



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO
FACULTAD DE DERECHO
Seminario de Derecho Civil

LA DISOLUCION DEL MATRIMONIO POR DIVORCIO

T E S I S

que para optar al título de
LICENCIADO EN DERECHO

presenta

JACINTO DUARTE DE LA VARA

MEXICO, D. F.,

1974



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



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 esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

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

A mis padres:

LUCILA DE LA VARA DE DUARTE y
JESUS DUARTE PELAEZ

Como homenaje a la solicitud que me prodigaron y sacrificios hechos buscando el mejor destino a mi vida: ¡UNA OFRENDA TARDIA POR SUS ILUSIONES!

A mi hermana:

KYRA HAYDEE DUARTE DE GAXIOLA

Con la expresión más pura de mi amor fraterno.

A mi maestro:

DR. RAUL ORTIZ - URQUIDI

Por el inmerecido sostén, afecto y enseñanzas que me ha brindado, impeliendo mi formación para que sea un hombre verídico.

Quiero con estas líneas, antes de iniciar mi labor en esta tesis, que significa la culminación de mis estudios profesionales, expresar mi más sincero testimonio de agradecimiento a ese gran abogado, hombre probo, luchador incansable por las causas campesinas, quien en una etapa infausta de mi vida, sin conocerme casi, me concedió todo el apoyo tanto moral como profesional y económico sin esperar más recompensa que la íntima y secreta convicción de haber actuado a lo Hombre-Hombre, como diría José Enrique Rodó, y por lo cual abraza la más hermosa de las profesiones: ¡la de ser Hombre! MI CARO AMIGO: OSCAR FIGUEROA FELIX.

México, D. F., Invierno de 1973.

Jacinto Duarte de la Vara.

"La sociedad ha querido ser fecunda, substituyendo por sentimientos duraderos la locura fugitiva de la naturaleza, ha creado la cosa humana más grande: la familia, base eterna de las sociedades."

HONORATO DE BALZAC.

"Si el matrimonio fundado en el amor es el único moral, sólo puede ser moral el matrimonio donde el amor persiste."

FEDERICO ENGELS.

"El divorcio no es sino el reconocimiento del hecho de que un matrimonio ha muerto y de que, por tanto, su existencia no es sino una apariencia y un engaño... la disolución legal del matrimonio no es más que la formalización de su disolución interior."

CARLOS MARX.

CAPITULO PRIMERO

ASPECTO HISTORICO SOCIOLOGICO DEL MATRIMONIO

1.—ANTECEDENTE HISTORICO SOCIOLOGICO DEL HOMBRE.

2.—ORIGEN DE LA FAMILIA.

3.—EVOLUCION SOCIOLOGICA.

I.—Promiscuidad primitiva.

II.—Matrimonio por grupos.

III.—Matrimonio por raptó.

IV.—Matrimonio por compra.

V.—Matrimonio consensual.

VI.—Matrimonio como sacramento.

VII.—Matrimonio civil solemne.

4.—DESARROLLO HISTORICO.

I.—La India.

II.—Hebreos.

III.—Egipto.

IV.—Grecia.

1.—ANTECEDENTE HISTORICO SOCIOLOGICO DEL HOMBRE

Hace varios milenios, —dice Federico Engels— probablemente a finales del período terciario, vivía en algún lugar de la zona tropical —quizás en un continente hoy desaparecido en las profundidades del Océano Indico— una raza extraordinariamente desarrollada de monos antropomorfos. Carlos Darwin nos ha dado una descripción aproximada de estos seres: estaban totalmente cubiertos de pelo, tenían barba, orejas puntiagudas, vivían en los árboles y formaban manadas. Que en virtud de su género de vida, en que las manos, al trepar, tenían que desempeñar funciones distintas a las de los pies, estos monos se fueron acostumbrando a prescindir de ellas al caminar por el suelo y empezaron a adoptar la posición erecta, paso decisivo para el tránsito del mono al hombre. No obstante que el número y la disposición general de los huesos y de los músculos son los mismos en el mono y en el hombre, la mano del salvaje más primitivo es capaz de ejecutar centenares de operaciones imposibles de ser realizadas por la mano de ningún mono. Ello demuestra que las operaciones para las que nuestros antepasados fueron adaptado poco a poco sus manos durante el período de transición del mono al hombre, no pudieron ser, en un principio, más que operaciones sumamente sencillas. Que antes de que el primer trozo de sílex hubiese sido convertido en cuchillo por la mano del hombre, debió de haber pasado un período de tiempo tan largo que, si hiciéramos la comparación, el período histórico referido al principio resultaría insignificante (1).

Si, como ya hemos dicho, nuestros antepasados eran animales que

1.—Marx Carlos y Engels Federico, "El papel del trabajo en la transformación del mono en hombre", Obras Escogidas, T. II, pp. 74 y 75, Editorial Progreso Moscú, 1971.

vivían en manadas; evidentemente, no es posible buscar el origen del hombre, el más sociable de los animales, en unos antepasados inmediatos que no fueran gregarios. Con cada nuevo progreso, el dominio sobre la naturaleza, que comenzara por el desarrollo de la mano gracias al trabajo, iba ampliando los horizontes del hombre, haciéndole descubrir constantemente en los objetos nuevas propiedades hasta entonces desconocidas. Por otra parte, el desarrollo del trabajo, al multiplicar los casos de ayuda mutua y de actividad conjunta, y al mostrar así las ventajas de dicha actividad conjunta para cada individuo, tenía que contribuir forzosamente a agrupar aún más a los miembros de la sociedad. En resumen, los hombres en formación llegaron a un punto en que tuvieron necesidad de decirse algo los unos a los otros. La necesidad creó el órgano: la laringe poco desarrollada del mono se fue transformando, lenta pero firmemente, mediante modulaciones que producían otras cada vez más perfectas, mientras los órganos de la boca aprendían poco a poco a pronunciar un sonido articulado tras otro. Es así como, primero el trabajo y después junto con él la palabra articulada, fueron los dos estímulos bajo cuya influencia el cerebro del mono se fue transformando en forma gradual en cerebro humano, que a pesar de toda su similitud, lo supera considerablemente en tamaño y en perfección. A medida que se desarrollaba el cerebro, desarrollábanse también los órganos de los sentidos, que son sus instrumentos más inmediatos. De la misma forma que el desarrollo gradual del lenguaje va necesariamente acompañado del correspondiente perfeccionamiento del órgano del oído, así también el desarrollo general del cerebro va ligado al perfeccionamiento de todos los órganos de los sentidos. El sentido del tacto, que el mono posee a duras penas en la forma más primitiva y tosca, se ha ido desarrollando únicamente con el desarrollo de la propia mano del hombre, a través del trabajo (2).

Por su parte, Henry Lewis Morgan (3), que fue el primero que con conocimiento de causa trató de introducir un orden preciso en la prehistoria de la humanidad, nos dice que en la infancia del género humano, los hombres permanecían aún en los bosques tropicales o subtropicales y vivían, por lo menos parcialmente, en los árboles; esta es la única

2.—IBIDEM, p. 78.

3.—"La sociedad antigua". Citado por Federico Engels, "El origen de la Familia, la Propiedad Privada y el Estado", p. 19, Editorial Progreso, Moscú, 1970.

explicación de que pudieran continuar existiendo entre grandes fieras salvajes; los frutos, las nueces y las raíces servían de alimento; el principal progreso de esta época es la formación del lenguaje articulado. Ninguno de los pueblos conocidos en el período histórico se encontraba ya en tal estado primitivo. Y aunque este período duró, probablemente, muchos milenios, no podemos demostrar su existencia basándonos en testimonios directos; pero sí admitimos que el hombre procede del reino animal, debemos aceptar, necesariamente, ese estado transitorio.

Los fundamentos de la prehistoria, que nos hacen suponer sin lugar a dudas, que el hombre procede del reino animal, nos los señala Antonio Caso (4), al expresar: Eugenio Dubois descubrió en Trinil, Isla de Java, en el año de 1890, los restos del más antiguo de los hombres fósiles, el "Pitecántropo erecto" que comprende el período intermedio entre las épocas terciaria y cuaternaria. El descubrimiento consistió en el casquete de un cráneo que presenta, a la vez, caracteres simiescos y humanos, algunos dientes y un fémur. El fémur es ya casi humano y sugiere la posición vertical de su dueño. Lo característico de la anatomía del Pitecántropo es la oposición de los caracteres morfológicos, oposición que se halla también en otros tipos humanos arcaicos.

En 1908, Mauer descubrió la mandíbula inferior del llamado "Hombre de Heidelberg", que corresponde probablemente al principio del pleistoceno medio. Distingúese, si se ha de juzgar por el maxilar, por su gran talla y su ausencia de mentón; pero si la corpulencia y la ausencia de mentón acercan "al hombre de Heidelberg" a los simios, los dientes revisten caracteres propiamente humanos.

Woodward hizo conocer, el 18 de diciembre de 1912, con el nombre de Eóanthropus, restos de un esqueleto humano hallado en Piltdown, en el sureste de Inglaterra. Los restos consisten en un cráneo y el fragmento de una mandíbula inferior, pareciendo ésta de chimpancé y el cráneo es netamente humano. Otra vez más, atestiguase la confluencia de caracteres humanos y simiescos en el espécimen de Piltdown.

En el año de 1856 se descubrió cerca de Dusseldorf, el cráneo del "hombre de Neanderthal". Este cráneo, ofrece una perfecta transición entre el del pitecántropo y los del hombre del fin del período cuaternario. Es muy alargado, muy dolicocefalo y su parte posterior se halla mucho más desarrollada que la anterior; la frente es, todavía, estrecha y huylene, no presentando protuberancias frontales.

4.—"Sociología", p. 20, Editorial Polis, México, 1940.

Al finalizar, dice Antonio Caso, el período pleitoceno o cuaternario, la humanidad había definídose ya en los cuatro tipos fundamentales: australoides, negroides, caucásicos, y mongoloides. Los primeros en Australia, los segundos en Africa, los terceros en Europa y los últimos en Asia.

2.—ORIGEN DE LA FAMILIA.

Respecto del origen de la familia y en consecuencia del matrimonio, nos dice Federico Engels (5) que hasta el año de 1860 ni siquiera se podía pensar en una historia de la familia. Las ciencias históricas se hallaban, en este aspecto, bajo la influencia de los cinco libros de Moisés. La forma patriarcal de la familia pintada en esos cinco libros con mayor detalle que en ninguna otra parte, no sólo era admitida sin reservas como la más antigua, sino que se la identificaba con la familia burguesa de nuestros días, de modo que parecía como si la familia no hubiera tenido ningún desarrollo histórico; a lo sumo se admitía que en los tiempos primitivos podía haber habido un período de promiscuidad sexual.

El estudio de la historia de la familia, continúa el autor, comienza en el año de 1861 con el "derecho materno" de Jakob Johann Bachofen. Este formula allí las siguientes tesis: a) primitivamente los seres humanos vivieron en promiscuidad sexual; b) tales relaciones excluyen toda posibilidad de establecer con certeza la paternidad, por lo que la filiación sólo podía contarse por línea femenina, según el derecho materno; ésto se dio entre todos los pueblos antiguos; c) a consecuencia de este hecho: las mujeres, como madres, como únicos progenitores conocidos de la joven generación, gozaban de un gran aprecio y respeto, que llegaba, según Bachofen, hasta el dominio femenino absoluto o ginecocracia; d) el paso a la monogamia, en la que la mujer pertenece a un solo hombre, encerraba la transgresión de una antiquísima ley religiosa (es decir, del derecho inmemorial que los demás hombres tenían sobre aquella mujer), transgresión que debía ser castigada o cuya tolerancia se resarcía con la posesión de la mujer por otros, durante determinado período.

Lo afirmado por Bachofen ha abierto una nueva senda en el estudio de la familia en virtud a que fue el primero en sustituir las frases acerca de aquel estadio primitivo con promiscuidad sexual, por la demostra-

5.—"El origen de la familia; la propiedad privada y el estado", p. 7.

ción de que en la literatura clásica griega hay muchas huellas de que entre los griegos y entre los pueblos asiáticos existió antes de la monogamia, un estado social en el que no solamente el hombre mantenía relaciones sexuales con varias mujeres, sino que también la mujer mantenía relaciones sexuales con varios hombres, sin faltar por ello a los hábitos establecidos. Estos principios fueron demostrados por Bachofen, y ello, en 1861, fue toda una revolución.

En el año de 1877 aparece el trabajo fundamental de Henry Lewis Morgan (6), "la sociedad antigua". En esta obra, Morgan afirma que la endogamia y la exogamia no forman ninguna antítesis, pues la existencia de tribus exógamas no está demostrada hasta ahora en ninguna parte. Pero, en la época en que aún dominaba el matrimonio por grupos —que, según toda verosimilitud, ha existido en tiempos en todas partes—, la tribu se escindió en cierto número de grupos, de gens consanguíneos por línea materna, en el seno de las cuales estaba prohibido el matrimonio, de tal forma que los hombres de una gens, si bien es cierto que podían tomar mujeres en la tribu, también es cierto que se veían obligados a tomarlas fuera de su propia gens. De este modo, si la gens era estrictamente exógama, la tribu que comprendía la totalidad de las gens era endógama en la misma medida.

El descubrimiento por Morgan de la primitiva gens de derecho materno, como etapa anterior a la gens de derecho paterno de los pueblos civilizados —afirma Engels—, tiene para la historia primitiva la misma importancia que la teoría de la evolución de Darwin para la biología, y que la teoría de la plusvalía enunciada por Carlos Marx, para la economía política. Este descubrimiento permitió a Morgan bosquejar por vez primera una historia de la familia, donde, por lo menos en líneas generales, quedaron asentados previamente, los estadios clásicos de la evolución.

3.—EVOLUCION SOCIOLOGICA (7)

I.—PROMISCUIDAD PRIMITIVA.

Antonio Caso (8) escribe que, según los estudios más fundados

6.—Citado por Federico Engels, ob. cit. pág. 15.

7.—En esta parte de nuestra exposición sintetizamos las ideas expuestas por los Dres. Raúl Ortiz Urquidí y Rafael Rojilla Villegas. "Matrimonio por comportamiento" y "Derecho Civil Mexicano", T. II. Vol. I, respectivamente.

8.—"Sociología", pág. 201.

de los sociólogos, la forma más rudimentaria de la organización social de la familia en las primeras comunidades del hombre lo fue la promiscuidad primitiva, y en donde siendo prácticamente imposible determinar la paternidad, la organización se estableció en un sistema matriarcal, esto es, en relación exclusiva con la madre, siendo esto, por tanto, el origen del matrimonio. El Dr. Ortiz-Urquidi nos dice "sin embargo algunos sociólogos consideran que la referida promiscuidad era solamente relativa, puesto que el hombre, por ciertos instintos y sentimientos naturales, debió haber permanecido con la mujer por lo menos hasta el nacimiento o hasta el destete del hijo. Naturalmente que ésta es una mera hipótesis que no ha logrado una comprobación efectiva".

II.—MATRIMONIO POR GRUPOS.

Esta forma de organización social de la familia tuvo como base el totemismo, pues los miembros de una tribu se consideraban entre sí como hermanos, pensando que descendían de un tronco común, que era el totem, y por lo tanto, pensaban que no era posible casarse con las mujeres del mismo clan, surgiendo de esta manera la necesidad de buscar la unión sexual con mujeres de otras tribus. El sistema de filiación en esta etapa es seguir siendo la promiscuidad primitiva, o sea, el matriarcal, pues persistió el desconocimiento de la paternidad.

III.—MATRIMONIO POR RAPTO

Al parecer es en esta forma de organización familiar donde surge el patriarcado y la familia monogámica. Dicha organización familiar se debió originalmente a la guerra y al afán de dominación que se presentó entre los diversos núcleos sociales. El botín de guerra no sólo lo constituían bienes y animales, sino también las mujeres de las comunidades vencidas; quienes eran adquiridas en propiedad, y sometidas directamente a la potestad del marido, que era jefe de la familia. La antigua organización del Derecho Romano primitivo constituye una prueba de esta organización patriarcal.

IV.—MATRIMONIO POR COMPRA.

En esta forma matrimonial viene a identificarse plenamente la organización monogámica de la familia, ya que, por virtud de la compra,

el marido adquiere un verdadero derecho de propiedad sobre la mujer, encontrándose ésta, total y absolutamente, sometida al poder de aquél. En este tipo de matrimonio la filiación es en razón de la paternidad. Es la famosa patria potestad romana, del poder absoluto e ilimitado del pater familias sobre los distintos miembros que integran el grupo familiar.

V.—MATRIMONIO CONSENSUAL.

Es esta forma matrimonial la que viene realmente a consolidar el concepto del matrimonio moderno, entendido como una "manifestación libre de voluntades entre hombre y mujer que se unen para constituir un estado permanente de vida y perpetuar la especie" (9). Nos parece más correcta la definición que del matrimonio da el Dr. Ortiz-Urquidí, que en lo conducente dice: "...consiste, complejamente, en la unión y convivencia de un solo hombre con una sola mujer, para hacer nacer entre ellos de acuerdo con la ley, determinados derechos y obligaciones" (10), ya que como él mismo dice: no es elemento constitutivo del matrimonio la perpetuación de la especie, como se ha pensado generalmente, porque muy bien puede acontecer, y frecuentemente acontece, de que una pareja de ancianos contraiga matrimonio sin que haya la posibilidad de que puedan procrear hijos; o que un matrimonio se celebre en artículo de muerte, en cuyo caso tampoco es finalidad la realización de este fin. Igual cosa podemos decir (sigue diciendo el Dr. Ortiz-Urquidí) de "la ayuda a llevar el peso de la vida", que también se ha acostumbrado señalar como elemento esencial del matrimonio, porque no hay sino pensar para convencerse de lo contrario, en el mencionado caso del matrimonio en artículo de muerte. Y podemos aún agregar un caso más, que es el de los matrimonios llamados convencionales, por lo demás tan frecuentes actualmente, en donde el único fin de las uniones matrimoniales es el del engrandecimiento de fortunas por parte de las familias de los futuros esposos. Esta forma de organización familiar, decíamos, marca el inicio de la evolución hacia el matrimonio moderno, en donde en su constitución es básica la libre manifestación de voluntades de los contrayentes, en contraposición a las formas de matrimonio por raptó o por compra, que independientemente de que son de

9.—Rojina Villegas, "Derecho Civil Mexicano", Tomo II, Vol. I, pág. 321, Antigua Librería Robredo, México, 1949.

10.—Matrimonio por Comportamiento", p. 31, México, 1955.

tipo monogámico, no aceptan la función importantísima del consentimiento como libre acuerdo de los contrayentes para llevar a cabo la unión sexual.

VI.—MATRIMONIO COMO SACRAMENTO.

En realidad esta forma matrimonial no es sino una "evolución meramente formal" (11) del matrimonio consensual, último aspecto de la institución del matrimonio. No debe confundirse el matrimonio religioso con el sacramental, pues el primero constituye el género y el segundo la especie. Luis Fernández Clérigo (12) nos dice: "dada la importancia social que desde sus orígenes revistió el matrimonio y sus trascendentes consecuencias, acto de tal gravedad fue casi siempre asociado por los pueblos antiguos al misterio religioso y a la solemnidad litúrgica, colocado bajo la protección de los dioses. Frecuentemente el sacerdote era encargado no sólo de santificar, sino de formalizar la unión. Pero el matrimonio se espiritualizó al aparecer el cristianismo y extenderse su doctrina. Y fue entonces cuando se consolidaron los elementos esenciales constitutivos del matrimonio, unidad y perpetuidad, y se llevó más allá, puesto que se proclamó de un modo dogmático la indisolubilidad, haciendo fluir esta última condición de los labios del propio Jesucristo: "Quod ergo deus coniuxit, homo non separet" —Lo que Dios unió no lo separe el hombre—. Es así como el matrimonio instituido por Jesucristo alcanzó la categoría sacramental, poniéndose directamente bajo la definición de la Iglesia, y para cuantos profesaban el cristianismo y hoy profesan el catolicismo, no puede celebrarse otro matrimonio que el que la misma Iglesia católica regula, teniendo este matrimonio sacramental un marcado influjo en las legislaciones modernas.

