujer; se le dió mucha importancia a las obligaciones de la mujer hacia el hombre y de ambos hacia los hijos. Es evidente que había cierta influencia de la Iglesia al haberse referido en varios artículos de la religión del Estado y en cuanto al divorcio se mantenía la idea de que no se disolvía el matrimonio y que solo suspendía algunas de las obligaciones civiles emanadas del matrimonio; se le dió mucha importancia a los efectos del divorcio sobre los bienes de los divorciantes y al secreto que debía guardar el procedimiento a seguir para obtener el divorcio. Se aprecia esto más claramente al leer los siguientes artículos:

TITULO IV DEL MATRIMONIO .- Capítulo I

ARTICULO 99.- El matrimonio es la sociedad legítima de un solo hombre y una sola mujer, que se unen con vínculo indisoluble para perpetuar su especie y ayudarse a llevar el peso de la vida.

ARTICULO 100.- La Ley no reconoce esposales de futuro.

ARTICULO 101.- Para que el matrimonio pueda tener efectos y la ley civil lo considere como tal, es necesario celebrarlo ante funcionarios que ella establece — y con todas las formas y requisitos que la misma exige como esenciales.

ARTICULO 103.- No puede contraer matrimonio el hombre antes de cumplir 18 años — de su edad y la mujer antes de quince, también cumplidos.

ARTICULO 123.- Los que hayan contraído matrimonio, sea civil, sea conforme al — culto reconocido por el Estado, tienen impedimento dirimente para contraer otro — matrimonio civil antes de que aquel esté disuelto.

CAPITULO III

ARTICULO 132.- La mujer debe vivir con su marido; este tiene la obligación de recibirla. El marido debe dar alimentos a la mujer, haya llevado esta bienes al matrimonio o no. La mujer esta sujeta y obligada a obedecer al marido así en lo doméstico como en la educación de los hijos y en la administración de los bienes. Si la mujer tiene bienes propios y el marido no, y esta impedido para trabajar, la mujer debe dar alimentos al marido aún cuando esté no administre los bienes del matrimonio.

ARTICULO 144.- El padre y la madre están obligados a criar a sus hijos, educarlos y alimentarlos; más no a dotarlos ni conformarles un establecimiento para contraer matrimonio ó para cualquier otro objeto.

ARTICULO 145.- A falta de padre y madre, los ascendientes de ambas líneas más próximos en grado, tienen la obligación de alimentos, educar a sus descendientes.

ARTICULO 147.- La obligación de dar alimentos es reciproca; los hijos y descendientes la deben a sus padres y ascendientes.

ARTICULOS TRANSITORIOS SOBRE EL MATRIMONIO.

ARTICULO 204.- Por ahora los matrimonios celebrados por la iglesia reconocida como religión del Estado surtirán los efectos civiles siempre que reúnan las condiciones siguientes:

1a.- Que no tengan contraído los conyuges otro matrimonio anterior, puramente civil o segun cualquier otro culto.

2a.- Que sean de la edad prescrita en el artículo 103.

ARTICULO 208.- En general si los conyuges cuyo matrimonio religioso haya sido reconocido por el Estado, pertenecen a distintos cultos, el divorcio se registrará por las reglas del culto sin arreglo al que se contrajo el matrimonio; y si se hubiere celebrado conforme a los dos cultos por el que sea más favorable a la indisolubilidad del matrimonio.

TITULO IV CAPITULO V DEL DIVORCIO.

ARTICULO 151.- El divorcio no disuelve el matrimonio de manera alguna que alguno de los divorciados pueda contraer otro matrimonio, o faltar a la fidelidad debida a su consorte; suspende solo algunas de las obligaciones civiles que se expresan en los articulos relativos de este código.

ARTICULO 152.- Son causas legítimas de divorcio:

- 1.- El adulterio de alguno de los cónyuges.
- 2.-La propuesta del marido para prostituir a la mujer.
- 3.-El conato del marido o la mujer para corromper a los hijos o la convivencia en su corrupción.
- 4.- La pena impuesta por delito infamante.
- 5.- El abandono sin causa justa del domicilio conyugal, prolongado por más de -- dos años.
- 6.- La sevicia o trato cruel del marío a la mujer.
- 7.-La acusación falsa hecha por un cónyuge al otro.
- 8.- La violación de las capitulaciones matrimoniales.

ARTICULO 177.- El cónyuge que diere causa al divorcio, perderá todo su poder y derechos sobre las personas y bienes de sus hijos, mientras vive el cónyuge inocente; pero las recobrará muerto éste, si el divorcio se ha declado por las -- causas la. 2a. 6a. 7a. y 8a. señaladas en el artículo 152. En los demás casos -- se le proveerá de tutor a la muerte del padre o la madre inocente.

ARTICULO 178.- El cónyuge que diere causa de divorcio, perderá todo lo que le -- hubiere dado o prometido por su consorte o por otra persona en consideración -- a éste; el conyuge inocente conservará lo recibido y podrá reclamar lo pactado en su provecho.

ARTICULO 179.- El divorcio ejecutoriado hace volver a cada consorte sus propios bienes y habilita a la mujer para contraer y litigar sobre los suyos, sin li -- cencia del marido.

ARTICULO 182.- La muerte de uno de los cónyuges, acaecida durante el pleito -- de divorcio pone fin a él en todo caso y los herederos del muerto tienen los --

mismos derechos y obligaciones que si no hubiera habido pleito.

ARTICULO 183.- En todo juicio de divorcio las audiencias serán secretas y se oirá al Ministerio Público.

CODIGO CIVIL DE 1870 y 1884.

En los Códigos Civiles de 1870 y 1884 basicamente contienen los mismos conceptos sobre lo que debe entenderse por matrimonio y los impedimentos para celebrar el mismo; se traduce como impedimento para contraer matrimonio el raptó con -- cierta dispensa si se cumplían con ciertos requisitos; es notorio que el Código de 1884 se pone especial atención en que son dispensables la falta de edad y el parentesco por consanguinidad en la línea colateral desigual.

En cuanto al divorcio ambos códigos se mantienen la idea de que no se disuelve el vínculo matrimonial y en las causales de divorcio en el Código de 1870 se habla de la propuesta del marido para prostituir a la mujer; la violencia de un conyuge hacia el otro, el corromper a los hijos, el abandono del domicilio conyugal, la acusación falsa hecha por un conyuge al otro etc.; por lo que respecta al Código de 1884 se contemplaba nuevas aportaciones a las causales anteriores-- como el dar a luz la mujer un hijo concebido con anterioridad al matrimonio y -- que judicialmente fué declarado ilegítimo; la negativa de proporcionar alimentos, vicios de juego o embriaguez , se amplía el concepto de enfermedad crónica y se introduce una nueva figura que no estaba contemplada en ordenamientos legales anteriores, el mutuo consentimiento.

A continuación se transcriben algunos artículos de ambos ordenamientos legales:

CODIGO CIVIL DEL DISTRITO FEDERAL Y TERRITORIO DE LA BAJA CALIFORNIA DE 1870.

DEL MATRIMONIO- CAPITULO I

DE LOS REQUISITOS NECESARIOS PARA CONTRAER MATRIMONIO.

ARTICULO 159.- El matrimonio es la sociedad legítima de un solo hombre y una -- sola mujer, que se unen con vínculo indisoluble para perpetuar su especie y -- ayudarse a llevar el peso de la vida.

ARTICULO 163.- Son impedimentos para celebrar el contrato civil del matrimonio los siguientes:

I.- La falta de edad requerida por la Ley.

II.- Falta de consentimiento del que conforme a la Ley tiene la patria potestad.

III.- Error cuando sea esencialmente sobre la persona.

IV.- Parentesco de consanguinidad legítimo o natural sin limitación de grado - en línea recta ascendente o descendente. En la línea colateral igual el impedimento se extiende a los hermanos y medios hermanos. En la misma línea colateral desigual el impedimento se extiende solamente a los tios y sobrinos y al contrario siempre que estén en el tercer grado y no hayan obtenido dispensa. La computación de estos grados se hará en los términos prevenidos en el capítulo II de este título.

V.- La relación de afinidad en línea recta sin limitación.

VI.- Atentado contra la vida de alguno de los casados para casarse con el que quede libre.

VII.- La fuerza o el miedo graves. En caso de rapto subsiste el impedimento -- entre el raptor y la robada, mientras esta no sea restituida en un lugar seguro, donde libremente exprese su voluntad.

VIII.- La locura constante e incurable.

IX.- El matrimonio celebrado antes legítimamente con persona distinta de aquella con quien se pretende contraer.

CAPITULO V. DEL DIVORCIO.

ARTICULO 239.- El divorcio no disuelve el vínculo del matrimonio solo suspende algunas de las obligaciones civiles, que se expresarán en los artículos relativos de este Código.

ARTICULO 240.- Son causas legítimas de divorcio:

1.- El adulterio de uno de los cónyuges.

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

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

- 4.- El conato del marido o de la mujer para corromper a los hijos o la convivencia en su corrupción.
- 5.-El abandono sin causa justa del domicilio conyugal prolongado por más de dos -- años.
- 6.- La sevicia del marido con su mujer o la de esta con aquel.
- 7.- La acusación falsa hecha por un conyuge al otro.

CODIGO CIVIL DE 1884.

TITULO QUINTO. DEL MATRIMONIO. CAPITULO PRIMERO.
DE LOS REQUISITOS NECESARIOS PARA CONTRAER MATRIMONIO.

ARTICULO 155.- El matrimonio es la sociedad legítima de un solo hombre con una sola mujer, que se unen con vínculo indisoluble para perpetuar su especie y ayudarse a llevar el peso de la vida.

ARTICULO 59.- Son impedimentos para celebrar el contrato de matrimonio:

- I.- La falta de edad requerida por la Ley cuando no haya sido dispensada.
 - II.- La falta del consentimiento del que conforme a la Ley tiene la patria potestad del tutor o del juez en sus respectivos casos.
 - III.- El error cuando sea esencialmente sobre la persona.
 - IV.- Parentesco de consanguinidad legítimo o natural, sin limitación de grado en la línea recta ascendente y descendente. En la línea colateral igual el impedimento se extiende a los hermanos y medios hermanos. En la misma línea colateral desigual el impedimento se extiende solamente a los tios y sobrinos y al contrario, siempre que éstos en el tercer grado y no hayan obtenido dispensa. La computación de estos grados se hará en los términos prevenidos en el capítulo II de este título.
 - V.- La relación de afinidad en línea recta sin limitación alguna.
 - VI.- El atentado contra la vida de alguno de los casados, para casarse con el que quede libre;
 - VII.-La fuerza o miedo graves. En caso de raptó subsiste el impedimento entre el raptor y la robada, mientras ésta no sea restituida a lugar seguro, donde libremente manifieste su voluntad.
 - VIII.- La locura constante e incurable.
 - IX.- El matrimonio celebrado antes legítimamente con persona distinta de aquella con quien se pretende contraer.
- De estos impedimentos solo son dispensables la falta de edad y el parentesco en --

línea colateral desigual.

CAPITULO V. DEL DIVORCIO.

ARTICULO 226.- El divorcio no disuelve el vínculo del matrimonio; suspende solo algunas de las obligaciones civiles, que se expresarán en los artículos relativos a este Código.

ARTICULO 227.- Son causas de legítimo divorcio:

I.- El adulterio de uno de los cónyuges.

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

III.- 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 el otro tenga relaciones ilícitas con su mujer.

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

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

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

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

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

IX.- La negativa de uno de los cónyuges a suministrar al otro alimentos conforme a la Ley.

X.- Los vicios incorregibles de juego o embriaguez.

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

XII.- La infracción a las capitulaciones matrimoniales.

XIII.- El mutuo consentimiento.

LEY DEL 9 DE ABRIL DE 1917 SOBRE RELACIONES FAMILIARES.

En la Ley sobre Relaciones Familiares se da una nueva edad para Contraer matrimonio: el hombre debía tener 16 años y la mujer 14; se otorgan facultades para dar el consentimiento para casarse a menores de edad a algunos funcionarios — públicos si los que debieron otorgarlo no pueden hacerlo; la mayoría de edad — se considera tanto para el hombre como para la mujer de 21 años cumplidos, etc. Es importante recalcar que en esta Ley se trató de dar los mismos derechos al — hombre y a la mujer sobre todo en lo relativo al funcionamiento del hogar conyu gal y a la educación de los hijos.

En cuanto al divorcio se introduce un nuevo concepto al decirse que " disuelve el vínculo del matrimonio" y deja a los divorciantes en aptitud de contraer — nuevo matrimonio, lo cual se considera un avance en los efectos derivados de — la acción de divorcio; las causales sufrieron modificaciones en cuanto a los tér minos para pedir el divorcio por abandono del domicilio conyugal; el daño cau sado por un conyuge a otro en su persona o bienes fué introducido como nueva — causal para evitar abusos entre los cónyuges.

A continuación se transcriben algunos artículos de esta Ley para su mejor com— presión.

CAPITULO II DEL MATRIMONIO Y DE LOS REQUISITOS PARA CONTRAERLO.

ARTICULO 13.—El Matrimonio es un contrato civil entre un solo hombre y una so la mujer, que se unen con vínculo disoluble para perpetuar su especie y ayudar se a llevar el peso de la vida.

ARTICULO 15.— El matrimonio debe celebrarse ante los funcionarios que establece la Ley y con todas las formalidades que ello exige.

ARTICULO 18.— Solamente pueden contraer matrimonio el hombre que ha cumplido 16 años y la mujer que ha cumplido 14. El Gobernador del Distrito Federal o de un territorio, puede conceder dispensa de edad en casos excepcionales y por causas graves y justificadas, siempre que el hombre tenga doce años cumplidos.

ARTICULO 19.— Los hijos de ambos sexos que no hayan cumplido 21 años, no pueden contraer matrimonio sin el consentimiento del padre o la madre, si vivieren am bos o del que de ellos sobreviviere, aún cuando en caso de que solo exista la — madre esta haya pasado a segundas nupcias.

A falta de padres se necesita el consentimiento de los abuelos si vivieren ambos o del que de ellos sobreviviere. A falta de abuelos paternos, se requiere el -- consentimiento de los abuelos maternos, si los dos existieren o del que de ellos sobreviviere, a menos que el último de los ascendientes que en cada grado ejerza la patria potestad al morir haya nombrado tutor a sus hijos.

ARTICULO 20.- Faltando padres y abuelos, se necesita el consentimiento de los tutores; faltando estos, al Juez de Primera Instancia del lugar de residencia del -- menor suplirá el consentimiento.

CAPITULO IV. DE LOS DERECHOS Y OBLIGACIONES QUE NACEN DEL MATRIMONIO.

ARTICULO 41.- La mujer debe vivir con su marido; pero no estará obligada a hacerlo cuando éste se ausente de la República, o se estableciere en lugar insalubre -- o en el lugar no adecuado a la posición social de aquella.

ARTICULO 43.- El marido y la mujer tendrán en el hogar autoridad y consideracio-- nes iguales, por lo mismo, de común acuerdo arreglarán lo relativo a la educa-- ción y establecimiento de los hijos y a la administración de los bienes que a estos pertenezcan.

En caso de que el marido y la mujer no estuvieren de acuerdo sobre alguno de -- los puntos indicados, el Juez de Primera Instancia del lugar, sin forma ni solemnidad alguna procederá a ponerlos de acuerdo, y en el caso de que no lo logre, resolverá lo que fuere más conveniente al interés de los hijos.

ARTICULO 45.- El marido y la mujer tendrán plena capacidad, siendo mayores de -- edad, para administrar sus bienes propios, disponer de ellos y ejercer todas las acciones que les competan, sin que al efecto necesite el esposo del consentimiento de la esposa, no ésta de la autorización o licencia de aquel.

CAPITULO VI. DEL DIVORCIO.

ARTICULO 75.- El divorcio disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los conyu-- ges en aptitud para contraer otro.

ARTICULO 76.- Son causas de divorcio:

I.- El adulterio de uno de los cónyuges.

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

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

IV.- Ser cualquiera de los cónyuges incapaz para llevar los fines del matrimonio, o sufrir sífilis, tuberculosis, enagenación mental incurable o cualquiera otra enfermedad crónica incurable, que sea demás contagiosa o hereditaria.

V.- El abandono injustificado del domicilio conyugal por cualquiera de los con sortes durante seis meses consecutivos;

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

VII.- La sevicia, las amenazas o injurias graves o los malos tratamientos de un cónyuge para el otro, siempre que estos o aquéllos sean de tal naturaleza que hacen imposible la vida en común.

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

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

X.- El vicio incorregible de la embriaguez.

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

XII.- El mutuo consentimiento.

EL CODIGO CIVIL DE 1928.

El Código Civil para el Distrito Federal, expedido por Plutarco Elias Calles el 26 de marzo de 1928 y que entró en vigor el 10. de Octubre de 1932 es el que - actualmente esta vigente en nuestra legislación y ha sufrido varias modificaciones para adecuar sus ordenamientos a la vida actual, lo que lo hace un documento protector de la relaciones humanas surgidas del contrato de matrimonio y la acción de divorcio; tiene muchos de los conceptos que ya se habian dado en los códigos anteriores aunque con modificaciones como por ejemplo: en los impedimentos para contraer matrimonio se cumplía el concepto de los vicios a las drogasmervantes. En cuanto al divorcio se amplia la separación del hogar conyugal -- con o sin causa justificada y se pone término a las diferentes situaciones sobre esto para que se pueda considerar como causal de divorcio; se incluye la -- declaración de ausencia para buscar la seguridad jurídica cuando desaparece alguno de los cónyuges.

A continuación se transcriben los artículos relativos que dan la idea de la -- preocupación del legislador actual por adecuar las normas legales para el mejor funcionamiento de las relaciones en el matrimonio.

CODIGO CIVIL DEL DISTRITO FEDERAL VIGENTE.

ARTICULO 147.- Cualquier condición contraria a la perpetuación de la especie o la ayuda mutua que se deben los cónyuges, se tendrá por no puesta.

ARTICULO 148.- Para contraer matrimonio el hombre necesita haber cumplido 16 - años y la mujer 14. El Jefe del Departamento del Distrito Federal o los Delegados, según sea el caso pueden conceder dispensas de edad por causas graves y -- justificadas.

ARTICULO 156.- Son impedimentos para celebrar el contrato de matrimonio.

- I.- La falta de edad requerida por la Ley cuando no haya sido dispensada.
- II.- Falta del consentimiento del que, o los que ejerzan la patria potestad, el tutor o Juez en sus respectivos casos.
- III.- El parentesco por consanguinidad legítima o natural, sin limitación de -- grado en línea recta, ascendenteo descendente. En la línea colateral igual el impedimento se extiende a los hermanos y medios hermanos. En la colateral des-- igual se extiende solamente a los tios y sobrinos siempre que estén en el tercer grado y no hayan obtenido dispensa.
- IV.- El parentesco por afinidad en línea recta sin limitación alguna.

V.- El adulterio habido entre las personas que pretendan contraer matrimonio,-- cuando ese adulterio haya sido judicialmente comprobado.

VI.-El atentado contra la vida de alguno de los casados para contraer matrimonio con el que quede libre.

VII.- La fuerza o miedo graves. En caso de raptó subsiste el impedimento entre el raptor y la raptada mientras esta no sea restituida a lugar seguro donde libremente pueda manifestar su voluntad.

VIII.- La embriaguez habitual, la morfínomanía, heteromanía y el uso indebido y persistente de las demás drogas enervantes.

IX.- La impotencia incurable para la cópula; la sífilis, la locura y las enfermedades crónicas e incurables, que son además contagiosas o hereditarias.

IX.- El idiotismo o imbecilidad.

X.- El matrimonio subsistente con persona distinta de aquella con quien se pretenda contraer.

De estos impedimentos solo son dispensables la falta de edad y el parentesco de consanguinidad en línea colateral desigual.

CAPITULO X. EL DIVORCIO.

ARTICULO 266.- El divorcio disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro.

ARTICULO 267.- Son causales de divorcio:

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

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

III.- La propuesta del marido para prostituir a la mujer, no solo 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;

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

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

VI.-Padecer sífilis, tuberculosis o cualquiera otra enfermedad crónica o incu-

nable, que sea además contagiosa o hereditaria y la impotencia incurable que sobrevenga después de celebrado el matrimonio;

VII.- Pacer enagenación mental incurable, previa declaración de interdicción - que se haga respecto del cónyuge demente.

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

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

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

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

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

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

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

XV.- Los hábitos de juego, embriaguez , de uso indebido y persistente de drogas - enervantes, cuando amenazan causar la ruina de la familia o constituyen un continuo motivo de desaveniencia conyugal;

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

XVII.- El mutuo consentimiento.

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

EL MATRIMONIO EN LA ACTUALIDAD.

INTRODUCCION.

Ya en el capítulo anterior se estudió la historia del matrimonio y del divorcio por lo que para entrar al estudio del tema principal de este trabajo, que es el divorcio, se hace necesario tener primero un concepto general de la institución llamada matrimonio, puesto que sin la existencia previa de ésta no se puede dar el divorcio. Es primordial tener ideas claras de los diferentes elementos que conforman al matrimonio pues es una institución fundamental en la vida de las personas de sexos opuestos que desean tener una relación para formar una familia de acuerdo a las normas jurídicas que rigen a nuestro país, por lo que en esas mismas normas se refleja la intención del Estado de regular adecuadamente la célula fundamental de nuestra sociedad. En este capítulo se estudiará el concepto actual del matrimonio, su naturaleza jurídica, sus elementos esenciales y de validez, los impedimentos para celebrarlo, las causas de nulidad y los efectos que se producen al realizarse dicho contrato de matrimonio, pues estos últimos serán fundamentalmente modificados al realizarse el divorcio, por lo que su estudio es necesario para que se entienda la importancia del divorcio al hacer su estudio en el capítulo siguiente.

CONCEPTO ACTUAL DEL MATRIMONIO.

En la evolución del concepto moderno del matrimonio han intervenido distintos factores que podemos fundamentalmente reducir a tres:

- a).- El concepto romano del matrimonio.
- b).- El concepto canónico del mismo.
- c).- El caracter laico del matrimonio en algunos derechos positivos.

CONCEPTO ROMANO DEL MATRIMONIO.

Transcribimos la interesante síntesis que formula Ruggiero y de la que se desprende un concepto integral de la institución:

"El matrimonio romano.- que en la larga evolución de aquel dere--

cho adoptó configuraciones muy diversas, de forma que el matrimonio justinianeo no es en realidad más que una pálida imagen del arcaico, se haya integrado por dos elementos esenciales. El uno físico, la conjunción del hombre con una mujer que no debe entenderse como conjunción material de sexos y si en un sentido más elevado, como unión o comunidad de vida que se manifiesta exteriormente con la deductio de la esposa in domum mariti. La deductio inicia la cohabitación y fija el momento en que el matrimonio se inicia. Desde este instante la mujer es puesta a disposición del marido, se halla sujeta a éste y comparte la posición social del mismo. Este poder del marido sobre la mujer puede ser más o menos -- intenso, afirmarse energicamente en la manus que coloca a la mujer en situación de hija o faltar completamente; la participación en la dignidad, en los honores en el culto familiar del marido puede ser más o menos plena; la cohabitación -- puede interrumpirse, el régimen patrimonial puede variar, puede darse absoluta- paridad y una plena bilateralidad de derechos y deberes; pero lo importante es que el elemento físico no falte, que haya estado de hecho manifestado en la -- convivencia, en el ponerse la mujer a disposición del marido. El otro elemento es el intelectual o psíquico y es el factor espiritual que vivifica el material o corporal, del mismo modo que en la posesión (a ella se equipara el matrimo- nio en las fuentes romanas con frecuencia) el animus es el requisito que inte- gra o complementa el corpus. Este elemento espiritual es la affectio maritalis o sea la intención de quererarse en el marido y en la mujer, la voluntad de crear y mantener la vida común, de perseguir la consecución de los fines de la socie- dad conyugal; una voluntad que no consiste en el consentimiento esencial, en - un único acto volitivo , sino que debe prolongarse en el tiempo, ser duradera y continua, renovándose de momento en momento, porque sin esto la relación física pierde su valor. Cuando estos dos factores concurren en el matrimonio queda - constituido; si uno de ellos falta o desaparece, el matrimonio no surge o se ex- tingue." (1)

MATRIMONIO CANONICO.

También sobre esta fase del matrimonio nos remitimos a la obra de Ruggiero. Di- ce así:

" Profundamente diversa es la concepción del derecho canónico, que re-

(1) .- RUGGIERO citado por ROJINA VILLEGAS RAFAEL. Compendio de Derecho Civil- I (Introducción, Personas y Familia) Editorial Libros de México. 3a. Edición. México, D.F. 1967. Páginas 278,279 y 280.

posa sobre fundamentos y bases distintas. La historia de la institución a través de los cánones de la Iglesia es demasiado larga y compleja para poder exponerla aquí en todas sus fases; su evolución esta influenciada en la lucha entre la — iglesia y el Estado y sigue las vicisitudes de este conflicto secular...el matrimonio se eleva a la dignidad de sacramento. Según la concepción canónica, es un sacramento solemne cuyos ministros son los mismos esposos, siendo el sacerdote — un testigo autorizado por la iglesia; la unión de los esposos es la imagen de — la unión de Cristo con la Iglesia y como esta indisoluble. El vínculo es creado por la voluntad de los esposos, ya que es su libre consentimiento el que genera la relación matrimonial; pero su consagración ante la Iglesia, merced a la bendición nupcial lo eleva a sacramento y como el sacramento ha sido instituido por Dios, y Dios mismo sanciona la unión, ésta es indisoluble. Según las palabras del evangelio los conyuges no son ahora sino una misma carne (itaque iam duo non sunt, sed un caro) y la unión no puede disolverse si no es por la muerte — — — (quo Deus coniunxit homo non separaret). Esta es la base teleológica de la relación y se pretende conciliar con ella la base jurídica; la base jurídica se — estructura con las definiciones y pasajes de las fuentes romanas, pero genera — consecuencias muy diversas. Interpretando los textos en que se hace alusión al — consensus en oposición a la cópula, algunos juristas, si bien espiritualizan el matrimonio infundiendo en él la idea religiosa, ven en el mismo un contrato, — porque creen que el consensus, que en los pasajes romanos significa affectio maritalis, equivalente a acuerdo o convención es decir, a un contrato. " (2)

CONCEPTO LAICO DEL MATRIMONIO.

En el tratado de Derecho Civil de Ennennerus, Kipp y Wolff se expresan las causas que permitieron crear un concepto laico sobre la institución matrimonial. En dicha obra se considera que la reconquista del derecho matrimonial y de la — jurisdicción en los casos matrimoniales, por el poder del Estado, deriva de — tres factores:

(2).- RUGGIERO. citado por RAFAEL ROJINA VILLEGAS . Op. Cit. pag. 279 y 280.

- 1.- El Protestantismo.
- 2.-Las ideas de la Iglesia Anglicana.
- 3.-Las ideas del derecho natural.

Del protestantismo.

Los reformadores, aunque no sin vacilaciones, rechazan la naturaleza sacramental del matrimonio: principalmente Lutero califica el matrimonio como una cosa externa, mundana, como el vestido, la comida, la casa, sujeta a la autoridad secular.

De la Iglesia Anglicana.

En Francia durante el siglo XVI se difundió una teoría teológico-jurídica que -- separaba dentro del matrimonio el contrato del sacramento: la regulación del -- contrato es competencia exclusiva del Estado, pero es supuesto para recibir el -- sacramento del matrimonio.

Del Derecho Natural.

Los teóricos del Derecho Natural de los siglos XVII y XVIII niegan al igual que -- Lutero, la naturaleza sacramental del matrimonio y toman del anglicanismo la -- concepción del matrimonio como un contractus civilis.

Las relaciones que existen entre el derecho canónico y la regulación laica del -- matrimonio, en los distintos países, han sido precisados por Kipp y Wolff de la -- siguiente manera:

Los derechos positivos pueden contener una regulación puramente confesional a -- efecto de que los católicos se les aplique el derecho canónico y a los protestan -- tes su derecho común.

Puede admitirse una regulación confesional con carácter de derecho supletorio -- para aquellos casos en los cuales el derecho vigente en un país determinado no -- comprenda una reglamentación completa sobre el matrimonio. En esta hipótesis -- se aplicará supletoriamente la regulación eclesiástica correspondiente. (3)
En México, el artículo 130 de la Constitución de 1917 ha declarado que el matri -- monio es un contrato civil y por lo tanto, se regula exclusivamente por las -- Leyes del Estado sin que tengan ingerencia alguna los preceptos del derecho canó -- nico. Sin embargo debe reconocerse que para la debida interpretación de las nor -- mas que regulan los impedimento, así como para las sanciones de nulidad, es nece -- sario tomar en cuenta el antecedente del derecho canónico. Desde nuestros Códig -- os Civiles de 1870 y 1884 el matrimonio ha quedado totalmente reglamentado por

(3) KIPP Y WOLFF citado por ROJINA VILLEGAS RAFAEL. . Op. Cit. pags. 278, 279 y 280.

la ley civil, tanto por lo que se refiere a su celebración ante el Oficial del Registro Civil competente, como en lo atañe a la materia de impedimentos, a los casos de nulidad y a los efectos de la institución. También el divorcio ha sido regulado por estos ordenamientos, primero bajo la forma de separación de cuerpos y después a partir de la Ley de Relaciones Familiares de 1917, como forma que -- disuelve totalmente el vínculo conyugal. (4)

NATURALEZA JURIDICA DEL MATRIMONIO.

En torno a la naturaleza jurídica del matrimonio existen diferentes posiciones doctrinales. El matrimonio desde el punto de vista exclusivamente jurídico es -- considerado, según las distintas posiciones en la forma siguiente:

A.- El matrimonio como contrato.- La concepción del matrimonio-contrato frente a la del matrimonio-sacramento aparece tan pronto el Estado se siente fuerte ante la Iglesia y celoso de su soberanía e independencia. Sin embargo, la concepción del matrimonio como contrato no responde ni a la verdadera naturaleza ni a la -- finalidad auténtica de esta institución y por lo tanto, no puede contribuir a -- explicarla satisfactoriamente. Es una fórmula fallida como justificación de una actitud política.

El matrimonio civil se constituye mediante un acto de un órgano estatal --administrativo o judicial-- que crea entre los contrayentes una relación jurídica de -- tipo permanente que no encaja exactamente en la figura del contrato civil.

El Código Civil para el Distrito Federal se inspiró en la idea contractualista . La orientación no podía ser otra, puesto que el artículo 130 de la Constitución Política establece expresamente que el matrimonio es un contrato civil.

El matrimonio desde el punto de vista puramente civil, se define como un contrato solemne, en virtud del cual un varón y una mujer se unen válidamente para el mutuo auxilio, la procreación y la educación de la prole, de acuerdo con las -- leyes. Esta calificación, no obstante su valor legal, ha sido seriamente objetada.

El matrimonio no es un contrato -- escribe Clemente de Diego -- porque su fondo no

tiene sino la forma de contrato, dada por la expresión del consentimiento. La razón -agrega el civilista español- es muy sencilla: todo contrato necesita de tres elementos o requisitos esenciales para su existencia a saber, objeto, causa y consentimiento y en el matrimonio faltan los dos primeros. En efecto, falta el objeto o materia, que en el contrato es una prestación que recae sobre cosas materiales o servicios, pero nunca sobre las personas, y en el matrimonio tiene lugar la entrega de una persona a otra y de esta a aquella en toda su integridad; falta la causa, porque ésta en los contratos es la liberalidad y el interés, y en el matrimonio no puede admitirse que en el terreno de los principios haya otro interés que el amor. (5)

Teniendo en cuenta que, desde el punto de vista del Derecho Civil Mexicano, -- los requisitos del contrato son el consentimiento y el objeto (artículo 1794- del Código Civil para el Distrito Federal), se puede negar la naturaleza contractual del matrimonio, por falta de objeto, de acuerdo con el criterio de -- Clemente de Diego. (6)

Para el civilista mexicano del siglo pasado Esteban Calva el matrimonio no es simplemente un contrato, " sino el contrato más antiguo que existe entre los -- hombres, pues que siendo la causa de la familia, su existencia debe remontarse hasta el origen de la humanidad". La concepción contractualista aparece en -- este autor sobreestimada. (7)

En opinión de Sánchez Román, aunque el matrimonio ofrece " una inicial apariencia contractual, por consecuencia de la necesidad del consentimiento o voluntad acorde y manifestada por los que celebran y aún de la incorporación de -- ordenes verdaderamente contractuales, que se agregan", hay que considerar que -- " lo primero o sea la intervención de voluntades concordantes, no es bastante -- para hacerlo entrar de lleno en la categoría de contrato; y lo segundo, que -- ñas llamadas usualmente capitulaciones matrimoniales o contratos sobre bienes -- con ocasión del matrimonio, representan un accidente, un aspecto secundario --

(5) CLEMENTE DIEGO, citado por DE PINA RAFAEL. Elementos de Derecho Civil -- Mexicano. (Introducción, Personas y Bienes) Volumen I. Editorial Porrúa 1978- Novena Edición paginas 314,315,316,317,318,319,320, 321 y 322.

(6) DE PINA RAFAEL Op. Cit.

(7) ESTEBAN CALVA, citado por DE PINA RAFAEL ibidem.

que no afecta a la esencia misma de la unión matrimonial y que pueden existir o no y estar de una u otra manera establecido". (8)

Entiende por lo tanto, Sánchez Román, que la " concepción del matrimonio es -- más elevada y compleja que la del contrato; la ley civil al regular el matrimonio como institución social y jurídica, unión igual e invariable en todos los - casos, como tipo predeterminado de la voluntad de los contrayentes no puede -- establecer ni modificar en nada su arbitrio, como en los contratos, no es otra- cosa que un régimen positivo subordinado a la ley natural y moral, mucho más- incompleto y menos comprensivo que el de ésta, respecto del matrimonio mismo, - en tanto que éste y la sociedad conyugal que origina con todas sus consecuen- cias, es según se ha dicho " una esencia natural, una relación moral, una ins- titución ética y un orden superior de vida, que toma del Derecho tan sólo las - formas y condiciones que en lo jurídico son necesarias para su existencia y --- garantía en el orden social". (9)

En relación con la posición del legislador mexicano frente a este tema, escribe ROJINA VILLEGAS: " Aún cuando es indudable que nuestros textos legales desde -- 1917, tanto en la Constitución como en la Ley de Relaciones Familiares, y des- pues en el Código Civil Vigente han venido insistiendo en la naturaleza contrac- tual del matrimonio, también no es menos cierto que tal punto de vista sólo tu- vo por objeto separar de manera radical el matrimonio civil del religioso, es- decir, negar el principio consagrado por el Derecho Canónico que dió el caract- er de sacramento al matrimonio. Por esto, el artículo 130 de la Constitución - de 1917 se afirma que el matrimonio como contrato civil es de exclusiva compe- tencia de los funcionarios y autoridades del orden civil. Es decir, no debe - considerarse que el legislador mexicano al afirmar que el matrimonio es un con- trato, quiso equipararlo en sus efectos y disolución al régimen general de los- contratos, sino que su intención fué únicamente negar a la Iglesia toda la in- gerencia en la regulación jurídica del matrimonio, en la celebración del mismo, en las consecuencias del divorcio y en los impedimentos para ese acto. Así se - explica que el artículo 147 del Código Civil prohíba toda estipulación contra- ria a los fines del matrimonio, es decir, a la perpetuación de la especie y a -

(8) SANCHEZ ROMAN. Citado por DE PINA RAFAEL Op. Cit. Pags. 315, 316 y 317.

(9) Ibidem.

la ayuda reciproca que se impone a los consortes. Por la misma razón, el artículo 182 declara: "Son nulos los pactos que los esposos hicieren en contra de las leyes o los naturales fines del matrimonio". De estos preceptos se desprende que no puede aplicarse a la regulación misma del acto en cuanto a los derechos y obligaciones que origina el sistema contractual. Es decir, no solo 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 régimen que se considera de interés público. — En este sentido es de aplicación estricta el artículo 60. del Código Civil — conforme a la 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 al interés público, y es indiscutible que una renuncia en cuanto a los derechos y obligaciones que derivan del matrimonio si afectarían gravemente al interés público"(10)

Entre los civilistas italianos ROTONDINI, defiende la naturaleza contractual — del matrimonio en los siguientes términos:

"Si por contrato, (prescindiendo de la exigencia de contenido patrimonial que — existe en la actual definición legislativa) se entiende cualquier negocio bilateral, como tal deberá calificarse el matrimonio". (11)

Esta afirmación merece una aclaración. Muchos han negado el carácter contractual bien por su contenido netamente extrapatrimonial (reservandose la denominación — como en la terminología legislativa- de contrato de matrimonio a las convenciones patrimoniales que pueden acompañar al matrimonio), bien por su contenido público, que en otra ocasión se ha puesto ya de relieve. Ninguna de las — dos razones persuade. Si de la naturaleza publicística deriva una característica de inderogabilidad de las normas, desde luego desusada en el campo contractual, esto no impide que el vínculo se establezca siempre típicamente sobre —

(10) ROJINA VILLEGAS RAFAEL, citado por DE PINA RAFAEL. Op. Cit. pag. 315, 316, 317, 318, 319, 320, 321 y 322.

(11) ROTONDINI, citado por DE PINA RAFAEL, IBIDEM.

una doble y reciproca manifestación de voluntad de los contrayentes (este mismo nombre de contrayente ha sido sancionado por el lenguaje común) y ello basta -- para nosotros para que se recurra a la figura del contrato como tipo de negocio-jurídico bilateral. La repugnancia a agrupar en una categoría el contrato de matrimonio y las convenciones patrimoniales no está justificada; baste pensar que el mismo ordenamiento eclesiástico, que es particularmente sensible al contrato-ético de esta relación, lo ha constituido como contrato, y por la figura contractual se pronuncia toda la tradición canonista. Si alguna duda puede presentarse a la dogmática moderna es, ante todo, la que deriva del hecho de que en la celebración del matrimonio civil interviene otro sujeto: el funcionario celebrante lo cual puede inducir- como ha ocurrido a algunos - a pensar que estando frente a una triple declaración de voluntad, se debe recurrir a la figura del acto complejo. Pero tampoco esta construcción persuade, siendo tan diversa la participación de la voluntad de los contrayentes y la del funcionario celebrante, el -- cual en realidad, se limita a sancionar con su participación el efecto de la -- declaración de la voluntad de los esposos. Participación que es indispensable -- pero que pasa a un segundo plano respecto al consentimiento otorgado por los esposos. (12)

La posición de ROTONDINI es radical. Conviene aclarar, respecto a lo que dicho-- autor dice sobre la tradición canónica acerca de la naturaleza contractual del matrimonio, que según el canon 1012 del Código de Derecho Canónico: " Cristo, -- Nuestro Señor, elevó a la dignidad de sacramento el mismo contrato matrimonial - entre bautizados" y que de acuerdo con el propio canon " por consiguiente, entre bautizados no puede haber contrato matrimonial válido que por el mismo hecho -- no sea un sacramento" y que el contrato a que hace referencia el canon"es un -- contrato natural " no civil.

Otro autor italiano DEONI entiende que cuando se dice que el matrimonio es un -- contrato, no se debe creer que se trata de un contrato como la generalidad de -- los contratos. El matrimonio es un contrato según este civilista, en cuanto surge por efecto de la voluntad de los esposos pero no deja de tener una particular estructura, vinculada íntimamente con los fines que el instituto del matrimonio

(12) ROTONDINI, citado por DE PINA RAFAEL . Op. Cit. pags. 315,316,317,318, 319 320,321 y 322

se propone por lo que se distingue de todos los otros contratos y justifica y explica los límites señalados por la Ley, es interes general a la eficacia de la -- voluntad de los contrayentes. (13)

Ahora bien, sostiene Degni, que el consentimiento no puede ser considerado solamente como el presupuesto para la constitución del matrimonio. La intervención -- del Estado es esencial, sin duda, a su juicio, para la perfección del matrimonio pero únicamente como elemento de reconocimiento de la voluntad de los esposos y de la falta de todo impedimento para la validez del acto. Pero la voluntad del -- Estado no puede colocarse en el mismo plano que la voluntad de las partes de unir se en matrimonio. La voluntad del Estado es indispensable para la formación legal del matrimonio, por exigencias de orden social, pero el elemento constitutivo -- proviene siempre y únicamente de la voluntad de los contrayentes.

Esta tesis en torno a la naturaleza del matrimonio fué defendida por el civilista mexicano AGUSTIN VERDUGO, para el cual el matrimonio tiene " de particular y -- característico que, si bien a primera vista y en sus elementos y condiciones sus tanciales aparece ser uno de tantos contratos o convenciones, formados por el -- convencimiento y voluntad de los contrayentes, que se ponen de acuerdo sobre las obligaciones y derechos determinados de antemano - in idem placitum consensus- -- examinado de cerca y detenidamente se ve que es muy diferente de los contratos, -- pues por un lado la voluntad que lo forma no se limita al orden físico, a que per tenecen los bienes materiales, objeto de la generalidad de los pactos humanos -- sino que se extiende al orden moral en el cual caben las varias obligaciones que el matrimonio impone; y por el otro , su cumplimiento o no cumplimiento jamás es un hecho que se reduzca a la individualidad de los cónyuges y sea susceptible de -- ser apreciado tan concreta y exactamente como la entrega de la cosa en el contrato de compraventa por ejemplo: "En el matrimonio - entiende Verdugo - sin perjuicio del consentimiento de los contrayentes debe verse un conjunto de graves e imponentes circunstancias, una serie de resultados de incalificable precio, un -- principio, en fin, cuyas numerosas aplicaciones se extienden sobre seres extra -- ños a él, de tal manera que es sólo considerarlo bajo uno de sus puntos de vista es decir que no difiere de otros contratos.

La calificación de concontractual atribuida al matrimonio civil se funda históricamente en un propósito manifiesto de diferenciación frente al matrimonio canónico y pretende establecer una separación radical entre dos realidades - que en cualquiera de sus formas (civil o religiosa), constituyen una institución natural susceptible de ser objeto de una doble regulación sin que ello afecte a su unidad esencial. (14)

La doctrina contractualista como explicación de la naturaleza del matrimonio tiene diversas versiones, pues se presenta como un contrato ordinario, como un contrato sui generis y como un contrato de los llamados de adhesión.

B) El Matrimonio como Acto Jurídico.- León Duguit, tratadista de derecho - constitucional , 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.

El estado de las personas casadas - razonaba el maestro francés - es determinado y regulado por la Ley, pero no nace sino después del matrimonio. No este acto - concluía - el que da nacimiento a la situación que se aparece ensegunda de él; ella es creada y regulada por la ley, pero la aplicación de -- ésta se encuentra subordinada a la del matrimonio. (15)

Con significación diferente CICU sostiene que el matrimonio es un acto de poder estatal, rechazando la tesis contractualista. Para él la consitución del matrimonio se realiza por el acto de pronunciamiento que por medio del encargado del Registro del Estado Civil formula el Estado. Dicha intervención en -- opinión de este civilista es activa y no meramente certificativa, puesto que - el encargado del registro está facultado para examinar si existe o no obstáculo para la celebración del matrimonio. Señala CICU la importancia que en apoyo de su tesis tiene (desde el punto de vista del derecho de su país) el --- hecho de que la declaración de voluntad de los esposos debe ser dada al encar-

(14) VERDUGO AGUSTIN, Citado por DE PINA RAFAEL. Op. Cit. pags. 315, 316, -- 317, 318, 319, 320, 321 y 322.

(15) DUGUIT LEON, citado por DE PINA RAFAEL. IBIDEM.

gado del Registro y por él recogida personalmente en el momento en que se --
 preparan para el pronunciamiento, y la circunstancia de que cualquiera otra --
 declaración o contrato realizado entre los esposos carezca de valor jurídico. --
 Finalmente, entiende que admitido que el interés de la constitución de relacio--
 nes familiares es también interés del Estado y no existe dificultad alguna pa--
 ra considerar el matrimonio como constituido fomalmente por acto del poder es--
 tatal.

Sostiene que no es dudoso que ésta fuese la meta de la evolución histórica; es--
 el Estado el que une en matrimonio --dice--; se objetará que además del interés --
 del Estado existe el interés distinto de los esposos, el cual incluso debe con--
 siderarse como preponderante, tanto que el Estado está obligado, en defecto de --
 impedimentos, a la celebración. Pero el interés de los esposos no puede ser con--
 siderado como un interés individual privado de los mismos; por consiguiente, --
 también bajo este aspecto la concepción privatística carece de base. (16)

C) El Matrimonio como Institución Jurídica.- Esta posición ha sido defendida --
 entre otros por D' Ajuanno, en Italia; por Sánchez Román en España y por -- --
 Bonnacasse en Francia.

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

Bonnacasse, especialmente, ha dedicado una atención y un esfuerzo extraordina--
 rios en la defensa de esta tesis, tomando como punto de partida el concepto de --
 Institución formulado por Haricou, el cual en lugar de considerar la institución
 jurídica exteriormente desde el punto de vista de la técnica jurídica la exami--
 na , por lo menos preferentemente, desde el punto de vista interno, desatendien--
 do las reglas del mismo que se trata de organizar socialmente, para situarse --
 en el centro de éste y describir la vida que circula en él una vez terminada su
 organización jurídica.

Considerando que el matrimonio desde el punto de vista jurídico traduce un hecho

(16) CICI' citado por DE PINA RAFAEL. Op. Cit. págs. 315,316,317,318,319, 320,
 321 y 322.

natural (la unión de los sexos y la familia que se deriva de él) y teniendo en cuenta el concepto de institución, de acuerdo con Bonnacasse, el matrimonio no puede ser otra cosa que " una institución formada por un conjunto de reglas de Derecho, esencialmente imperativas, cuyo objeto es dar a la unión de los sexos, y por lo mismo a la familia, una organización social y moral, que a la vez corresponde a las aspiraciones del momento y a la naturaleza permanente del hombre como también a las directrices que en todos los dominios proporciona la noción de Derecho."

Esta explicación de la naturaleza del matrimonio tiene una extraordinaria aceptación entre los tratadistas de Filosofía del Derecho. Entre los españoles, por ejemplo, LEGAZ LACAMBRA sostiene que el matrimonio no es un contrato, sino una institución. De contrato -dice- el matrimonio posee la apariencia solamente: el " acuerdo de voluntades " que constituye la super estructura del contrato; pero le falta la infraestructura del mismo; aquel cómputo utilitario referido a cosas o prestaciones valorables económicamente que es incompatible con la esencia misma de la institución matrimonial (aún cuando en la vida se den casos en los que el matrimonio es reducido en efecto, a un contrato celebrado con miras utilitarias; lo cual constituye, cabalmente una inmoralidad. (17)

La tesis que afirma que la naturaleza institucional del matrimonio es, desde luego, más conforme con la significación de éste que la meramente contractual; pero a nuestro juicio, tampoco lo explica satisfactoriamente.

ELEMENTOS ESENCIALES Y DE VALIDEZ DEL MATRIMONIO.

Siendo el matrimonio un acto jurídico, tiene elementos esenciales y de validez. Los primeros están constituidos respectivamente por la manifestación de la voluntad de los consortes y del Oficial del Registro Civil y por el objeto específico de la institución, que de acuerdo con la Ley, consiste en crear derechos y obligaciones entre un hombre y una mujer, tales como hacer vida en común, ayudarse — y socorrerse mutuamente, guardarse fidelidad recíprocamente etc.

En cuanto a los elementos de validez, en el matrimonio se requiere, como para todos los demás actos jurídicos la capacidad, la ausencia de vicios del consentimiento, la observancia de las formalidades legales y la licitud en el objeto, motivo, fin y condición del acto. En cuanto a la forma, determinaremos el papel que desempeña en el matrimonio, pues alternativamente puede ser un simple elemento de validez o bien un elemento esencial para la existencia del acto, — por constituir una verdadera solemnidad.

Podemos definir los elementos esenciales indicando que son aquellos sin los cuales el acto jurídico no puede existir, pues faltaría al mismo un elemento de definición; en cambio son elementos de validez aquellos que no son necesarios — para la existencia del acto jurídico, pero cuya inobservancia trae consigo la nulidad absoluta o relativa, según lo disponga la Ley.

EL CONSENTIMIENTO COMO ELEMENTO ESENCIAL EN EL MATRIMONIO.