Desde luego, que la regulación del matrimonio por la Iglesia no sucedió inmediatamente después del surgimiento del cristianismo, sino que desde el siglo IX, al decir del Dr. Rojina Villegas, la Iglesia católica hizo tímidos intentos por regular canónicamente el matrimonio. Fue hasta el año de 1545 en que el Concilio de Trento lo reglamentó como sacramento, arrogando a la Iglesia católica la exclusiva competencia sobre tan importante materia, permaneciendo el matrimonio consensual, o

11.—IBIDEM, p. 94.

12.—Fernández Clérigo, Luis. "El Derecho de Familia en la Legislación Comparada", p. 9, U.T.H.A., México, 1947.

sea que se formaba únicamente con el consentimiento de los esposos. Antes del Concilio Tridentino, el Concilio de Letrán celebrado en 1123, la Iglesia católica trató por vez primera de organizar y reglamentar el matrimonio como sacramento, pero las disposiciones que se dictaron en dicho concilio no llegaron a tener ningún efecto (13).

El Dr. Rojina Villegas (14) dice que aún cuando los padres de la Iglesia exigen que la unión de los esposos sea bendecida por un sacerdote y que la bendición nupcial es la confirmación del matrimonio ya contraído y su consagración eclesiástica, ello no es requisito esencial para su existencia.

El Concilio Lateranense de 1215, continúa Rojina, estableció que la bendición del sacerdote acompañe y sancione la unión; más las prescripciones de este Concilio no fueron siempre observadas ni recibieron aplicación general, pues el matrimonio seguía siendo válido a pesar de las inobservancias de estas prescripciones, al grado que la tal "inobservancia se generalizó y más tarde el Concilio de Trento regula toda esta materia de modo definitivo, al convertir al matrimonio en un verdadero sacramento, "cuyos ministros son los mismos esposos, y el sacerdote sólo un testigo autorizado por la Iglesia para presenciar el acto, que así tendrá el carácter de indisoluble, pues según las palabras del evangelio, los cónyuges no son ahora sino una misma carne y la unión no podrá disolverse sino por la muerte. Por su parte los doctores Lorenzo Miguéles Domínguez, Sabino Alonso Morán y Marcellino Cabrerres de Anta, comentan los cánones 1012 y 1094 del Código de Derecho Canónico y expresan: "Siendo el sacramento el matrimonio, tiene que poseer todas las condiciones que en los sacramentos se verifican: ...d).—ministros, o sea, causa eficiente del sacramento, son los contrayentes, que son los que hacen el contrato que se identifica con aquél"; en relación al canon 1094 dicen los autores citados: el sacerdote que asiste a la celebración del matrimonio no desempeña el oficio de ministro del sacramento —pues ministros son los mismos contrayentes—, sino el de testigo autorizado o notario, cuya presencia exige la ley eclesiástica para la validez del acto. Hasta la publicación del capítulo Tametsi, que fue redactado por el Concilio de Trento en el siglo XVI, no eran inválidos los matrimonios clandestinos, esto es, los que se celebraban ocultamente,

13.—Ortiz Urquidí Raúl. Ob. cit., p. 77.

14.—Ob. cit., pp. 323 y 324.

sin que asistieran sacerdote ni testigos a su celebración. Aún hoy se dan casos en que es lícito celebrarlos solo ante testigos, sin sacerdote alguno" (15). Esta última parte se refiere a lo establecido en el canon 1098 que a la letra dice: "Si no se puede tener o no se puede acudir, sin incomodidad grave, a ningún párroco u ordinario o sacerdote delegado que asistan al matrimonio al tenor de los cánones 1095 y 1096: 1.—En peligro de muerte es válido y lícito el matrimonio celebrado ante testigos solamente; y también lo es fuera del peligro de muerte si prudentemente se prevé que aquél estado de cosas habrá de durar por un mes; 2.—En ambos casos, si hay otro sacerdote que pueda asistir, debe llamársele, y él debe juntamente con los testigos, asistir al matrimonio, **sin perjuicio de la validez de éste si se celebra solamente ante los testigos**".

VII.—MATRIMONIO CIVIL SOLEMNE.

El famoso Concilio Tridentino reguló en su sesión XXIV "DE REFORMA DE MATRIMONIO", todo lo referente a este sacramento y a su desarrollo institucional. La doctrina fue considerada dentro de la legislación civil por los estados católicos de Europa, especialmente España, Austria, Italia, Francia y Portugal. Martín Lutero no reconoció el valor sacramental del matrimonio, lo que ayudó a la transición moderna de la reforma puramente civil de aquél, admitida oficialmente en los países de religión evangélica o protestante (16).

Así vemos cómo el poder civil va tomando fuerza e incremento y se comienza a hacer distinciones entre el matrimonio para la religión y para el derecho. La Iglesia católica empieza por perder su poder jurisdiccional y acaba cediendo ante la proclamación del principio de que únicamente el Estado puede dictar reglas obligatorias sobre el matrimonio, que es lo que se conoce con el nombre de "Secularización del derecho matrimonial".

En 1787, por virtud del edicto de veintiocho de noviembre, promulgado por Luis XVI, se da en Francia el último paso dentro de esta tendencia, al autorizar a los no católicos para producir su declaración matrimonial, bien ante el vicario de su domicilio o ante el juez real del lu-

15.—Miguéles, Alonso, Cabrerós. "Código de Derecho Canónico", Bilingüe y Comentado, p.p. 378 y 413, La Editorial Católica, Madrid, 1957.

16.—Fernández Clérigo Luis, ob. cit. p. 9.

gar. Este es el primer antecedente legal del matrimonio civil solemne y donde primero se elaboró la doctrina del matrimonio como contrato, marcándose la distinción entre éste y el sacramento y atribuyéndosele al Estado la soberanía para la regulación de cuanto concierne al aspecto contractual.

Así se llegó a establecer en la constitución francesa de 1789, que la ley no considera al matrimonio más que como un contrato civil, abriéndose paso esta concepción en la mayor parte de las legislaciones y quedando así el matrimonio sacramental reducido a un segundo plano.

4.—DESARROLLO HISTORICO

En este capítulo nos vamos a referir a la historia del matrimonio para lo cual tomaremos como base, sintetiéndolo por supuesto, el trabajo intitulado: "Los Derechos de Familia", del Dr. Ricardo Uribe Escobar, que publicó la revista Estudios de Derecho, órgano de la Facultad del mismo nombre de la Universidad de Antioquia, Medellín, Colombia, en su número 17, correspondiente al mes de Julio de 1944, y citado por el Dr. Ortiz Urquidi en su monografía "Matrimonio por Comportamiento".

I.—LA INDIA

En el Mahabarata, libro que recopila las más antiguas y viejas tradiciones de la India, así como las primitivas costumbres de los pueblos asentados en los valles del Indo y del Ganges, aparece que la costumbre prevaleciente respecto del matrimonio, era la de organización promiscua, como se asienta en uno de sus textos y que en lo conducente dice: "Hubo un tiempo en que no era delito el ser infiel al esposo, antes bien, era un deber. Las hembras de todas clases son comunes..."

Más tarde, cuando los brahmanes tomaron el poder político imponiendo a la India una regulación eminentemente religiosa, se impuso la poligamia, aún cuando tenía algunas restricciones. De esta forma, un brahmán o sacerdote podía tener hasta cuatro mujeres; un chatria o guerrero, tres; un vaisia, labrador o mercader, dos; y un sudra o esclavo una.

Uribe Escobar (17) nos dice que, por lo menos en un principio, estas formas matrimoniales se realizaron por compra de la mujer, según algunas conclusiones que obtuvo de algunos pasajes del Código de Manú (siglo segundo de nuestra era).

II.—HEBREOS

En la Ley Mosalca se permitía como forma matrimonial la poligamia, prohibiendo solamente las uniones entre hermanos, o parientes próximos.

Hans F. K. Gunther (18), y Uribe Escobar refieren que en el antiguo Testamento no se encuentran normas legales sobre el matrimonio, aunque sí algunas disposiciones relativas a que las esposas podían comprarse a cambio de servicios, como sucedió en el caso de Jacob, quien trabajó siete años a Labán para que le diera por esposa a su hija Raquel. De donde se desprende que en el Antiguo Testamento sí existió el matrimonio por compra.

Existió también entre los hebreos otra forma matrimonial derivada del matrimonio por compra: el Khetuba, consistente en una dote otorgada por el marido a favor de la mujer, la cual constaba por escrito, y administrada durante el matrimonio por el citado marido, mas en el caso de muerte de éste, o que repudiara a su mujer, ésta tomaba posesión inmediata y plena de la dote que variaba en doscientos denarios para una doncella y cien para una viuda e interpretándose ésto como el establecimiento de una cláusula penal contra el divorcio.

No obstante la práctica de la poligamia, la forma familiar del pueblo Hebreo señala el principio del perfeccionamiento del matrimonio durante el cristianismo, pues la Ley Mosalca ordenaba honrar al padre y a la madre, así como respetar a la mujer ajena.

III.—EGIPTO

Entre los Egipcios la mujer ocupó un lugar preeminente en la familia, llegándose a decir incluso, según el mismo Uribe Escobar, que la

17.—"Los Derechos de Familia", artículo publicado por la Revista Estudios de Derecho Núm. 17, Facultad de Derecho, Universidad de Antioquia, Medellín, Colombia, 1944.

18.—Citado por el Dr. Ortiz - Urquidí Raúl, ob. cit. p. 74.

función social de los esposos estaba invertida, en virtud de que eran las mujeres las que ejercían el comercio y asumían la dirección de la casa, en tanto que al hombre le estaban reservados oficios inferiores aún dentro de la familia. La anterior opinión ha sido combatida por los egiptólogos.

Lo anterior se explica, en razón a que el culto más antiguo en este pueblo era el de Isis, diosa de la maternidad, y principio de todas las cosas.

Entre los egipcios existían tres formas de matrimonios: el matrimonio servil, en que la mujer venía a ser casi una esclava del marido; el matrimonio igualatorio, que establecía la igualdad de derechos entre los cónyuges y una especie de comunidad en sus bienes; y un tercero, que tenía aspectos de los dos anteriores, distinguiéndose por cierta dote nupcial que el hombre hacía a la mujer en el momento de la celebración del matrimonio.

V.—GRECIA

En Grecia la mujer ocupaba un lugar secundario en el hogar, ya que en este pueblo la familia era más que una asociación natural, una asociación religiosa, en la cual, por virtud del matrimonio, la mujer adquiría la religión del esposo, perdiendo por ende la religión de la familia.

En un principio el matrimonio fue obligatorio con el fin de lograr la continuidad de la familia y del culto doméstico. Esto trajo como consecuencia una sobrepoblación, a tal grado que tuvo que ponerse una limitación a la natalidad, apareciendo una crisis en el matrimonio y surgiendo como costumbre general el concubinato que, por cierto, no "causó escándalo ni produjo sorpresa". (19).

19.—IBIDEM, p. 76.

CAPITULO SEGUNDO

EL MATRIMONIO EN EL DERECHO ROMANO

1.—DEFINICION ROMANA DE MATRIMONIO.

2.—EVOLUCION HISTORICA DEL MATRIMONIO EN ROMA.

I.—Primera fase.

II.—Segunda fase.

III.—Tercera fase.

3.—JUSTAE NUPTIAE.

I.—Formación de las justae nuptiae.

II.—Condiciones de fondo de las justae nuptiae.

III.—Efectos de las justae nuptiae.

IV.—Uniones distintas de las justae nuptiae.

1.—DEFINICION ROMANA DE MATRIMONIO

En el Digesto encontramos una definición del matrimonio que se debe a Modestino (siglo III de nuestra era): "Nuptiae sunt junctio maris et finienae et consortium omnis vitae, devini et humani juris communicatio; —"El matrimonio es la unión del hombre y de la mujer, una asociación de toda la vida, implicando la comunidad de intereses pecuniarios y religiosos—". (1). Sabino Ventura Silva critica esta definición diciendo que la frase... "una asociación de toda la vida" no implica que el matrimonio sea indisoluble, sino que tan sólo es una nota subjetiva que se refiere al ánimo de los que se unen en matrimonio; es decir, que la unión no la hacen en forma temporal, pues de lo contrario, dicha frase estaría en contradicción con la posibilidad de que los contrayentes pudieran divorciarse, que por lo demás, siempre existió en el pueblo romano. El mismo autor cita otra definición del matrimonio que se encuentra en las Institutas de Justiniano que dice: "Nuptiae autem sine matrimonium est viri et mulieris coniunctio, individuum consuetudinem vitae continens; —"Nupcias o matrimonio es la unión del varón y la mujer que lleva en sí, un régimen inseparable de vida"—. Más sin embargo, el matrimonio romano escapa a ambas definiciones, ya que no es un acto jurídico, sino una mera situación de convivencia de dos personas, situación cuyo comienzo no está marcado por la exigencia de formalidad alguna de orden jurídico, manteniéndose por la affectio maritalis o intención continua de vivir como marido y mujer.

1.—Ventura Silva Sabino "Derecho Romano", p. 111, Editorial Porrúa, S. A. México, 1968.

2.—EVOLUCION HISTORICA DEL MATRIMONIO EN ROMA

La evolución histórica del matrimonio en Roma puede determinarse en tres fases sucesivas (2); la primera, en que el matrimonio y la manus se confunden, en el sentido de que no existe matrimonio sin que la mujer caiga bajo la manus del marido; en la segunda fase, apareció una nueva forma de matrimonio, que era el matrimonio sin manus o matrimonio libre, que subsistía junto al matrimonio con manus; y la tercera fase, en que el matrimonio con manus cayó en desuso, quedando únicamente en vigor el matrimonio libre o sin manus:

I.—PRIMERA FASE

En esta fase no existía más que un solo tipo de matrimonio, que era el matrimonio con manus, y en cuya virtud la mujer que contraía matrimonio, dejaba de pertenecer a su antigua familia y pasaba a la manus del marido, en la que era considerada como una hija.

Indudablemente que es a esta primera fase del matrimonio romano a la que se "refiere la célebre definición del jurisconsulto Modestino". (3).

II.—SEGUNDA FASE

No se puede determinar con exactitud la fecha en que apareció esta forma matrimonial. Algunos autores sostienen que existió durante la vigencia de la ley de las doce Tablas; otros que fue hasta finales del siglo IV de Roma.

En el matrimonio libre, la mujer no cae bajo la potestad ni entra a la familia de su marido, sino que sigue perteneciendo a su familia de origen, y continuaba bajo la potestad de su paterfamilias. Tampoco se requería alguna solemnidad especial para contraerlo, pues bastaba el simple consentimiento de los contrayentes. La autoridad pública no intervenía en su celebración, por lo que las personas se casaban y se divorciaban sin necesidad de hacer alguna manifestación. Este tipo de matrimonio se parece al matrimonio moderno, o a la unión libre de nuestros días.

2.—Folignet René. "Manual Elemental de Derecho Romano", Trad. Lic. Arturo Fernández Aguirre, Editorial Cajiga, Jr. Puebla, Méx. 1956, p. 49.

3.—IBIDEM, p. 49.

III.—TERCERA FASE

La manus dejó de existir por completo, según versión de Foignet, hacia el siglo VI, sin poder precisar la época de su desaparición. "Gallo habla de ella como de una institución en vigor. Paulo y Papiniano hacen alusión a ella en alguna parte" (4).

3.—JUSTAE NUPTIAE.

Justae Nuptiae o Justum Matrimonium era el matrimonio legítimo que se contraía conforme a las reglas del Derecho Civil en Roma (5).

Para el objeto de nuestro estudio y siguiendo a Foignet (6), dividiremos las Justae Nuptiae, en cuatro partes que son:

- I.—Formación de las justae nuptiae.
- II.—Condiciones de fondo de las justae nuptiae.
- III.—Efectos de las justae nuptiae.
- IV.—Uniones distintas de las justae nuptiae.

I.—FORMACION DE LAS JUSTAE NUPTIAE.

Mediante las Justae Nuptiae se adquiría la manus o potestad marital, la cual podía adquirirse de tres maneras: la *Confarreatio*, la *Coemptio* y el *Usus*.

La primera consistía en la ofrenda a Júpiter que la mujer hacía de un pan de trigo, lo que simbolizaba la asociación de ésta a la vida del marido. En la ceremonia se acompañaba dicha ofrenda de palabras solemnes, ante el gran Pontífice y el Flámine de Júpiter en presencia de diez testigos. Este procedimiento pronto cayó en desuso, estaba reservado exclusivamente a los patricios romanos.

La *Coemptio* consistía en la venta ficticia de la mujer a su marido en presencia de cinco ciudadanos romanos púberes, de un libripens, portabalanza, y de los dos esposos, valiéndose de palabras sacramentales. En esta forma gracias a las palabras especiales de la *Coemptio*, la

4.—IBIDEM, p. 50.

5.—Petit Eugene. "Tratado Elemental de Derecho Romano", Trad. D. José Ferrández González, Editorial Saturnino Calleja, Madrid, 1926, p. 103.

6.—Ob. cit., p. 50.

mujer pasaba a la manus del marido. Cuando la Confarreatio cayó en desuso, esta forma de matrimonio plebeyo (Coemptio) se extendió también a los patricios.

Por lo que respecta al Usus, éste resultaba de la cohabitación continuada del hombre y la mujer, por espacio de un año. La mujer, si quería, podía evitar la manus durmiendo tres noches seguidas fuera del lecho antes del fin del año.

II.—CONDICIONES DE FONDO DE LA JUSTAE NUPTIAE.

Los requisitos para la justae nuptiae eran cinco: consentimiento de los contrayentes; consentimiento del paterfamilias; edad de la pubertad; connubium y la no existencia de un matrimonio anterior.

A.—Consentimiento de los contrayentes.—Este requisito no siempre tuvo la misma importancia, sino fue variando de acuerdo a la época como el caso de los alieni juris. En un principio, el único consentimiento con validez legal era el que otorgaba el paterfamilias. Foignet (7) relata: "se casaba a los hijos más bien que se casaban ellos". Pero en la medida que se fue afirmando la personalidad del hijo, el consentimiento de los contrayentes fue un requisito indispensable, aún estando bajo potestad. Los dementes, por supuesto, no podían dar el consentimiento mientras se encontraran en ese estado, pero sí podían hacerlo en un intervalo lúcido.

B.—Consentimiento del paterfamilias.—Tratándose de las personas alieni juris, el consentimiento del paterfamilias para casarse era necesario para cualquier edad. Dicho consentimiento era una consecuencia de la patria potestad y no había necesidad de consultar a la madre para otorgarlo pues carecía de autoridad en el hogar. En el caso de un nieto, éste debía contar con el consentimiento de su padre, así como el del paterfamilias, pues los hijos que nacieran de su matrimonio se encontraban también bajo la potestad del jefe de la familia. En el caso de la nieta, los hijos caían bajo la potestad del jefe de la familia de su marido.

La Ley Julia de 736, bajo Augusto, otorgó una dispensa excepcional que consistía en permitir al hijo casarse con la autorización del Magistrado, en caso de que el paterfamilias se opusiera injustificadamente.

7.—Ob. cit. p. 52.

En el bajo imperio se permitía que el hijo se casara, aún cuando el paterfamilias se encontrara imposibilitado para otorgar su consentimiento, o cuando estuviera ausente, cautivo o loco.

En lo que hace a las personas sui juris de sexo masculino, éstas podían casarse libremente en cualquiera edad; las mujeres sui juris en cambio, debían contar con el consentimiento de su tutor para entregarse in manu y tal vez para casarse sin manus. Cuando desapareció la tutela de las mujeres, éstas tenían que obtener el consentimiento de sus padres hasta la edad de 25 años, teniéndose así una mira de protección.

C.—Pubertad.—Es la edad necesaria para contraer matrimonio. Se fijó en un principio, en cuanto a las mujeres, en doce años y en cuanto a los hombres, se les reconocía púberes en el momento en que el paterfamilias encontraba en ellos, de acuerdo con un examen de su cuerpo, que eran aptos para el matrimonio. Bajo el imperio, los proculeyanos propusieron una edad uniforme para la pubertad, que era de catorce años; mientras que los Sabinianos seguían con la práctica de inspección corporal. Fue con Justiniano cuando se sancionó la opinión de los Proculeyanos.

D.—Connubium.—Era la capacidad legal para contraer las justae nuptiae. Solamente disfrutaban del jus connubii los civis, estando privados de él los esclavos, los peregrinos, los latinos coloniales y los latinos junianos; en ocasiones especiales se concedía este derecho, a título individual, a los no ciudadanos. En la época de Justiniano el ejercicio de este derecho tuvo una extensión casi absoluta, al concederse el derecho de ciudadanía, exceptuando únicamente a los esclavos y a los bárbaros.

Los impedimentos e incapacidades para contraer las justae nuptiae se pueden distinguir entre absolutas y relativas: las primeras, eran las que constituían un obstáculo para el matrimonio de una persona, como la existencia de un matrimonio anterior no disuelto, o en la época cristiana, el voto de castidad y las órdenes mayores; las segundas, en cambio, eran las que constituían obstáculo para las justae nuptiae entre dos personas determinadas, en razón de circunstancias que les eran propias como son: las relaciones de parentesco o afinidad y las razones de orden político.

Relaciones de parentesco o de afinidad.—El parentesco era un obstáculo para el matrimonio, el cual se prohibía entre parientes en línea

recta sin limitación de grados. Entre colaterales la prohibición obraba hasta el tercer grado, es decir, entre tíos y sobrinos. Entre cuñados en línea colateral se prohibió el matrimonio a partir del emperador Constancio (350 a 361).

Razones de orden político.—En un principio, el matrimonio estaba prohibido entre patricios y plebeyos hasta la ley Canuleia (309 de Roma); después se prohibió entre libertinos e ingenuos, y con posterioridad se restringió a las personas de rango senatorial. También se prohibió el matrimonio entre una muchacha de provincia con el Gobernador de su entidad.

E.—No existencia de matrimonio anterior.—Los romanos no admitieron la poligamia ni la poliandria, más siempre tuvieron a la monogamia como regla absoluta y exigiendo para los que fueran a celebrar las *justae nuptiae* que estuvieran uno y otro, libres de un matrimonio anterior.

III.—EFECTOS DE LAS JUSTAE NUPTIAE.

El matrimonio surte sus efectos entre los cónyuges; entre la madre y los hijos; y entre el padre y éstos.

En lo relativo a los efectos entre los cónyuges, hay que distinguir la condición de la mujer en el matrimonio con *manus* y su condición en el matrimonio sin *manus*. En el primer caso, era considerada como hija de su marido y como hermana de sus hijos, dejando desde ese momento de formar parte de su antigua familia y entrando por completo en la *domus* de su marido, siendo admitida en el culto privado de su familia. Si era *alieni juris* no tenía patrimonio propio. En cambio siendo *sui juris*, los bienes que en el momento de casarse poseyera eran adquiridos a título universal por el marido, así como los que adquiriera durante el matrimonio. En el segundo caso, o sea la mujer sin *manus*, ésta no entraba a la familia de su marido, no cayendo en consecuencia bajo su potestad, sino que permanecía en su familia de origen con la misma condición que en el momento del matrimonio; es decir, si era *sui juris* seguía siéndolo, si era *alieni juris* bajo la potestad de su padre, seguía en esa condición.

Con respecto a los bienes de la mujer, en principio seguían siendo de su propiedad si era *sui juris*, corriendo igual suerte los bienes que ella adquiriera durante el matrimonio, no teniendo el marido ni derecho

de goce, ni derecho de administración sobre dichos bienes. Sin embargo, la costumbre consagró la práctica de que la mujer constituyera una dote en favor del marido, si era sui juris, o bien por su paterfamilias si era alieni juris. Estos bienes dotales pasaban a la propiedad del marido, pero esta propiedad fue disminuyendo más y más hasta Justiniano.

En lo que respecta a los efectos entre la madre y los hijos, ya quedó asentado que en el matrimonio con manus, la situación de la mujer venía a ser como la de hija de su marido y como hermana de sus hijos. En el matrimonio sin manus no había ningún lazo de agnación, de parentesco civil, entre la madre y sus hijos, ya que no estaban bajo la misma potestas y formaban parte de los domus diferentes y en todo caso eran solamente cognados, no existiendo ningún derecho de sucesión entre ellos. Esta situación vino a modificarse por el senado consulto Tertuliano, bajo Adriano, y por el senado consulto Orficiano, bajo Marco Aurelio.

En lo referente a los efectos entre el padre y los hijos, éstos siempre quedaban bajo la patria potestas del padre, independientemente de que el matrimonio fuera con o sin manus. La paternidad se establecía por una presunción que a la fecha conserva nuestro código civil y que consiste en que el hijo nacido y concebido durante el matrimonio, tiene por padre al marido y que la duración de la preñez más larga es de 300 días y la más corta de 180 días, lo que permitía al hijo probar que había sido concebido durante el matrimonio.

IV.—UNIONES DISTINTAS DE LAS JUSTAE NUPTIAE.

En Roma aparte de las justae nuptiae, existían y se practicaban otras uniones que eran el concubinato, el matrimonio sine connubio y el contubernio.

A.—El concubinato, "que no debemos confundir con el concubinato del derecho moderno que es una unión irregular, extralegal" (8), consistía en una "unión de orden inferior, que no elevaba a la mujer a la condición social de su marido como tampoco hacía caer a los hijos bajo la patria potestas del padre" (9). Por mucho tiempo el Derecho Civil no se ocupó de estas uniones de hecho y fue al final de la República cuan-

8.—Ortiz Urquidí, Raúl, ob. cit., p. 77.

9.—Foignet René, ob. cit. p. 57.

do bajo Augusto el concubinato recibió su nombre. Sólo el Derecho Penal se ocupó de él, y la ley Julia de adulteriis declaró ilícita la unión extraconyugal con mujeres de baja condición, a excepción de estas uniones —concubinato— recibiendo así una especie de sanción legal. En el bajo Imperio fue donde se reconoció expresamente este tipo de uniones, haciéndosele producir efectos jurídicos. Inicialmente el concubinato se practicaba entre personas privadas de *connubium*, o sea que se tomaba como concubina a una mujer que no podía tomarse como *uxor*. Los efectos del concubinato en relación a los hijos, hacían que éstos siguieran la condición de la madre naciendo *sui juris*. Se les llamaba *liberi naturales* y no *legitimi* o *justi*. El Derecho cristiano mejoró su condición otorgándoles derechos a alimentos y a la sucesión, y autorizando su legitimación si los padres contraían matrimonio posterior.

B.—El matrimonio *sine connubio* o matrimonio de derecho de gentes, era el que se verificaba entre personas que no tenían el *jus connubii*; como el contraído entre un ciudadano y un peregrino, o entre dos peregrinos. Esta unión se consideraba ilícita, pero tampoco se equiparaba al matrimonio, estando reglamentado por el derecho de gentes o por el derecho propio de la ciudad a la que pertenecían los esposos.

C.—El *contubernium* era "la unión de dos esclavos o entre una persona libre y un esclavo" (10). Esta unión no producía ningún efecto civil y los hijos seguían la condición de la madre. Durante mucho tiempo el derecho no reconoció entre los esclavos ningún parentesco, ni tan solo el natural. Al principio del Imperio fue admitido una especie de *cognatio servilis* entre el padre, la madre y los hijos; otra entre hermanos y hermanas.

10.—Ventura Silva, Sabino, ob. cit. p. 123.

CAPITULO TERCERO

EL MATRIMONIO EN EL DERECHO CANONICO

- 1.—EL MATRIMONIO COMO CONTRATO Y COMO SACRAMENTO.**
- 2.—IMPEDIMENTOS.**
- 3.—LA FORMA DE CELEBRACION DEL MATRIMONIO.**

I.—EL MATRIMONIO COMO CONTRATO Y COMO SACRAMENTO.

La Iglesia Católica concibe el matrimonio como contrato y como sacramento. Así tenemos que los doctores Lorenzo Miguéles Domínguez, Sabino Alonso Morán y Marcelino Cabrerós de Anta (1), definen a esta institución como "un contrato legítimo entre un hombre y una mujer mediante el cual se entregan mutuamente el derecho perpetuo y exclusivo sobre sus cuerpos en orden a los actos que por su naturaleza son aptos para engendrar hijos".

El contrato matrimonial, o unión natural es elevada por Jesucristo a la dignidad de Sacramento que significa la unión de Cristo con su iglesia. El Dr. Isidro Gomá (2) nos dice: ..."sociedad del verbo con la naturaleza humana en Cristo, que, como dice el Angélico, es una especie de desposorio de Dios con los hombres. Sociedad de Cristo con la iglesia, es decir, con el cuerpo social de los redimidos con su sangre. Por ésto, dice un Santo Padre, como la primera esposa fue arrancada por Dios del costado de Adán dormido, así la Esposa Iglesia brotó del costado abierto de Jesús, dormido en la cruz con el sueño de la muerte pasajera. De esta teoría social de la Iglesia sacará San Pablo, como consecuencia, los deberes mutuos de los esposos cristianos".

La razón de contrato y la de sacramento son inseparables en el matrimonio cristiano. Por lo mismo, todo contrato matrimonial válido es, entre cristianos, un sacramento, y no puede subsistir un contrato matrimonial sin que sea sacramento. Tal es la solidaridad entre el sacra-

1.—"Código de Derecho Canónico Bilingüe y Comentado", p. 377.

2.—"La Familia, según el Derecho Natural y Cristiano", p. 76, Librería Litúrgica, Rafael Casulleras, Barcelona, España, 1931.

mento y el contrato matrimonial, que el matrimonio contraído por infieles pasa a ser sacramento por el solo hecho de su bautismo.

Considerando el matrimonio como un contrato, entran en él todos los elementos esenciales sin los cuáles ningún contrato puede existir: a).—Las personas que lo realizan han de ser necesariamente un hombre y una mujer; b).—el objeto del matrimonio son los cuerpos de los contrayentes, cuyo dominio se entregan éstos recíprocamente para usar de ellos en orden a la propagación de la especie; y, c).—el consentimiento de la voluntad, que le da ser y forma, ha de ser recíproco y manifestado por signos exteriores (3).

Las propiedades esenciales del matrimonio cristiano son la unidad y la indisolubilidad, consistiendo la unidad en que no puede haber unión matrimonial si no es de uno solo con una sola, o sea, el matrimonio monogámico; y la indisolubilidad, en que no puede disolverse el vínculo matrimonial por la voluntad de los cónyuges, pues sólo la muerte de uno de ellos, puede romper dicho vínculo.

"La teología, la moral y el derecho cristianos han condesado las propiedades del matrimonio en esta frase: Uno con una, y para siempre. Uno con una: he aquí la unidad. Para siempre: es la indisolubilidad" (4).

A la previa celebración del matrimonio, el Derecho Canónico ha establecido la obligación de las amonestaciones, que consisten en el medio de notificar públicamente los nombres de los que van a contraer matrimonio, para que, si existiere algún impedimento para su celebración, conocido por alguna persona, lo haga saber al párroco.

El matrimonio celebrado sin antes haberse leído las amonestaciones es ilícito, a menos que se conceda dispensa; pero si después de celebrado, se descubre un impedimento dirimente, aunque haya sido desconocido por los contrayentes los hijos de éstos son declarados ilegítimos (5).

2.—IMPEDIMENTOS.

Para que el matrimonio pueda celebrarse válidamente, no debe existir ningún impedimento, los cuáles han sido divididos por la Iglesia Cató-

3.—Miguéles, Alonso, Cabrereros, ob. cit. p. 377.

4.—Goma Isidro, ob. cit. p. 96.

5.—Donoso Justo. "Instituciones de Derecho Canónico Americano", p. 346, B. Herrera, Librero Editor Pontificio, Alemania, 1909.

lica en dos grandes categorías: impedimentos dirimentes que invalidan el matrimonio y los impedimentos impeditivos que impiden la lícita celebración del mismo.

Los impedimentos dirimentes son: edad, raptó, error, condición, disparidad de culto, parentesco, crimen, fuerza, orden, honestidad pública, demencia, afinidad, clandestinidad, impotencia y ligamen. Los impedimentos impeditivos son cuatro: *Eclesiae Vetitum*, que consiste en toda prohibición establecida por la Ley General de la Iglesia, verbigracia, celebrar matrimonio con los herejes, con los excomulgados, o sin haber habido amonestaciones o proclamas; *Tempus*. En cuanto al tiempo de celebración, los matrimonios se prohíben a partir del miércoles de ceniza, hasta la octava de pascua inclusive; *Votum*, que consiste en el voto de entrar en simple castidad, de entrar en religión, de recibir las órdenes sagradas, o de no casarse (6).

3.—LA FORMA DE CELEBRACION DEL MATRIMONIO

La forma de celebración del matrimonio establecida por la Iglesia Católica, es de observancia obligatoria, dependiendo de ella su licitud y validez. Para el efecto, veremos primeramente el rito para la celebración y posteriormente, el registro de dicha celebración matrimonial.

En lo referente al rito, el canon 1100 establece: "fuera del caso de necesidad, en la celebración del matrimonio deben observarse los ritos prescritos en los libros rituales aprobados por la Iglesia o introducidos por costumbres laudables".

De acuerdo con los ritos usuales, el párroco que interviene en la celebración del matrimonio debe estar vestido con sobrepelliz y estola blanca. En ese momento hace una exhortación a los fieles presentes para que si conocen algún impedimento lo revelen. Posteriormente el párroco dirige un sermón a los contrayentes sobre la santidad del matrimonio y los deberes que deben cumplir; hecho ésto, el párroco se dirige, a los contrayentes para que manifiesten su consentimiento de aceptarse como marido y mujer tomándose la mano derecha, en tanto el párroco hace sobre ellos el signo de la santa cruz y pronuncia las palabras siguientes: "Ego comiungo vos in matrimonium. In nomine patris et filli et spiritus sancti. Amén". Después de este acto sigue la

6.—IBIDEM, p. 413.

bendición anular en la que el párroco entrega al novio el anillo para que se lo coloque a la novia en el dedo anular de la mano izquierda (7).

El matrimonio así contraído, se inscribe en un libro parroquial en el que se asienta: el nombre y apellido de los contrayentes; el nombre y apellido de los testigos; el lugar y día de la celebración del matrimonio y las dispensas si las hubo. También debe inscribirse en el libro de bautismos, por medio de comunicación, que el párroco del lugar de la celebración del matrimonio, haga al del lugar de bautismo de los contrayentes insertando el nombre y apellido de los mismos y de sus padres, la edad de los esposos, el día y lugar de la celebración, así como el nombre y apellido de los testigos y del párroco, con el sello de la parroquia (8).

7.—Knecht A. "Derecho Matrimonial Católico", p. 521.

8.—IBIDEM, p. 529.

CAPITULO CUARTO

EVOLUCION HISTORICO JURIDICA DEL MATRIMONIO EN MEXICO

1.—EPOCA ANTERIOR A LA CONQUISTA.

I.—El matrimonio Azteca.

II.—Matrimonio a prueba, mancebía y concubinato.

2.—EPOCA DE LA COLONIA.

3.—MEXICO INDEPENDIENTE.

**I.—Primer código civil de Iberoamérica: El Oaxaqueño de
1827 - 1828.**

II.—Ley del Matrimonio Civil.

III.—Códigos civiles de 1870 y 1884.

IV.—Ley de Relaciones Familiares.

V.—Código Civil Vigente.

1.—EPOCA ANTERIOR A LA CONQUISTA.

Antes de la llegada de los españoles a nuestro territorio, y por lo tanto, con anterioridad a la conquista realizada por Hernán Cortés, existían entre los diversos pueblos que poblaban el Anáhuac, instituciones, que si bien podríamos calificar de jurídicas, han llegado hasta nosotros dispersas e incompletas por la deficiencia de las fuentes históricas. Carlos H. Alva (1), haciendo un verdadero estudio comparado entre el Derecho Azteca y el Derecho Vigente, nos dice: "En el antiguo imperio mexicano, del mismo modo que en los diversos pueblos de la antigüedad, el derecho tuvo su origen en la costumbre, es decir, era de tipo consuetudinario; en él las normas legales eran conocidas por los juzgadores y transmitidas de generación en generación. Por otra parte, careciendo los Aztecas de una escritura fonética, no pudieron tener un derecho escrito, y si nosotros hemos llegado a conocer esas normas ha sido gracias a las relaciones de historiadores y cronistas coloniales que las conocieron, ya porque las hayan visto aplicar, ya porque hayan oído hablar de ellas".

1.—EL MATRIMONIO AZTECA.

La organización familiar de los Aztecas era patriarcal, por lo que la patria potestad recaía sobre el padre. La forma más común de la familia era la monogámica, aunque también se permitía la poligamia, especialmente entre los nobles y guerreros, con el solo requisito de que pudieran sostener a todas sus esposas, existiendo además entre éstas

1.—Alva H. Carlos. "Estudio Comparado entre el Derecho Azteca y el Derecho Positivo Mexicano". En esta parte de nuestro estudio, resumimos las ideas expuestas sobre el particular. Instituto Indigenista Interamericano, México, 1949.

una jerarquía respecto del marido. Véase la clasificación siguiente: I.—La mujer con la que se haya contraído matrimonio conforme a los ritos será considerada como principal respecto de aquella que lo hubiese contraído en la misma forma, pero posteriormente; II.—La mujer con la que se haya contraído matrimonio conforme al rito será considerada esposa principal respecto de aquella con la que se hubiese celebrado uno menos solemne; III.—La mujer con la que se hubiere contraído matrimonio menos solemne, será considerada esposa principal respecto de otra que lo hubiese contraído en la misma forma, pero posteriormente.

Respecto a los hijos, todos eran considerados legítimos, independientemente de que el matrimonio fuera principal o secundario, pero solamente los hijos de la esposa principal podían heredar los cargos y bienes de sus padres en caso de sucesión legítima. El parentesco entre los Aztecas era de 3 tipos: por consanguinidad, por afinidad y civil.

Se consideraban requisitos para contraer matrimonio, los siguientes:

- 1.—La edad de veinte a veintidos años en el hombre y de quince a diez y ocho en la mujer.
- 2.—El consentimiento de los padres.
- 3.—El consentimiento de la mujer en el caso de que ésta fuera elegida por los padres del futuro contrayente —ya que los padres tenían derecho a concertar el matrimonio de sus hijos varones—.

Los impedimentos para contraer matrimonio eran:

- 1.—El hombre y la mujer que fueran parientes en línea recta ascendente y descendente, en todos los grados.
- 2.—El hombre y la mujer parientes en línea colateral igual.
- 3.—El hombre y la mujer parientes en línea colateral desigual hasta el tercer grado, con la excepción del varón con la hija de su hermano materno.
- 4.—El hombre y la mujer parientes por afinidad.
- 5.—Los padrastrós con los entenados.
- 6.—El hijo con la concubina de su padre.