En el matrimonio propiamente existen tres manifestaciones de la voluntad, según hemos explicado ya: la de la mujer, la del hombre y la del Oficial del Registro Civil. Las dos primeras deben formar consentimiento, es decir, manifestarse en el sentido de estar de acuerdo los contrayentes en unirse en matrimonio, para que el Oficial del Registro Civil exteriorice a su vez la voluntad del Estado — al declararlos legalmente unidos en dicho matrimonio. No solo la falta de — acuerdo entre los pretendientes, sino también la omisión en cuanto a la declaración que debe hacer el Oficial del Registro Civil, será causa de inexistencia.

OBJETO POSIBLE COMO ELEMENTO ESENCIAL DEL MATRIMONIO.

Todo acto jurídico requiere un objeto que sea física y jurídicamente posible. La imposibilidad en cualquiera de sus dos formas (física y jurídica) originará la inexistencia del acto. Relacionando el objeto del matrimonio con el de los actos jurídicos en general, podemos decir que desde el punto de vista estrictamente legal, existe también un objeto directo en el acto matrimonial, consistente en la creación de derechos y obligaciones entre los consortes, es decir, entre el hombre y la mujer, de tal manera que los fines específicos del mismo se imponen a los cónyuges respectivamente la obligación de la vida en común, ayuda recíproca, débito carnal y auxilio espiritual. Así mismo, cuando existan hijos, el matrimonio originará consecuencias con relación a los mismos, especialmente todo el conjunto de derechos y obligaciones que origina la patria potestad y la filiación en general.

RECONOCIMIENTO QUE DEBE HACER LA NORMA A LA MANIFESTACION DE LA VOLUNTAD CONTENIDA EN EL ACTO JURIDICO.

Cabe hablar de un tercer elemento esencial en los actos jurídicos, consistente en el reconocimiento que debe hacer la norma a la manifestación de la voluntad, pues en el supuesto de que el derecho no amparase tal declaración, no habría propiamente acto jurídico. En el matrimonio expresamente se prohíbe, en el artículo 147 del Código Civil cualquier condición contraria a la perpetuación de la especie o a la ayuda mutua que se deben los cónyuges, previniéndose que se le tendrá por no puesta dicha estipulación. Es decir en este caso se sanciona con la inexistencia la estipulación contraria a los citados fines del matrimonio. Puede decretarse como sanción la nulidad, según lo previene el artículo 182 del Código Civil al estatuir que: " Son nulos los pactos que los esposos hicieron contra las leyes o los naturales fines del matrimonio."

SOLEMNIDADES Y FORMALIDADES QUE DEBEN OBSERVARSE EN LA CELEBRACION DEL MATRIMONIO.

Distinguiremos las solemnidades de las formalidades, de acuerdo con el siguiente criterio: Las solemnidades son esenciales para la existencia del matrimonio, tanto que las formalidades, sólo se requieren para su validez. Es decir, si fal-

tan las solemnidades el matrimonio será inexistente; en cambio sino se observan las formalidades requeridas por la ley, el matrimonio será existente, pero nulo. De lo expuesto se desprende que la solemnidad es una formalidad que la técnica-jurídica ha elevado, como dice Bonnacase, a la categoría de un elemento de existencia. En nuestro Derecho, para los contratos de carácter patrimonial no existen solemnidades, sólo requiere la ley determinadas formalidades, de tal suerte que si no se observan, los citados actos serán existentes, pero estarán - - afectados de nulidad relativa. En el matrimonio aún cuando en el Código Civil - no lo diga de una manera expresa, podemos distinguir verdaderas solemnidades - - cuya inobservancia originará la inexistencia del mismo y simples formalidades, - que solo afectarán su validez cuando no se observen. En los artículos 102 y 103 del Código Civil se comprenden tanto formalidades como solemnidades en la celebración del matrimonio. Podemos considerar que son esenciales para la existencia misma del acto jurídico, las siguientes solemnidades:

- a.- Que se otorgue el acta de matrimonio.
- b.- Que se haga constar en ella tanto la voluntad de los cónyuges para unirse - en matrimonio, como la declaración del Oficial del Registro Civil considerando los unidos en el nombre de la ley y la sociedad;
- c.- Que se determinen los nombres y apellidos de los contrayentes.

En cambio las formalidades serán todas las demás que se mencionan en los artículos 102 y 103 del Código Civil, consistentes en:

- 1.- Asentar el lugar, día y hora del acta matrimonial.
- 2.- Hacer constar la edad, ocupación, domicilio y lugar de nacimiento de los - - contrayentes.
- 3.- Si son mayores o menores de edad.
- 4.- El consentimiento de los padres, de los abuelos o tutores o el de las autoridades que deban substituirlos, haciendo constar los nombres, apellidos, - ocupación y domicilio de las citadas personas.
- 5.- Que no hubo impedimento para el matrimonio o que éste se dispensó.
- 6.- La manifestación de los cónyuges sobre si el matrimonio se contrae bajo el régimen de sociedad conyugal o separación de bienes.
- 7.- Nombres, apellidos, edad, estado, ocupación y domicilio de los testigos - y su declaración sobre si son o no parientes de los contrayentes y si son - en que grado y en que línea.

FORMALIDADES EN LA CELEBRACION DEL MATRIMONIO.

De acuerdo con lo que se ha expuesto, al artículo 103 consagra las formalidades que deberán observarse en la celebración del matrimonio y en la redacción del acta correspondiente. Solo se exceptúa la solemnidad que exige la fracción VI del propio precepto, relativa al consentimiento de los contrayentes y a la declaratoria oficial del Registro Civil, así como a la existencia del acta que deberá otorgarse por el citado Oficial del Registro Civil y en el libro correspondiente, según previene el artículo 37. No todas las formalidades que consagra el artículo 103 son necesarias para la validez del matrimonio pues podrán omitirse algunos datos que por su importancia secundaria, indiscutiblemente no afectarán la validez de ese acto jurídico. Tales serían por ejemplo el no mencionar la ocupación de los contrayentes, de sus padres o abuelos, así como el omitir el estado, ocupación y domicilio de los testigos, su declaración sobre si son o no parientes de los contrayentes y en que grado.

CAPACIDAD DE LOS CONTRAYENTES.

La capacidad de ejercicio es un elemento de validez en los actos jurídicos, entanto que la capacidad de goce se presenta como esencial. Aplicando estas ideas al matrimonio, tenemos que distinguir entre la capacidad de ejercicio y la capacidad de goce para celebrar dicho acto. Tienen capacidad de goce los que han llegado a la edad núbil o sea, en nuestro derecho, 16 años para el hombre y 14 para la mujer. Los menores de dicha edad carecen de capacidad de goce para celebrar el matrimonio, es decir, hay un obstáculo insuperable que la propia ley reconoce para que puedan válidamente celebrar el citado acto.

Solo se exceptúa el matrimonio celebrado por menores de dicha edad, cuando haya habido hijos, o cuando sin haberlos habido, el menor hubiera llegado a los 18 años y ni él ni el otro conyuge hubieran intentado la nulidad. (18)

La capacidad de ejercicio en el matrimonio supone la capacidad de goce, es decir que ya se tiene la edad núbil, pero que además se han cumplido los 18 años para poder celebrar válidamente el matrimonio. Además se requiere no padecer locura-

ni alguna otra enfermedad que se indican en las fracciones VIII y IX del artículo 156 del Código Civil.

Conforme al artículo 156 fracciones I y II son impedimentos para celebrar el matrimonio, respectivamente la falta de edad requerida por la Ley, cuando no haya sido dispensada y la falta de consentimiento del que o los que ejercen la patria potestad, el tutor o el Juez en sus respectivos casos. Cuando el matrimonio se celebra existiendo un impedimento, está afectado de nulidad, según previene el artículo 235, fracción II. Ahora bien, esta nulidad se regula de manera especial por los artículos 238 a 240 del Código Civil.

Tratándose de la incapacidad de goce, es decir cuando un matrimonio se contrae por el hombre antes de cumplir los 16 años o por la mujer antes de llegar a los 14, se presenta el problema relativo a determinar si hay una inexistencia o una nulidad. Conforme al artículo 237 se desprende que el legislador sanciona solo con la nulidad el matrimonio así celebrado. Sin embargo, este artículo — más bien está redactado para considerar que no habrá nulidad cuando haya habido hijos o cuando el menor hubiera llegado a los 18 años y ni él ni el otro cónyuge hubieren intentado la nulidad. Por lo consiguiente, nada estatuye para el caso de que no haya hijos y se impugne el acto por el propio menor o por el otro cónyuge, antes de que el primero hubiere cumplido 18 años. Aplicando los principios relativos a la imposibilidad jurídica que se consagran respectivamente en los artículos 1828 y 2224 del Código Civil, consideramos que tal hipótesis se trata de un matrimonio inexistente; pues la falta de capacidad de goce impedira por un obstáculo legal insuperable, que se pueda celebrar el matrimonio. El hecho de que se otorgue el acta correspondiente, no puede hacer desparecer el obstáculo legal ni puede tampoco el menor que no ha llegado a la edad núbil considerar que ha entrado a su status el derecho para celebrar el matrimonio. Habrá por consiguiente, sólo una situación material consagrada en un acta, que podrá impugnarse entre tanto no haya hijos o no llegue el menor a los 18 años. Sin embargo, aunque estrictamente debe considerarse que se trata de un matrimonio inexistente, la ley permite su convalidación o a través de las dos formas antes indicadas y, por lo tanto, debemos concluir que conforme a nuestro Derecho positivo el matrimonio simplemente estará afectado de nulidad.

AUSENCIA DE VICIOS EN EL CONSENTIMIENTO.

Para los contratos en general el artículo 1795, fracción II del Código Civil estatuye que: " El contrato puede ser anulado : II: Por vicios del consentimiento"

Los artículos 1812 a 1823, regulan el error, el dolo y la violencia como vicios del consentimiento y, por lo tanto, de acuerdo con lo que llevamos dicho, tales disposiciones son aplicables, en lo conducente, al matrimonio de conformidad con lo dispuesto por el artículo 1859 que hace extensivas las reglas sobre contratos a todos los demás actos jurídicos, en lo que se oponga a la naturaleza de éstos o a disposiciones especiales de la ley sobre las mismas. En consecuencia, la ausencia de vicios del consentimiento constituye un elemento de validez para el matrimonio, disponiéndose al efecto en los artículos 235 fracción I y 245 del ordenamiento legal invocado, que son causas de nulidad tanto el error en la persona con quien se contrae matrimonio, cuanto al miedo y violencia, cuando se incurra en las circunstancias que se enumeran en las tres fracciones del citado artículo 245 del Código Civil.

LICITUD EN EL OBJETO, MOTIVO, FIN Y CONDICION DEL MATRIMONIO.

Ya con anterioridad hemos indicado que en materia matrimonial se aplican las disposiciones generales del acto jurídico contenidas en los artículos 1830 y 1831 del ordenamiento legal que se viene aplicando, es decir dicho acto debe ser lícito en su objeto, motivo y fin. Estatuye el artículo 182: La nulidad de cualquier pacto que hicieren los esposos contra las leyes o los naturales fines del matrimonio. Además el artículo 147 considera no puesta cualquiera condición contraria a la perpetuación de la especie o a la ayuda mutua que se deben los consortes. Por consiguiente, encontramos en materia matrimonial una modalidad de importancia, en cuanto a que para el caso de ilicitud en el fin o en la condición, no se establece la nulidad del acto jurídico, como se dispone en la regla general contenida en el artículo 2225 del ordenamiento en cita, sino que subsiste el matrimonio, pero son nulos los pactos que vayan en contra de sus fines, o bien se tienen por no puestas las condiciones que pretendan contrariar las mismas.

Independientemente de esta regulación especial los artículos 156 fracciones V, - VI y VII, 243 y 244 del Código Civil estatuyen la nulidad del matrimonio cuando en sí mismo el acto es ilícito, en los siguientes casos:

- a) Adulterio habido entre las personas que pretendan contraer matrimonio;
- b) Atentado contra la vida de alguno de los casados para contraer matrimonio con el que quede libre;
- c) Rapto, cuando la mujer no sea restituida a lugar seguro, donde libremente pueda manifestar su voluntad.
- d) Bigamia , y
- e) Incesto.

En los cinco casos anteriores se nulifica el matrimonio por ilicitud en el acto mismo. (19)

IMPEDIMENTOS PARA CONTRAER MATRIMONIO.

La falta de elementos esenciales o de los requisitos de validez del matrimonio, impide que pueda celebrarse válidamente. Se prohíbe a los jueces del Registro Civil la celebración de un matrimonio, en estas condiciones. A estas prohibiciones se les denomina impedimentos para el matrimonio; y son de dos especies:

- A) Impedimentos dirimientes.- Si la violación de la prohibición produce la nulidad del matrimonio(o su inexistencia). y
- B) Impedimentos impeditivos. La trasgresión de la prohibición establecida, no invalida el matrimonio, solo produce su ilicitud, pero da lugar a la aplicación de sanciones de otra índole (multas, destitución del cargo) aplicables al Juez del Registro Civil que autorizó un matrimonio vedado por la ley. (20)

Los impedimentos dirimientes (que producen nulidad absoluta del matrimonio) en opinión de Carbonnier se fundan:

PRIMERO, en razones de caracter sociológico.

- a) La prohibición de la poligamia (subsistencia de un primer matrimonio válido al momento de celebrar el segundo) y
- b) La prohibición del incesto (relación sexual entre parientes próximos) entre los contrayentes.

(19) ROJINA VILLEGAS RAFAEL. Op. Cit. pags. 289,290,291,292,294,295,296,297 -- 298, 299 y 300.

(20) GALINDO GARFIAS IGNACIO. DERECHO CIVIL, Primer Curso, Parte General. PERSONAS- FAMILIA Editorial Porrúa, México 1980. Cuarta Edición. Pags. 489 y 490.

SEGUNDO, motivos de caracter biológico:

- a) La imposibilidad física para la cópula (impubertad, impotencia incurable para la cópula).
- b) La preservación de la salud de los cónyuges y de los hijos (enfermedades incurables, contagiosas o hereditarias, la toxicomanía o la dipsomanía y las -- enfermedades mentales de cualquiera de los contrayentes.

A estos impedimentos dirimientes deben agregarse: la falta de consentimiento -- (autorización) de quienes deben prestarlo, si los contrayentes son menores de edad; el adulterio habido entre personas que pretenden contraer matrimonio, cuando ha sido declarado judicialmente; el atentar contra la vida de uno de los -- casados, para contraer matrimonio con el que quede libre; el error sobre la -- identidad de la persona con quien se pretende contraer matrimonio y la violencia.

Los impedimentos impeditivos, tienen lugar:

- A.- Cuando se ha contraído matrimonio estando pendiente la resolución de un impedimento susceptible de dispensa (como la falta de edad de 16 años en el -- varón y de 14 en la mujer).
- B.- Cuando no ha transcurrido el plazo de trescientos días después de disuelto -- el primer matrimonio por el divorcio, nulidad o muerte del marido y la mujer contrae nuevas nupcias (plazo de viudez) y
- C.- Cuando el tutor o la tutriz contrae matrimonio con la pupila o pupilo, si no están probadas las cuentas de la tutela.

Impedimentos Dirimientes.- Como se ha dicho, constituyen prohibición cuya violación invalida el matrimonio.

Son impedimentos dirimientes:

- A.- La falta de capacidad física para contraer matrimonio (art. 156 fracción I -- del Código Civil para el D. F.) Si cualquiera de los contrayentes no ha alcanzado la edad requerida por la ley, y no se ha obtenido reviamente la -- dispensa de edad, el matrimonio no puede celebrarse válidamente. Sin embargo esta causa de nulidad desaparece, si los cónyuges alcanzan la -- mayoría de edad, sin haber intentado la acción de nulidad (art. 237 del -- Código Civil para el D.F.)

B.- La falta de consentimiento de quienes ejerzan la patria potestad sobre los contrayentes, si estos son menores de 18 años, del tutor o del Juez en su caso (art. 156 fracción II del Código Civil para el D.F.)

El ejercicio de la acción de nulidad derivada de esta causa de impedimento, se encuentra sujeto al siguiente régimen:

- 1.- Sólo podrá hacerse valer, por las personas que deben prestar su autorización.
- 2.- El plazo para el ejercicio de esta acción de nulidad es breve, pues - - vence al concluir treinta días contados desde que se tenga conocimiento de la celebración del matrimonio. (artículos 238 y 239 fracción I del Código Civil del D.F.)
- 3.- Cesa la causa de impedimento, si quienes ejercen la patria potestad, - - han expresado su consentimiento de una manera tácita, haciendo donación a los hijos, en consideración del matrimonio, recibiendo a los cónyuges en su casa, presentando a la prole como legítima al Registro Civil o -- por medio de cualquier otro acto conducente que releve de una manera -- clara, la aceptación del matrimonio. El Juez o el tutor en su caso, - - podrán otorgar la ratificación o la autorización oficial, confirmando - el matrimonio en cualquier momento, antes de que se presente la demanda de nulidad por cualquiera de los cónyuges o por el tutor.

C.- El parentesco por consanguinidad o por afinidad en línea recta, ascendente o descendente, sin limitación alguna, impide la celebración del matrimonio (art. 156 fracción III del Código Civil para el D.F.)

En la línea colateral igual, el impedimento por consanguinidad se extiende a los hermanos y medios hermanos, en tanto que en la colateral desigual por consanguinidad comprende tíos y sobrinos. El parentesco en la línea colateral desigual en el tercer grado (tíos y sobrinos) es dispensable (art. 156 fracción III y IV del Código Civil para el D.F. y - - penúltimo párrafo del mismo precepto legal).

Por razones de orden moral y secundariamente por motivos eugenesicos - - (si se trata de parientes consanguíneos), el impedimento está constituido por el parentesco por afinidad en línea recta ascendente o descendente sin limitación.

- D.- El adulterio habido entre los que pretenden celebrar matrimonio, siempre que haya sido declarado judicialmente. Obvias razones de orden moral y social, - impiden que dos personas que han perpetrado entre sí el delito de adulterio, que constituye un atentado grave en contra de la solidez de la familia, puedan contraer matrimonio, para constituir de esta manera legalmente una familia. Se requiere sin embargo, que el delito de adulterio haya sido comprobado fehacientemente y declarado en una sentencia judicial firme (art. 156 -- fracción V del Código Civil para el D.F.)
- E.- Motivos de moralidad y de seguridad social, justifican la existencia de otro impedimento dirimente: el atentado contra la vida de uno de los cónyuges, -- para casarse con el que queda libre (artículo 156 fracción VI del Código -- Civil para el D.F.)
- F.- El miedo y la violencia que vician la voluntad en todo acto jurídico, son -- causa de impedimento dirimente, para la celebración del matrimonio.
El consentimiento para contraer matrimonio se ha de prestar en forma libre - y espontánea por ambos contrayentes y la coacción física o moral que se ejerza sobre cualquiera de ellos para arrancar de esta forma la declaración de la voluntad, produce la nulidad del matrimonio.
El rapto, tratándose de matrimonio, es una manera de violencia material y -- moral que impide la libre manifestación de voluntad del contrayente. Este -- impedimento no cesa, mientras la raptada no ser restituida a lugar seguro -- donde pueda declarar libremente el sentido de su voluntad (artículo 156 - - fracción VII del Código Civil para el D.F.)
El miedo, a parte de ser fundado y de causar razonablemente en la víctima - un estado anímico de temor, ha de subsistir al tiempo de celebrar el matrimonio. Tiene que ser originado por la amenaza seria de perder la vida, la -- honra, la libertad, la salud o una parte considerable de los bienes de quien se dice víctima del temor. La violencia es impedimento dirimente, si se ejerce y se mantiene al tiempo de celebrarse el matrimonio, no solo contra el -- cónyuge, sino contra las personas que le tienen bajo su patria potestad o -- tutela.

Finalmente esta causa de nulidad sólo puede ser ejercida por el cónyuge agraviado, dentro de los 60 días contados desde la fecha en que cesó la violencia o intimidación— (artículo 245 del Código Civil para el D.F.)

- G.- Para preservar la salud mental y psíquica de la persona con quien se pretende contraer matrimonio y de la futura prole, están impedidos para celebrarlo, — aquellas personas que padecen el vicio de la embriaguez habitual o que hacen — uso indebido y persistente de drogas enervantes.
- H.- La ineptitud física para la cópula (impubertad e impotencia, artículo 156 — fracción I y VIII del Código Civil para el D.F.).
- I.- El padecimiento de ciertas enfermedades crónicas e incurables, que sean además contagiosas o hereditarias, impide la celebración del matrimonio; tales como — la demencia, el idiotismo y la imbecilidad (artículo 156 fracciones VIII y IX— del Código Civil para el D.F.).
- J.- En la fracción X del artículo 156, se menciona otra causa de impedimento; el — matrimonio anterior subsistente con persona distinta de aquella con la que — pretende celebrarse.
- K.- Puesto que la adopción crea el parentesco civil entre el adoptante y el adop— tado, semejante y substituto del parentesco por consanguinidad, adoptante y — adoptado no pueden celebrar entre sí matrimonio, mientras dure el lazo de la — adopción. (artículo 157 del Código Civil para el D.F.).

IMPEDIMENTOS IMPEDIENTES.

Se llaman impedientes, aquellas prohibiciones que para celebrar el matrimonio han— sido establecidas por la ley y que no producen la nulidad del acto, sino simplém^{en} te su ilicitud.

El derecho reprueba aquellos matrimonios que se celebran, a pesar de que se han — establecido estas prohibiciones que no producen los mismos efectos que los impedi— mentos dirimentes.

Se llama ilícito al matrimonio así celebrado, porque es contrario al régimen nor— malmente deseable de la institución; pero para evitar las más graves consecuencias que derivarían de su inválidez, el derecho objetivo se limita a marcarlos con un — sello de reprobación.

Son impedimentos impedientes de acuerdo con el artículo 246 del Código Civil para—

el Distrito Federal:

- A.- El matrimonio que se celebre, si está pendiente la decisión de un impedimento que sea susceptible de dispensa (fracción I).
- B.- Si se efectúa el matrimonio, a pesar de que no se ha otorgado al tutor, o al curador, la aprobación de las cuentas de la tutela (fracción II)
El impedimento puede ser dispensado; pero la autoridad administrativa no podrá conceder esta dispensa, sino cuando hayan sido aprobadas las cuentas de la — tutela (artículo 159 del Código Civil del D.F.)
- C.- La mujer que pretende contraer nuevas nupcias y cuyo matrimonio ha sido disuelto por muerte del marido, por nulidad del matrimonio o por divorcio, no puede celebrar matrimonio dentro de los trescientos días que sigan a la disolución del vínculo anterior, excepto cuando dentro de ese término diere a luz un hijo.
En los casos de divorcio o de nulidad de matrimonio, el término empieza a correr desde que se interrumpió la cohabitación (artículo 158 del Código Civil para el D.F.).
- D.- El cónyuge que ha dado causa al divorcio, tiene prohibido contraer nuevo matrimonio antes de dos años a partir del momento en que se decretó la disolución del vínculo (artículo 289, segundo párrafo del Código Civil para el D.F.)
- E.- Los cónyuges que se divorcian voluntariamente, no pueden contraer nuevo matrimonio, sino después de un año contado a partir de la fecha en que quedó disuelto el vínculo matrimonial anterior, (artículo 289, segundo párrafo el ordenamiento en cita). (21)

NULIDAD DEL MATRIMONIO.

" No entiende el vulgo a menudo lo que es una nulidad de matrimonio. Así, cuando los tribunales eclesiásticos la pronuncian, se la confunde en la mayoría de los casos con el divorcio y se dice que, los citados tribunales, mediante dinero, si divorcian a las personas acaudaladas. Nada hay más contrario a la realidad. Una cosa es el divorcio y otra, totalmente distinta es la nulidad del matrimonio. — Ambos fenómenos jurídicos se distinguen tanto en sus causas como en sus efectos"

La nulidad surge con motivo de no haberse llenado determinados requisitos con los cuales habría debido cumplirse en el momento de la celebración del matrimonio. El divorcio es consecuencia de una falta grave cometida por uno de los conyuges en el curso del matrimonio válidamente contraído. Los efectos de la nulidad son, en principio retroactivos; se considera como si el matrimonio jamás hubiera sido contraído; los esposos son considerados como si jamás hubieran sido casados y los hijos nacidos fuera de matrimonio. Por el contrario, el divorcio produce efectos para el porvenir. Unicamente, al causar ejecutoria la sentencia de divorcio, los esposos cesarán de estar casados; los efectos del matrimonio que se hubieren realizado con anterioridad al divorcio subsisten y la situación de los hijos no se encuentra modificada.