Entre cuñados era permitido el matrimonio, cuando a la muerte del marido, el hermano de éste lo contraiga con la viuda, con el fin de que velara por ella, por los hijos y bienes del difunto.

II.—MATRIMONIO A PRUEBA, MANCEBIA Y CONCUBINATO.

El matrimonio a prueba, consistió en la unión temporal de un hombre y una mujer para hacer vida marital, no considerándose dicha unión como matrimonio definitivo en tanto no hubiera sido celebrado conforme al ritual acostumbrado, mas si durante el matrimonio temporal nacía un niño, que por lo demás era considerado legítimo, la mujer podía requerir al hombre dos cosas: que contrajera matrimonio definitivo con ella, o que cesaran las relaciones maritales entre ambos. El hombre podía o no, aceptar este matrimonio definitivo. En caso afirmativo, debería separarse de ella permanentemente entregándola a su familia. Para este tipo de uniones era necesario que el varón pidiera la hija a la madre y ésta la concediera.

Existieron también la mancebía y el concubinato. Había mancebía cuando el varón hacía vida marital con una mujer sin que ésta hubiera sido pedida en matrimonio a prueba. El concubinato, por su parte, era la unión de un hombre con una o varias mujeres, además de la mujer legítima. Este tipo de uniones fue muy común entre los reyes, nobles, guerreros y señores principales.

2.—EPOCA DE LA COLONIA.

Consumada la conquista de México, los españoles trajeron a la Nueva España sus costumbres y sus leyes. José María Ots Capdequí afirma que los reyes de España ordenaron "que se respetase la vigencia de las primitivas costumbres jurídicas de los aborígenes sometidos, en tanto estas costumbres no estuvieran en contradicción con los intereses supremos del Estado colonizador, y por este camino, un nuevo elemento, el representado por las costumbres de los indios sometidos, vino a influenciar la vida del derecho y de las instituciones económicas y sociales de los nuevos territorios de ultramar incorporados al dominio de España" (2).

Es así como el Derecho Castellano Peninsular, tuvo plena vigencia en la Nueva España, en el campo del derecho privado, por lo que los "mismos preceptos que en España regularon la celebración canónica del matrimonio, estuvieron también vigentes en los territorios hispano-

2.—Ots Capdequí José, Yaría "El Estado Español en las Indias", pp. 11 y 12, Fondo de Cultura Económica, México, 1957.

americanos de ultramar, primero con la variedad de formas y solemnidades imperantes en la Metrópoli al mismo tiempo de producirse los descubrimientos colombinos; después, con la rigidez doctrinal prescrita en el Concilio de Trento. Así lo atestigua una Real Cédula del 12 de Julio de 1564, al ordenar a los Arzobispos y demás preladados de Indias, que publicasen los cánones del mencionado Concilio, "cuyos acuerdos son ley de Reyno", y a las justicias ordinarias que prestasen todo el auxilio necesario para que no se alterase su observancia. Sin embargo, el legislador español, comprendiendo lo injusto e impolítico que hubiera sido tratar de imponer a los hombres de aquellas razas los mismos moldes en que se había venido vaciando una civilización de siglos, se buscó el medio de condensar en preceptos nuevos las reglas más adecuadas para el régimen civil de aquellos pueblos, atrayéndolos legalmente al derecho de Castilla, sin transiciones demasiado violentas que hubieran resultado, a más de abusivas y tiránicas, en absoluto contraproducentes. Uno de los fines con más ahínco perseguido en nuestra obra colonizadora fue como es sabido, la conversión de los infieles; para ello era forzoso ir administrando a los neófitos los sacramentos del catolicismo y si en cada uno de éstos se ofrecían dificultades de muy penoso vencimiento, éstos aumentaban todavía más al tratar del matrimonio, por el carácter básico que esta institución tiene en la vida de los pueblos. Pensar en imponer a aquellas gentes los preceptos canónicos con el mismo rigor y disciplina que hubieron de ser declarados en el Concilio de Trento, hubiera sido acometer una empresa poco menos que insuperable, con todas las probabilidades de un fracaso seguro (3).

Por su parte, Vicente Riva Palacio nos dice: "Las dificultades fueron de otra especie al tratarse del sacramento del matrimonio, porque muchos de los conversos tenían más de una mujer y era necesario que la Iglesia declarase con cuál de ellas debía quedar unido. Paulo III resolvió que fuese la mujer legítima la primera con quien se había casado el hombre, y en caso de no recordar quién lo había sido, que eligiese entre todas. Esto dio lugar en muchos casos, a largas informaciones. El primer casamiento católico entre indios se celebró en Texcoco el 14 de Octubre de 1526, en que se casaron públicamente don Hernando Pimentel, hermano del señor de Texcoco, y otros siete compañeros suyos.

3.—IBIDEM, p. 83.

Se hizo con gran solemnidad y Cortés envió a los novios valiosos regalos" (4).

De lo anterior podemos deducir que por lo menos en la primera etapa de la colonia "se reconoció como legal y se tuvo como válido el matrimonio celebrado consensualmente por los indios. Así se los enseñaron los propios misioneros, en tanto fueron gradual y definitivamente incorporados a la civilización cristiana (5).

3.—MEXICO INDEPENDIENTE.

Consumada la Independencia de México el 27 de septiembre de 1821, siguieron rigiendo en Derecho de Familia las disposiciones del Derecho Canónico, reconociéndose a la Iglesia Católica competencia no sólo para celebrar los matrimonios, sino para legislar sobre ellos, ya que mediante la real cédula de 12 de Julio de 1564 se aseguró en España el carácter sacramental del matrimonio con la publicación del Concilio de Trento, en tanto que la real cédula de 21 de Marzo de 1749 y las reales órdenes de 8 de Mayo y de 15 de Octubre de 1801 ordenaron que los asientos de los registros parroquiales debían someterse y ajustarse a determinados modelos y señalaron ciertas disposiciones que tendían a la conservación y custodia de dichos registros (6).

I.—PRIMER CODIGO CIVIL DE IBEROAMERICA: EL OAXAQUEÑO DE 1827-1828.

Siempre se había tenido como una verdad histórica que los primeros códigos civiles de Iberoamérica, anteriores al que se consideraba el primer código civil completo de México, o sea el expedido en el Estado de Veracruz el 17 de Diciembre de 1868 (Maximiliano de Habsburgo expidió en 1866 el "Código Civil del Imperio Mexicano", solo que únicamente se promulgaron dos libros, el relativo a las personas y el relativo a los bienes, por lo que no se le puede considerar como completo), eran el de Bolivia, de 22 de Octubre de 1830; el de Perú, de 28 de Julio de 1852, y, el de Chile, de 1855, llamado Código de Andrés Bello.

4.—Riva Palacio, Vicente. "Resumen Integral de México a Través de los Siglos", Tomo II, pp. 170 y 171, Compañía General de Ediciones, S. A., México, 1953.

5.—Ortiz Urquidí Raúl, ob. cit., p.p. 83 y 84.

6.—IBIDEM, p. 90.

A principio del corriente año se publicó la obra intitulada "Oaxaca, cuna de la codificación Iberoamericana " (7), en donde se demuestra fehacientemente que el **Primer Código Civil completo**, no sólo de Iberoamérica sino de todo el mundo de habla española y portuguesa, fue el expedido por el segundo Congreso Constitucional del Estado de Oaxaca, en tres libros sucesivos: el primero, el 31 de Octubre de 1827, promulgado por el gobernador Ignacio de Morales el 2 de Noviembre del mismo año; el segundo el 2 de Septiembre de 1828, promulgado por Joaquín Guerrero dos días después de su expedición, y, el último, el 29 de Octubre del mismo año de 1828, promulgado por Miguel Ignacio de Iturribarria el 14 de Enero del año siguiente. Incluso, se insertan como apéndice de la obra los tres libros que fueron reproducidos de las ediciones originales que de dichos ordenamientos se hicieron por la imprenta del Gobierno de Oaxaca en los años de 1827 y 1829.

El autor señala en su obra, que de intento emplea la expresión Iberoamérica y no Latinoamérica o América a secas, porque indudablemente que el Código Civil de Oaxaca no fue el primero que se expidió en el territorio continental e insular americano, pues se expidieron tres códigos anteriores al oaxaqueño: el primero por la antigua colonia francesa de Louisiana, siendo territorio de la Unión Americana (comprada por dicha Unión en el año de 1803 y llamada oficialmente Territorio de Orleans) en 1808, llamado "Digesto de las leyes civiles en vigor en el Territorio de Orleans con las alteraciones y enmiendas adaptadas a su actual sistema de gobierno", promulgado por el primer gobernador William C. C. Claiborne; el segundo por la misma Louisiana convertida ya en Estado, el 12 de Abril de 1824, entrando en vigor el 20 de Junio de 1825, y, el último, también por la antigua colonia francesa de Haití, erigida ya en país independiente, en el año de 1825. Pero corresponde al Estado de Oaxaca y muy legítimamente a México, la gloria de haber expedido el primer código civil de todo el mundo de lenguas española y portuguesa, ya que ninguna de las dos naciones (España y Portugal) tuvieron antes, en los tiempos modernos, su propio código.

Por razones obvias, esta reglamentación sujetó el matrimonio a las disposiciones del derecho canónico al decir que: "Los matrimonios ce-

7.—Ortiz Urquidí, Raúl, Editorial Porrúa, S. A. México, 1974.

lebrados según el orden de nuestra santa madre Iglesia, católica, apostólica romana, producen en el estado todos los efectos civiles" (8).

II.—LEY DEL MATRIMONIO CIVIL.

Las disposiciones estudiadas en el punto relativo a "México Independiente", estuvieron vigentes hasta el 27 de Enero de 1857 en que se promulgó nueva ley mediante la cual se estableció el registro civil en la República Mexicana, teniendo como antecedente inmediato el Estatuto Orgánico Provisional de la República, de fecha 23 de Mayo de 1856 (9).

El 12 de Julio de 1859, el Lic. Benito Juárez, siendo Presidente Interino Constitucional, promulgó en el Puerto de Veracruz la Ley de nacionalización de los bienes del clero secular y regular, proclamando en su artículo tercero la absoluta separación de la iglesia y el estado. Dicho artículo tercero dice así:

"Habrà perfecta Independencia entre los negocios del Estado y los negocios puramente eclesiásticos. El gobierno se limitará a proteger con su autoridad el culto público de la religión católica, así como el de cualquier otra" (10).

El día 23 del mismo mes y año se promulgó en Veracruz la Ley del Matrimonio Civil expresando en sus considerandos "que por la independencia declarada de los negocios civiles del Estado, respecto de los eclesiásticos, ha cesado la delegación que el soberano había hecho al clero para que con sólo su intervención en el matrimonio este contrato surtiera todos sus efectos civiles. Que reasumiendo todo el ejercicio del poder en el soberano, éste debe cuidar de que un contrato tan importante como el matrimonio se celebre con todas las solemnidades que juzgue convenientes a su validez y firmeza, y que el cumplimiento de éstas le conste de un modo directo y auténtico" (11).

Es en esta Ley del Matrimonio Civil donde por vez primera se es-

8.—Artículo 78 del Código Civil, Libro Primero, para Gobierno del Estado libre de Oaxaca, 1828, apéndice de "Oaxaca, cuna de la Codificación Iberoamericana", p. 130.

9.—Gomis José y Muñoz Luis, "Elementos de Derecho Civil Mexicano", Tomo I, p. 316, México, 1942.

10.—Leyes de Reforma, Gobiernos de Ignacio Comonfort y Benito Juárez (1856-1863), p. 111, Empresas Editoriales, S. A. México, 1947.

11.—IBIDEM, p.p. 123 y 124.

tablece en México el matrimonio civil y el concepto laico del mismo, aunque todavía con una marcada influencia del Derecho Canónico al establecer que el matrimonio es de carácter indisoluble, como puede verse en su artículos primero y cuarto, que a la letra dicen:

Artículo 1.—“El matrimonio es un contrato civil que se contrae lícita y válidamente ante la autoridad civil. Para su validez bastará que los contrayentes previas las formalidades que establece esta ley, se presenten ante aquella y expresen libremente la voluntad que tienen de unirse en matrimonio”.

Artículo 4.—“El matrimonio civil es indisoluble. por consiguiente, sólo la muerte de alguno de los cónyuges es el medio natural de disolverlo...”

III.—CODIGOS CIVILES DE 1870 Y 1884.

En el período de la Reforma, uno de los primeros actos de Juárez como Jefe del Estado Mexicano, fue encargar al Dr. Justo Sierra O'Reilly, la redacción de un proyecto de Código Civil para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California. El proyecto se concluyó el 18 de Diciembre de 1859, remitiéndolo su autor a la Secretaría de Justicia para que la comisión, que el propio Juárez designó y que empezó a funcionar a principios de 1861, se encargara de revisarlo. El 6 y 20 de Julio de 1866 respectivamente, Maximiliano puso en vigor los dos primeros libros del código, quedando sin valor legal alguno al caer el Imperio. Ya consolidada la República, se nombró una nueva comisión por el gobierno juarista que fue integrada por los abogados " Mariano Yáñez, José María Lafragua, Isidro Montiel y Duarte, Rafael Dondé y Joaquín Eguía, quien fungió como secretario, dio cima a sus labores el 28 de Mayo de 1870" (12). El decreto del congreso de 8 de Diciembre del mismo año, aprobó definitivamente el proyecto, siendo promulgado el 13 del mismo mes, entrando en vigor el 10. de Marzo de 1871. Este código tuvo una marcada influencia en toda la República, pues la mayoría de los estados de la unión lo tomaron como modelo para la elaboración de sus respectivos Códigos Civiles.

Esta reglamentación tomó como base la Ley del Matrimonio Civil, sólo que substituye el concepto de "contrato civil" por el de "sociedad legítima", declarando también la indisolubilidad del vínculo, al prescri-

12.—Ortiz-Urquidí, Raúl, "Oaxaca, cuna de la codificación Iberoamericana", p. 88.

bir en su artículo 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".

CODIGO CIVIL DE 1884.—La comisión redactora de este código fue integrada por los licenciados Eduardo Ruiz, entonces Procurador General de la República, Pedro Collantes y Buenrostro y Miguel S. Macedo. Lo promulgó el Presidente Manuel González el 31 de Marzo de 1884 y entró en vigor el 10. de Junio del mismo año, derogando el código anterior.

Este cuerpo de leyes reitera los conceptos sobre el matrimonio establecidos por el código de 1870, expresándose en la misma forma en su artículo 155.

IV.—LEY DE RELACIONES FAMILIARES.

La Ley de Relaciones Familiares expedida en el Puerto de Veracruz por Venustiano Carranza, siendo Primer Jefe del Ejército Constitucionalista, el 9 de Abril de 1917, también conceptuó el matrimonio como un "contrato civil" pero con la innovación de que es un vínculo disoluble, como lo establece el artículo 13 de dicha ley: "El matrimonio es un contrato civil entre un solo hombre y una sola mujer que se unen con vínculo disoluble para perpetuar su especie y ayudarse a llevar el peso de la vida".

V.—CODIGO CIVIL VIGENTE.

Fue promulgado por el Presidente Plutarco Elías Calles el 30 de Agosto de 1928, y de conformidad con su artículo 10. transitorio el Presidente Pascual Ortiz Rubio dispuso por decreto de 29 de Agosto de 1932, que entrara en vigor el 10. de octubre de dicho año. La comisión redactora del vigente código fue integrada por los abogados Francisco H. Ruiz, Ignacio García Téllez, Rafael García Peña y Fernando Moreno.

Este código, continuando la tradición de las leyes anteriormente expuestas y bajo el amparo del artículo 130 constitucional, está proyectado, inspirado en el derecho civil francés, sobre la ideología contractualista del matrimonio, aún cuando en su exposición de motivos consigna: "El cambio de las condiciones sociales de la vida moderna impone la necesidad de renovar la legislación. El Derecho Civil, que forma parte

de ella, no puede permanecer ajeno al colosal movimiento de transformación que las sociedades experimentan" (13).

No obstante, respecto del tema que desarrollamos no hubo tal innovación legislativa, pues la exposición de motivos hizo alusión indistintamente al matrimonio y al concubinato como formas legales y morales de constituir la familia.

13.—Código Civil de 1928, p.p. 7 y 8.

CAPITULO QUINTO

NATURALEZA JURIDICA DEL MATRIMONIO

- 1.—EL MATRIMONIO COMO INSTITUCION.
- 2.—EL MATRIMONIO COMO ACTO JURIDICO CONDICION.
- 3.—EL MATRIMONIO COMO ACTO JURIDICO MIXTO.
- 4.—EL MATRIMONIO COMO CONTRATO ORDINARIO.
- 5.—EL MATRIMONIO COMO CONTRATO DE ADHESION.
- 6.—EL MATRIMONIO COMO ESTADO JURIDICO.
- 7.—EL MATRIMONIO COMO ACTO DE PODER ESTATAL.
- 8.—EL MATRIMONIO COMO ACTO UNION.
- 9.—EL MATRIMONIO COMO CONVENCION EN SENTIDO TECNICO.

NATURALEZA JURIDICA DEL MATRIMONIO

El matrimonio ha sido también estudiado en cuanto a su naturaleza jurídica. Según el Dr. Rafael Rojina Villegas (1) dicho estudio puede abordarse desde los siguientes puntos de vista:

- I.—Como institución;
- II.—Como acto jurídico condición;
- III.—Como acto jurídico mixto;
- IV.—Como contrato ordinario;
- V.—Como contrato de adhesión;
- VI.—Como estado jurídico; y
- VII.—Como acto de poder estatal.

A esta enumeración de Rojina, podemos agregar dos puntos de vista más, que corresponden, en primer lugar, al Doctor Gabino Fraga en su Derecho Administrativo y, en segundo lugar, a Salvador Puglatti en su Introducción al Estudio de Derecho Civil. Según ellos, el matrimonio puede también contemplarse:

- 1.—Como acto unión, y
- 2.—Como convención en sentido técnico.

A continuación conoceremos las ideas de los tres autores citados.

1.—EL MATRIMONIO COMO INSTITUCION

El matrimonio como institución significa el conjunto de normas jurídicas que lo rigen, entendiéndose por "Institución jurídica el conjunto de

1.—Ob. cit. p. 329.

normas de igual naturaleza que regulan un todo orgánico y persiguen una misma finalidad". García Máñez, en cambio, dice que "Institución es el núcleo de preceptos jurídicos que reglamentan relaciones de igual naturaleza" (2).

Los ploneros de la tesis del matrimonio como institución son Ihering, Kelsen, Hauriou, Kipp y Wolff, cuyos criterios analiza el Dr. Rojina Villegas, diciendo que es una institución jurídica por cuanto que existe en los códigos y los diferentes preceptos que regulan tanto el acto de su celebración, estableciendo elementos esenciales y de validez, como los preceptos que establecen los derechos y obligaciones de los contrayentes, persiguen la misma finalidad al crear un estado permanente de vida que será la fuente de una gran variedad de relaciones jurídicas.

2.—EL MATRIMONIO COMO ACTO JURIDICO CONDICION

León Duguit, en su Tratado de Derecho Constitucional, distingue tres tipos de actos: el acto regla, el acto subjetivo y el acto condición. Respecto de este último, dice que es acto jurídico que tiene por objeto determinar la aplicación permanente de todo un estatuto de derecho a un individuo o a un conjunto de individuos, para crear situaciones jurídicas concretas que constituyen un verdadero estado, por cuanto que no se agotan por la realización de las mismas, sino que permiten su renovación continua. Relacionándolo con el matrimonio, opina que por virtud de éste se condiciona la aplicación de un estatuto que vendrá a regir la vida de los consortes en forma permanente. Es decir, un sistema de derecho en su totalidad es puesto en movimiento por virtud de un acto jurídico que permite la realización constante de consecuencias múltiples y la creación de situaciones jurídicas permanentes.