En materia de contratos, el legislador deja a las partes una muy gran libertad limitándose a dictar reglas supletorias de su voluntad. Unicamente a título excepcional dicta disposiciones imperativas para asegurar el respeto de los intereses esenciales. Al menos es evidente que, cuando el legislador se resuelve a imponer dichas condiciones, entiende que los contratantes que hubieren ido en contra de las mismas incurren en causa de nulidad de sus pactos.

Por el contrario, el matrimonio es un acto jurídico cuyas condiciones de forma y de fondo están cuidadosamente previstas y enumeradas por el legislador. Además el Juez del estado civil, de antemano se rehusa a celebrar un matrimonio cuando algún requisito, así fuere menor, falta. Pero tengamos en cuenta que si todo impedimento constituye un obstáculo para una unión proyectada, sería riguroso sancionar con la nulidad un matrimonio que hubiere sido contraído contraviniendo a un impedimento cualquiera. Por ende, sólo los impedimentos más graves - -

considerados como esenciales, traen consigo la nulidad del matrimonio. Se les llama impedimentos dirimentes, porque rompen el matrimonio contraído oponiendo los a los impedimentos que antaño fueron simplemente prohibitivos". (22)

En el Código Civil de 1928 para el Distrito Federal, actualmente en vigor; se establecieron una serie de normas para poner limitantes a las situaciones -- que son causa de nulidad de un matrimonio. Esto es, del artículo 235 al 265 se dice cuales son las causas de nulidad , quien tiene la acción para pedir dicha nulidad; cuales son los términos en días para el que tenga derecho promueva - la acción correspondiente; los efectos de la nulidad con respecto a los bienes comunes de la pareja; los efectos respecto a los hijos si los hubiere y cuando el matrimonio debe considerarse ilícito pero no nulo.

De lo más importante que surge de la lectura de los artículos antes menciona-- dos son las tres causales de nulidad del matrimonio que a saber son:

I.- Error acerca de la persona con quien se contrae, cuando entendiendo un conyuge celebrar matrimonio con persona determinada, lo contrae con otra;

II.- Que el matrimonio se haya celebrado concurriendo algunos de los impedimentos enumerados en el artículo 156;

III.- Que se haya celebrado en contravención a lo dispuesto en los artículos - 97,98.100, 102 y 103.

La fracción segunda nos remite a los impedimentos para celebrar el contrato de matrimonio, de los cuales la falta de edad y el parentesco de consanguinidad - en línea colateral desigual son dispensables y la fracción tercera en los diferentes artículos a los que hace mención se refiere a las formalidades que - deben seguir las personas que pretenden contraer matrimonio para que el juez- del Registro Civil levante el acta que constituya legalmente el matrimonio. Es importante darse cuenta que la acción de nulidad no solo puede promoverse por alguno de los cónyuges, sino también por el que en su caso, debiera dar su consentimiento y en especial al Ministerio Público, como en el caso de nulidad - del matrimonio que dimana del parentesco por consanguinidad, por ser este un - representante de la sociedad en el cual se deposita la vigilancia del buen - funcionamiento de muchas de las normas legales que rigen los actos de los in- dividuos miembros de nuestra sociedad.

(22) DE IBARROLA ANTONIO. DERECHO DE FAMILIA. Editorial Porrúa. Tercera edición México 1984. Pags. 257 y 258.

EFECTOS DEL MATRIMONIO.

Los efectos del matrimonio se determinan desde tres puntos de vista:

- a) Entre consortes.
- b) En relación con los hijos.
- c) En relación con los bienes.

EFECTOS ENTRE CONSORTES.

Estudiaremos tanto los derechos que se derivan del estado civil que rige el -- matrimonio, como las obligaciones correlativas a este status.

En el matrimonio tales derechos subjetivos principalmente se manifiestan en -- las facultades siguientes:

- 1.- El derecho a la vida en común, con la obligación correlativa a la cohabitación.
- 2.- El derecho a la relación sexual, con el débito carnal correspondiente.
- 3.- El derecho a la fidelidad, con la obligación correlativa impuesta a cada -- uno de los esposos.
- 4.- El derecho y obligación de alimentos con la facultad de exigir asistencia y ayuda mutua (23)

A) EL DERECHO A EXIGIR UNA VIDA EN COMÚN, con la obligación de habitar bajo el -- mismo techo, es indiscutiblemente el principal de todos los enumerados, dado -- que sólo a través de él puede existir la posibilidad física y espiritual de -- cumplir los fines del matrimonio. Podemos decir que constituye la relación jurídica fundante de la cual dependen un conjunto de relaciones jurídicas que -- podemos denominar fundadas o derivadas. La vida en común implica la relación -- jurídica fundante porque si no se realiza, no podrán cumplirse las relaciones -- jurídicas fundadas.

B) Otro derecho interesante en el matrimonio es el relativo a exigir el cumpli- -- miento del débito carnal. Se trata de una forma sui-generis que sólo puede -- existir, como es evidente, en este tipo de relación intersubjetiva, ya que cada uno de los sujetos está facultado para interferir en la persona y conducta -- del otro, pero en la forma íntima que impone la relación sexual. No solo se -- (23) ROJINA VILLEGAS. Op. Cit. pags. 319, 320,321,322,324,327,328, 329,330:-

trata aquí de dar satisfacción a una función biológica, sino que existe una regulación jurídica, dado que cabe determinar en que términos y condiciones deberá cumplirse con la obligación respectiva y ejercitarse esa facultad. Evidentemente que, como en todos los problemas de derecho familiar, debe prevalecer el interés siempre superior de la familia, de tal suerte que en el caso se - trata no solo de una función biológica, sino también de una función jurídica - para dar cumplimiento a los fines del matrimonio, de acuerdo con el imperativo general impuesto para el artículo 162 del Código Civil, para que cada cónyuge contribuya por su parte a tales fines. En algunas definiciones, tanto la doctrina como la ley señalan la perpetuación de la especie como el fin principal del matrimonio y en esa virtud debe entenderse que para ese efecto, fundamentalmente, cada cónyuge está facultado para exigir el débito carnal.

C.- EL DERECHO A EXIGIR FIDELIDAD Y LA OBLIGACION CORRELATIVA, implican fundamentalmente la facultad reconocida en la ley para exigir y obtener del otro cónyuge una conducta decorosa y, por lo tanto, excluye la posibilidad de que existan relaciones de intimidad con persona de otro sexo, que sin llegar al adulterio si implican un ataque a la honra y al honor del otro cónyuge. No solo existe en relación con el deber correlativo, la prohibición de realizar el adulterio, con la sanción penal correspondiente y la civil relativa al divorcio, pues podemos encontrar aquí diferentes grados y, por lo tanto, distintas formas de incumplimiento. El adulterio constituye la forma máxima de incumplimiento e ilicitud por lo que se refiere a ese deber. Además, no sólo se comprende el aspecto estrictamente jurídico, sino también y de manera fundamental, el aspecto moral que en el caso recibe una sanción jurídica.

D.- Otro de los deberes que impone el matrimonio y por consiguiente, de los derechos que nacen de ese estado civil, es el SOCORRO Y LA AYUDA MUTUA. Se trata, como en los casos anteriores de verdaderos derechos y deberes o estados funcionales que, como explica CICU, descansan siempre en la solidaridad familiar y tienen por objeto realizar los fines superiores de la misma. Una de las principales manifestaciones del derecho-obligación que analizamos en la relativa a la prestación de alimentos que la ley impone a los consortes; pero, fundamentalmente, no se concreta exclusivamente a ese aspecto patrimonial. El deber de socorro también comprende la asistencia recíproca en los casos de enfermedad y, sobre todo el auxilio espiritual que mutuamente deben dispensarse los cónyuges. De esta suerte tenemos un contenido patrimonial en la obligación de-

alimentos y un contenido moral en el auxilio y ayuda de caracter espiritual que en nuestro derecho se reconoce expresamente por el artículo 147 del Código Civil, así como por el 162, bajo los términos de "ayuda mutua", "socorro mutuo".

CONDICION JURIDICA DE LA ESPOSA.

El Código Civil vigente para el Distrito Federal, además de declarar la capacidad jurídica de la mujer en general, borra toda incapacidad de la esposa e impone una absoluta equiparación en el hogar: marido y mujer tendrán — los mismos derechos, la misma autoridad y ambos ejercerán la patria potestad sobre los hijos. En el artículo 2o. de este Código se declara: "La capacidad jurídica es igual para el hombre y la mujer; en consecuencia, la mujer no — queda sometida, por razón de su sexo a restricción alguna en la adquisición — y ejercicio de sus derechos civiles". Ya el código vigente no mantiene nin — guna incapacidad de la mujer en la celebración de negocios jurídicos, en la — comparecencia en juicio, o para desempeñar determinados cargos.

EFECTOS DEL MATRIMONIO RESPECTO A LOS HIJOS.

Los efectos del matrimonio respecto a los hijos se aprecian desde los siguientes puntos de vista:

- A.- Para atribuirles la calidad de hijos legítimos.
- B.- Para legitimar a los hijos naturales mediante el subsecuente matrimonio — de sus padres.
- C.- Para originar la certeza en cuanto al ejercicio de los derechos y obliga — ciones que impone la patria potestad.

A) El matrimonio atribuye la calidad de hijos legítimos a los concebidos du — rante el mismo. El artículo 324 del Código Civil dispone: "Se presumen hijos — de los cónyuges:

- 1.-Los hijos nacidos después de 180 días contados desde la celebración del — matrimonio;
- 2.-Los hijos nacidos dentro de los 300 días siguientes a la disolución del — matrimonio, ya provenga ésta de la nulidad del contrato, de la muerte del — marido o de divorcio. Este término se contará en los casos de divorcio o muj

dad, desde que de hecho quedaron separados los cónyuges por orden judicial".

B) Legitimación de los hijos naturales por el subsecuente matrimonio de sus padres. Los artículos 354 a 359 regulan esta importante consecuencia, que en nuestro derecho sólo puede obtenerse por el matrimonio y no por un decreto del Jefe de Estado, como sucede en el Derecho Italiano o Alemán. Dice el artículo 354 "El matrimonio - subsecuente de los padres hace que se tengan como nacidos de matrimonio los hijos-habidos antes de su celebración".

C) Certeza en cuanto a los derechos y obligaciones que impone la patria potestad. En nuestro Derecho, a diferencia de otras legislaciones el matrimonio no atribuye efectos en cuanto a la patria potestad, pues éstos existen independientemente del mismo en favor y a cargo de los padres y abuelos, sean legítimos o naturales. Por ese motivo, nuestro Código Civil al regular la patria potestad, no toma en cuenta la calidad del hijo legítimo o natural, sino que confiere ese poder al padre y madre, a los abuelos paternos y a los abuelos maternos, conforme al orden reconocido en el artículo 420 del Código Civil, es decir primero a los padres, a falta de ellos, a los abuelos paternos y en su defecto, a los abuelos maternos. En los artículos 415 al 418 expresamente el Código regula el ejercicio de la patria-potestad para el caso de los hijos naturales. Por consiguiente, el matrimonio -- solo viene a establecer una certeza en cuanto al ejercicio y atribución de la patria potestad, respecto a los hijos legítimos.

EFFECTOS DEL MATRIMONIO EN CUANTO A LOS BIENES.

Conforme al sistema regulado por el Código Civil vigente, existen dos regímenes - posibles en cuanto a los bienes al celebrarse un matrimonio:

A) El de separación de bienes y B) El de sociedad conyugal.

El artículo 98 fracción V del Código Civil, exige que con la solicitud de matrimonio se presente el convenio que los pretendientes deberán celebrar en relación a sus bienes presentes y a los que se adquirieran después. En el convenio se expresará con toda claridad si el matrimonio se contrae bajo el régimen de sociedad -- conyugal o bajo el de separación de bienes. En consecuencia, la ley no presume -- ningún sistema, sino que es obligatorio convenirlo expresamente.

El Oficial del Registro Civil no deberá proceder a la celebración del matrimonio -- si no se cumple con este requisito previo de fundamental importancia.

DISPOSICIONES COMUNES A LOS REGIMENES MATRIMONIALES EN CUANTO A LOS BIENES.

Prescribe el artículo 178 que el contrato de matrimonio debe celebrarse según el régimen de sociedad conyugal o bajo el de separación de bienes. En consecuencia expresamente la ley considera que por lo que se refiere a los bienes, los consortes deben celebrar un contrato pactando uno u otro sistema.

Dicho contrato lleva el nombre especial de "capitulaciones matrimoniales" que el artículo 179 del Código Civil define como el pacto que los esposos celebran para constituir la sociedad conyugal o la separación de bienes y reglamentar la administración de éstos en uno u otro caso.

CONSENTIMIENTO.

El consentimiento sigue las reglas generales de todos los contratos y, por lo — tanto, sólo diremos que en el caso específico consistirá en el acuerdo de voluntades entre los pretendientes o consortes para crear una sociedad en cuanto a — determinados bienes. Es por lo tanto característica importante el constituir una sociedad, o sea, en términos jurídicos, crear una persona moral. Dado el régimen de sociedad conyugal que se contiene en los artículos 183 a 206 del Código Civil, por virtud del consentimiento para aportar determinados bienes se crea una verdadera persona jurídica distinta de las personalidades de cada uno de los consortes y con patrimonio propio.

El artículo 189 no deja lugar a duda sobre el particular, pues conforme al mismo las capitulaciones matrimoniales comprenden un activo y un pasivo que viene a — constituir el patrimonio de la sociedad, con independencia absoluta del activo y del pasivo de cada uno de los consortes. Cabe la posibilidad de que el activo se limite a determinados bienes muebles o inmuebles o bien comprenda todos los bienes de cada uno de los consortes. Además, debe determinarse quién será el administrador de la sociedad, es decir, se crea el órgano representativo que exige — toda persona moral, y las bases para liquidarla. Por esto el artículo 183 del — Código Civil dispone que la sociedad conyugal se rige por las capitulaciones matrimoniales que la constituyen y en lo que no estuviese expresamente estipulado, por las disposiciones relativas al contrato de sociedad. Ahora bien, según el — artículo 25 fracción IV del Código Civil, son personas morales las sociedades — civiles, quienes pactan y se obligan por conducto de sus representantes. En con-

secuencia, la sociedad conyugal como sociedad civil, constituye una verdadera persona moral.

OBJETO.- La sociedad conyugal tiene por objeto directo el de constituir la -- persona moral a que nos hemos referido, mediante la aportación de los bienes-- que constituyen el activo de la misma y las deudas que integran su pasivo.

El objeto indirecto está representado por el conjunto de bienes presentes o -- futuros y por las deudas u obligaciones que integran respectivamente el acti-- vo y el pasivo de la sociedad.

En cuanto al activo, la sociedad puede comprender tanto bienes muebles, como-- inmuebles. corporales o incorporales (derechos). Los bienes de una u otra -- naturaleza pueden ser presentes o futuros, es decir, los que existan en el -- momento de celebrarse la sociedad y los que se adquieran despues.

FORMA.- De acuerdo con los artículos 185 y 186 del Código Civil, las capitula-- ciones matrimoniales de sociedad conyugal deberán constar en escritura públi-- ca, cuando los esposos pacten hacerse coparticipes y transferirse la propiedad de bienes que ameriten tal requisito para que la traslación sea válida. Asi-- mismo toda reforma que se haga en las capitulaciones deberá también otorgarse en escritura pública, si las mismas requieren para su validez esa formalidad.

(24)

CAPACIDAD.- Para el contrato de sociedad conyugal se requiere la capacidad -- que exige la ley para celebrar el matrimonio, y por lo tanto, de acuerdo al -- artículo 181 del Código Civil, los menores que con arreglo a la ley pueden -- casarse , también podrá otorgar capitulaciones matrimoniales las cuales serán válidas si consienten en ellas las personas que de acuerdo con la ley, deban-- también dar su autorización para que se celebre el matrimonio.

(24) GUIDO REDESCHI, citado por ROJINA VILLEGAS RAFAEL. Op. Cit. pags. 319, 320, 321, 322, 324, 327, 328, 329, 330, 331, 332, 333, 334, 335, 336, 337.

TERMINACION DE LA SOCIEDAD CONYUGAL.

La sociedad conyugal puede terminar durante el matrimonio si así lo conviniere-
ren los esposos o cuando este concluya por divorcio, nulidad o muerte de cual
quiera de los cónyuges.

La terminación de la sociedad conyugal durante el matrimonio a su vez puede -
tener dos causas: por convenio de los consortes o a solicitud de alguno de --
ellos en los casos previstos por el artículo 188 del Código Civil.

Son causas de extinción de la sociedad conyugal, las siguientes:

- 1.- Disolución del matrimonio que puede ocurrir por divorcio, nulidad o muerte de alguno de los cónyuges.
- 2.- Acuerdo de los consortes liquidando la sociedad.
- 3.- Declaratoria de presunción de muerte del cónyuge ausente; y
- 4.- Los casos previstos por el artículo 188 del Código Civil en los que la -- sociedad termina a petición de alguno de los cónyuges, por las dos causas que el mismo precepto indica.

En caso de que la sociedad conyugal termine por nulidad del matrimonio, se -- considerará subsistente hasta que se pronuncie la sentencia respectiva, si los cónyuges procedieren de buena fé: cuando sólo uno de ellos hubiere obrado de buena fé, la sociedad subsistirá también hasta que cause ejecutoria la sentencia, pero siempre y cuando su continuación sea favorable para el cónyuge que procedió de buena fé; en caso contrario se considerará nula la sociedad desde un principio. Por último si ambos consortes hubieren procedido de mala fé, -- los efectos de la nulidad se retrotraerán hasta la fecha de celebración de -- las capitulaciones matrimoniales (artículos 198 al 200 del Código Civil).-- El artículo 200 inpropriadamente estatuye que si ambos cónyuges procedieren de mala fé , la sociedad se considerará nula desde la celebración del matrimonio, pues es evidente que la fecha a la cual se retrotrae la nulidad debe ser la -- del otorgamiento de las capitulaciones matrimoniales que, como hemos visto, -- pueden ser posteriores a la celebración del matrimonio.

Se entiende siempre que en beneficio de terceros quedan a salvo los derechos-

de estos contra el fondo social, no obstante se decrete la nulidad, pues ésta es una sanción que sólo debe surtir efectos entre los cónyuges. De aquí que el artículo 201 del C.C. disponga que el consorte que hubiere obrado de mala fé no tendrá parte en las utilidades, aplicándose éstas a los hijos, y si no los hubiere al cónyuge inocente. En el supuesto de que ambos consortes hubieren procedido de mala fé, las utilidades se aplicarán a los hijos y si no los hubiere, se repartirán en proporción a lo que cada cónyuge llevó al matrimonio. (artículos -- 201 y 202 del Código Civil).

REGIMEN DE SEPARACION DE BIENES EN EL MATRIMONIO.

Este sistema está regulado en el Código Civil vigente por los artículos 207 al - 218 y no ofrece graves problemas jurídicos dada la simplicidad inherente al mismo sistema de separación de los bienes de los consortes.

Por virtud de dicho régimen , cada uno de los cónyuges conserva el pleno dominio y administración tanto de los bienes que haya adquirido con anterioridad al matrimonio, cuanto de los que adquiriera durante el mismo. Sin embargo puede haber una separación parcial en cuanto a los bienes, originándose así un régimen mixto que en seguida se tratará. También en cuanto al tiempo puede ocurrir una situación intermedia, por cuanto que la separación de bienes, se pacte durante el matrimonio o sobrevenga como efecto de una sentencia, que así lo determine.

En los artículos 207 y 208 se admiten las siguientes posibilidades:

- A) Régimen de separación de bienes, pactado en capitulaciones anteriores al matrimonio, comprendiendo tanto los bienes adquiridos con anterioridad al mismo -- cuanto los que se adquirieran despues;
- B) Régimen parcial de separación de bienes, cuando se refiere sólo a los adquiri dos con anterioridad al matrimonio, estipulándose sociedad conyugal para los que se adquirieran durante la vida matrimonial.
- C) Régimen parcial de separación de bienes, cuando las capitulaciones se pacten durante el matrimonio de tal manera que hubo sociedad conyugal hasta la fecha -- de las mismas y, posteriormente, separación de bienes; o bien, cabe la situación contraria, es decir, que primero haya existido la separación de bienes hasta la fecha de las capitulaciones y despues sobrevenga el régimen de sociedad conyugal;
- D) Régimen mixto en cuanto a que se pacte separación para ciertos bienes, por -- ejemplo inmuebles y se estipule sociedad conyugal en cuanto a muebles (artículo 208 del Código Civil).

FORMA.— Las capitulaciones de separación de bienes no requireren de escritura pública para su validez (artículo 210 del Código Civil) , siempre y cuando se hayan pactado antes de la celebración del matrimonio, bastando por consiguiente el documento privado en el cual se consigne el convenio que debe acompañar la solicitud del matrimonio según los términos del artículo 99 fracción V del Código Civil.

Si tal régimen se estipulare durante la vida matrimonial, se observarán las formalidades exigidas para la transmisión de los bienes de que se trate, es decir, el precepto parte de la hipótesis de que hubo sociedad conyugal con antelación, pues de acuerdo con el sistema del código vigente, la disyuntiva se impone; si no hubo separación de bienes, necesariamente tuvo que existir la sociedad conyugal. En estas condiciones, para la transmisión de los bienes que fueron comunes y que en lo sucesivo, por liquidación de la sociedad, deban dividirse entre los cónyuges, se requiriera escritura pública si se trata de inmuebles o derechos reales inmobiliarios.

Además de las formalidades indicadas, las capitulaciones que estipulen la separación de bienes deberán contener un inventario en el cual se especifiquen los bienes de cada cónyuge anteriores al matrimonio y una nota de las deudas que al casarse tenga cada consorte. (artículo 211 del Código Civil)

EFFECTOS.— Por virtud del régimen de separación de bienes, cada consorte conserva en plena propiedad y administración los que respectivamente le pertenecan, así como sus frutos y acciones (artículo 212 del Código Civil) también serán propios de los cónyuges, los salarios, sueldos, emolumentos y ganancias que tuvieren por servicios personales, por el desempeño de un empleo o por el ejercicio de una profesión, comercio o industria (artículo 213 del Código Civil).

BIENES ADQUIRIDOS EN COMUN POR DONACION, HERENCIA, LEGADO O POR CUALQUIER OTRO TITULO GRATUITO.

El régimen de separación también se aplica a esta clase de bienes, pero entretanto se haga la división, dado que si se adquieren en común por ambos cónyuges, serán administrados por los mismos de común acuerdo o por uno de ellos con la conformidad del otro (artículo 215 del Código Civil) .

EFFECTOS DE LA SEPARACION DE BIENES EN CUANTO AL USUFRUCTO LEGAL.

El artículo 217 del Código Civil estatuye: " El marido y la mujer, que ejerzan la patria potestad, se dividirán entre sí, por partes iguales, la mitad del -- usufructo que la ley les concede". En consecuencia, el régimen mencionado se -- extiende también al usufructo legal que corresponde a los que ejercen la pa-- tria potestad sobre la mitad de los bienes que sus descendientes que no hayan -- adquirido por virtud del trabajo de estos últimos. Sin embargo, el mencionado usufructo preferentemente debe destinarse a los alimentos de esos menores y -- sólo en el caso de que estos queden satisfechos, podrán los que ejerzan la -- patria potestad dividirse el excedente en los términos del artículo 217 del -- ordenamiento legal invocado.

REGIMEN MIXTO EN CUANTO A LOS BIENES MATRIMONIALES.

De acuerdo con lo antes expuesto cabe la posibilidad de que los cónyuges pac-- ten el sistema de sociedad conyugal para ciertos bienes y el de separación pa-- ra otros o bien; que hasta cierta época de la vida matrimonial haya regido un-- sistema y despues principie otro. En esta última hipótesis, propiamente no co-- existen la separación y la sociedad conyugal, pues simplemente se liquida un -- régimen para dar nacimiento a otro.