Por lo anteriormente expuesto, encuentra en el matrimonio todos los elementos que caracterizan el acto condición; lo más importante que implica una manifestación de voluntades (la de los contrayentes), para crear un estado permanente de vida entre los cónyuges, originando derechos y obligaciones recíprocos, así como relaciones permanentes que no se agotan por su cumplimiento, sino que se renueva indefinidamente. Es en esta concepción en donde se logra conjugar, a la vez, tanto el aspecto del matrimonio, como el acto jurídico, como su

2.—García Máñez, Eduardo, "Introducción al Estudio del Derecho", p. 124, Editorial Porrúa, S. A. México, 1956.

carácter de Institución, toda vez que no basta para su debida caracterización tomar en cuenta el momento inicial, sino el estado de vida que se crea mediante la organización permanente que establece el sistema normativo.

Por su parte, el Dr. Gabino Fraga, clasifica los actos jurídicos por razón del efecto que producen. Al referirse a los tres tipos de actos ya mencionados nos dice que el acto jurídico condición, es el que el efecto de tales actos jurídicos es el que condiciona la aplicación de una situación jurídica general a un caso particular. El Dr. Raúl Ortiz-Urquidi (3), transcribe de Gabino Fraga lo siguiente: "Resulta que en multitud de casos la norma jurídica no es aplicable de pleno derecho a un caso individual; para que lo sea es necesaria la verificación de un acto jurídico intermediario. Este acto produce una modificación en el orden jurídico, puesto que por su realización el individuo no se ve colocado dentro de la regla general. Así, por ejemplo, la situación de hijo adoptivo o de casado no se aplica de pleno derecho a todos los individuos; se requiere, para el primer caso, el acto de adopción, y, para el segundo, el acto del matrimonio", y continúa: "Esos actos necesarios para que una situación jurídica general se aplique a un caso individual, se designan con el nombre de actos condición, significándose con esta expresión la aplicación de la norma general".

3.—EL MATRIMONIO COMO ACTO JURIDICO MIXTO

La doctrina jurídica clasifica los actos jurídicos en privados, públicos y mixtos. Los primeros son los que se realizan por la sola intervención de los particulares; los segundos, en cambio, son los que se realizan por la intervención de los órganos estatales y por último, son aquellos que se realizan por la intervención tanto de los particulares como de los funcionarios públicos.

Planiol y Ripert (4), en su Tratado Práctico de Derecho Civil Francés, dan una significación distinta del acto jurídico mixto, diciendo ambos que "la única concepción que responde a la realidad de las cosas es la concepción mixta: el matrimonio es un acto complejo, a la vez contrato e institución, del mismo modo que, en nuestro antiguo derecho,

3.—"Matrimonio por Comportamiento", p. 55.

4.—Citados por Ortiz-Urquidi, "Matrimonio por Comportamiento", p. 55.

era considerado por nuestros antiguos autores como un contrato y un sacramento a la vez".

Rojina Villegas, opina que el matrimonio es un acto jurídico mixto, en tanto que se constituye no sólo por el consentimiento de los contrayentes, sino también por la "intervención que tiene el oficial del Registro Civil. Este órgano del estado desempeña un papel constitutivo y no simplemente declarativo, pues podemos decir que si se omitiese en el acta respectiva hacer constar la declaración que debe hacer el citado funcionario, considerando unidos a los consortes en legítimo matrimonio, éste no existiría desde el punto de vista jurídico" (5).

Nosotros apoyamos la idea de Villegas, considerando el matrimonio, como acto jurídico mixto, ya que para su realización se requiere del consentimiento de los contrayentes, (acto jurídico privado), y la intervención de un Oficial del Registro Civil en representación del Estado, para que haga la manifestación expresa de declararlos unidos en matrimonio (acto jurídico público).

Distinta cosa sucede en el Derecho Canónico, donde el sacerdote no administra propiamente el sacramento del matrimonio, sino únicamente se concreta a dar la bendición nupcial, con lo cual se le equipara a un testigo calificado.

4.—EL MATRIMONIO COMO CONTRATO ORDINARIO

A partir de la separación entre matrimonio civil y religioso, tenemos que, mientras la iglesia católica lo concibe como contrato-sacramento, la ley civil lo considera fundamentalmente como un contrato, en el que se dan los elementos de existencia y validez necesarios para tal acto jurídico.

Con relación a esta tesis tradicional, Planiol (6), refiriéndose al carácter contractual del matrimonio nos dice: "La idea de que el matrimonio es un contrato, es rechazada por numerosas personas. Por lo general, se debe a una preocupación religiosa, porque en la doctrina canónica, la Institución del sacramento del matrimonio ha absorbido al contrato. Pero la ley, que estatuye para un pueblo que practica religiones diferentes, y que comprende, al mismo tiempo, a personas que no

5.—Ob. cit. p. 334.

6.—Citado por Rojina Villegas, ob. cit. p. 335.

practican ninguna, no puede hacer suya una concepción religiosa. En otros autores, —continúa—, el error se debe a una noción inexacta de la naturaleza de los contratos. Véase principalmente Beaussire "Principes du droit", págs. 212 - 213, para quienes los contratos son actos esencialmente arbitrarios en todas sus partes, no habiendo ninguno respecto al que algunos de sus elementos, condiciones o efectos sean impuestos por la naturaleza o por la ley".

Planiol y Ripert sostienen pues, la tesis de que el matrimonio es una institución constituyendo un acto complejo, a la vez que reconocen su carácter contractual, admitiendo en el mismo una naturaleza mixta como se comprueba con la siguiente transcripción: "Naturaleza del matrimonio.—Durante cerca de un siglo, la cuestión de la naturaleza del matrimonio no se planteó, porque la respuesta era casi unánime e indiscutida: se consideraba el matrimonio civil como un contrato. Pero desde principios del siglo XX se ha criticado muy severamente esa concepción y muchos autores han renunciado a ella para sustituirla por otras ideas, la más extendida de las cuales consiste en considerar el matrimonio como una institución. Se quiere expresar con ello que constituye un conjunto de reglas impuestas por el Estado, que forma un todo y al cual las partes no tienen más que adherirse; una vez dada su adhesión, su voluntad es ya impotente y los efectos de la institución se producen automáticamente. Esta nueva doctrina tiene la ventaja de arrojar una luz viva sobre las condiciones, los efectos y las causas de nulidad del matrimonio. Pero no hay que exagerar la parte de verdad que contenga, ya que si bien es cierto que el matrimonio es algo más que un contrato, no hay que olvidar que tiene también naturaleza de contrato". Más adelante prosigue: "Pero el matrimonio no deja de ser un contrato al mismo tiempo que una institución. Si la doctrina del siglo XIX no ha puesto suficientemente en claro su carácter de institución, no hay que caer en una reacción exagerada, olvidando su carácter contractual".

Por su parte, el jurista italiano Degni entiende que cuando se dice que el matrimonio es un contrato no debe creerse que se trata de un contrato como la generalidad de los contratos. El matrimonio es un contrato —dice—, en cuanto surge por efectos de la voluntad de los esposos, mas no deja de tener una particular estructura, vinculada íntimamente con los fines que el instituto del matrimonio se propone; por lo que se distingue de todos los otros contratos y justifica y explica los

límites señalados por la ley, en interés general, a la eficacia de la voluntad de los contrayentes. Ahora bien, prosigue Degni, 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 unirse 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 (7).

Rojina Villegas expresa que en el derecho de familia ha venido ganando terreno la idea de que el matrimonio es un acto jurídico mixto, por lo cual, sostiene en forma categórica que debería desecharse la tesis contractual, pues tal punto de vista sólo tuvo por objeto separar de manera radical el matrimonio civil del religioso, y negar áquel principio consagrado por el derecho canónico que dio carácter de sacramento al matrimonio. Por esto, —sigue diciendo— en el artículo 130 de la Constitución de 1917, se afirma que el matrimonio como contrato civil es de la exclusiva competencia de los funcionarios y autoridades del orden civil. Es decir, no debe considerarse que el legislador mexicano, al afirmar que el matrimonio es un contrato, quiso equipararlo en sus efectos y disolución al régimen general de los contratos, sino más bien su intención fue únicamente negar a la Iglesia toda ingerencia en la regulación jurídica del matrimonio, en la celebración del mismo, en los impedimentos para llevarlo a cabo y en las consecuencias del divorcio.

5.—EL MATRIMONIO COMO CONTRATO DE ADHESION

En realidad esta tesis no es más que una modalidad de la tesis contractual, que sostiene que el matrimonio participa de las características generales de los contratos de adhesión, pues los contrayentes no tienen libertad para establecer derechos y obligaciones distintos de aquellos que imperativamente determina la ley. En esto tiene similitud con los contratos comunes y corrientes de adhesión, pues en éstos una

7.—Citado por Pina Rafael de, "Elementos de Derecho Civil Mexicano", Volumen I, p. 321, Editorial Porrúa, S. A., México, 1968.

parte simplemente tiene que aceptar en todos sus términos la oferta que la otra parte hace, sin la posibilidad de poder variar dichos términos. Los contratos llamados prestación de servicios públicos tienen la particularidad de que el Estado reglamenta las cláusulas y elementos de los mismos sin que las partes puedan influir en la determinación del contenido de tales cláusulas, sino simplemente acatarlas como sucede con el contrato de suministro de energía eléctrica o en el de transportes.

Los que sostienen esta tesis del matrimonio como contrato de adhesión estiman que el Estado por razones de interés público impone al régimen legal del matrimonio, ciertos requisitos de "tal manera que los consortes simplemente se adhieren a éstos, funcionando su voluntad sólo para el efecto de ponerlo en movimiento y aplicarlo" (8). Ahora bien, en cuanto a los contratos de adhesión, se ha sostenido que en realidad prevalece la voluntad de una de las partes sobre la otra, o bien, la voluntad del Estado que a través de ciertos reglamentos determina algunas cláusulas o elementos de los contratos de prestación de servicios públicos. En cambio, respecto al matrimonio, no se puede pensar que prevalezca la voluntad de una parte sobre la de la otra, sino más bien, que es la voluntad del Estado expresada en la ley la que se impone, de tal forma que ambos consortes simplemente se adhieren a la misma para aceptar en sus términos la regulación legal.

6.—EL MATRIMONIO COMO ESTADO JURIDICO

Por estado jurídico debemos entender el conjunto de elementos que producen "situaciones jurídicas permanentes, permitiendo la aplicabilidad de todo un estatuto legal a situaciones determinadas que continúan renovándose en forma más o menos indefinida" (9).

Se cree que el matrimonio constituye un estado jurídico entre los consortes, porque se crea para los mismos una situación jurídica permanente que origina consecuencias constantes por la aplicación del estatuto legal respectivo a todas y cada una de las situaciones que se van presentando durante la vida matrimonial, tanto más si se tiene en cuenta que dicho matrimonio no se agota en el solo acto de su celebración, sino que la plenitud de sus consecuencias jurídicas, la realización de su vida

8.—Rojina Villegas Rafael, ob. cit. p. 348.

9.—IBIDEM, p. 349.

y, sobre todo, el cumplimiento de las obligaciones entre marido y mujer y en relación con los hijos, dependen fundamentalmente del estado matrimonial, "tanto que en legislaciones como la del Distrito Federal, por ejemplo, las fracciones VIII y IX del artículo 267 del Código Civil, señalan como causas de divorcio: "VIII, la separación de la casa conyugal por más de seis meses sin causa justificada; IX, la separación del hogar conyugal originado por 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", lo que evidentemente, viene a demostrar, que no es solamente el acto de la celebración, sino principalmente el estado matrimonial de convivencia, lo que da plenitud de consecuencias jurídicas al matrimonio" (10).

7.—EL MATRIMONIO COMO ACTO DE PODER ESTATAL

Esta tesis es sostenida por el jurista italiano Antonio Cicu, quien, en su tratado *El Derecho de Familia*, emite la opinión siguiente: "El matrimonio es acto de poder estatal. —Estas consideraciones ponen en claro la especial importancia que tiene el hecho de que la declaración de voluntad de los esposos deba ser dada al oficial, y por él recogida personalmente en el momento en el que se prepara para el pronunciamiento; y que toda otra declaración o contrato realizado entre los esposos no tiene ningún valor jurídico. Nosotros deducimos de esto que la ley no considera el matrimonio como contrato tampoco formalmente y que la concorde voluntad de los esposos no es más que condición para el pronunciamiento: éste y sólo éste es constitutivo del matrimonio. Se comprende que si no vacilamos en llegar a esta conclusión, es porque la misma está consentida y justificada por la premisa contenida en la primera parte; y una vez admitido que el interés en la constitución de relaciones familiares sea también interés del Estado, no se puede tener dificultad en considerar el matrimonio como constituido formalmente por acto del poder público. Y no es dudoso que ésta fuere la meta de la evolución histórica: es el Estado el que une en matrimonio; se objetará que, además del interés del Estado, existe el interés bien distinto de los esposos, el cual, incluso, debe considerarse como preponderante, tanto, que el Estado está obligado, en defectos de impedimentos, a la celebración.

10.—Ortiz-Urquidí, Raúl "Matrimonio por Comportamiento", p. 58.

Pero nosotros hemos visto que el interés de los esposos no puede ser considerado como un interés individual privado de los mismos; por consiguiente, también bajo este aspecto la concepción privatística carece de base. Que el Estado no intervenga como extraño en tutela de un interés propio, frente a la natural libertad individual, resulta de que no es precisamente la forma de autorización la que aquí se produce, la cual, en cambio, se adaptaría a aquella concepción. Lo que más contribuye a mantener firme la concepción contractual es la consideración de que hay libertad de unirse o no en matrimonio, y que sin la concorde voluntad de los esposos el matrimonio no es concebible; que, incluso, el consentimiento es aquí más simple, más vinculante. Pero no se advierte que éste no tiene nada que ver con la valoración jurídica; es siempre el punto de vista privatístico el que altera la versión; y así el mismo no puede explicar por qué en casos en los que el consentimiento es pleno y el propósito es precisamente aquel que sustancialmente se atribuye al matrimonio (ejemplo, matrimonio religioso), jurídicamente no se tenga nada; especialmente no puede dar razón de la perpetuidad e indisolubilidad del vínculo. No se advierte que mientras el contrato limita, la libertad de un contratante frente al otro, el matrimonio no limita, sino que excluye la libertad, y pone por eso necesariamente a los esposos frente a un poder superior (Divinidad, Estado). Por eso, el Estado no interviene como extraño. Se tiene, en cambio, interés familiar, elevado a interés estatal. Si después de esto se quiere todavía hablar de negocio jurídico familiar, nosotros no tenemos dificultad en estar de acuerdo: con tal que el negocio no se haga consistir en el contrato entre los esposos, y, en todo caso, se deje de lado la concepción privatística" (11).

8.—EL MATRIMONIO COMO ACTO UNION

Quien sostiene esta tesis es el conocido jurista mexicano Dr. Gabino Fraga, que para el efecto, aborda la conocida clasificación de actos unilaterales y actos plurilaterales. A los plurilaterales los divide en contractuales, colectivos, complejos o actos de colaboración y actos unión. Los primeros, son aquellos en los que tanto el objeto como la finalidad perseguida por cada contratante es diferente; los segundos, en los que

11.—Cicu Antonio, "El Derecho de Familia", p.p. 308-312, Trad. de Santiago Sentís Melendo, Editores Edlar, S. A. Buenos Aires, Arg. 1947.

las voluntades que concurren a la formación del acto tienen el mismo objeto y la misma finalidad, como por ejemplo, la formación de una ley; y, los terceros, o sean los actos unión, son aquellos en los que intervienen varias voluntades persiguiendo un mismo objeto. El Dr. Ortiz-Urquidí (12), transcribiendo las palabras del Dr. Gabino Fraga, dice: "Puede presentarse un tercer caso en que, concurriendo varias voluntades, tengan el mismo objeto, lo cual asemejaría el acto a un acto colectivo; pero que tiene cada uno de ellas o cada grupo de ellas, finalidades diferentes, lo cual sería motivo para asemejarlos al contrato. Este tercer caso se considera por algunos autores, como siendo en realidad una forma del acto complejo o colectivo, porque se estima que un mismo objeto de la voluntad puede satisfacer múltiples y diversos intereses. Sin embargo se ha sostenido que esta forma a que nos hemos venido refiriendo debe considerarse como tipo especial del acto plurilateral, habiéndosele llamado en la doctrina acto-unión. A ese efecto, se indica que en él las voluntades concurrentes no son independientes como en el acto colectivo, sino que están ligadas entre sí de manera de dar lugar a una convención; pero sin que ésta llegue a formar un contrato, puesto que el efecto jurídico que se produce y que es otro elemento que viene a caracterizar a éste, no es crear una situación jurídica individual. Para aclarar estas ideas recurrimos a los ejemplos usuales: el acto del matrimonio implica la concurrencia de dos voluntades que se convencionan, lo cual haría pensar en calificarlo como contrato, si no fuera porque esas voluntades no son las que determinan la situación jurídica de los cónyuges, pues ésta se encuentra de antemano determinada por la ley. De manera que el acto del matrimonio no es sino la condición de aplicación del estado de casados a los que concurren con su voluntad a formarlo".

9.—EL MATRIMONIO COMO CONVENCION EN SENTIDO TECNICO

Salvador Pugliatti, al iniciar el estudio del negocio jurídico en su obra *Introducción al Estudio del Derecho Civil* —Traducción del maestro Vázquez del Mercado— dice que es más "fácil identificar los diversos negocios típicos a través de su particular nomen juris, antes de abarcarlos bajo propias denominaciones de clases o grupos: así, pueden ponerse de relieve los nombres de los contratos individuales, y pueden también encontrarse términos propios de particulares negocios no contrac-

12.—Ob. cit. p.p. 60 y 61.

tuales: el matrimonio, el testamento, la renuncia, la aceptación de herencia, etc.". Y más adelante prosigue: "Los contratos no agotan la categoría de los negocios bilaterales aun cuando ocupen la mayor parte. Tienen, en efecto, la misma estructura de los negocios bilaterales los negocios que se designan como convenciones en sentido técnico y restringido (en sentido lato el término "convención" comprende también los negocios contractuales). Dada la identidad de estructura, la distinción entre estas dos categorías de negocios bilaterales debe ser hecha en relación al contenido: los contratos tienen un contenido patrimonial y pertenecen de preferencia al campo obligatorio; las convenciones en sentido técnico, están más bien dirigidas a crear un status, una situación jurídica estable: son ejemplos, el matrimonio (el acto civil regulado por los arts. 53 y sigs. del CC. —los artículos se refieren al Código Civil Italiano—; no el negocio contractual, que regula el régimen patrimonial entre los cónyuges —art. 1378 y sigs. CC.—y que presupone justamente el acto civil); la adopción, para la que se requiere el consentimiento del adoptante y del adoptado (Art. 208, C.C.)" (13).

13.—Puglatti, Salvador, "Introducción al Estudio del Derecho Civil", pp. 238, 300 y 301, Trad. del Lic. Alberto Vázquez del Mercado, Editorial Porrúa, S. A., México, 1943.

CAPITULO SEXTO

ELEMENTOS DEL ACTO JURIDICO

- 1.—BREVES CONSIDERACIONES SOBRE EL ACTO JURIDICO.**
- 2.—ELEMENTOS ESENCIALES O DE EXISTENCIA.**
- 3.—ELEMENTOS DE VALIDEZ.**

1.—BREVES CONSIDERACIONES SOBRE EL ACTO JURIDICO

Ni el Código Civil de 1928 para el Distrito y Territorios Federales, ni los anteriores de 1870 y 1884 reglamentaron tan cabalmente la teoría del acto jurídico, como por ejemplo, el vigente Código Civil alemán, del primero de enero de 1900 —sección tercera del libro primero, denominado parte general—. En México se destina a este renglón el Código del Estado de Morelos de 1946 y el del Estado de Sonora de 1949; —título tercero del libro primero de ambos—. La técnica empleada en los primeramente citados (C.C. 1870, 1884 y 1928), consiste en reglamentar la especie contrato por el género acto.

Nuestro Código vigente de 1928, en sus artículos de 1792 a 1858 —capítulo primero del título primero de la primera parte de su libro cuarto—, después de establecer las disposiciones generales de los contratos como fuente de las obligaciones, consigna en la parte final de dicho capítulo, o sea en el artículo 1859 lo siguiente: "Las disposiciones legales sobre contratos serán aplicables a todos los convenios y a otros "actos jurídicos" en lo que no se opongan a la naturaleza de éste o a disposiciones especiales de la ley sobre los mismos". Como podemos comprobar, nuestro Código, en vez de reglamentar el género acto, reglamenta una especie de éste, que es el contrato.

Los países europeos de origen latino —Francia, España, Portugal, Italia y el proyecto español de don Florencio García Goyena— tampoco reglamenta autónomamente el acto jurídico (1).

Sin embargo, en México, no podemos dejar pasar por alto, que el Dr. Raúl Ortiz-Urquidí formuló en el año de 1945 un anteproyecto del Código

1.—Ortiz-Urquidí, Raúl, "Revista de la Facultad de Derecho", Tomo IX, Núms. 35-36, año 1959, p. 250, U.N.A.M., México, 1959.

civil para el Estado de Morelos, en donde, por primera vez en la historia jurídica de nuestro país, se reglamentó autónomamente el acto jurídico.

Por cierto, que el citado autor, apartándose de nuestra tradición, heredada de los españoles y franceses que únicamente distinguen el hecho y el acto jurídico —sobre la base bipartita—, y de los alemanes e Italianos que distinguen solamente —también sobre la base bipartita— el hecho y el negocio jurídico, reglamentó en su citado anteproyecto (arts 26, 27, 28 y 29), también por primera vez en México, y en forma autónoma los hechos, actos y negocios jurídicos fijándole a cada uno de ellos un significado preciso que hace que en forma nítida se distingan entre sí, pues como el mismo dice, que empleo esta última denominación, la de negocio jurídico, tan usual en la literatura jurídica alemana y también en la italiana, "para mayor precisión del lenguaje y consiguiente fijeza de los conceptos jurídicos, concretamente establecida en el caso por la pulcra distinción que existe entre el negocio y el acto".

La distinción de hecho, acto y negocio jurídico a que el jurista se refiere es la siguiente: "Bases para la Distinción Precisa entre Hecho, Acto y Negocio Jurídicos.—Hemos pensado que para distinguir pulcramente entre hechos, actos y negocios jurídicos, no hay sino tomar en cuenta la intervención de la voluntad —presencia o ausencia de ella— en estos dos momentos: a), en la realización del acontecimiento en que el hecho, el acto o el negocio pueden consistir, y b) en la producción de las consecuencias jurídicas. Hecho jurídico.—Se caracteriza éste, dentro de la tesis que postulamos, porque en él la voluntad no interviene en ninguno de los dos momentos mencionados en el apartado anterior, es decir: a), ni en la realización del acontecimiento, y b), ni en la producción de las consecuencias o efectos jurídicos, no obstante lo cual éstos se producen. Acto Jurídico.—En él sí interviene la voluntad del sujeto, pues sólo en la realización del acontecimiento, —primer momento— más no en la producción de efectos —segundo momento— no obstante lo cual, éstos se producen. Negocio Jurídico. —En cambio, en el negocio, la voluntad interviene en los dos citados momentos: en la realización del acontecimiento y en la producción de las consecuencias jurídicas. El ejemplo típico es el contrato, pues voluntariamente lo realizan quienes lo celebran —primer momento— y los propios contratantes están deseando al celebrarlo —segundo momento— la producción de las correspondientes consecuencias jurídicas. La Licitud como Elemento Básico del Negocio.— Es absolutamente necesario dejar sentado que la li-

ctitud es elemento básico, sine qua non, del negocio jurídico (acto para los franceses), pues si las partes realizan un hecho ilícito, por más que lo hagan voluntariamente —primer momento— y estén deseando —segundo momento— tal producción de efectos, ese hecho nunca tendrá el carácter de negocio (para alemanes e italianos) o acto jurídico (para franceses y españoles)" (2).

2.—ELEMENTOS ESENCIALES O DE EXISTENCIA

Los elementos esenciales del acto jurídico son aquellos sin los cuales éste no puede existir. Nuestra legislación señala los 4 siguientes:

A.—El consentimiento.—Es el acuerdo de dos o más voluntades para producir efectos de derecho. También hay actos unilaterales en el que existe solamente una voluntad, como por ejemplo, el testamento.

B.—El objeto.—Es la prestación materia del acto, y que produzca consecuencias jurídicas consistente en crear, transmitir, modificar o extinguir derechos y obligaciones.

C.—El reconocimiento que haga la norma de derecho a los efectos deseados por el autor del acto o el consentimiento de las partes. Al respecto, Rojina Villegas (3) nos dice que si la norma jurídica no reconoce una cierta manifestación de voluntad, no hay acto jurídico por falta de objeto para producir consecuencias de derecho que estén amparadas por el ordenamiento. Si todas las manifestaciones —sigue diciendo— fueren amparadas por el ordenamiento jurídico, el derecho estaría al servicio de los caprichos de los particulares.

D.—La solemnidad.—Este cuarto elemento de existencia es necesario sólo cuando la ley lo señale expresamente. Un ejemplo típico es el matrimonio, reglamentado por el Código Civil del Distrito y Territorios Federales, y por los demás Códigos de las entidades federativas que lo han seguido en esta materia.

3.—ELEMENTOS DE VALIDEZ

Los elementos de validez del acto jurídico son aquellos que no son necesarios para la existencia del mismo, pero su inobservancia puede

2.—Ortiz-Urquidí, Raúl, ob. cit. pp. 253 a 255.

3.—Ob. cit., p. 310.

dar lugar a la nulidad absoluta o relativa, según lo determine la ley, y son:

A.—La capacidad.—La voluntad para la celebración del acto jurídico debe ser otorgada por persona capaz.

B.—La ausencia de vicios de la voluntad.—La voluntad debe ser expresada sin vicio alguno, (error, dolo, violencia), es decir, debe manifestarse libre y cierta. Trinidad García (4) nos dice al respecto, que son dos las causas o vicios de la voluntad: "el miedo o temor y el error; aunque se agrega usualmente a ellas el dolo, éste no es, en estricto rigor, un vicio de la voluntad distinto de los anteriores, porque constituye sólo una específica causa externa del error".

El miedo es producto de la violencia. La violencia es la "fuerza material o moral que se hace sobre una persona para inducirla a que exprese su voluntad en determinado sentido" (5).

El error es el falso concepto de la realidad. El Derecho toma en cuenta este vicio de la voluntad para proteger al que se ha obligado debido a él, puesto que la persona que contrajo la obligación en esas condiciones, si hubiera conocido el error en que se encontraba, no hubiera contraído tal obligación.

En su artículo 1815 el Código Civil del Distrito define al dolo como cualquier sugestión o artificio que se emplee para inducir a error o mantener en él a la persona que celebra un acto jurídico.

C.—La licitud en el objeto, motivo, fin o condición del acto.—Es decir, que el acto jurídico tenga un fin, motivo, objeto y condición lícitos.

D.—La forma.—La voluntad debe exteriorizarse de acuerdo con las formalidades establecidas por la ley.

4.—"Apuntes de Introducción al Estudio del Derecho", p. 166, Editorial Porrúa, S. A. México 1971.

5.—IBIDEM, p. 167.

CAPITULO SEPTIMO

ELEMENTOS DEL MATRIMONO SOLEMNE

- 1.—ELEMENTOS ESENCIALES O DE EXISTENCIA.**
- 2.—ELEMENTOS DE VALIDEZ.**

ELEMENTOS DEL MATRIMONIO SOLEMNE

Siendo el matrimonio un acto jurídico, es evidente que éste también tiene elementos esenciales y de validez, por lo que en este punto nos proponemos estudiar dichos elementos, aplicando, desde luego, los elementos del acto jurídico.

1.— ELEMENTOS ESENCIALES

Los elementos esenciales o de existencia del matrimonio son:

A.—El consentimiento.—Que lo constituyen el acuerdo de voluntades de ambos contrayentes para unirse en matrimonio, y el del Oficial del Registro Civil que los declara unidos legalmente en nombre de la sociedad y del Estado.

B.—El objeto.—En el matrimonio podemos distinguir entre el objeto directo y el objeto indirecto. El primero es la creación de derechos y obligaciones entre los cónyuges, y el segundo, la obligación de estos de hacer vida en común, ayudarse recíprocamente, de débito carnal y auxilio espiritual. Igualmente, cuando existan hijos, toda la serie de consecuencias que con relación a éstos señala la ley, principalmente en lo relativo a la patria potestad y la filiación en general.

C.—El reconocimiento que debe hacer la norma de derecho a la voluntad de los contrayentes para la creación de efectos jurídicos, consistentes en los derechos y obligaciones aludidos.

D.—La solemnidad.—Siendo el matrimonio un acto típicamente solemne, requiere para su existencia además de los elementos señalados,

el de la solemnidad. El Dr. Rojina Villegas (1) distingue las solemnidades de las formalidades, y nos dice al respecto: "En el matrimonio, aún cuando 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 sólo afectarán su validez cuando no se observen".

De acuerdo con lo anterior, encontramos que en los artículos 102 y 103 del Código Civil del Distrito Federal se establecen tanto solemnidades como formalidades en la celebración del matrimonio. Podemos señalar que son esenciales para la existencia misma del acto jurídico, las siguientes solemnidades:

a).—Que se otorgue el acta matrimonial;

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 considerándolos unidos en el nombre de la ley y de la sociedad

Sobre el particular debemos decir que compartimos el criterio del Dr. Ortiz Urquidí en el sentido de que en el caso de este inciso no se trata de una solemnidad sino de una formalidad, en virtud de que dicho inciso se encuentra en contradicción con el artículo 250 que, congruente con el 2234 aplicable a todos los actos jurídicos en virtud a lo dispuesto en el 1859 —todos del Código Civil del Distrito—, le da mayor relevancia a la conducta o comportamiento de las partes.

Dicho artículo 250 dice: "No se admitirá demanda de nulidad por falta de solemnidades —en realidad debía de decir "formalidades"— en el acta de matrimonio celebrado ante el Oficial del Registro Civil, cuando a la existencia del acta se una la posesión de estado matrimonial";

c).—Que se determinen los nombres y apellidos de los contrayentes.

Ya quedó asentado que los elementos esenciales del acto jurídico son aquellos sin los cuales éste no puede existir, y siendo el matrimonio un acto jurídico, es evidente que faltando cualquiera de los elementos señalados con antelación, (el consentimiento, el objeto, el reconocimiento de la norma de derecho y la solemnidad) éste es necesariamente inexistente.

1.—Ob. cit. p. 369.

2.—ELEMENTOS DE VALIDEZ

Los elementos de validez del matrimonio son los siguientes:

a).—La Capacidad.—En lo referente a este elemento tenemos que distinguir entre la capacidad de goce y la capacidad de ejercicio. La primera, es la aptitud de una persona para ser titular de derechos y obligaciones; y, la segunda es la aptitud de una persona para poder ejercitar dichos derechos o cumplir sus obligaciones. En lo referente al matrimonio, hay incapacidad de goce, de conformidad con el artículo 156 del Código Civil del Distrito, fracciones I, VIII, IX, las siguientes por: a) falta de edad requerida por la ley, cuando no haya sido dispensada —el artículo 148 señala la edad de dieciséis años en el hombre y catorce años en la mujer—; b) embriaguez habitual, la morfomanía, la heteromanía y el uso indebido y persistente de las demás drogas enervantes. La impotencia incurable para la cópula, la sífilis, la locura y las enfermedades crónicas incurables, que sean, además, contagiosas o hereditarias; y, c) el idiotismo y la imbecilidad.

La fracción II de dicho artículo 156 señala como incapacidad de ejercicio la falta de consentimiento del que, o los que, ejerzan la patria potestad, el tutor o el juez en sus respectivos casos, es decir, que quien teniendo la edad requerida por el artículo 148 (capacidad de goce) no tenga la mayoría de edad, y por lo tanto la capacidad necesaria para disponer de su persona y de sus bienes, el consentimiento sea otorgado de acuerdo a los artículos 149, 150 y 151 por los padres, si ambos viven, o del que sobreviva; por imposibilidad o falta de los padres, se necesita el consentimiento de los abuelos paternos, si ambos viven, o del que sobreviva; por imposibilidad o falta de los abuelos paternos se requiere el consentimiento de los abuelos maternos; faltando los abuelos paternos y maternos se necesita el consentimiento de los tutores; y, faltando éstos, el consentimiento lo otorga el juez de lo familiar de la residencia del menor. En el caso de que los ascendientes o tutores nieguen el consentimiento o revoquen el que hubieren concedido, los interesados pueden ocurrir al presidente municipal —en el Distrito Federal al Director General del mismo—.

B.—La ausencia de vicios de la voluntad. —Los artículos 156 fracción VII, 235 fracción I y 245 en sus tres fracciones del citado Código Civil del Distrito, nos señalan los vicios de la voluntad cuando ésta ha

sido dada por error, por dolo, o arrancada por violencia. Dichos artículos dicen textualmente:

Artículo 156.—Son impedimentos para celebrar el contrato de matrimonio:...

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

Artículo 235.—Son causas de nulidad de un matrimonio:

I.—El error acerca de la persona con quien se contrae, cuando entendiendo un cónyuge celebrar matrimonio con persona determinada lo contrae con otra.

Artículo 245.—El miedo y la violencia serán causa de nulidad del matrimonio si concurren las circunstancias siguientes:

I.—Que uno u otro importen peligro de perder la vida, la honra, la libertad, la salud o una parte considerable de los bienes;

II.—Que el miedo haya sido causado o la violencia hecha al cónyuge o a la persona o personas que la tienen bajo su patria potestad o tutela al celebrarse el matrimonio; y,

III.—Que uno u otra hayan subsistido al tiempo de celebrarse el matrimonio.

C.—La licitud en el objeto, motivo, fin o condición del acto.—Este elemento de validez lo encontramos señalado en las fracciones III, IV, V, VI y X del mencionado artículo 156 que se refieren al incesto, al parentesco de afinidad, al adulterio, al atentado contra la vida de alguno de los casados para casarse con el que quede libre y, a la bigamia. Dichas fracciones dicen:

III.—El parentesco de consanguinidad legítima o natural, sin limitación de grado en la línea recta, ascendente o descendente. En la línea colateral igual, el impedimento se extiende a los hermanos y medios hermanos. En la colateral desigual, el impedimento se extiende solamente a los tíos y sobrinos, siempre que estén en el tercer grado y no haya obtenido dispensa;

IV.—El parentesco de 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; y,

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

También contempla nuestro Código Civil vigente en sus artículos 158, 159, 265 y 289 en relación con el artículo 264, notorios casos de ilicitud pero no de nulidad del matrimonio al establecer que:

Artículo 158.—La mujer no puede contraer nuevo matrimonio sino hasta pasados trescientos días después de la disolución del anterior, a menos que dentro de ese plazo diere a luz un hijo. En los casos de nulidad o divorcio, puede contarse este tiempo desde que se interrumpió la cohabitación.

Artículo 159.—El tutor no puede contraer matrimonio con la persona que ha estado o está bajo su guarda, a no ser que obtenga dispensa, la que no se le concederá por el presidente municipal respectivo, sino cuando hayan sido aprobadas las cuentas de la tutela.

Artículo 264.—Es ilícito, pero no nulo el matrimonio:

I.—Cuando se ha contraído estando pendiente la decisión de un impedimento que sea susceptible de dispensa.

II.—Cuando no se ha otorgado la previa dispensa que requiere el artículo 159, y cuando se celebre sin que hayan transcurrido los términos fijados en los artículos 158 y 289.

Artículo 265.—Los que infrinjan el artículo anterior, así como los que siendo mayores de edad contraigan matrimonio con un menor sin autorización de los padres de éste, del tutor o del juez, en sus respectivos casos; y los que autoricen esos matrimonios, incurrirán en las penas que señale el Código de la materia (2).

Artículo 289.—...El cónyuge que haya dado causa al divorcio, no podrá volver a casarse, sino después de dos años, a contar desde que se decretó el divorcio. Para que los cónyuges que se divorcian voluntariamente puedan volver a contraer matrimonio, es indispensable que haya transcurrido un año desde que obtuvieron el divorcio.

Todos los casos mencionados con anterioridad se refieren a la ilicitud en el objeto, motivo o fin del matrimonio, y en lo referente a la

2.—Es evidente que el Código de la Materia, es el Código Penal, pero éste no señala ninguna sanción al respecto.

ilicitud en la condición nuestro Código lo resuelve en el artículo 147 al señalar que cualquiera condición contraria a la perpetuación de la especie o a la ayuda mutua que se deben los cónyuges, se tendrá por no puesta, en el caso de que llegara a pactarse.

D.—La forma.—Cuando tratamos la solemnidad como elemento esencial del matrimonio, dijimos que en los artículos 102 y 103 del Código Civil se establecen tanto formalidades como solemnidades, habiendo estudiado éstas, toca ahora estudiar las formalidades que de acuerdo con dichos artículos consisten en:

a).—Asentar lugar día y hora del acta matrimonial;

b).—Hacer constar la edad, ocupación, domicilio y lugar de nacimiento de los contrayentes;

c).—Si son mayores o menores de edad;

d).—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;

e).—Que no hubo impedimento para el matrimonio o que éste se dispensó;

f).—La manifestación de los cónyuges sobre si el matrimonio se contrae bajo el régimen de sociedad conyugal o de separación de bienes; y,

g).—Los nombres, apellidos, edad, estado, ocupación y domicilio de los testigos y su declaración sobre si son o no parientes de los contrayentes, y si lo son en qué grado y en qué línea.

Con estos apuntes damos por terminada la primera parte de nuestro trabajo que destinamos a hacer una breve y elemental reseña del matrimonio, tanto en su aspecto histórico-sociológico (incluyendo nuestro país) como en su aspecto estrictamente jurídico para tener una idea sucinta de tan importante institución, y así estar en posibilidad de estudiar lo que será propiamente el tema central de nuestra tesis: la disolución del matrimonio por divorcio.

CAPITULO OCTAVO

ANTECEDENTES HISTORICOS DE LA DISOLUCION DEL MATRIMONIO POR DIVORCIO

1.—HEBREOS.

2.—DERECHO ROMANO.

I.—Divortium por bona gratia.

II.—Divortium por repudium.

III.—Causales (Período de Justiniano).

3.—DERECHO CANONICO.

I.—Privilegio Paulino.

II.—Profesión solemne en religión aprobada.

III.—Dispensa del sumo Pontífice.

4.—FRANCIA (Código de Napoleón).

1.—HEBREOS

El pueblo hebreo, bajo el imperio de la ley mosaica, conoció el repudio de la mujer por parte del marido, es decir que en dicha legislación se reglamentó y autorizó lo que ahora llamamos divorcio en cuanto al vínculo conyugal.

Para el efecto, Moisés estableció un procedimiento que consistía en que el esposo entregaba a la esposa un libelo de repudio y se lo hacía saber a la familia de su cónyuge. Según algunos historiadores, el marido estaba obligado a pagar un precio al padre de la esposa que de esta manera, era tratada como un bien económico.