El artículo 208 del Código Civil, permite que la separación de bienes sea abso-- luta o parcial. Para este segundo caso, los bienes que no queden comprendidos-- dentro del régimen de separación, serán objeto de la sociedad conyugal que de -- berán constituir los esposos.

DONACIONES ANTENUPIALES.

El régimen de las donaciones antenupiales se caracteriza por una notable res-- tricción a la autonomía de la voluntad, ya que cuando fueren hechas por uno de los pretendientes al otro, no podrán exceder de la sexta parte de sus bienes, -- reputandose inoficiosa la donación por el exceso, es decir nula en cuanto al -- mismo. Se distinguen las donaciones antenupiales de las comunes en los siguien -- tes aspectos:

a) No necesitan aceptación expresa para su validez (artículo 225 del C.C.).

b) No se revocan por sobrevenir hijos al donante (artículo 220), lo cual es - lógico puesto que se hacen en consideración al matrimonio y por lo tanto, se - parte de la hipótesis normal de que el donante tendrá hijos;

c) Tampoco se revocan por ingratitud a no ser que el donante fuere un extraño,- que la donación se haya hecho a ambos cónyuges y que los dos sean ingratos - - (artículo 227);

d) Son revocables por adulterio y abandono injustificado del domicilio conyugal por parte del donatario. cuando el donante hubiere sido el otro cónyuge (artí- culo 228);

e) Quedan sin efecto si el matrimonio no llegare a celebrarse.

Para todo lo demás el artículo 231 aplica a las donaciones antenuptiales las - reglas de las comunes, en todo lo que no fueren contradictorias a los artículos 219 a 230 del Código Civil.

DONACIONES ENTRE CONSORTES.

Las donaciones entre consortes son aquellas que se hacen durante el matrimonio por un cónyuge al otro. Tienen la característica especial de que solo se confirman con la muerte del donante, de tal manera que éste puede revocarlas libremente en todo tiempo (artículos 232 y 233 del C.C.). En cambio en la donación ordinaria se aplica el principio fundamental de los contratos, conforme al cual una vez celebrados, deberán ser puntualmente cumplidos, sin que pueda quedar al arbitrio de cualquiera de ellos. Dice el artículo 1797 del ordenamiento legal - que se viene aplicando: " La validez y el cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes" . Para la donación, una vez aceptada, sólo existe la posibilidad de reducción en los casos en que la ley lo dispone expresamente (artículos 2338, 2359 a 2383 del C.C.). En términos generales, las donaciones se revocan por superveniencia de hijos conforme al artículo 2359 o por ingratitud del donatario en los términos del artículo 2370 del Código Civil.

También las donaciones entre consortes se caracterizan porque no se anulan por-

superveniencia de hijos pero sí se reducirán cuando sean inoficiosas en los términos de los comunes (artículo 234 del Código Civil).

Como en todos los contratos, las donaciones entre consortes no pueden ser ilícitas y, por lo tanto, contrarias a las capitulaciones matrimoniales, ni perjudicar el derecho de los ascendientes o descendientes a recibir alimentos (artículo 232 del C.C.) . (25)

CAPITULO TERCERO

DIVORCIO

INTRODUCCION.

Antes de entrar al estudio del aspecto sociológico del divorcio, se hace necesario recordar algunos conceptos teórico jurídicos del mismo, pues teniendo una -- idea de la forma en que nuestras leyes encausan a dicha institución, nos hará -- más fácil su comprensión y la justificación de su existencia; porque no es lo -- que algunas personas piensan "un factor desintegrador de la familia", sino más -- bien la consunción de la desintegración que ya existía previamente en el seno del hogar. El divorcio viene a dar solución a un problema que a la larga podría ser más perjudicial para la familia y no son pocas las veces que se ha visto que una familia se lleva mejor separada que viviendo bajo un mismo techo con toda -- una serie de conflictos.

El divorcio es la disolución del matrimonio en vida de los cónyuges, por una -- causa posterior a su celebración y que deja a los mismos consortes en aptitud de contraer nuevo matrimonio.

Existen tres clases de divorcio:

- 1.- El divorcio necesario, que es aquel que se reclama por uno de los cónyuges -- en contra del otro, por invocarse alguna de las causales establecidas por la ley.
- 2.- El divorcio voluntario, que es aquel que solicitan ambos cónyuges ante la au -- toridad sin invocar alguna causa específica, solo "su mutuo consentimiento", y
- 3.- Divorcio-Separación, que consiste en que el cónyuge puede optar por sólo la -- separación de cuerpos, sin disolver el vínculo matrimonial, invocando que el -- otro cónyuge tiene alguna enfermedad contagiosa o padece enajenación mental in-- curable.

En seguida se tratará el aspecto jurídico del divorcio.

I. CAUSAS DE DIVORCIO.

El artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal nos dice que son causales de divorcio:

I.- EL ADULTERIO DEBIDAMENTE PROBADO DE UNO DE LOS CONYUGES.

Se establece esta causal como sanción porque en el matrimonio debe haber fidelidad de parte de ambos conyuges, pues sin esta no habría una verdadera integración familiar al faltar el respeto debido entre los miembros del núcleo social primario. En la ley procesal, se considera que es necesario probar esta causal de una forma definitiva por lo que en muchas ocasiones no basta un solo elemento probatorio y se piden otros para reafirmar la -- probanza de esa causal.

En este aspecto es interesante conocer dos tesis jurisprudenciales que -- nos muestran el criterio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y -- que a continuación se transcriben:

" DIVORCIO, ADULTERIO COMO CAUSAL DE. INEFICACIA DE LA CONFESION FICTA PARA DEMOSTRARLO SI NO SE ADMINICULA ESTA A OTRAS PROBANZAS- La confesión ficta de la actora, por no haber concurrido a la diligencia de abolución de posiciones, pese a estar citada para ello con el apercibimiento de ley, si es el único elemento de prueba con que se pretende demostrar el adulterio atribuido a la conyuge, no es bastante para demostrar la procedencia de la acción reconvenicional ejercitada y, por tanto, carece de valor probatorio que se le atribuye, porque dicha prueba, según lo ha sostenido esta Sala en la Tesis Jurisprudencial 124 visible a fojas 363 de la Cuarta Parte de la última copilación del Semanario Judicial de la Federación, constituye una presunción que, para que tenga eficacia plena, máxime tratándose de demostrar con ella una causal de divorcio, debe ser acompañada de otros elementos probatorios, que lo robustezcan.

Amparo directo 4203/74. Telésforo Barrados Montero. 10 de marzo de 1977. 5 votos. Ponente Salvador Mondragón Guerra. Secretario: Max J. Peniche -- Cuevas.

(Informe 1977, 3a. Sala, Tesis 72. Pag. 88).

"DIVORCIO. ADULTERIO. NO ES PRUEBA SUFICIENTE DEL MISMO, EL ACTA DE NACIMIENTO DE UN MENOR CUYA PROCREACION FUERA DEL MATRIMONIO SE ATRIBUYE A LA PARTE A LA QUE SE IMPUTA TAL CAUSAL, SI NO SE ACREDITA QUE ESTA HAYA FIRMADO DICHA ACTA.- La copia certificada del acta de nacimiento aludida, como también se alega por el quejoso, no fué idónea para probar supuesto adulterio, toda vez que, si bien en la misma aparece como progenitor del registrado, sin embargo, no consta que hubiese comparecido a registrar a dicho menor reconociendolo como su hijo, firmando el acta en cuestión, y si a caso tal documento pudiera haberse considerado como un indicio de la causal alegada, para poder, con base en él, tener por probado esta, se requería que se hubiera administrado con otras pruebas".

Amparo directo 2614/77 RAUL NAVA LOPEZ. 16 de agosto de 1978. Unanimidad de 4 votos. Ponente Salvador Mondragón Guerra. Secretario: Pedro Reyes Colín.

(Informe 1978, 3a. Sala, Tesis 61, páginas 44 y 45).

II. EL HECHO DE QUE LA MUJER DE A LUZ DURANTE EL MATRIMONIO, UN HIJO CONCEBIDO ANTES DE CELEBRAR ESTE CONTRATO, Y QUE JUDICIALMENTE SEA DECLARADO ILEGITIMO.- Esta causal se considera también como una sanción, porque al haberse concebido un hijo antes de celebrar el matrimonio y que éste naciera dentro del matrimonio puede dar la presunción de que no es hijo del marido, lo que es una falta a la fidelidad debida entre los cónyuges; pero es importante hacer notar que para que el hijo sea ilegítimo se declare en una sentencia judicial porque de no hacerse así se considera que el marido ha aceptado que ese hijo en particular es suyo.

III. LA PROPUESTA DEL MARIDO PARA PROSTITUIR A SU MUJER, NO SOLO CUANDO EL MISMO MARIDO LA HAYA HECHO DIRECTAMENTE SINO CUANDO SE PRUEBE QUE HA RECIBIDO DINERO O CUALQUIERA REMUNERACION CON EL OBJETO EXPRESO DE PERMITIR QUE OTRO TENGA RELACIONES CARNALES CON SU MUJER.- Esta causal también se considera una sanción, pues dicha conducta del marido, que se ejecuta de una manera activa o pasiva, va en contra de la moral que debe privar en el matrimonio, además de que se puede configurar una conducta delictiva.

IV. LA INCITACION A LA VIOLENCIA HECHA POR UN CONYUGE AL OTRO PARA COMETER ALGUN DELITO, AUNQUE NO SEA DE INCONTINENCIA CARNAL.- Esta causal es-

también una sanción, pues la conducta de este tipo, de un cónyuge contra el otro crearía en el núcleo familiar un ambiente de inmoralidad que afectaría enormemente los fundamentos del matrimonio.

V. LOS ACTOS INMORALES EJECUTADOS POR EL MARIDO O POR LA MUJER CON EL FIN - DE CORROMPER A LOS HIJOS, ASI COMO LA TOLERANCIA EN SU CORRUPCION.- Esta -- sanción tiene un doble aspecto: a) el castigo que debe tener la inmoralidad del hombre o de la mujer porque rompen con las reglas que la sociedad ha -- impuesto a sus miembros, al formar el núcleo familiar y b) la protección que deben tener los demás miembros de la familia en contra de la inmoralidad -- del padre o la madre.

VI. PADECER SIFILIS, TUBERCULOSIS O CUALQUIERA OTRA ENFERMEDAD CRONICA O IN CURABLE, QUE SEA ADEMÁS CONTAGIOSA O HEREDITARIA, Y LA IMPOTENCIA INCURABLE QUE SOBREVenga DESPUES DE CELEBRADO EL MATRIMONIO.- Esta causal fué puesta- para porteger la salud de la familia con el objeto de lograr una descendencia sana y sin taras. Respecto a la impotencia aludida en esta causal se -- dice que su manifestación debe sobrevenir despues de celebrado el matrimo-- nio porque si se produce antes, se considera como un impedimento para con-- traer el vínculo matrimonial. Cabe hacer notar que no es lo mismo impotencia que esterilidad y para dejar claro esto es necesario ver una Tesis Juris prudencial que a continuación se transcribe:

"DIVORCIO, IMPOTENCIA COMO CAUSAL DE.- La impotencia a que se refie re la ley, es la que consiste en la impotencia física de llevar a cabo el- acto sexual, y la impotencia para la generación, no es propiamente impoten- cia sino esterilidad, y como mera esterilidad, no constituye causa de diso- lución del matrimonio, porque no imposibilita para la cópula. Es un error - expresar que la causal de impotencia sólo la concede la ley a la mujer, por no ser posible que ésta sea impotente para la cópula puesto que la existen- cia de obstaculos bulbares o vaginales, puede ocasionar esta impotencia en- el agente femenino de la cópula".

Sexta Epoca, Cuarta Parte: Vol. XLVIII, Pág. 165 A.D. 4663/59.- DAMASO PARRA
5 votos.

Vol. XL . Pág. 112 A.D. 101/60.- GABRIELA MERCEDES GALLARDO CABRERO DE AGUI-
LERA. Unanimidad de 4 votos (Segunda Tesis relacionada, pág. 529).

VII. PADECER ENAJENACION MENTAL INCURABLE, PREVIA DECLARACION DE INTERDICCION QUE SE HAGA RESPECTO DEL CONYUGE DEMENTE.- Esta es una causal de necesidad puesto que si uno de los cónyuges padece enajenación mental, haría imposible que se cumplieran los fines del matrimonio. Debe haber el requisito previo de la declaración de interdicción del cónyuge enfermo para hacer procedente esta causal en un juicio de divorcio, sino resultaría inoperante para nuestro derecho procesal.

VIII. LA SEPARACION DE LA CASA CONYUGAL POR MAS DE SEIS MESES SIN CAUSA JUSTIFICADA.- Es clara esta causal de divorcio en cuanto a su contenido pero para algunas personas no es claro el concepto de lo que debe entenderse como " domicilio conyugal ", y para el caso se transcribe jurisprudencia relacionada para aclarar dicho concepto.

" DIVORCIO. DOMICILIO CONYUGAL.- Para que una casa pueda ser considerada como hogar conyugal se debe probar que en ese lugar los esposos — gozarán de autoridad propia y libre disposición, lo que implica acreditar que se vive en entera independencia, que la mujer será quien atenderá y dirigirá las labores del hogar, y en fin, que gozarán de los derechos y prerrogativas que toda persona tiene al vivir en casa propia, lo cual obviamente se mengua cuando se vive en la casa de los parientes o amigos, dada la autoridad que los dueños deben ejercer y las consideraciones que se les deben guardar".

Amparo directo 5906/78 FRANCISCO RAMIREZ DIAZ. 22 de Agosto de 1979. Unanimidad de 4 votos. Ponente J. Ramón Palacios Vargas. Secretario Carlos González Zárate.

(Informe 1979. 3a. Sala, Tesis 29, págs. 26 y 27).

IX. LA SEPARACION DEL HOGAR CONYUGAL ORIGINADA POR UNA CAUSA QUE SEA BASTANTE PARA PEDIR EL DIVORCIO, SI SE PROLONGA POR MAS DE UN AÑO SIN QUE EL CONYUGE QUE SE SEPARO ENTABLE LA DEMANDA DE DIVORCIO.- Se entiende que el conyuge que abandonó el hogar conyugal tenía motivos fundados para hacerlo, pero cabe hacer notar que nuestras leyes procuran la seguridad y estabilidad jurídica, por lo que no se puede dejar a la infinidad del tiempo que — dicho cónyuge proceda a hacer valer su derecho, por lo que si no lo hace en el término legal se entiende que ha renunciado a él y entonces en esta si—

tuación especial que trata esta causal de divorcio se dice que se le da derecho al otro conyuge para dar una seguridad a su situación, porque en ese momento - se convierte en conyuge inocente y no culpable como era el principio.

X. LA DECLARACION DE AUSENCIA LEGALMENTE HECHA O LA DE PRESUNCION DE MUERTE. EN LOS CASOS DE EXCEPCION EN QUE NO SE NECESITA PARA QUE SE HAGA QUE PROCEDA LA -- DECLARACION DE AUSENCIA.- Aunque la situación es distinta, en el fondo lo que se busca con esta causal es lo mismo que en la causal de divorcio anterior, dar seguridad jurídica y evitar que quede sin resolverse indefinidamente la situación del conyuge que en este caso no sería propiamente inocente sino " conyuge-perjudicado".

XI. LA SEVICIA, LAS AMENAZAS O LAS INJURIAS GRAVES DE UN CONYUGE PARA EL OTRO.- Se entiende como sevicia los malos tratos físicos o morales; las amenazas son - las que tienden a causar un daño al conyuge y las injurias son la expresión, la acción, el acto, la conducta, siempre que impliquen la vejación, menosprecio, -- ultraje, ofensa y que, impliquen tal gravedad contra la mutua consideración que se deben los conyuges que hagan imposible la vida conyugal. Es importante tener claro que lo que para una clase social es sevicia para otra no, por lo que se transcribe una tesis jurisprudencial que aclara este punto.

"DIVORCIO. SEVICIA COMO CAUSAL DE. DEBE TOMARSE EN CUENTA LA CONDUCTA REITERADA QUE SE DICE CONSTITUIRLA.- Es indudable que entre cierto tipo de - personas, de determinada preparación cultural y posición social, constituye sevicia cierto tipo de tratamientos, que para otros, es una forma normal de vida - conyugal, dado que entre ambos tipos de gentes existen diferentes formas de - pensar y aún de expresarse, de acuerdo a la educación, el medio ambiente en que viven. Si en un caso la conyuge quien se dijo víctima de crueldad excesiva por parte de su esposo, se ostenta, como profesional y además titular de una cátedra universitaria, sin que se hayan controvertido tales aspectos de acuerdo a - tal condición, es entendible que para dicha conyuge, el hecho de que su esposo le aventara la comida al suelo, rompiendo platos, tirando objetos de la mesa, -- profiriendo maldiciones y saliendo a la calle, "todo esto en una forma constante y reiterada", constituya una crueldad excesiva, que hace imposible la vida en común".

Amparo Directo 4602/76 ANTONIO BASTIDA BORREL. 11 de Noviembre de 1977. 5 votos
Ponente: Salvador Mondragón Guerra. Secretario: Max Peniche Cuevas.

(Informe 1977, 3a. Sala. Tesis 100, pág. 105)

XII. LA NEGATIVA INJUSTIFICADA DE LOS CONYUGES A CUMPLIR CON LAS OBLIGACIONES SEÑALADAS EN EL ARTICULO 164, SIN QUE SEA NECESARIO AGOTAR PREVIAMENTE LOS -- PROCEDIMIENTOS TENDIENTES A SU CUMPLIMIENTO, ASI COMO EL INCUMPLIMIENTO, SIN-JUNEA CAUSA, POR ALGUNO DE LOS CONYUGES, DE LA SENTENCIA EJECUTORIADA EN CASO DEL ARTICULO 168.- Esta causal se refiere a la obligación que tienen los -- cónyuges de contribuir económicamente al sostenimiento del hogar, a la alimen tación y educación de los hijos de acuerdo a las posibilidades de cada uno; y el artículo 168 se refiere a la sentencia pronunciada por el juez familiar -- para resolver algún desacuerdo entre los cónyuges sobre el manejo del hogar, -- la formación y educación de los hijos y la administración de los bienes que a estos pertenezcan.

XIII.- LA ACUSACION CALUMNIOSA HECHA POR UN CONYUGE CONTRA EL OTRO, POR DELI- TO QUE MEREZCA PENA MAYOR DE DOS AÑOS DE PRISION.- Lo que se intenta con esta causal es proteger la reputación y consideración social del cónyuge inocente; pero para mucha gente no es claro si esa acusación calumniosa debe constar -- en un proceso y al pronunciamiento de una sentencia absolutoria del cónyuge -- en que recayó tal acusación; esto se aclara con la siguiente tesis jurispru-- dencial:

" DIVORCIO. ACUSACION CALUMNIA COMO CAUSAL DE.-Para que exista la causal de divorcio por acusación calumniosa, no es necesario que ésta de -- lugar a la instrucción de un proceso y al pronunciamiento de una sentencia -- absolutoria del acusado, porque es posible que la acusación se archive por el Ministerio Público y no se consigne a la autoridad judicial, sin embargo, -- puede ser calumniosa para los efectos del divorcio, lo que apreciará en cada- caso el juez civil, tomando en cuenta que la imputación que hace un cónyuge -- al otro de haber cometido un delito que merezca pena mayor de dos años de pri- sión, se haya hecho a sabiendas de que es inoperante, que éste inspirada en -- el proposito de dañarlo en su reputación, y en la consideración social que me- rece, circunstancias todas ellas reveladoras de la existencia de una odiosi- dad y de una falta de estimación entre los cónyuges que hace imposible la vida en común.

Quinta Epoca. Tomo CXXIX Pag. 577 A.D. 2310/56 JUAN GUTIERREZ WELSH.- 5 votos.
Tomo CXXVI Pág. 671 A.D. 2338/54 MARGARITA LOPEZ PORTILLO DE GALINDO Unanimi- dad de 4 votos. Sexta Epoca, Cuarta parte.
Vol. XIX Pág. 97 A.D. 6238/57 DAVID LOPEZ ALONSO 5 Votos.

Vol. XXIV Pág. 135 A.D. 7447/58 LISANDRO LOPEZ CARRASCOA. 5 votos.

VOL. LXVII Pág. 53 A.D. 111/61.- FRANCISCO SOUSA DIAZ. 5 votos.

XIV. HABER COMETIDO UNO DE LOS CONYUGES UN DELITO QUE NO SEA POLITICO, PERO QUE SEA INFAMANTE POR EL CUAL TENGA QUE SUFRIR UNA PENA DE PRISION MAYOR DE DOS AÑOS.- Se considera que el conyuge que alega esta -- causal en un procedimiento judicial resulta afectado por la mala reputación que generalmente impone el circulo social a la familia de un -- procesado y sentenciado por un delito infamante; pero es requisito indispensable que la penalidad a la que se hizo acreedor el cónyuge culpable sea mayor de dos años, que no sea delito político y que exista -- una sentencia judicial que establezca la existencia del delito.

XV. LOS HABITOS DE JUEGO O DE EMBRIAGUEZ O EL USO INDEBIDO Y PERSISTENTE DE DROGAS ENERVANTES, CUANDO AMENAZAN CAUSAR LA RUINA DE LA FAMILIA O CONSTITUYEN UN CONTINUO MOTIVO DE DESAVENIENCIA CONYUGAL.- Al hábito de juego, embriaguez, al uso persistente de drogas se le debe agregar que sea motivo continuo de desaveniencia conyugal para que sea considerado como causal de divorcio, pero no deben ser desaveniencias aisladas sino que debe haber una humillación, mortificación o continua desaveniencia entre los cónyuges que verdaderamente haga imposible la vida familiar y que pueda causar la ruina del matrimonio, perdiéndose -- el respeto por el hogar y los hijos.

XVI. COMETER UN CONYUGE CONTRA LA PERSONA O BIENES DEL OTRO UN ACTO -- QUE SEA PUNIBLE SI SE TRATARE DE PERSONA EXTRAÑA, SIEMPRE QUE TAL ACTO TENGA SEÑALADA EN LA LEY UNA PENA QUE PASE DE UN AÑO DE PRISION.- Aquí se considera como una sanción al cónyuge culpable, pues debe haber un respeto entre esposo y esposa de su integridad física, de sus bienes; -- de no haber este respeto se hace imposible la vida en común.

XVII. EL MUTUO CONSENTIMIENTO.- No se necesitan mayores comentarios sobre esta causal, pues es evidente que los conyuges esten de acuerdo en el sentido de que no puedan vivir juntos ni llevar a cabo los fines -- del matrimonio y lo mas conveniente para ellos es romper el vínculo -- matrimonial que los une.

XVIII. LA SEPARACION DE LOS CONYUGES POR MAS DE DOS AÑOS, INDEPENDIENTEMENTE DEL MOTIVO QUE HAYA ORIGINADO LA SEPARACION, LA CUAL PODRA SER INVOCADA POR CUALQUIERA DE ELLOS.- Aquí no hay conyuge culpable e inocente, pues esta causal puede ser hecha valer por cualquiera de los dos conyuges y se dice que ese término de dos años es más que suficiente para romper el vínculo matrimonial, ya que no se da uno de los objetivos del matrimonio que es vivir juntos bajo un mismo techo.

CARACTERISTICAS DE LA ACCION DE DIVORCIO.

Las características de la acción de divorcio son las siguientes:

- 1.- Es una acción sujeta a caducidad.
- 2.-Es personalísima.
- 3.-Se extingue por reconciliación o perdón.
- 4.-Es susceptible de renuncia o de desistimiento.
- 5.- Se extingue por la muerte de cualquiera de los cónyuges, bien antes de ser ejercitada o durante el juicio. (1)

CADUCIDAD DE LA ACCION DE DIVORCIO.

Por caducidad se entiende en el derecho la extinción de una acción, de una facultad jurídica o de una obligación, por el transcurso del tiempo que determine la ley, sin que se pueda evitar esa extinción, interrumpiendo el plazo o suspendiéndolo.