El texto relativo en la biblia en los versículos uno al cuatro del capítulo veinticuatro del libro del deuteronomio, se dice:

"Si un hombre toma una mujer, y después de haber cohabitado con ella, viniere a ser mal vista de él por algún vicio notable, hará una escritura de repudio, y la pondrá en mano de la mujer, y la despedirá de su casa. Si después de haber salido toma otro marido, y éste también concibiere aversión a ella, y le diere escritura de repudio, y la despidiere de su casa, o bien si él viene a morir; no podrá el primer marido volverla a tomar por mujer; pues quedó amancillada y hecha abominable delante del señor; no sufras que con un tal pecado sea contaminada la tierra, cuya posesión te ha de dar el señor dios tuyo" (1).

Según puede verse en tales versículos, no se señala ninguna causa específica de repudio, y solamente se dice que si "viniere a ser mal vista de él por algún vicio notable". Sin embargo, en varios pasajes bíblicos se reflejan como causas las siguientes: que el matrimonio hubie-

1.—Pallares Eduardo, "El Divorcio en México", p. 8. Editorial Porrúa, S. A. México, 1968.

re sido contraído entre personas cuya unión era prohibida; la fundada sospecha de adulterio y la mala fama e impudicia de la mujer; "pero las costumbres dieron tal amplitud a ésto, que bastaba alegar que la mujer no placía al marido, "non invenit gratiam in oculis eius". El repudio llegó a generalizarse hasta el punto de que pudo pedirse por la mujer, como sucedió en el caso de Salomé, la hija de Antípatro, que pocos años antes de la venida de Jesucristo envió el libelo de repudio a su marido Costobaro, cosa que explica Fabio Josefo como conforme al uso que entonces corría" (2).

2.—DERECHO ROMANO

Sabido es que el divorcio existió y fue conocido en el derecho romano desde las épocas más remotas, y que podía pedirse sin causa jurídica que lo justificase, ya que se practicaba libremente entre los esposos, sin ninguna forma especial ni causa determinada.

Según Cicerón, el divorcio era permitido por la ley de las XII tablas. Un tratado de Gayo reglamentaba jurídicamente el divorcio (3).

Según Valerio Máximo, el primer ejemplo de divorcio en Roma aun que no el primero, fue el de Carvilio Ruga a principios del siglo VI A. C., quien repudió a su mujer por causa de esterilidad (4).

En principio debemos de distinguir el divorcio en los matrimonios con manus y el divorcio en los matrimonios sin manus:

En el primer caso, la mujer no podía imponer el divorcio a su marido, ya que no tenía ningún medio para substraerse a la potestad que el propio marido ejercía sobre ella. En cambio, el marido sí podía repudiarla, dando así fin a la manus.

Cuando la manus se establecía por medio de la confarreatio era necesario un procedimiento o ceremonia contraria a ésta llamada diffarreatio. En cambio, si la manus se establecía por medio de la coemptio o por usus, el marido podía darle fin a través de la emancipación.

En el segundo caso, o sea el matrimonio sin manus, éste se consideraba como un estado de hecho, o como cierto género de vida que suponía el consentimiento mutuo de los esposos. Siendo así, que cuan-

2.—IBIDEM, p. 16.

3.—Petit Eugene, ob.cit., nota No. 7, p. 119.

4.—IBIDEM, nota. No. 7, p. 119.

do terminaba este acuerdo de voluntades, por los dos esposos, o por uno solo ya sea marido o mujer, el matrimonio daba fin mediante el divorcio (*divortium*) o mediante el repudium.

Por lo tanto, la disolución del matrimonio por medio del divorcio se podía obtener de dos maneras o formas, las cuales eran:

I.—DIVORTIUM POR BONA GRATIA

Esto consiste en el divorcio por mutuo consentimiento, o *divortium* propiamente dicho, que no requería ninguna formalidad ya que la voluntad disuelve lo que la misma había unido, aún cuando no mediara causa legítima. De aquí inferimos que ya desde el derecho romano, la institución del matrimonio era concebida como un contrato, el cual se podía disolver mediante el consentimiento mutuo de los cónyuges.

II.—DIVORTIUM POR REPUDIUM

En este caso el vínculo se disolvía por voluntad de uno de los esposos, aunque fuera sin causa. Este derecho correspondía tanto al hombre como a la mujer, existiendo una excepción a la regla general y es la contenida en la Ley Julia de *Maritandis Ordinibus*, que prohibía a la mujer manumitada y casada con su patrón divorciarse sin su consentimiento.

La autoridad pública "no intervenía en Roma, ni para la celebración, ni para la disolución del matrimonio. Se casaban y se separaban con igual facilidad, como en la unión libre de nuestros días" (5).

Lo anterior trajo como consecuencia que se abusara enormemente del divorcio, sobre todo a partir del siglo VI de Roma, y a principios del Imperio, al extremo de que el filósofo Séneca pudo decir: "¿Qué mujer se sonroja actualmente de divorciarse, desde que ciertas damas ilustres no cuentan su edad por el número de los Cónsules, sino por el número de sus maridos?. Se divorcian para volverse a casar, se casan para divorciarse" (6).

Bajo Augusto se establecieron ciertas reformas como la que para facilitar la prueba de la repudiación, se exigía al que fuere a divorciar-

5.—Foiget René, ob. cit., p. 56.

6.—Pallares Eduardo, ob. cit., p. 12.

se, notifique a su cónyuge su voluntad en presencia de siete testigos, en forma oral o escrita, que le era entregada por un manumitido. Este personaje reprimió severamente el adulterio, considerándolo un crimen público, sancionado con relegación en una isla y prohibición de volverse a casar.

Los emperadores cristianos, cosa curiosa, a pesar de los nuevos principios admitidos en lo referente al matrimonio por el cristianismo, concretamente sobre la indisolubilidad del vínculo, no se atrevieron a suprimir ni a limitar la facilidad para el divorcio, pues únicamente se limitaron a obligar que se precisaran las causas legítimas de repudiación. Así tenemos que Constantino únicamente permitió el divorcio cuando existiera una justa causa para obtenerlo, y en caso contrario, castigaba a quien infringiera la norma, aunque sin nullificar el divorcio.

III.—CAUSALES (PERIODO DE JUSTINIANO)

Justiniano estableció como causales de divorcio las siguientes:

“1.—Que la mujer le hubiese encubierto maquinaciones contra el estado.

2.—Adulterio probado de la mujer.

3.—Atentado contra la vida del marido.

4.—Tratos con otros hombres contra la voluntad del marido o haberse bañado con ellos.

5.—Alejamiento de la casa marital sin voluntad del esposo.

6.—Asistencia de la mujer a espectáculos públicos sin licencia.

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

1.—La alta traición oculta del marido.

2.—Atentado contra la vida de la mujer.

3.—Intento de prostituirla.

4.—Falsa acusación de adulterio.

5.—Que el marido tuviera su amante en la propia casa conyugal o fuera de ella de un modo ostensible, con persistencia, no obstante las admoniciones de la mujer a sus parientes” (7).

7.—IBIDEM, p.p. 12 y 13.

El propio Justiniano prohibió el divorcio por mutuo consentimiento, pero fue restablecido por su sucesor Justino II, en virtud de que la opinión pública se lo exigió.

En lo relativo al repudium, los emperadores cristianos principalmente Justiniano, se limitaron a castigar severamente al esposo que repudiara a su cónyuge sin grave motivo, pero no por ello dejó de practicarse el divorcio.

3.—DERECHO CANONICO.

Ya vimos cómo la iglesia católica trajo al mundo romano una nueva concepción del matrimonio, implicando su unidad e Indisolubilidad, elevándolo incluso en el concilio de Trento a la categoría de sacramento.

Sin embargo, hasta antes de dicho concilio, hubo divergencias entre los canonistas cuyas opiniones discrepaban en cuanto al alcance de las palabras de Cristo que servían de fundamento para considerar el matrimonio como indisoluble, y por ende, la prohibición del divorcio vincular. En tanto que San Marcos y San Lucas condenan el divorcio de una manera absoluta, San Mateo parece permitirlo cuando existe como causa el adulterio.

La doctrina de la indisolubilidad absoluta del matrimonio, defendida por San Agustín y afirmada por los concilios, había de imponerse, al menos en occidente. La Iglesia no escatimó nada para hacerla triunfar de las resistencias que le oponían tanto las costumbres y hábitos seculares como las pasiones a veces turbulentas de los príncipes (8). Tan fue así, que precisamente esa inflexibilidad de la iglesia originó el cisma anglicano, al negarse el Papa a conceder el divorcio vincular de Enrique VIII que quería divorciarse de Catalina de Aragón, para casarse con Ana Bolena, que era dama de la corte. Entonces el monarca reunió en el año de 1533 una asamblea de obispos ingleses que concedió el divorcio y lo proclamó jefe supremo de la iglesia en Inglaterra. El acta de supremacía del año siguiente ratificó la separación, haciéndose oficial en el año de 1562 la nueva doctrina llamada anglicana, que por lo demás, acepta la mayoría de los conceptos del calvinismo, pero conservando una parte de las ceremonias católicas y la jerarquía de los eclesiásticos, aunque los somete al poder del estado.

8.—Colin Ambrosio y H. Capitán, "Curso Elemental de Derecho Civil", Tomo I, p.p. 418 y 419, Trad. de Demófilo de Buen, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1941.

Respecto a la indisolubilidad, ésta se encuentra consignada en el canon 1118 del Código de Derecho Canónico al establecer: "El matrimonio válido rato y consumado no puede ser disuelto por ninguna potestad humana ni por ninguna causa, fuera de la muerte".

Pero a pesar de esa inflexibilidad, la iglesia acepta la disolución del vínculo matrimonial en tres casos de excepción que son: la conversión a la fe de uno de los cónyuges infieles; la profesión solemne en religión aprobada y la dispensa del sumo Pontífice.

1.—PRIVILEGIO PAULINO.

La conversión a la fe de uno de los cónyuges infieles se le llama "Privilegio Paulino" por encontrarse impreso en el texto de San Pablo, tomado de la primera epístola a los corintios (9), y consiste en que se disuelve el matrimonio celebrado en la infidelidad (no bautizados) aún siendo consumado, cuando uno de los cónyuges se convierte a la fe católica y es bautizado, y el otro no quiere seguir viviendo con él, o al menos no quiere habitar con él sin ofensa de la religión, y sin haber dispensa de la disparidad de cultos.

Pero para que se disuelva el vínculo es necesario que proceda la interpelación jurídica que debe hacerse al cónyuge infiel (en sentido religioso), sobre si quiere convertirse a la fe, o si al menos quiere continuar viviendo con el convertido sin Injuria de la religión y sin procurar apartarlo del ejercicio de ella, ni inducirle a otra grave ofensa. Dicha interpelación se juzga indispensable para que el convertido pueda contraer segundas nupcias, salvo si no pudiere hacerse, por haberse ocultado el infiel, o trasladarse a países remotos, en cuyo caso debe pedirse dispensa de la interpelación al sumo Pontífice, el cual, "según Benedicto XIV, puede otorgarla en tales circunstancias, para que sin necesidad de aquella se pueda pasar a segundas nupcias. Obsérvese asimismo, con el citado Benedicto XIV, que el matrimonio contraído en la infidelidad sólo se disuelve efectivamente, en cuanto al vínculo, cuando el consorte convertido celebra el segundo matrimonio" (10).

Este caso de excepción se encuentra previsto en el canon 1120 del Código de Derecho canónico, que a la letra dice:

9.—Pablo, San, Cap. 7, V. 12, 13, 14 y 15, Santas Escrituras, publicada por Watchtower Bible and Tract Society of New York, 1967.

10.—Donoso Justo, "Instituciones de Derecho Canónico", pp. 464 y 465.

"El matrimonio legítimo entre no bautizados, aunque esté consumado, se disuelve en favor de la fe por el Privilegio Paulino. Este privilegio no tiene aplicación en el matrimonio que se ha celebrado con dispensa del impedimento de disparidad de cultos entre una parte bautizada y otra que no lo está".

II.—PROFESION SOLEMNE EN RELIGION APROBADA

Este segundo caso consiste en que el matrimonio rato pero no consumado, se disuelve cuando uno de los cónyuges hace solemne profesión en religión aprobada. Para tal efecto, es necesario que los cónyuges deliberen si han de entrar en religión dentro del término de dos meses después de celebrado el matrimonio; y sólo transcurrido el bimestre pueden obligarse recíprocamente a la consumación de aquél.

El doctor Justo Donoso (11) expresa que se ha afirmado que el matrimonio rato se disuelve, no por el ingreso, sino por la solemne profesión en religión; de donde se deduce que, entrando uno de los cónyuges en religión, el otro debe esperar se cumpla el término del noviciado, y demás tiempo requerido para la profesión, y cumplido éste, puede exigir que aquél profese o se vuelva a juntar él. Igualmente se deduce que la disolución no tiene lugar por la recepción de orden sacro, y mucho menos por el voto simple de castidad.

En el caso de que el matrimonio se consumó —afirma el tratadista citado— por fuerza o miedo grave, la parte que deseaba entrar en religión y fue violentada queda libre para cumplir su propósito, aunque con su profesión no se disuelve el vínculo del matrimonio.

III.—DISPENSA DEL SUMO PONTIFICE

Es la potestad del romano pontífice para disolver el matrimonio rato que aún no ha sido consumado. Desde luego, que para que se otorgue la dispensa es necesario demostrar fehacientemente la inconsumación.

Aunque este caso de excepción, antiguamente fue doctrina muy controvertida entre teólogos y canonistas, es hoy doctrina común y

11.—Ob. cit., p. 465.

cierta que sería temerario negar, aunque no esté expresa y formalmente definida (12).

La aparición del protestantismo fue la primera manifestación de la decadencia del principio de la indisolubilidad del matrimonio. La doctrina protestante no reconociendo la naturaleza sacramental del matrimonio, admite el divorcio vincular, el que se hacía durante algún tiempo mediante la declaración de voluntad privada, a la que pronto se añadió como requisito para la disolución una declaración de la autoridad.

4.—FRANCIA (CODIGO DE NAPOLEON)

El derecho francés reaccionó contra el rigor del derecho canónico que Imperaba, que, como vimos, no admite la disolución del vínculo matrimonial entre católicos (excepción hecha en los tres casos señalados anteriormente), y a lo sumo admite como paliativo a la regla de la indisolubilidad la separación de cuerpos.

La ley de 20 de septiembre de 1792, establece el divorcio, haciéndolo posible por el consentimiento mutuo y por la voluntad de uno solo apoyada en justos motivos, entre los cuales figuraba el de la incompatibilidad de humor o de carácter. Se trataba del divorcio a discreción ofrecido a todo el mundo, quedando con esto la separación de cuerpos absolutamente prescrita. (13)

El Código de Napoleón del año de 1804 es de las primeras codificaciones del mundo que establece el divorcio vincular y además admite el mutuo consentimiento de los esposos para pedir el divorcio. El artículo 233 de dicho Código, dice: "El consentimiento mutuo y perseverante de los esposos, expresado en la forma prescrita por la ley, bajo las condiciones y según las pruebas que determina, probará plenamente que la vida común les es insoportable y que existe con relación a ellos una causa perentoria de divorcio."

Esta forma tan fácil para obtener el divorcio, fue atenuada por la exigencia de ciertos requisitos que el código imponía a los cónyuges en sus artículos 275, 277, 278 y 279, estableciendo la necesidad de la autorización de los padres, la prohibición de obtener el divorcio antes de dos

12.—IBIDEM, p. 465.

13.—Josserand Louis, "Derecho Civil", Tomo I, Vol. II, p. 139, Trad. de Santiago Cunchillas y Manterola, Bosch y Cía. Editores, Buenos Aires, Arg. 1952.

años a partir de la celebración del matrimonio, o después de 20 años de vida matrimonial, la obligación impuesta a los cónyuges divorciantes, de manifestar cuatro veces en un año su propósito de divorciarse y la prohibición de contraer segundo matrimonio antes del término de tres años de haberse divorciado. (14)

Aceptarse el divorcio por mutuo consentimiento en el Código de Napoleón no era más que el resultado de la concepción del legislador acerca del matrimonio, el cual era considerado como un contrato ordinario, y como tal, podía disolverse por voluntad de los cónyuges.

El adulterio de la mujer, fue siempre causa de divorcio, mientras que el del marido sólo cuando hubiera tenido a la concubina en el domicilio común (Arts. 229 y 230). Otras causas de divorcio fueron los excesos, la sevicia o injurias graves de un cónyuge para el otro, la condena de uno de los esposos a una pena infamante y el consentimiento mutuo y perseverante de que nos habla el artículo 233.

El divorcio por mutuo consentimiento no procedía después de veinte años de matrimonio o cuando la mujer tenía más de cuarenta y cinco de edad, ni cuando el marido tuviera menos de veinticinco años de edad o la mujer fuera menor de veintiuno (Arts. 275 y 277). Para que el divorcio procediera era necesario, igualmente, contar con el consentimiento de los padres o de sus ascendientes, y presentar un inventario con su avalúo respectivo, de todos los bienes muebles e inmuebles y un convenio sobre sus derechos en los que tuvieran libertad de disposición (Artículos 278 y 279).

También tenían la obligación de presentar un convenio sobre los siguientes puntos: 1.—A quién tenían que ser confiados los hijos habidos durante el matrimonio; 2.—El domicilio en el cual la mujer debía ser depositada durante el juicio; y, 3.—La pensión que el marido entregaría a su cónyuge durante el juicio, siempre que ella no tuviera elementos suficientes para satisfacer sus necesidades (Art. 280).

El divorcio en el Código de Napoleón, que se ha descrito sumariamente, destaca principalmente la desigualdad en que se coloca a los cónyuges con respecto al adulterio cometido. Julien Bonnecase (15) al referirse al adulterio como causal de divorcio en el código que se co-

14.—Bonnecase, Julien, "La Filosofía del Código de Napoleón aplicada al Derecho de Familia" Vol. II p. 126, Trad. de Cajica, Jr., Editorial Cajica, Puebla, México, 1945.

15.—Ob. cit., p. 131

menta, escribe: "en tanto que el marido, según el artículo 229, podía, de una manera absoluta, demandar el divorcio por causa de adulterio de su mujer, la mujer, según el artículo 230 no podía pedir el divorcio por causa de adulterio del marido, sino cuando éste hubiera tenido a su concubina en la casa común. Según el código penal, el marido adúltero sólo se hace acreedor a una multa de cien a dos mil francos".

En el año de 1814, el catolicismo volvió a ser religión de Estado, con lo que queda condenado el divorcio, aboliéndose por la ley de 8 de mayo de 1816. En adelante, la separación de cuerpos se convierte en el único remedio para los matrimonios desgraciados. Esta situación se prolonga hasta la ley de 27 de julio de 1884, mediante la cual el divorcio vuelve a reintegrarse admitiéndose sólo por la voluntad de uno de los cónyuges con lo que no se volvía al régimen del Código Civil. Esta ley ha sido objeto de posteriores legislaciones tendientes a limitar el divorcio.¹⁶

16—Josserand Louis, ob. cit., p. 139.

CAPITULO NOVENO

EVOLUCION HISTORICO JURIDICA DEL DIVORCIO EN MEXICO

- 1.—EPOCA ANTERIOR A LA CONQUISTA
- 2.—EPOCA DE LA COLONIA
- 3.—MEXICO INDEPENDIENTE
- 4.—CODIGO CIVIL DE 1870
- 5.—CODIGO CIVIL DE 1884
- 6.—LEY DE RELACIONES FAMILIARES

1.—EPOCA ANTERIOR A LA CONQUISTA

Poco conocemos de la organización jurídica de los pueblos o tribus que poblaban el Anáhuac, existentes antes de la llegada de los conquistadores españoles.