La caducidad se caracteriza por consiguiente, por la extinción fatal, necesaria inevitable de la acción, del derecho o de la obligación por el solo transcurso del tiempo; de tal manera que para evitar que se extinga la situación jurídica sujeta a caducidad, no queda otra posibilidad de hacer valer respectivamente el derecho o la acción. Si no se lleva a cabo el acto de ejercicio, por la lógica misma del sistema jurídico, y de manera --

(1) ROYINA VILLEGAS RAFAEL. DERECHO CIVIL MEXICANO. (Tomo Segundo-Derecho de Familia Volumen II) Antigua Librería Robredo. México. D.F. 1962 -- Pág. 131.

irremediable tendría que extinguirse la acción, el derecho o en su caso la obligación.

En las acciones de divorcio, como están sujetas a caducidad, aún cuando ambos cónyuges quisieran evitar el escándalo que provocaría la demanda de divorcio, o el distanciamiento entre las familias de ambos consortes u otras consecuencias, el inocente tendrá que ejercitar la acción sin que pueda confiarse un reconocimiento expreso que hiciere el culpable, aún cuando fuese en un documento auténtico, de la causa de divorcio. Este acto de reconocimiento no tiene la virtud de interrumpir el plazo de caducidad, como sí ocurre en materia de prescripción. Tampoco la ley admite que la caducidad pueda suspenderse, y ello porque se considera que es de orden público. De tal manera que tendrá -- que correr necesariamente el término, extinguiéndose el derecho o la acción, aún cuando hubiere causa que imposibilitara su ejercicio.

No todas las acciones de divorcio están sujetas a caducidad, porque ello dependerá de la naturaleza de la acción de que se trate. Desde luego tendremos que distinguir acciones de divorcio que implican causas de tracto sucesivo, -- que quiere decir que día a día se comete el acto que da motivo al divorcio y, -- por lo tanto, no puede correr un término de seis meses tomando en cuenta los primeros actos que originaron esa causa, supuesto que vienen en seguida otros en los que se reincide en la misma falta que da origen al divorcio; o bien, -- en la misma situación, aun cuando no implique una falta, como las enfermedades crónicas e incurables, que sean contagiosas o hereditarias. Son causas -- de tracto sucesivo el abandono injustificado del domicilio conyugal por más de seis meses, la ausencia, las enfermedades que se han mencionado, la locura incurable y la impotencia para la cópula. En cambio, las causas de realización momentánea, que no implican un estado, una situación que se prolonga en el -- tiempo, sino que se realiza en un momento dado, por ejemplo, injurias, adulterio, la propuesta del marido para prostituir a la mujer, o a la corrupción de los hijos, evidentemente que sí pueden definirse en el tiempo. Pero se toma en cuenta no el momento en que realmente sucedieron los hechos, sino el momento -- en que el cónyuge inocente tenga conocimiento de los mismos. Podrá transcurrir un largo plazo para conocer el adulterio, pero a partir del momento en que se conozca, corre el término de seis meses de caducidad.

Habrán otras, sobre todo cuando impliquen la comisión de un delito, que sólo -- hasta que se conozca la sentencia en el orden penal (para aquellas causales --

que requieren ser declaradas exclusivamente por el Juez penal competente) cuando comenzará a correr el tiempo de caducidad de seis meses. En cambio aquellas causas que constituyan delitos, que no necesiten ser declaradas por el juez penal, sino que el juez civil puede libremente apreciarlas.— El conocimiento de la causal no requiera que exista una sentencia en el orden penal y corra el término de caducidad de seis meses, a partir del día en que se conoció el hecho. Por ejemplo, el adulterio, la tentativa del marido para prostituir a su esposa, los actos encaminados para la corrupción de los hijos, las injurias graves o la sevicia. (2)

CARACTER PERSONALISIMO DE LA ACCION DE DIVORCIO.

Se entiende por acción personalísima aquella que solo puede intentarse — exclusivamente por la persona facultada por la ley. En cambio, las acciones que no son personalísimas pueden intentarse por los herederos y en ciertos casos por los acreedores, siendo susceptibles de una representación cuando exista incapacidad por minoría de edad o por enajenación mental.

La acción de divorcio es personalísima porque no puede ser intentada por los herederos. Todas las acciones en principio, se transmiten por la muerte, si tienen un contenido patrimonial, es decir, valorizante en dinero, o cuando existe un interés jurídico que la ley toma en cuenta para que la acción pase del autor de la herencia al heredero. En el caso del divorcio, lo mismo que en la nulidad del matrimonio, basta la consideración de que éste quedó disuelto por la muerte del cónyuge, para que no tenga objeto que la acción de divorcio o nulidad se transmitan al heredero. Si esta acción tiene como finalidad disolver el matrimonio, bien por una causa de divorcio o de nulidad, cuando muera uno de los cónyuges, sea el culpable o el inocente, evidentemente que el heredero ya no podrá alcanzar el objeto de la acción, que será el disolver el matrimonio, supuesto que ya quedó disuelto por la muerte. Es claro que se podrán presentar consecuencias interesantes en el orden patrimonial. Por ejemplo el cónyuge culpable esta sujeto a determinadas sanciones de orden patrimonial y sus herederos podrán estar interesados en que las donaciones, prenupciales o las ejecu-

(2) ROJINA VILLEGAS RAFAEL. Op. Cit. Págs. 132,133,134,135, 136 y 137.

tadas entre los consortes, queden sin efecto; que el cónyuge culpable restituya al inocente los bienes donados, de tal manera que el heredero, ya no - para obtener la disolución del matrimonio, que repetimos se produjo por la - muerte, sino para recuperar los bienes que fueron objeto de la donación, pu- diere intentar la acción de divorcio. Pero la ley aquí considera que sería - desnaturalizar el efecto fundamental de la acción de divorcio que es disol- ver el vínculo, solo por esa consecuencia de tipo patrimonial, cuando el - matrimonio ya estaba disuelto y en realidad se había cumplido con el fin natu- ral de la acción.

La acción de divorcio no puede ser objeto de una subrogación para que los- acreedores del cónyuge inocente intentaren la acción. No hay un interés dig- no de tutela jurídica para que un acreedor decida por el cónyuge inocente - - cuando pudiera en algún sentido beneficiarse, si aquél cónyuge obtuviera el- divorcio. Por ejemplo el marido que ha hecho fuertes donaciones a su esposa;- que se encuentra insolvente y no puede pagar a sus acreedores; que la única- manera que pudiese pagar es intentando la acción de divorcio, obteniendo sen- tencia favorable para que aquella esposa culpable sea sancionada devolviendo los bienes objeto de donación, que podrían ser múltiples propiedades inmue- bles que el marido le hubiere transmitido. Solo a través de este efecto indi- recto de divorcio, después de disolver el vínculo matrimonial, aquel marido- insolvente podría pagar a sus acreedores. Pues bien, ni aún en este caso la- ley considera que haya un interés que deba protegerse para que los acreedores intenten la acción por el cónyuge inocente.

Una comparación de las diversas legislaciones nos permite establecer como - - principio general que el cónyuge menor de edad si puede hacer valer directa- mente la acción de divorcio sin necesidad de ser asistido por los que ejercie- ron la patria potestad, o por el tutor, ya que su matrimonio se produjo de -- pleno derecho la emancipación y además, porque se considera que se trata de - una decisión estrictamente íntima, personal, que no deben ni pueden asumirla- los que antes ejercieron la patria potestad. Como el matrimonio del menor pro- duce de pleno derecho su emancipación, para el divorcio voluntario y para el- necesario, tendrá personalmente que hacer valer la acción, pero asistido de - un tutor especial. El artículo 643 del Código Civil para el D.F., sin hacer - distinción alguna para el divorcio, dispone que el emancipado tiene la libre

administración de sus bienes, pero siempre necesita, durante su menor edad, fracción II, de un tutor para los negocios judiciales. El Código de Procedimientos Civiles del D.F. al tratar el divorcio voluntario en el artículo 677 aplica esta disposición general del Código Civil para que el cónyuge -- menor de edad este asistido de un tutor especial. En consecuencia, el problema en nuestro derecho solo se va a referir a la función de ese tutor especial. Ahora bien, no se trata de un caso de representación, sino de un fenómeno de asistencia.

En la representación, el representante se substituye al representado y decide por él, bien porque la minoría de edad o la incapacidad del representado le impiden decidir conforme a la ley; o en los casos de representación voluntaria, porque es la voluntad del representado, denominado mandante, -- que su representante o mandatario, dentro de las instrucciones recibidas, -- celebre en su nombre determinados actos jurídicos.

En la asistencia, que es la que se presenta justamente en los casos del menor emancipado, cuando el tutor asiste a este, para hacer valer la acción -- en juicio o para comparecer en él como demandado no es la voluntad del tutor la que substituye a la del menor emancipado, sino que simplemente, lo aconseja, lo dirige, lo asesora. Por lo tanto, la decisión en principio tiene que existir del menor emancipado y el juez deberá interrogar a este para que manifieste si es su libre voluntad ejercitar la acción de divorcio. O bien, en el divorcio voluntario, si ha tomado por su propia cuenta esa determinación. (3)

LA ACCION DE DIVORCIO SE EXTINGUE POR RECONCILIACION O POR PERDON EXPRESO O TACITO.

Los artículos 279 y 280 del Código Civil para el D.F. vigente, respectivamente estatuyen:

"Ninguna de las causas enumeradas en el artículo 267 puede alegarse para pedir el divorcio cuando haya mediado el perdón expreso o tácito".

"La reconciliación de los cónyuges pone fin al juicio de divorcio en cualquier estado en que se encuentre, si aun no hubiere sentencia ejecutoria. En este caso, los interesados deberán denunciar la reconciliación al juez, sin que la omisión de esta denuncia destruya los efectos producidos por la reconciliación".

En relación con estas disposiciones relativas al perdón o a la reconciliación, - cabe hacer las reflexiones siguientes: debe distinguirse el perdón de la reconciliación . Generalmente , en la doctrina se confunden, pero en realidad, el -- perdón supone cónyuge culpable y cónyuge inocente. Es decir, en primer término una causa de divorcio que implique culpabilidad; en segundo lugar, que la misma sea aceptada expresa o tácitamente por el cónyuge culpable, y en tercero que no obstante ese reconocimiento de la culpa, el inocente de manera expresa perdona- al culpable o tácitamente, a través de una conducta que revele ese propósito, - no siendo suficiente que deje correr el término para decidir en su caso al final del mismo, si presenta su demanda de divorcio, o se abstiene de hacerlo, porque esto equivaldría a no conceder el perdón, después de haber mantenido la posibilidad de otorgarlo o negarlo.

La conducta a través de la cual deduzcamos el perdón tácito, debe ser de tal ma- nera evidente que se reanude la vida conyugal en todas sus manifestaciones y, - sobre todo a través de la comunión espiritual, en la ayuda reciproca, en la con- vivencia común con la manifestación posible, según las circunstancias, de la re- lación sexual. Si hubiere controversia después, respecto de que si hubo o no -- perdón tácito (ya que el expreso es indudable, categórico y constará ante tes- tigos, o por escrito y por consiguiente podrá probarse plenamente ante el juez) en ese caso el juez tendrá que estudiar si los hechos ocurridos después de la - causa de divorcio, son evidentemente significativos de un perdón tácito, como --

hay propiamente ni perdón ni reconciliación, simplemente no se ejercita el derecho de exigir el divorcio. Se prescinde de intentar la demanda. (5)

LA ACCION DE DIVORCIO SE EXTINGUE CON LA MUERTE DE CUALQUIERA DE LOS CONYUGES.

La quinta característica de la acción de divorcio consiste en que se extingue y - se da por terminado el juicio en el caso de muerte de cualesquiera de los cónyuges, sin prejuzgar respecto de las consecuencias jurídicas en cuanto al cónyuge-- inocente o culpable, y sin tomar en cuenta las pruebas que ya se hubiesen rendido, aún cuando de ellas resultare plenamente probada la causa de divorcio. Se parte de la consideración fundamental de que la acción de divorcio tiene por objeto la disolución del vínculo matrimonial. De tal manera que si por la muerte de uno de los cónyuges durante el juicio, ya quedó disuelto el matrimonio, necesariamente el procedimiento debe terminar, porque ya no habrá materia para la sentencia.

Efectivamente, si la materia de la sentencia consistirá en resolver sobre la disolución del matrimonio, y ésta se produjo por la muerte de uno de los cónyuges, - se considera en los distintos códigos civiles, que el juicio deberá terminar sin que el juez pueda establecer otro tipo de consecuencias en orden a la culpabilidad o no culpabilidad del cónyuge demandado.

En el caso de muerte de un cónyuge, el otro, cuyo matrimonio quedó disuelto, si - podrá heredar como cónyuge superviviente. Es decir, para los efectos de la herencia no importa que no se haya fallado el divorcio, en virtud de que todo cónyuge superviviente tiene derecho a heredar en la sucesión legítima, como si fuese un hijo. Los hijos y el cónyuge superviviente heredan por partes iguales, sólo que la porción del cónyuge se reduce en la medida de que tenga bienes, para igualar las - - porciones de los hijos. Supongamos que en lugar de haber muerto el cónyuge culpable antes de que se pronunciara sentencia de divorcio, muriese días después de -- que ésta se hubiere dictado. Muriendo antes el cónyuge culpable, el inocente lo - hereda, porque no se disolvió el matrimonio por divorcio, y entonces aplicamos -- las normas que dan derecho al cónyuge superviviente a heredar. Pero si el cónyuge -- culpable muriese después de pronunciada la sentencia de divorcio, ya el inocente no podrá heredar, porque su matrimonio había quedado disuelto antes de la muerte. Si muriese el cónyuge inocente antes de la sentencia, el culpable, no obstante -- serlo, podría heredar, pues el juez del divorcio ya no pudo disolver el vínculo -

y, en consecuencia, a pesar de su culpabilidad manifiesta, el culpable si podrá recibir la misma porción que un hijo en la sucesión legítima del cónyuge inocente. (5)

LA ACCION DE DIVORCIO SOLO SE OTORGA AL CONYUGE QUE NO DIO CAUSA AL MISMO.

La sexta característica de la acción de divorcio consiste que sólo se otorga al cónyuge inocente, o en su caso, al cónyuge sano. Es decir, a quien no ha dado causa al divorcio. No es sin embargo esta caracterización observada en todos los códigos civiles. El nuestro, evidentemente que sigue el criterio de que solo puede pedir el divorcio el cónyuge que no hubiere dado causa a él, lo que equivale a decir que será inocente, o bien, el cónyuge sano en los casos de aquellas enfermedades a que ya nos hemos referido; pero existen códigos como el suizo, que permite ejercitar la acción de divorcio ante ciertas causas comunes a ambos cónyuges, como sería, por ejemplo, la incompatibilidad de caracteres, o la conducta recíproca de ambos esposos que haga imposible la vida conyugal. Sin embargo, para este último caso, dispone ese código que cuando la vida conyugal resulte imposible, principalmente por culpa de uno de los cónyuges, sólo podrá intentar el divorcio el otro, aun cuando haya cierta responsabilidad recíproca en ambos consortes.

Nuestro artículo 278 en cambio, dispone de una manera determinante:

"El divorcio sólo puede ser demandado por el cónyuge que no haya dado causa a él y dentro de los seis meses siguientes al día en que hayan llegado a su noticia los hechos en que se funde la demanda"

Conforme al Código Civil para el D.F., el cónyuge demandante tiene seis meses a partir del día que tuvo conocimiento de la causa de divorcio de realización momentánea, para hacer valer su acción; pero ese término se reduce por la técnica especial de nuestro derecho procesal, que no permite, cuando el demandado tenga a su vez una acción que deducir contra el actor, que la haga valer por vía de reconvencción, fuera del término de nueve días que se dar para contestar una demanda. Dice al respecto el artículo 260 del Código de Procedimientos Ci—

(5) ROJINA VILLEGAS RAFAEL. Op. Cit. Pags. 154, 161, 163, 164 y 165.

viles para el D.F. :

" En la misma contestación (el demandado) propondrá la reconvencción en los casos que proceda"

Razones de tipo procesal , justamente para evitar las consecuencias lógicas - y también, por economía procesal, exigen que no obstante que el demandado tenga un término mayor para poder hacer valer su acción contra el actor, como ocurre no sólo en los casos de divorcio, sino en cualquier otra acción de tipo patrimonial, necesariamente tendrá que oponer la reconvencción o contrademanda, precisamente dentro del término que le otorga la ley para contestar la demanda principal, y si pasara este término, perdería el derecho de hacer valer dicha reconvencción. Por esto, siempre es conveniente plantear a través de la reconvencción al contestar una demanda de divorcio, la causa que el cónyuge demandado cree tener frente al actor y nunca reservarse esa acción de divorcio para hacerla valer en juicio por separado, aún cuando se diera la posibilidad, por ejemplo de que se confie el demandado en una tramitación rápida -- de su juicio, frente al del actor, dato que éste al ser emplazado en la demanda que se formule, opondrá como excepción la de que en vista de que no se hizo valer la reconvencción en el término legal de nueve días, se perdió el derecho para hacer valer esa acción de divorcio, y no podrá ya entonces deducirse en juicio autónomo. (6)

EFECTOS DEL DIVORCIO.

Se dice que hay dos tipos de efectos en el divorcio:

- 1.- Efectos provisionales.- Que son los que se realizan durante la tramitación del juicio;y
- 2.- Efectos definitivos.-Que se dan una vez ejecutoriada la sentencia que pone fin al vínculo matrimonial.

A continuación se da un extracto de los efectos antes señalados, para poder tener una ligera noción de las medidas que se tomarán primeramente en el juicio y despues de concluir el mismo, que afectarán a los cónyuges divorciantes

tanto en su patrimonio como en los derechos y obligaciones que tengan sobre los hijos.

Los cónyuges divorciantes que promuevan divorcio por mutuo consentimiento y que tengan hijos menores de edad, están obligados a presentar al juzgado un convenio en que se fijen los siguientes puntos:

- 1.- Designación de persona a quien sean confiados los hijos del matrimonio, tanto durante el procedimiento como despues de ejecutoriado el divorcio;
- 2.-El modo de subvenir a las necesidades de los hijos, tanto durante el - - procedimiento como despues de ejecutoriado el divorcio;
- 3.-La casa que servirá de habitación a la mujer durante el procedimiento;
- 4.-La cantidad que a título de alimentos un cónyuge debe pagar al otro durante el procedimiento, la forma de hacer el pago y la garantía que debe - darse para asegurarlo;
- 5.- La manera de administrar los bienes de la sociedad conyugal durante el procedimiento y la de liquidar dicha sociedad despues de ejecutoriado el - - divorcio, así como la designación de liquidadores. A ese efecto se acompaña - rá un inventario y avaluo de todos los bienes muebles o inmuebles de la - sociedad.

Mientras se decrete el divorcio, el juez autorizará la separación de los - cónyuges de una manera provisional, y dictará las medidas necesarias para - asegurar la subsistencia de los hijos a quienes hay obligación de dar ali- - mentos.

El cónyuge que no quiera pedir el divorcio fundado en las causas enumeradas en las fracciones VI y VII del artículo 267 del Código Civil del D.F. (esto se refiere a las enfermedades contagiosas y a la enajenación mental incu- - rable) podrá , sin embargo, solicitar que se suspenda su obligación de co- - habitar con el otro cónyuge y el juez, con conocimiento de causa podrá de- - cretar esa suspensión; quedando subsistentes las demás obligaciones creadas por el matrimonio.

Al admitirse la demanda de divorcio necesario, o antes si hubiere urgencia, se dictará provisionalmente y solo mientras dure el juicio las disposicio- - nes siguientes:

- I. Separar a los cónyuges en todo caso;
- II. Proceder por cuanto a depósito o separación de los cónyuges en los términos del capítulo III, título V del Código de Procedimientos Civiles para el D.F. (esto se refiere a la separación de personas como acto prejudicial).
- III. Señalar y asegurar los alimentos que debe dar el deudor alimentario al cónyuge acreedor y a los hijos;
- IV. Dictar las medidas convenientes para que el marido no cause perjuicios a los bienes de la mujer;
- V. Dictar en su caso, las medidas precautorias que la ley establece respecto a la mujer, que quede encinta;
- VI. Poner a los hijos al cuidado de la persona que de común acuerdo hubieren designado los cónyuges, pudiendo ser uno de éstos. En defecto de ese acuerdo, el cónyuge que pida el divorcio propondrá la persona en cuyo poder deben quedar provisionalmente los hijos. El juez, previo el procedimiento que fije el código respectivo, resolverá lo conveniente. (6)

La sentencia de divorcio fijará la situación de los hijos, conforme a las reglas siguientes:

PRIMERA.- Cuando la causa del divorcio estuviere comprendida en las fracciones I, II, III, IV, V, VIII, XIV y XV del artículo 267 del Código Civil para el D.F. (se refieren a los malos hábitos de alguno de los cónyuges y que puedan dar mal ejemplo a los hijos) los hijos quedarán bajo la patria potestad del cónyuge no culpable. Si los dos fueren culpables, quedarán bajo la patria potestad del ascendente que corresponda y si no lo hubiere se nombrará un tutor.

SEGUNDA.- Cuando la causa de divorcio estuviere comprendida en las fracciones IX, X, XI, XII, XIII y XVI del citado artículo anterior (estas causales se refieren a la falta de unidad hacia el hogar conyugal o el incumplimiento de las obligaciones que tienen los cónyuges), los hijos quedarán bajo la patria potestad del cónyuge inocente; pero a la muerte de éste, el cónyuge culpable recuperará la patria potestad. Si los dos cónyuges fueran culpables

se les suspenderá en el ejercicio de la patria potestad hasta la muerte de uno de ellos, recobrandola el otro al acaecer esta. Entretanto, los hijos quedarán bajo la patria potestad del ascendente que corresponda, y si no hay quien la ejerza, se les nombrará un tutor.

TERCERA.— En el caso de las fracciones VI y VII del ya mencionado artículo 267, los hijos quedarán en poder del cónyuge sano; pero el consorte — enfermo conservará los demás derechos sobre la persona y los bienes de — sus hijos.

Antes de que se provea definitivamente sobre la patria potestad o tutela de los hijos, podrán acordar los tribunales, a petición de los abuelos, tíos o hermanos mayores, cualquiera providencia que se considere beneficiosa a los menores.

El padre o la madre, aunque pierdan la patria potestad, quedan sujetos a todas las obligaciones que tiene para con sus hijos.

Ejecutoriado el divorcio, se procederá desde luego a la división de los bienes comunes, 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, a la subsistencia y educación de los hijos — hasta que lleguen a la mayor edad. (7)

EL DIVORCIO EN RELACION CON LOS PROBLEMAS FUNDAMENTALES DEL DERECHO FAMILIAR.

Desde el punto de vista general, el problema en el derecho de familia se plantea la cuestión relativa a mantener la cohesión doméstica, es decir, — lograr una solidaridad estrecha en las relaciones familiares, según las — costumbres, las condiciones de cada pueblo, sus ideas morales y religio- — sas, debe ser por consiguiente, el derecho familiar, la expresión más co- — rrecta desde el punto de vista de la técnica jurídica, de la solidaridad — doméstica. En este aspecto, el derecho familiar es una manifestación — — concreta de la finalidad general del ordenamiento jurídico, como sistema — que tiene por objeto realizar la sinergia social integral.

Pues bien, el derecho familiar viene a ser una manifestación concreta de la finalidad general de todo derecho, que es lograr interdependencia humana, empleando las diferentes técnicas del derecho patrimonial, del político, del internacional, o de este derecho especialísimo que opera sobre relaciones estrictamente humanas, debidas al matrimonio, al parentesco, especialmente a la vinculación paterno-filial, o en su caso a la relación tutelar, tratándose de menores o incapacitados que no están sujetos a patria potestad.

En la comunidad familiar se reconoce igual potestad, igual autoridad, tanto en el marido como en la mujer. Se parte del principio de que en una verdadera -- comunidad de fines, estos dos poderes iguales, normalmente no entran en conflicto, ya que podrán sobreponerse a las diferencias de carácter o temperamento, -- las finalidades supremas de la comunidad familiar. Se considera que es preferible mantener estos dos poderes iguales y no considerar a la esposa una incapacitada sujeta a la potestad del marido, para dar al juez, en caso de conflicto, la posibilidad de resolverlo; y como normalmente los problemas familiares se -- resuelven dentro del seno del hogar, y sólo de manera excepcional trascienden a los tribunales, se ha creído conveniente, mientras no se trate de conflictos -- graves, que privadamente se logre un equilibrio entre estos dos poderes de la -- comunidad familiar, generalmente por la mayor autoridad de un cónyuge sobre el otro, y sólo en el caso de un conflicto de trascendencia, podrán ocurrir ante -- el juez.

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

Si juzgamos al divorcio desde un punto superficial, contemplando sólo la apariencia, evidentemente es una institución que tal parece que contradice los fines del derecho de familia; pero no olvidemos que se presenta, bien como san --

ción o como remedio ante los casos en que ya se ha roto toda solidaridad familiar. Es decir, en verdad, el divorcio no es la causa que motiva el rompimiento de las relaciones conyugales, sino al contrario, es el efecto. La causa fué el hecho inmoral, el delictuoso, el estado contrario a la vida matrimonial, que imposibilita la vida en común. El divorcio no es sino el medio jurídico de legalizar una situación que ya se produjo, y no es, como indebidamente se le ha criticado, el medio que fomenta la desunión en la familia. Como en todos los problemas jurídicos, puede haber un abuso del derecho y — existe, evidentemente, el abuso del divorcio; y entonces, en lugar de presentarse como un efecto real de una situación que desde el punto de vista de — las relaciones maritales, ya es irreconciliable, sí puede crear o producir — una desunión, como sucede en el divorcio voluntario, por la posibilidad que existe de disolver, sin una causa grave, el vínculo matrimonial. Psicológicamente si se traduce en ese caso, en la causa que incita a los conyuges a lograr su desunión, no obstante que no existe previamente esa situación de hecho que implica el rompimiento.

En consecuencia, el divorcio no viene a constituir una forma contradictoria con la solidaridad familiar y, por consiguiente, con ese fin común de todas las ramas del derecho. Sólo el divorcio voluntario en la forma en que se hallado a cabo en México, especialmente como divorcio de tipo administrativo, o el divorcio simulado, ante causas que en verdad no existen, que se aparentan por los consortes, si constituye por desgracia, un medio jurídico para contrariar o traicionar los fines del derecho familiar.

Pero esto es un problema general que existe en el derecho ante la posibilidad de los actos simulados. En las relaciones de tipo patrimonial, el acto simulado sirve al deudor para burlar a sus acreedores, recurriendo a los — mismos medios jurídicos que el derecho concede dentro de la verdad y rectitud, consistente en celebrar contratos, en poder llevar a cabo enajenaciones, es decir, en poder gobernar lícitamente el patrimonio, para emplear este poder gobernar lícitamente el patrimonio, para emplear este poder de gobierno de soberanía sobre el patrimonio, en forma simulada, para poder ocultar bienes y presentar su transmisión con una apariencia de verdad.

Es así entonces como el divorcio simulado no es sino una manifestación concreta de los diferentes actos simulados que el derecho tiene que combatir —

porque si contradice sus fines. (8)

CAPITULO CUARTO.

LOS EFECTOS DEL DIVORCIO EN LA FAMILIA Y LA SOCIEDAD.

INTRODUCCION.

En esta última parte del estudio del divorcio, se verán algunos de los aspectos más interesantes que a juicio de algunos sociólogos, surgen - al provocarse la situación de conflicto entre la pareja que forma un - matrimonio y que al final llega a la solución que da el divorcio. Estos aspectos son la relación que guarda el divorcio con: la sociología, la - sociedad, los hijos, su problemática conflictual internacional y los - conflictos que a la larga generan la situación divorciante como el - adulterio, la crueldad, la deserción y la falta de preparación. Es im- portante hacer notar que el aspecto psicológico se menciona en varias- ocasiones en este capítulo pues como la psicología estudia el desarro- llo y comportamiento de la mente humana, nos puede ser útil para tener una idea más clara sobre el comportamiento o reacciones del ser hu- mano ante la situación del divorcio, que muchas veces lo confunde y - perjudica en su interior mucho más de lo que realmente debería ser.

SOCIOLOGIA DEL DIVORCIO.

La palabra divorcio, en un plano histórico suele tener un triple sig- nificado: disolución del matrimonio (divorcio quad vinculum); signi- ficado técnico en el lenguaje jurídico moderno; simple separación -- personal (divorcio quad trorum el mensam), referida exclusivamente al deber de cohabitación, y declaración de nulidad que no es lo mismo que disolución. En el lenguaje jurídico, constitucional y civilístico, divorcio significa disolución o ruptura del vínculo matrimonial. Es -- por lo tanto un error hablar de divorcio en el sentido de separación - o nulidad.

Tal como hoy lo entendemos, el divorcio aparece en la Francia revolucio- naria, y en los Estados satélite, o fines del setecientos. En el dis- cursó de 30 de marzo de 1803, Theilhard, en nombre del Gobierno afirma- ba ante el cuerpo legislativo. " Algunos han hablado de divorcio co- mo de una institución , poco menos que celestial, que debía purificar-

lo todo; otros han hablado de una misión infernal dirigida a corromperlo todo. Para unos es el triunfo; para otros, el ludibrio de la razón. Si seguimos a estos últimos, el divorcio dishonrará al Código; si seguimos a los primeros, concluiremos que el Código sin divorcio es un estado de vergonzosa imperfección. El legislador no se deja impresionar por parecidas exageraciones. El divorcio en sí, no pueden ser un bien, sino sólo el remedio de un mal". (1)

No es esta ocasión propia para historiar los avatares de las leyes divorcistas o antidivorcistas de la sociedad occidental. Partiremos así de un primer dato cierto: que es admitido por la mayoría, a pesar de sus inconvenientes y sus ventajas.

Una idea general sobre la estabilidad y permanencia del vínculo matrimonial en los diversos países puede darse con el examen del modo en que disciplinan el divorcio y la separación de los cónyuges. Esta última no aparece regulada en muchos países, lo que puede perjudicar la estabilidad del vínculo, por cuanto los cónyuges en situación de crisis no tienen otra salida que el divorcio o la separación de hecho. Algunos Estados admiten la separación consensual, prescindiendo de los motivos que llevan a ella, mientras que otros reconociendo la separación legal, admiten su transformación en divorcio a petición de las partes después de transcurrido cierto tiempo.

El divorcio está ya admitido en casi todos los países del mundo, con escasas y significativas excepciones.

Dentro del grupo de países de familia romano-germánica, admiten el divorcio : Alemania, Austria, Francia, Italia, Grecia, Suiza y Portugal (sólo en cuanto a los matrimonios civiles). Solo dos países, Suiza y Alemania admiten una causa inconcreta o precepto válvula: cualquier motivo grave de perturbación de la convivencia o grave incumplimiento de los deberes-

(1) THEILHARD, citado por SIMO SANTOJA VICENTE. EL DIVORCIO PROBLEMA - HUMANO. Editorial Karpos, S.A. Madrid España 1976 Pag. 27.

matrimoniales. Todos, incluso estos dos, se refieren a causas taxativas. La separación se admite en todos ellos, excepto en Alemania y Grecia.

Los tres países del Benelux admiten la separación y el divorcio por causas taxativas, con la sola diferencia de que además Bélgica y Luxemburgo admiten el divorcio por mutuo disenso, lo que no reconoce Holanda.

Todos los países nórdicos: Dinamarca, Finlandia, Islandia, Noruega y Suecia admiten la separación consensual y judicial y también el divorcio -- por causas taxativas. Islandia admite el divorcio consensual, y los demás la posibilidad de conversión de la separación en divorcio.

También los países del Common Law: Inglaterra, Estados Unidos, Canadá y Puerto Rico, admiten la separación y el divorcio. No se admite en Irlanda.

Los países que se engloban en la llamada Convención de Montevideo están muy divididos ya que tres de ellos (Argentina, Colombia y Paraguay) no admiten el divorcio; aunque sí la separación de cuerpos. Otros tres -- (Bolivia, Peru y Uruguay) admiten ambas instituciones, en algún caso, -- incluso por mutuo disenso (Bolivia y Uruguay).

Los países afectos al Código Bustamante son más uniformes, ya que tan sólo dos son antidivorcistas (Brasil que admite la separación culpable y consensual; y Chile que solo admite la separación culpable), mientras que todos los demás (México, Costa Rica, Cuba, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, Nicaragua, Panamá, República Dominicana, Ecuador y Venezuela) admiten el divorcio, no solo culpable, sino por mutuo disenso.

A título comparativo, existe una armonía entre los llamados países socialistas: Rusia, Checoslovaquia, Rumanía, Polonia, Yugoslavia, Albania y = la República Democrática Alemana: ninguno admite la separación, y si todos el divorcio, predominando en ellos el criterio de salvaguardar la -- unidad familiar y admitir la disolución del matrimonio cuando la crisis es tan grave que a juicio del Juez, no hay posibilidad de recomponer la vida conyugal, no siendo necesario que concurran unas causas determinadas.

Por supuesto que las causales de divorcio en las diversas naciones reflejan claramente influencias religiosas, políticas y sociales sobre la población. Es por ello que los sociólogos suelen decir que las crisis matrimoniales son la derivación o consecuencia de la sociedad misma ligadas a los problemas de nuestro tiempo, sobre todo de naturaleza sociológica y existencial. (2)

DIVORCIO Y SOCIEDAD.

la pretensión de estudiar el hecho del divorcio, sin considerar las dimensiones antropológicas del encuentro de la pareja humana, implicaría un proceder acientífico fundamentado en el análisis como un todo de lo que no es sino una compleja parte.

El divorcio solo se podrá entender tras la explicación del hecho convivencial que el matrimonio implica, ya que aquel será la consecuencia fallida de éste, y por supuesto, en el contexto de una cultura que, como la nuestra, es peculiar por diversos motivos. A este tenor, y en lo sucesivo tratando este apartado, se llamará divorcio a todas las formas de ruptura conyugal, sin distinguir entre apreciaciones canónicas o civiles. Divorcio es aquí ruptura de la pareja desde la vertiente de la comunicación humana y se analizarán las consecuencias que de ella se deriven para los componentes del grupo familiar.

No es posible estudiar el fenómeno del divorcio si excluimos en su análisis que ello es consecuencia de la incomunicación humana, no siendo tal incomunicación una consecuencia voluntaria, sino el resultado del inadecuado planteamiento de las motivaciones de cada cónyuge como unidad.

Digamos que la sociedad ha creado - se ha creado - la necesidad del divorcio de la pareja humana para intentar solucionar situaciones que previamente te posibilitó.

El divorcio tiene sólo sentido en un entorno que crea el matrimonio como -

solución perfecta sin más profundos análisis. Cuando la sociedad constata la falsedad de aquella " solución perfecta" surge la necesidad del divorcio, de la ruptura, como válvula de seguridad que amortigüe las consecuencias del error particular no previsto y a veces, ni siquiera sospechado.

Para enjuiciar correctamente las razones de ser del divorcio, debemos - - antes entender el origen de su unión y antes aún, comenzar por entender - al ser humano como individuo.

El hombre es, de entre toda la especie animal, el único dotado de pensar-reflexivo. Por esta circunstancia es el único capaz de entender y el único capaz de programar la cobertura de sus necesidades. Es también el más desvalido físicamente y el único capacitado para sentir emociones, y también el único capaz de equivocarse en su programación.

El ser humano tiene condicionada su supervivencia a la aceptación de los demás, al no poder confiar en sus propias fuerzas y es consciente de que sin la protección del grupo, se destruiría. Esto es lo que constituye la esencia de la alienación, de la enagenación: la dependencia de los ajenos.

El ser humano adquiere precozmente conciencia de su dependencia del grupo social - del grupo social primigenio- llamado familia, y a través de ella - de la de su supervivencia condicionada al cumplimiento de las normas de comportamiento establecidas por el grupo en el cual desea estar integrado para obtener la seguridad.

Pero las normas a cumplir, creadas por el grupo precedente al cual se llega, no son verdaderamente inmutables sino realidades impregnadas de valores conferidos, que el recién llegado ni puede ni debe enjuiciar, sino - tan solo aceptar. Tal aceptación es el precio de su seguridad. Su antítesis es la soledad, que implica la destrucción. Pero este contexto, seguridad será término opuesto a libertad. (3)

Centrando el tema, decimos que la vida emocional esta condicionada por la necesidad de subsistencia del ser humano entre el grupo primigenio- familia-

es decir, subsistencia a cambio del uso de las normas establecidas por el grupo, y la consecuente obtención de seguridad.

Al no estar de acuerdo alguno de los miembros de ese grupo primigenio-familia- con las normas establecidas, para tener la seguridad de lo que ya se ha hablado, es cuando surge lo que podemos llamar un "enfrentamiento" -- entre la pareja; por la diferencia de opiniones que a su vez provoca que no haya un "encuentro" emocional provechoso para ambos.

Lo habitual es que el "enfrentamiento" y no el encuentro de la pareja -- origine el comienzo de una guerra que ya no cesará, o que en el mejor de los casos dará lugar a la decisión bilateral de la necesidad de la ruptura, tras la aceptación del fracaso del pretendido intento de comunicación. La impreparación bilateral sentará las bases del futuro divorcio.

Es muy importante el fenómeno surgido en los últimos años, a partir del cual la mujer ha ido adquiriendo mayores niveles de conciencia y de operatividad, con los cuales ha conseguido una progresiva independencia del -- hombre. En tanto que la dependencia del hombre la alineaba, limitando su libertad, ha encontrado en el ejercicio del trabajo - es decir, con el uso del antaño coto exclusivo del hombre- la base de su igualdad de derechos. Puede ya permitirse prescindir de la comunicación con el hombre si éste la frustra, o en otro caso, puede hacerla pasible de un modo auténtico. El encuentro de una mujer con el trabajo ha posibilitado la comunicación tanto cuanto ha incrementado las rupturas conyugales. Quiere esto decir que tras un deficiente proceso de elaboración, esos seres humanos - que configuran la pareja conyugal expensas de la independencia femenina pueden dar ya lugar a una mejor concepción del matrimonio como forma de - comunicación o, por el contrario, a unas formas más precoces de ruptura-liberadoras de muchas inútiles tensiones, siempre lesivas para todos los componentes del grupo familiar.

Surge un tema importante en el divorcio, el papel de los hijos en la evolución del conflicto familiar.

A través del contexto patológico de los hijos, se llega a detectar el conflicto conyugal. En él, los hijos siempre resultan lesionados; pero este - hecho es escasamente valorado por los propios padres, que inmersos en su -

conflictiva hostil y competitiva, no son capaces de entender y menos - afrontar el conflicto que se está gestando y, como en toda gestación, -- es escasamente manifiesta.

Es ingenuo pensar en este estado de cosas, que los hijos unen al matrimonio. Los hijos que desempeñan un papel tan pasivo y secundario en el conflicto conyugal, no unen nada, sino que sirven para justificar el propio miedo de los esposos a la ruptura, con lo cual sólo se perpetúa la - situación de conflicto y de lesión para aquellos.

La frustración de la comunicación esposo-esposa tiende a ser sublimada-- en la comunicación con los hijos; pero dada la incomunicación de los - - padres entre sí, éstos elaboran unos modos de relación con aquéllos, con cordes con sus modos personales de entendimiento de " las cosas ". Esta situación, persistiendo la convivencia es contradictoria para los hijos, ya que tienen que aceptar una doble presión emocional que es incompatible Pero en realidad las motivaciones son otras. Los cónyuges en conflicto - no saben, o no pueden , o no quieren superar los convencionalismos sociales que les impone la convivencia, a pesar de ser esta conflictiva, y - ellos mismos se crean, basándose en la supuestamente buena comunicación- que individualmente tienen con los hijos, la racionalización del mante-nmiento de la convivencia para no perjudicarles, cuando en realidad es- to es precisamente lo que estan consiguiendo. Se dice racionalización -- porque ello constituye la justificación de su miedo a la propia soledad- y los hijos siguen sin recibir una atención racional y emocional coherente . La convivencia sigue creando tensiones enmascaradas que ya no pa-san desapercibidas.

El divorcio como forma de desintegración de la pareja desde una perspectiva antropológica es una realidad constante, al margen de su legitimación civil. La autentica prevención del fracaso conyugal sólo puede fundamen-tarse en el respeto a la libertad humana y sólo es entendible como tal, - la posibilidad de opciones y no la autorización de modelos oficiales- de felicidad; el aprendizaje y el ejercicio de la libertad habrán de - - venir dados por unos cambios culturales que la racionalidad del hombre - ha de propiciar. (4)

TIPOS MAS FRECUENTES DE CONFLICTO EN EL MATRIMONIO.

ADULTERIO.- En la infidelidad de un cónyuge a otro encontramos tres formas más comunes de reaccionar del cónyuge ofendido:

- 1.- Dando como una cosa natural el hecho, sobre todo en mujeres cuyos maridos - viajan, tienen negocios. Aventurillas sin relación de compromiso con un tercero. Hoy existe el mismo riesgo en la mujer, en relación con su profesión.
- 2.- Mientras no me entere de lo que haces por ahí puedes hacer lo que quieras.
- 3.- El adulterio es destructivo para la pareja.

Evidentemente vemos que las relaciones esporádicas y con distintas personas,--- aventuras, no perturban la integridad de la pareja, y a veces al contrario, au mentan su equilibrio, por el sentimiento de culpabilidad del cónyuge que ofende lo que hace que se entregue más y mejor a su pareja. En algunos, la culpabilidad les lleva a dejar señales de la relación o a decirlo para ser castigados.

Nos encontramos con parejas donde vemos claramente que el cónyuge empuja al - - otro cónyuge al adulterio con un amigo común. O el que empuja a un amigo a que se relacione con su cónyuge. Se dan toda clase de facilidades y se ponen las - situaciones de tal forma, que no puede suceder de otra manera.

Podemos asegurar que mientras el conflicto está dentro de la pareja y no ha salido afuera, se puede salvar a la pareja, pero el adulterio, en la mayoría de los -- casos, es completamente destructivo y es el golpe final para un matrimonio que ha estado subsistiendo en un equilibrio precario. Es el rechazo total del cón-- yuge como objeto libidinoso, y la insensibilidad, la indiferencia, es la pauta- de la relación del cónyuge adúltero. (5)

CRUELDAD.- Juridicamente es el daño mental. Se habla de insultos, golpes, por-- tazos, no prestar ayuda, menosprecio, deteriorar la imagen del cónyuge. Crueldad es la transgresión de los límites de lo que implícitamente lleva como respeto a la persona, a la pareja. Uno de ellos siempre considera esta situación como -- una pérdida del objeto amoroso, proporcionandole los sentimientos de dolor, due lo y depresión.

Cada ataque es una humillación que sufre la víctima y ha de reprimir un odio que no puede usar y sí sufrir. A comportamiento más atroz, más sufrimiento, y como tal, menos culpa. El esposo que actúa así siente que no puede perder la víctima; es una parte de su yo y necesita utilizar toda su omnipotencia para despreciarlo y para dominarlo y someterlo; no puede tolerar que lo rechace, porque entonces se sentiría traicionado y por fuerza tiene que controlar al objeto rebelde. No puede vivir, sin él; el sádico no puede vivir sin la víctima, ni puede vivir con ella. Esto nos explica que muchas parejas con una relación de dominio-sumisión, o relación sadomasoquista, a pesar de los esfuerzos que hacen, progresan muy poco, y es que los dos necesitan mantener esa relación.

Hay tres tipos de conflictos muy significativos en el ámbito de la crueldad que son los siguientes:

En un grupo de matrimonios en conflicto, con algunos conflictos graves e irreparables, que son los que podemos llamar "de los hombres celtibéricos o del machismo" que es una realidad vivida y heredada ancestralmente, en que el hombre está impuesto en sus atribuciones de jefe intocable, viril y la mujer es una esclava, buena madre de sus hijos. esposa ejemplar y una mujer modelochapada a esas normas de conducta. Se quieren ambos bajo esa pauta y el matrimonio marcha muy bien hasta que un día ella se rebela contra el papel de sirvienta que le toca vivir. El no puede soportar eso, es superior a sus fuerzas el es el hombre y no le sirven, siente que su autoridad se membra y desaparece, que hace el ridículo. Lo cierto es que ella quiere ser un ser humano en las mismas condiciones y con los mismos deberes y derechos. Sí además, ello se decide a ser algo más como persona, el conflicto de agrava.

Es una realidad que han vivido ancestralmente esta forma de vivir y ser, que el superarla es una labor muy duradera y difícil.

2.- Hay algunos matrimonios que se definen de una manera muy dura, pero real: "La necesidad de enloquecer al otro". Esta constante se encuentra en muchas parejas en conflicto, aunque en grados tolerables y repables, ya que los conflictos suelen desequilibrar a ambos cónyuges. En este caso se ve muy claro cuando un cónyuge crece y el otro no puede seguirle, no puede ir a su ritmo y se queda atrás. Tiene que pararlo, sujetarlo como sea, y para ello utiliza la-

locura, la enfermedad, los hijos, las depresiones; es la necesidad de acaparar la atención.

Es tal la ferocidad y el odio paranoide o depresivo el de estas parejas -- que no es imaginable si no se ha presenciado.

3.- Aún tendríamos que citar otro grupo de conflictos conyugales que está basado en los problemas psiquiátricos de uno de los cónyuges o de los dos. Las neurosis, con su grupo de neurosis de angustia, fobias, neurosis obsesivas e histeria, pueden ser causa de conflicto. El otro grupo son las psicosis, los psicópatas y, en último lugar, los deficientes mentales o con inteligencia por abajo de la media. La inteligencia en la integración de la pareja es un factor determinante de su integración. No nos vamos a detener en describir estos cuadros, pero si diremos que crean más conflictos graves las neurosis y la psicopatías o las grandes diferencias de inteligencia entre los cónyuges, que cuando uno de ellos es psicótico o tiene un brote. Es fácil comprender que a un cónyuge con el otro psicótico, le es más fácil adaptarse y llegar a comprender y vivir con su psicosis, mientras que a un obsesivo, con la repetición de sus actos o un neurótico de angustia, que se siente seguro en su angustia y perfecto, o un histérico con sus reacciones inesperadas y compulsivas, no pueden crear en el otro cónyuge unos sentimientos de comprensión y ayuda sino todo lo contrario: una tensión y una angustia tal, que a veces no puede soportar su presencia.

DESERCION.- Suele ir unida a cualquiera de las situaciones anteriores, ya que puede servir para practicar más libremente el adulterio o como un elemento más de crueldad.

La deserción transitoria puede ser un alejamiento esporádico para aliviar o eliminar la tensión ya intolerable; es como una medida defensiva (los -- que se marchan al cine, un viaje provocado, con los amigos, etc.).

En las mujeres se da con frecuencia la deserción como una reacción de miedo y se marchan a casa de los padres. En recién casados es frecuente esta situación, encontrando ellas siempre muchas razones justificativas.

La huida después de una violenta discusión, de agresión o de amor propio herido es muy frecuente, manifestandose de una manera suave como encerrar se en una habitación durante horas o salir de la casa y volver horas o días después. En algunos casos con amenazas de suicidio, cada día más frecuente. Aunque bien pueden ser hechos muy calculados en la lucha dominio-sumisión.

Hoy es muy frecuente llegar a una separación temporal ante los conflictos repetidos y a una situación tan insufrible. Los primeros días los — dos llevan muy bien esta separación; se suceden las llamadas o las entre vistas por diversas razones; ver a los hijos, dinero etc. cada vez con — más frecuencia y más largas, llegando a tener escenas de ternura de las — que no eran capaces estando juntos. La razón es que no soportan el vacío y se necesitan el uno al otro.

FALTA DE PREPARACION.- La pareja formada por jóvenes de muy corta edad, — generalmente no está educada lo suficientemente como para aceptar todo — lo que el matrimonio es, supone, exige. Ni religiosa, ni moral, ni psi — cológica ni, en general, humanamente se le ha educado o la pareja lo — suficientemente para afrontar la responsabilidad del matrimonio.

Aún más, se da la impresión en frecuentes ocasiones que se ha pretendido infantilizar al chico y a la chica, ocultandosele toda la parte más im — portante de la verdad del matrimonio. Con el desconocimiento de esa ver — dad con que se afrontaba, y todavía se afronta el matrimonio, es imposi — ble que este sea consciente y estable. Más que personas adultas, se ca — san niños a perpetuidad, lo que no deja de ser una crueldad, una aberración y, por supuesto, una inmoralidad familiar, religiosa y social. (6)

LOS HIJOS EN EL DIVORCIO.

El tema del divorcio no se agota con plantear de manera adecuada lo que ha de constituir la gama de situaciones que han de plantear, atravesar y resolver - los componentes del matrimonio que llega a la necesidad de tal decisión. El divorcio tiene, por otra parte, incidencias sobre los hijos nacidos de esa -- pareja. Al afrontar el análisis de una situación tal, no hay más remedio que partir de situaciones reales que son, precisamente las que condicionan la aparición de unas u otras incidencias.

Ello obliga a matizar un primer punto: si hablamos de divorcio, en un contexto social concreto, hay que determinar si, de hecho, se puede llegar o no en ese contexto a un divorcio real y legal que haga salir a la pareja en conflicto de la situación emocional que viven. O si, por el contrario, la pareja y - los hijos nacidos de ella han de vivir durante largo tiempo en lo que se denomina " divorcio emocional" por no tener otra salida. El planteamiento es - diverso, porque diversas son las premisas de que se parte y las consecuencias a que lleva su desarrollo lógico.

Todos los estudiosos de la repercusión que tiene el divorcio sobre los hijos - están conformes en admitir que es más conflictivo y traumático el período - - de gestación del divorcio que el de la decisión consumada de una separación - definitiva.

El hijo lo primero que va a sentir amenazado es el "sentimiento de protección" y pertenencia a un grupo" que percibía , o al menos necesitaba o deseaba, como algo coherente, unido y fuerte. Aunque sea cierto el divorcio no es un suceso, sino un proceso, el hijo no tiene una clara percepción de lo que está aproximándose. A pesar de lo que sucede a su alrededor y de lo que capta, el - yo piensa que aquello no va a acarrearle males. Pero llegado un momento concreto - tal vez difuso y difícil de precisar en su cronología- el hijo sabe - que pierde algo. O mejor aún, siente que va a perder un apoyo y un respaldo.

(7)

Un sentimiento internamente vinculado al anterior es el nuevo estado de --- " carencia afectiva " que vive el hijo al empezar a sentirse sin protección. La repercusión sobre los niveles afectivos es más fuerte que en situaciones normales. Los conflictos de los padres desencadenan un conjunto de tensiones en las que cada cual trata de encontrar las propias compensaciones. Las limitaciones en la capacidad de dar seguridad al hijo por parte de los padres es evidente.

Una derivación inevitable de este hecho es que el modo de percibir tales -- carencias afectivas depende de otras variables que están condicionadas por características más concretas. El término carencia afectiva es de uso frecuente en el análisis de la conducta humana. Pero aquí adquiere una dimensión especial: las carencias del hijo del divorcio son situaciones de déficit en el intercambio de afectos, no porque no existan los padres - como en el caso de huérfanos de uno u otro cónyuge- sino porque los padres no están en condiciones de dar a los hijos lo que necesitan en el plano emocional -- y afectivo. La raíz de estas carencias no las capta el hijo.

De las observaciones de los estudiosos de la situación de los hijos del divorcio podemos decir:

1.- Las repercusiones del divorcio sobre la vida emocional del hijo dependen del grado de conciencia del mismo ante el divorcio, de la edad del hijo y - de algunos factores no especificados del sexo, pero que afectan a los procesos normales del desarrollo psíquico y emocional.

2.- Los daños del divorcio emocional dependen de la duración del proceso que lleva a la conclusión de la oportunidad de una ruptura definitiva, A mayor - duración del proceso, mayor número de conflictos, traumas y repercusiones -- sobre el hijo.

3.- Una solución buscada conscientemente y aceptada como decisión suficientemente motivada produce alivio en los hijos y no trauma.

4.- El drama del divorcio, desde un punto de vista psicológico, está en la -- atmósfera de lucha que se crea en los trámites legales de la conclusión, don

de se manejan factores hondamente neurotizantes (culpa, rechazos, creación de vínculos de pena, ansiedad, castigo, protección del más débil, etc.)

5.- La situación emocional creada por estos elementos morbosamente -aunque inconscientemente - manejados, es "vejatoria y dramática", así como la falta de armonía y la enrarecida situación previa que ha de soportar el hijo.

6.- El divorcio emocional no resuelto por una legalidad que haga lo menos -- durable posible el clima descrito en lo anteriormente expuesto, daña más -- hondamente que la aceptación por parte del hijo de una situación permanente y estable donde la dinámica de las relaciones familiares mínimas se restructura con un nuevo tipo de vida en el que no estén presentes las tensiones - cristalizadas.

7.- Parece más sana la adaptación en una nueva familia que en los hogares - desechos o conflictivos, aunque sea en efecto, menor que la que se da en -- los hogares intactos. (8)

EL DIVORCIO EN RELACIÓN CON EL NUCLEO SOCIAL QUE LO RODEA.

Durante los años del casamiento, las relaciones con la demás gente se basaban siempre en la aceptación de que la pareja esta casada. A pesar de no -- ser evidente esta situación influye en la cualidad y la naturaleza de las - relaciones con los demás, los que suponen que el matrimonio perdurara, por lo tanto cuando se les informa que se ha decidido llevar a cabo el divorcio la gente parece a menudo impactada por la noticia y generalmente no saben - que decir. Informar a los demás puede no resultar demasiado agradable, pero es un proceso necesario, y si es llevado a cabo apropiadamente, se restará importancia a los problemas futuros.

(8) RIOS GONZALEZ JOSE ANTONIO . Op. Cit. Pags. 136,137, 138,149 y 150.

Resulta de mucha ayuda simplificar lo más posible las noticias que vayan a proporcionarse a los demás a cerca de la decisión , pues muchos de los agentes se sentirán incómodos al dar una respuesta. La cantidad de información que se ofrezca, sin embargo es una cuestión absolutamente personal.

La razón más valedera para informar a los demás del nuevo estado, es ayudar los a adaptarse a él, de forma tal que la relación con ellos continúe siendo significativa y provechosa para ambas partes.

Por muy tentador que sea, hay que tratar de no arrastrar a los amigos y parientes a la molesta situación de estar de acuerdo con la versión de uno de los divorciados , porque algunas parejas encaran el divorcio como si estuvieran conduciendo una encuesta de popularidad y la firmeza a credibilidad de cada divorciado se apoyará en el número total de personas que pueden -- conquistar para su propio bando.

Especialmente los hijos son colocados en una situación extremadamente difícil cuando ven que los amigos y parientes de la familia se han alineado -- como aliados de uno de los padres y enemigos del otro. Frecuentemente resulta difícil para los amigos mutuos de un matrimonio relacionarse con ellos -- cuando estan pasando por un proceso de divorcio. Pueden sentirse atraídos -- por una u otra dirección y a veces encontrar imposible seguir tratando a -- ambos conyuges. Quizá se inclinen por continuar viendo a uno de ellos y dejar al otro y algunas veces encuentran incluso más facil no tratar a nin--guno de los dos. (9)

Por extraño que pueda parecer, aquellos más dispuestos a acercarse con sus consejos son los amigos que a su vez tienen sus propias desaveniencias matrimoniales, o están conscientes de las debilidades de su situación marital. -- Esta gente puede estar tratando de resolver sus propios problemas diciendole a los divorciados lo que en realidad deberían estar diciendose a sí mismos. Generalmente hablan como expertos, con gran autoridad y la pareja en proceso

(9) SALK LEE. EL DIVORCIO (Lo que los hijos querrian que los padres su--pieran) EMBCE EDITORES , BUENOS AIRES ARGENTINA 1979 Traducido por Roberto-Rosaspini Pags. 119, 120, 121,123.

de divorcio puede caer facilmente presa de esta gente que parece interesarse piadosamente por estos problemas graves; pero cuyas reacciones y consejos -- son realmente destructivos.

Generalmente, si uno de los esposos ha sido la fuente principal del soporte económico, con toda probabilidad esa persona deba mantener despues dos hogares, con la misma entrada de dinero con que antes habia sostenido uno solo. -- La única alternativa posible es dedicar más tiempo al trabajo, a fin de -- obtener mayores ingresos. A pesar de que un horario de trabajo más prolongado pueda solucionar, o al menos aliviar la pesada carga económica, es obvio que lo hace a costa del tiempo disponible para otros propositos. No escapa a la realidad de los hechos que los asuntos financieros juegan un papel importante en el proceso de divorcio y su resultado. Para decidir en forma -- directa, mucha gente no dispone de los medios económicos suficientes para -- mantener dos hogares en la misma forma en que ambos estaban acostumbrados. -- En esta circunstancia, el divorcio requiere cambios aún mayores en el estilo de vida y esto resulta difícil.

Los amigos que los cónyuges han tenido durante la vida de casados frecuentemente se apartan a causa del cambio de estilo de vida de los divorciados. -- Cuando una persona que vuelve a vivir sola, puede encontrar problemas para -- adaptarse a permanecer sola en las reuniones de sus amigos, pueden tropezar con cierta hostilidad; estas relaciones ocasionales no eran parte de las amistades pasadas y puede existir cierto resentimiento contra ellas. También se puede descubrir que los amigos invariablemente enjuicien a los nuevos -- acompañantes de los divorciados, lo que incrementa más la presión sobre los divorciantes.

En general, las personas divorciadas encuentran más fácil reunirse con gente de sus mismas condiciones, ya que existe entre ellos una mayor comprensión -- de los problemas y responsabilidades involucradas en este nuevo estilo de -- vida. (10)

SU PROBLEMÁTICA CONFLICTUAL INTERNACIONAL.

El divorcio internacional ofrece, como destaca la doctrina, la imagen de un microcosmos del Derecho internacional privado, planteandose los problemas - con toda nitidez: elección entre la ley nacional y la domiciliar, condición de la ley extranjera, calificación, reenvío, orden público, fraude a la Ley, conflictos móviles, competencia judicial y reconocimiento de sentencias extranjeras. Las cuestiones que plantea el divorcio en los diferentes países son dispares. Para algunos de trata de cuestiones de fondo: ¿ Que derecho determina las causas y efectos? ¿ Que restricciones puede plantear el orden público?. Mientras que para otros basta con responder a esta interrogante ¿ tiene el tribunal propio competencia para dictar el divorcio y regular sus efectos ?

Hay que destacar algunos rasgos comunes, como son que los códigos civiles - no contienen más que una reglamentación fragmentaria del derecho internacional privado, lo que desplaza la fuente fundamental a la jurisprudencia, - y por otra parte, que las reglas de derecho internacional privado están en plena evolución, porque la institución del divorcio no ha recrudescido sus - problemas hasta fechas relativamente próximas.

Son presupuestos fácticos determinantes, el que los matrimonios mixtos se multiplican cada día y en consecuencia también se multiplican los riesgos - de discordia en base a las diferentes nacionalidades de los esposos, a su diferente cultura y a las pasiones que derivan de los sentimientos nacionales, religiosos y morales, agravado si cabe por la rapidez de los intercambios internacionales y el crecimiento de las migraciones. Consecuencia inmediata y directa de estos presupuestos fácticos es, cuanto al fondo, la consecuencia jurídica de poder encuadrar a todas las legislaciones en dos grandes grupos, divorcistas y antidivorcistas; y en cuanto al derecho internacional privado, ir a la búsqueda más o menos dolorosa del punto de conexión que debe adoptarse, porque cuando una situación concreta está ligada a varias legislaciones, se plantea siempre el problema de saber que legislación debe aplicarse o se deben aplicar varias a la vez. El punto de conexión suele estimarse como expresión de la más íntima relación de cada situación -

con una cierta legislación.

Desde mediados del siglo pasado existen dos grandes principios de conexión: la nacionalidad y el domicilio. La mayoría de los Estados Continentales -- Europeos han adoptado el principio de la nacionalidad, mientras que el -- mundo anglosajón sigue fiel al principio más antiguo del domicilio, que revela cierta tendencia a transformarse en residencia habitual.

Para los que consideran la disolución del matrimonio como un asunto privado, poco importa saber donde ha tenido lugar la disolución, se acepta la realidad del hecho sin necesidad de comprobar que el tribunal sea competente y -- las causas bastantes. En este orden de ideas el divorcio es un hecho cuya existencia está fuera de discusión, se le reconoce como hecho.

Pero frente a este criterio otros países exigen cierta vigilancia del divorcio, lo que plantea, frente a otros, el problema de saber si la vigilancia es bastante y la competencia correcta.

La combinación entre los dos sistemas es delicada. Si el matrimonio ha sido disuelto en un país liberal, los más conservadores no querrán reconocer el divorcio, porque es difícil que abandonen el principio de la protección del vínculo conyugal. Esta actitud conduce inexorablemente a la figura del divorcio claudicante, que existe en un país y no tiene efecto en otro, con las consiguientes complicaciones para los interesados y para la mujer que -- debe ser protegida.

Los problemas de derecho internacional privado se plantean en momentos ---- fundamentales que se tratan de profundizar a continuación.

No hay problema procesal internacional cuando dos esposos de la nacionalidad de foro comparecen ante el Juez pidiendo el divorcio. El problema surge cuando, el divorcio que se intenta aparece conectado con algún elemento extranjero. La ley del lugar en que el divorcio se pide puede permitirlo, bien sea como un acto privado, bien poniendo a disposición de los extranjeros una autoridad judicial o administrativa que decida sobre el divorcio. (11)

En los países que se inclinan por la conexión domiciliar suele ser normal el sistema autónomo, bastando que determinada persona tenga su domicilio en -- cierto país. En este caso la cuestión más importante es saber cuáles con las condiciones que deben cumplirse para establecer su domicilio, lo que difiere de unos a otros estados.

El principio de respeto a la ley nacional de los esposos consiste en no admitir el divorcio de extranjeros cuya ley personal no lo consiente: sólo se admite a condición de que tal país reconozca el divorcio. La expresión más lógica de este principio es acudir a las dos leyes nacionales de los esposos, admitiendo el divorcio solo cuando ambas leyes lo reconozcan.

Determinada la competencia jurisdiccional, el Juez debe aplicar al fondo del divorcio, a sus causas y a su interpretación, una ley. ¿Cuál será la Ley -- aplicable?. El tribunal que se considera competente para divorciar a extranjeros sin ninguna referencia a su ley nacional, aplica su propia ley o al -- menos sus propias normas conflictuales. En este sistema, la elección de la -- Ley aplicable se hace exclusivamente de conformidad con las disposiciones de la Ley del foro.

La tendencia a seguir la ley nacional de los esposos conduce con frecuencia a la aplicación de esta ley. En caso de diferencia entre las leyes nacionales de los esposos, la aplicación simultánea de ambas suele implicar graves -- dificultades. En algún tiempo se daba preferencia a la ley nacional del marido, por considerar que en general era también la de la mujer; pero ahora este razonamiento no es del todo justo, al conservar la mujer, su propia nacionalidad, lo que hace que sí deben respetarse ambas leyes, que a veces son contradictorias, el divorcio se hace casi imposible. La doctrina para salir de este dilema se ha inclinado a veces por aplicar las disposiciones compatibles de ambas leyes (doctrina del derecho más débil). Pero esta solución es más aparente que real, porque, aunque da satisfacción a las dos leyes, sacrifica el principio de derecho internacional privado de elección de una sola verdad deramente existente. En el dominio de la ley aplicable, los matrimonios claudicantes dan lugar a graves inconvenientes porque permiten matrimonios válidos o inválidos según las legislaciones.

Dictada la sentencia de divorcio ¿ Que efectos producirá fuera del estado en que se ha obtenido? La interrogante responde al valor de las sentencias extran-
jeras.

Los sistemas seguidos por las diferentes legislaciones se distinguen claramente. Nos encontramos ante la gran distinción entre aquellos sistemas que consi-
deran la disolución del vínculo matrimonial como un asunto más o menos priva-
do y aquellos otros que protegen decididamente el vínculo conyugal.

Aquellos países que admiten el divorcio sin examinar las causas, sin o con una
decisión que da eficacia a la voluntad de divorciarse emanada de los esposos -
reconocen, como es lógico, los divorcios obtenidos en otro país por cualquier-
procedimiento, sea privado o de autoridad. El problema del reconocimiento se
plantea más bien en aquellos países que pretenden proteger el vínculo conyugal
determina la severidad de este exámen y las condiciones exigidas para su cum-
plimiento. Para estos países es difícil tomar posición en cuanto a los divor-
cios privados, ya que si, según ellos, el divorcio debe ser consecuencia de un
procedimiento judicial destinado a verificar la existencia de determinadas --
causas, será casi imposible reconocer un divorcio extranjero obtenido sin di-
chas condiciones. Descendiendo al detalle encontramos soluciones muy dife-
rentes, sobre todo en base a una distinción muy comprensible entre el recono-
cimiento del divorcio extranjero relativo a sus propios nacionales o a nacio-
nales de terceros países. La mayoría de legislaciones se inclinan por exami-
nar, más o menos, las sentencias extranjeras antes de reconocerlas; cuyo exá-
men se hace de diferentes maneras y por las autoridades más variadas.

Por supuesto que los países antidivorcistas no tienen ley aplicable. porque el
divorcio es una institución desconocida para los mismos, lo cual recrudece los
problemas del orden público y del reconocimiento de las sentencias extranjeras
en que se ha dictado el divorcio, sean o no nacionales los sujetos intervenien-
tes.

De lo anterior y de la inmensa diversidad legislativa, hay que extraer una con-
clusión: los problemas en el divorcio se agravarán cada día más si no buscamos
soluciones armónicas. Hay alguno sociológicamente uniforme: en todos los paí-
ses el progresivo vértigo vital recrudece los problemas internos de los matri-
monios desunidos y rotos, y conectando este recrudecimiento a todos aquellos -

casos en que existe conexión con el elemento extranjero, la problemática se agrava porque hay que buscar soluciones internacionales. Todos los países - deben ser conscientes de la realidad social, aprestándose a buscar aquellas - soluciones armónicas que nos permitan vivir una mejor sociedad universal.

(12)

CAPITULO QUINTO.

CONCLUSION.

1.- Históricamente, el matrimonio y el divorcio siempre han estado presentes en la vida jurídica de la humanidad.

2.- Al principio, se les relacionaba completamente con los ideales religiosos que predominaban en cada época y en Roma en especial, donde el matrimonio estaba regulado de una manera muy solemne y el divorcio solo se producía al morir uno de los cónyuges o al perder uno de ellos su capacidad legal, la cual tenía mucha importancia en aquella época.

3.- El Derecho Canónico considera al matrimonio como un sacramento indisoluble, salvo en dos casos muy especiales:

- a).- Cuando de dos infieles uno se convierte a la fé católica y el otro no.
- b).- Cuando uno de los cónyuges abraza la vida religiosa y no se ha consumado el matrimonio.

4.- En México el divorcio estuvo ligado a conceptos religiosos durante muchos años y se consideraba que no dejaba en libertad a los divorciantes para contraer nuevas nupcias hasta que la Ley sobre Relaciones Familiares del 9 de abril de 1917 estableció que si se podía contraer nuevo matrimonio.

5.- El matrimonio desde el punto de vista puramente civil se define como un contrato solemne, en virtud del cual un hombre y una mujer se unen válidamente para el mutuo auxilio, la procreación y la educación de la prole, de acuerdo con las leyes.

6.- El matrimonio requiere de dos tipos de elementos para su existencia: los primeros son los esenciales constituidos por la voluntad de los consortes y el objeto específico de la institución tales como la ayuda mutua, la educación de los hijos etc.; Los segundos son la capacidad, la ausencia de vicios en el consentimiento, la observancia de las formalidades legales y la licitud en el objeto, motivo, fin y condición del acto.

7.- La falta de elementos esenciales o de los requisitos de validez del matrimonio, impide que pueda celebrarse válidamente.

8.- El matrimonio surte efectos entre los consortes: en relación con sus hijos; en relación con los bienes de ambos y en relación con los derechos y - - obligaciones que surgen entre ellos.

9.- El divorcio es la disolución del matrimonio en vida de los cónyuges, por una causa posterior a su celebración y que deja a los mismos consortes en aptitud de contraer nuevo matrimonio.

10.- Las características de la acción de divorcio son: es una acción sujeta a caducidad; es personalísima; se extingue por reconciliación o perdon; es susceptible de renuncia o desistimiento y se extingue por la muerte de cualquiera de los cónyuges, bien antes de ser ejercitada o durante el juicio.

11.- Hay dos tipos de efectos en el divorcio: los llamados provisionales, que son los que se realizan durante la tramitación del juicio y los efectos definitivos, que se dan una vez ejecutoriada la sentencia que pone fin al vínculo matrimonial. Ambos tipos de efectos tienen relación con el patrimonio, los hijos y los deberes y derechos de los cónyuges divorciantes.

12.- El divorcio en sí no es un bien, sino sólo el remedio a un mal y en consecuencia se justifica plenamente su existencia como elemento de ayuda a resolver situaciones conflictivas generadas dentro del matrimonio.

13.- El divorcio es necesario en nuestra sociedad, puesto que sin él no se -- podrían encontrar soluciones a la ruptura familiar que pudiera existir en el matrimonio. Es preferible en todo caso una separación, con todas sus consecuencias legales de protección a los hijos y a los bienes, que dejar existen te una situación que a la larga perjudicaría enormemente tanto a la pareja -- como a los hijos si los hubiera.

F U E N T E S

LEY DEL REGISTRO CIVIL DEL 27 DE ENERO DE 1857.

LEYES DE REFORMA.

CODIGO CIVIL DEL IMPERIO MEXICANO

CODIGO CIVIL DE 1870.

CODIGO CIVIL DE 1884.

LEY SOBRE RELACIONES FAMILIARES DEL 9 DE ABRIL DE 1917.

CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL VIGENTE.

CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL VIGENTE.

JURISPRUDENCIA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACION.

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

ARANA, JOSE.- SIMO SANTOJA, VICENTE.- VELA, LUIS.- MONTOYA TRIVIÑA, BALDOMERO.- GARRE, FACUNDO.- ARADILLAS, ANTONIO.- RIOS GONZALEZ JOSE A. .- PEREZ - SERRANO, MABEL y ZARRALUQUI, LUIS.

EL DIVORCIO PROBLEMA HUMANO. Editorial Karpos, S.A. Madrid España. 1976.

BONFANTE PEDRO.

INSTITUCIONES DE DERECHO ROMANO. Instituto Editorial Reus. Madrid, España -- 1959. Traducido por Luis Bacci y Andrés Larrosa. 2a. edición.

DE IBARROLA, ANTONIO.

DERECHO DE FAMILIA. Editorial Porrúa, Tercera edición. México 1984.

DE PINA, RAFAEL.

ELEMENTOS DE DERECHO CIVIL MEXICANO. Introducción, Personas y Bienes. Volumen I. Editorial Porrúa 1978. Novena Edición.

ESCRICHE, JOAQUIN.

DICCIONARIO RAZONADO DE LEGISLACION Y JURISPRUDENCIA. Editora e Impresora -- Norbajacaliforniana. Ensenada Baja California, 1974. 2a. Edición.

GALINDO GARFAS, IGNACIO.

DERECHO CIVIL. Primer Curso. Parte General. Personas. Familia. Editorial Porrúa México 1980. Cuarta Edición.

LEMUS GARCIA, RAUL .

DERECHO ROMANO. Personas, Bienes, Sucesiones. Editorial Lúmsa. México, D.F.,- 1964.

MAGALLON IBARRA, JORGE MARIO.

EL MATRIMONIO. Sacramento-Contrato-Institución. Tipográfica Editora Mexicana S.A. México, D.F. 1965.

MUÑOZ, LUIS.

DERECHO CIVIL MEXICANO. Tomo I. Ediciones Modelo. México, D.F. 1971.

DUBLAN MANUEL Y LOZANO JOSE MARIA.

LEGISLACION MEXICANA, Colección completa de las Disposiciones Legislativas - Expedidas desde la Independencia de la República. Edición Oficial Tomo VIII. Imprenta del Comercio de Dublan y Chávez. México, 1877

ROJINA VILLEGAS, RAFAEL

COMPENDIO DE DERECHO CIVIL . Introducción-Personas-Familia. Editorial Libros de México. 3a. Edición. México, D.F. 1967.

ROJINA VILLEGAS, RAFAEL.

DERECHO CIVIL MEXICANO. Tomo Segundo. Derecho de Familia, Volumen II. Antigua Librería Robredo. México, D.F. 1971.

SALK, LEE.

EL DIVORCIO. Traducido por Roberto Rosaspini. Emecé Editores, S.A. Buenos Aires, Argentina. 1979.