De las instituciones que tenemos mejores datos es la del pueblo azteca, pues dejaron vestigios serios y ocuparon la atención de estimables cronistas primitivos. A través de ellas —expresa Trinidad García (1)— sorprendemos factores de la organización de otros pueblos indígenas, dada la preponderancia de la civilización de los mexicanos o el contacto de éstos con diversas razas; recordemos, por ejemplo, que en virtud de las ligas que existían entre Tenochtitlan, Texcoco y Tlacopan, la legislación de los mexicanos tuvo a menudo su fuente en Texcoco, sobre todo en la época de Netzahualcóyotl.

En materia de divorcio, el pueblo azteca lo admitía cuando hubiera causas para él, y sólo podía obtenerse en virtud de una resolución judicial. El Derecho a pedir el divorcio correspondía tanto a los varones como a las mujeres, razón por la cual las causales del divorcio eran distintas las de los primeros de las que podían aducir las segundas.

Las causales de divorcio que podían hacer valer los hombres eran:

- 1.—La esterilidad en la mujer;
- 2.—La pereza de la esposa;
- 3.—Ser la esposa descuidada y sucia;
- 4.—Ser pendenciera, y,
- 5.—La incompatibilidad de caracteres.

1.—Ob. cit., p. 58.

Las causales de divorcio que podían hacer valer las mujeres eran:

- 1.—Los maltratos físicos;
- 2.—El no ser sostenida por el marido en sus necesidades; y,
- 3.—La Incompatibilidad de caracteres. (2)

No obstante la aparente sencillez que para el divorcio existía, éste no era bien visto por el pueblo azteca y por lo tanto no se concedía en sentencia formal, sino tácitamente. Por otra parte, los jueces durante el procedimiento trataban de disuadir a los cónyuges de divorciarse y los invitaban a reconciliarse y a vivir pacíficamente, y ante ese mismo juez podía el cónyuge que no quería divorciarse, oponerse a la separación; sin embargo, si se insistía en el divorcio, los jueces despedían a los cónyuges rudamente, dándoles en esta forma una autorización tácita para su separación, realizada la cual, el consorte culpable perdía la mitad de sus bienes en beneficio del cónyuge inocente y una vez autorizado el tácito divorcio, los hijos varones se quedaban con su padre y las hijas con su madre, recuperando cada uno de los cónyuges los bienes que hubieren aportado a su matrimonio y quedando en aptitud de volverse a casar; pero prohibiéndose, no obstante, las nuevas nupcias entre ellos mismos, siendo castigados en caso de hacerlo, de acuerdo con lo dispuesto por la ley penal respectiva.

Entre los tarascos se conoció el divorcio por incompatibilidad de caracteres; pero no se decretaba sino después de que el solicitante insistía en su petición varias veces, no obstante que ésta hubiera sido rechazada al principio. Algo análogo encontramos en nuestro derecho, en las juntas de avenencia entre los cónyuges que exige el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito y Territorios Federales, tratándose del divorcio voluntario. (3)

Como podemos apreciar, ya desde entonces se le daba fundamental importancia a la incompatibilidad de caracteres, instituyéndola como una causa de divorcio, siendo desde luego muy elástico el concepto en virtud a que no se precisaba qué conductas se debían de entender como suficientes y determinantes para considerar que entre los cónyuges no existiera un pleno entendimiento y una afinidad. Lo anterior concuerda con

2.—Alba H., Carlos, ob. cit., p. 39.

3.—García Trinidad, ob. cit., p. 60.

lo preceptuado en la ley de 20 de septiembre de 1792 en Francia, que como ya vimos, fue la que estableció el divorcio en ese país, teniendo como principal característica las facilidades que se otorgaban para obtenerlo admitiendo no sólo el divorcio por mutuo consentimiento, sino también la llamada causal de incompatibilidad de caracteres que, incluso, podía ser alegada por uno solo de los cónyuges. Posteriormente, con la redacción del Código Civil Francés, fue suprimido el divorcio por incompatibilidad de caracteres.

2.—EPOCA DE LA COLONIA

Al consumarse la conquista de México, los pueblos indígenas quedaron sometidos a la corona española. Los territorios sojuzgados constituyeron una colonia que se denominó Nueva España, y sus gobiernos se sustituyeron por el de la Metrópoli, que impuso a la colonia su legislación, como lo hizo en todos los territorios que quedaron bajo su poder en América. Pero la legislación española común no fue el único elemento constitutivo del derecho colonial, sino que España elaboró además una legislación especial dictada para las colonias en América y que estuvieron vigentes en la Nueva España, así como leyes de exclusiva aplicación en ésta.

El Derecho Colonial, por lo tanto, se integró por tres tipos de leyes:

"a).—El de las españolas, que estuvieron vigentes en la Nueva España.

"b).—El de las dictadas especialmente para las colonias en América y que tuvieron vigor en la Nueva España.

"c).—El de las expedidas directamente para la Nueva España". (4)

Bajo el reinado de Alfonso X aparece la ley de las siete partidas, que es la que más aplicación e influencia habría de tener en México durante la época colonial y aun durante el período independiente, teniendo este cuerpo de leyes una importancia primordial, porque en materia civil y penal formaron parte del derecho positivo mexicano hasta que entraron en vigor las primeras codificaciones nacionales. Sobre derecho privado versan las partidas cuarta, quinta y sexta.

En el derecho de las personas, de la familia, y aun de las sucesiones,

4.—IBIDEM, p. 63.

se nota la influencia vigorosa del derecho canónico, aunque no exenta del influjo del derecho romano y del nacional. Las partidas señalan la mayor edad a los veinticinco años y reglamentan la patria potestad y la tutela. Siguen muy de cerca los sistemas prohijados por la iglesia en lo referente a los esponsales, al matrimonio y a sus impedimentos; consideran indisoluble aquél y sólo admiten el divorcio como separación de cuerpos. (5)

En términos generales, podemos afirmar que al espíritu que animó al derecho colonial, en lo referente a las relaciones de familia, está totalmente influido por el derecho canónico y en tal virtud el matrimonio es considerado como un sacramento, y en consecuencia, absolutamente indisoluble; por lo que, la separación de cuerpos es el único remedio para los matrimonios desgraciados, en los que la vida en común es totalmente imposible.

3.—MEXICO INDEPENDIENTE

Al consumarse la independencia de México en el año de 1821 y romper así de modo efectivo los vínculos políticos que por varios siglos lo habían unido a España, hereda la organización jurídica de la Colonia, sobre todo en materia de derecho privado que quedó integrado por la legislación emanada de la monarquía española, formada principalmente por la "Recopilación de Indias y otras leyes especiales, y subsidiariamente por el Derecho Español, en el orden aceptado por las Leyes de Indias". (6) En cuanto al derecho civil, éste se consideró representado por las partidas que fueron la médula del derecho privado primitivo del México independiente, y que en relación al matrimonio lo consideran indisoluble.

La República Mexicana empezó a darse nuevas leyes, que modificarán el derecho existente, no sufriendo serias transformaciones hasta que se inició el movimiento de Reforma bajo el gobierno liberal de Juan Alvarez, tendiente a modificar la organización jurídica y económica del país, alcanzando su más activa manifestación durante el gobierno del licenciado Benito Juárez, quien expide en el año de 1859, en Veracruz, las llamadas Leyes de Reforma, teniendo una particular trascendencia en el régimen de derecho privado, pues "lo reformaron ampliamente, sobre

5.—IBIDEM, p. 67.

6.—IBIDEM, p. 71.

todo en lo relativo a la personalidad jurídica de ciertas asociaciones, al registro civil, cuyo servicio quedó a cargo del Estado, y al matrimonio, que definido por las nuevas leyes como mero contrato civil, transformó en una institución jurídica laica y fuera de la ingerencia de las autoridades eclesiásticas". (7)

En el año de 1873 se adicionó la Constitución de 1857, mediante la cual se eleva a principio constitucional la ley que conceptúa el matrimonio como un contrato civil, aunque, como ya se dijo en el capítulo relativo, lo considera de carácter indisoluble.

4.—CODIGO CIVIL DE 1870

El legislador de este código excluyó toda posibilidad de disolución matrimonial que no fuera la muerte de uno de los cónyuges, pues el divorcio que admite éste no disuelve el vínculo del matrimonio, y sólo autoriza la suspensión de algunas de las obligaciones civiles como lo establece el artículo 239 de dicho ordenamiento, que dice: "El divorcio no disuelve el vínculo del matrimonio; suspende sólo algunas obligaciones civiles que se expresan en los artículos relativos de este código".

Es evidente que durante la vigencia de este código, los cónyuges, unidos en vínculo indisoluble, tenían que conformarse con obtener solamente la separación de cuerpos y la suspensión de algunas de las obligaciones inherentes al matrimonio. Sólo les fue permitido obtener el divorcio con base en un reducido número de causales que el artículo 240 establece:

1.—El adulterio de uno de los cónyuges;

2.—La propuesta del marido para prostituir a su mujer, no sólo cuando el mismo marido lo haya hecho directamente, sino cuando se prueba 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 delito, aunque no sea de incontinencia carnal;

4.—El conato del marido o de la mujer para corromper a los hijos, o la connivencia en su corrupción;

—IBIDEM, p. 72.

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

6.—La sevicia del marido con su mujer o de ésta con aquél, y,

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

Pero independientemente de las causales señaladas en el artículo 240, el legislador de 1870 reglamentó otras causales en el artículo 244 que expresa:

"Cuando un cónyuge haya pedido el divorcio o la nulidad del matrimonio por causas que no haya justificado, o haya resultado insuficiente, así como cuando haya acusado judicialmente a su cónyuge; el demandado tiene derecho para pedir el divorcio; pero no puede hacerlo sino pasados cuatro meses de la notificación de la última sentencia. Durante esos cuatro meses la mujer no puede ser obligada a vivir con el marido."

El anterior artículo contiene tres hipótesis que son:

1.—Que la parte demandante haya sido absuelta por sentencia ejecutoriada en el juicio de divorcio promovido en su contra;

2.—Que la parte demandante haya sido absuelta por sentencia ejecutoriada en el juicio de nulidad de matrimonio promovido en su contra; y,

3.—Que la parte demandante haya sido acusada judicialmente por su cónyuge.

Esta última hipótesis innecesariamente la estableció el legislador en el artículo 244 citado, ya que se encuentra comprendida en la causal número siete del artículo 240. En lo que respecta al término de cuatro meses para ejercitar la acción de divorcio, Manuel Mateos Alarcón (8) lo justifica diciendo que: "La calumnia lastima y dispone los ánimos y entre los consortes viene a extinguir el afecto, a hacer odios y a hacer absolutamente imposible la felicidad en el hogar doméstico. Por este motivo, funda la procedencia del divorcio, aunque el legislador no ha querido que esa causa sea un medio de obrar inconsiderado. Ha querido que la esperanza, aunque remota, de una reconciliación, encuentre apego en la ley, y a este fin prohibió que se pueda ejercitar la acción de divorcio por la causa indicada, antes de cuatro meses contados desde la notificación de la sentencia."

En cuanto al adulterio como causal de divorcio, el código que se

8.—"Derecho Civil Mexicano", Tomo I, p. 124, Librería de J. Valdés y Cuevas, México, 1885.

viene comentando colocaba a los cónyuges en un plano de absoluta desigualdad, al establecer que el adulterio de la mujer era siempre causa de divorcio, no así el del marido, al que debían acompañar alguna de las siguientes circunstancias: que el adulterio fuera cometido en la casa común, que existiera concubinato entre los adúlteros, dentro o fuera de la casa conyugal o que existiera escándalo o insulto público hecho por el marido a la mujer legítima. El adulterio del marido o de la mujer, dejaba de ser causa de divorcio cuando el que intentaba éste había cometido igualmente el mismo delito o había inducido al adulterio al que lo cometió (Arts. 241, 242 y 245).

En lo que respecta a las demás causales señaladas, consideramos que no requieren mayor comentario, ya que unas, por sí solas, expresan claramente los elementos que las constituyen, y otras, como la sevicia, aunque de más difícil apreciación, el juez disponía de libertad para calificarla con base en las pruebas ofrecidas y rendidas en el juicio.

Una vez instaurada la demanda de divorcio, se tomaban ciertas medidas provisionales durante la tramitación del juicio, tendientes a separar a los cónyuges, garantizar el cuidado de los hijos y salvaguardar los bienes de la mujer. Estas medidas consistían concretamente, según el artículo 266, en:

1.—Separar a los cónyuges en todo caso.

2.—Depositarse en casa de persona decente a la mujer, si se dice que ésta ha dado causa al divorcio y el marido pidiera el depósito. La casa que para ello se destine, será designada por el juez. Si la causa por la que se pide el divorcio, no supone culpa en la mujer, ésta no se depositará sino a solicitud suya.

3.—Poner a los hijos al cuidado de uno de los cónyuges o de los dos, observándose lo dispuesto en los artículos 268, 269 y 270.

4.—Señalar y asegurar alimentos a la mujer y a los hijos que no queden en poder del padre.

5.—Dictar las medidas convenientes para que el marido, como administrador de los bienes del matrimonio, no cause perjuicios a los de la mujer.

6.—Dictar, en su caso, las medidas precautorias que la ley establece respecto de las mujeres que quedan encinta. El divorcio sólo podía ser demandado por el cónyuge que no hubiera dado causa a él y dentro de

un año después de conocidos los hechos en que fundara su demanda (Art. 262).

Una vez dictada la sentencia de divorcio, ésta producía tres clases de efectos, a saber: los relativos a las personas de los cónyuges, respecto de los hijos y los referentes a los bienes de la sociedad conyugal. En cuanto al primero de los efectos, o sea, a los cónyuges, éstos obtenían su separación y en consecuencia se suspendía el deber de cohabitación, no así el de fidelidad que quedaba subsistente, de tal manera que un cónyuge podía acusar al otro de adulterio. En lo relativo a los hijos, una vez ejecutoriada la sentencia de divorcio, éstos quedaban bajo la patria potestad del cónyuge no culpable, y en el caso de que ambos fueran declarados culpables y no habiendo ascendientes, se les proveía de tutor, de conformidad con los artículos 546, 547, 555 y 556. Sin embargo, el juez estaba facultado para dictar las medidas más convenientes respecto a los hijos menores con base en la petición de los abuelos, tíos o hermanos mayores; el cónyuge culpable perdía todos sus derechos sobre la persona y bienes de los hijos mientras viviera el cónyuge inocente; pero los recobraba a la muerte de éste, si el divorcio había sido declarado por las causales tres, cinco y seis del artículo 240; en el caso de que el cónyuge inocente muriera y no había ascendientes, se le nombraba un tutor a los hijos. En lo que hace a los bienes del matrimonio, los efectos consistían en que volvían a cada consorte sus propios bienes y la mujer quedaba habilitada para contratar y litigar sin autorización del marido; el cónyuge culpable perdía todo lo que se le había dado o prometido por su consorte o por otra persona en consideración a éste y el inocente conservaba lo recibido (Arts. 273 y 274).

Además del divorcio que acabamos de analizar, este Código Civil admitió el divorcio por mutuo consentimiento de los cónyuges, en su artículo 246. Este tipo de divorcio fue una verdadera innovación en la legislación mexicana, y los autores del Código nos explican las razones en que se fundaron para admitirlo, al expresar: "Al examinar esta delicada materia surgió una cuestión grave en su esencia y grave en sus resultados: el divorcio voluntario. La primera impresión que deja en el alma este pensamiento, le es totalmente desfavorable, porque no sólo parece poco moral sino contrario a los fines del matrimonio y perjudicial a los hijos y para los cónyuges. Pero si penetrando al hogar doméstico, se examinara concienzudamente la horrible situación de dos personas

que ya no pueden vivir juntas; si se estudia en todos sus pormenores la vida conyugal; si se atiende a la educación de los hijos y se calculan los amargos frutos que respecto a ellos produce la desavenencia de los padres, es seguro que se conocerá la tristísima verdad de que nada hay peor que un matrimonio en desacuerdo. Por otra parte, cuando ese desacuerdo, llega al extremo de hacer conveniente la separación, casi siempre es fundado en alguna causa de las que autorizan el divorcio. Algunas veces sucederá lo contrario; pero la experiencia nos prueba que solo el desamor, aunque terrible por sí mismo, casi nunca inspira a los consortes la idea de separarse. Lo más probable es que no queriendo revelar, por vergonzosas quizá, las causas de su determinación, apelen al divorcio voluntario, que poniendo algún remedio a los males que sufren, les evita la vergüenza o tal vez la afrenta, envuelve en el misterio los secretos de la familia y no deja en el corazón de los hijos la negra huella del crimen de alguno de sus padres o tal vez de ambos. La cuestión examinada prácticamente cambia de aspecto; y el divorcio voluntario, es ya no un bien, un mal mucho menor porque corta la deshonra de la familia y los malos ejemplos que la desavenencia de los padres deja a los hijos en triste legado. Y como no es perpetuo, como la simple voluntad de los consortes puede ponerle término a cualquiera hora, queda siempre la fundada esperanza de que el tiempo, el amor de los hijos y mil circunstancias que de pronto no pueden preverse, aceleren el momento de la reconciliación." (9)

El divorcio por mutuo consentimiento no podía solicitarse después de veinte años de celebrado el matrimonio, ni cuando la mujer tenía más de cuarenta y cinco años de edad, según lo previene el artículo 247, y para su tramitación era necesario ocurrir al juez, al que se presentaba junto con la respectiva solicitud de divorcio, una escritura en la que se determinaba la situación de los hijos y la administración de los bienes durante el tiempo que durara la separación. Satisfechos estos requisitos, el juez citaba a una primera junta en que exhortaba a los cónyuges a la reconciliación y si no lograba ésta, aprobaba el convenio presentado con las modificaciones necesarias. Transcurridos tres meses de la celebración de la primera junta, el juez, a petición de alguno de los cónyuges, citaba a una segunda junta en la que igualmente procuraba la reconciliación de éstos y si tampoco la obtenía, dejaba pasar otros tres

9.—IBIDEM, p: 125.

meses, después de los cuales decretaba la separación. La sentencia debía determinar el plazo de duración de ésta, conforme al convenio presentado por los cónyuges, siempre que no durara más de tres años. (Artículos 247, 248, 250, 251, 252 y 257).

Si durante la tramitación del juicio o dictada la sentencia de divorcio los cónyuges se reconciliaban, se daba por terminado aquél o se dejaba sin efecto ulterior ésta; pero los cónyuges tenían la obligación de hacer saber al juez su reconciliación. Este tipo de divorcio sólo podía solicitarse pasados dos años a partir de la fecha de la celebración del matrimonio.

5.—CODIGO CIVIL DE 1884

Este Código, en la misma forma que el Código de 1870, no admitió el divorcio vincular, y a lo sumo admite el divorcio que sólo autoriza la suspensión temporal de algunas de las obligaciones que nacen del matrimonio, como lo establece el artículo 226 que a la letra dice: "El divorcio no disuelve el vínculo del matrimonio; suspende sólo algunas de las obligaciones civiles, que se expresarán en los artículos relativos de este Código". Como puede apreciarse, se trata de una transcripción del artículo 239 del Código Civil anterior.

En el artículo 227 se establecen las causales de divorcio, aceptando las fijadas por el Código de 1870 en su artículo 240, agregando unas causales más, quedando así establecidas las causas como sigue:

1.—El adulterio de uno de los cónyuges;

2.—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;

3.—La propuesta del marido para prostituir a su mujer, no sólo cuando el mismo marido lo haya hecho directamente, sino cuando se pruebe que ha recibido dinero o cualquiera otra remuneración con el objeto expreso de permitir que otro tenga relaciones ilícitas con su mujer;

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

5.—El connato del marido o de la mujer para corromper a los hijos o la tolerancia en su corrupción;

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

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

8.—La acusación falsa hecha por un cónyuge contra el otro;

9.—La negativa de uno de los cónyuges a administrar al otro alimentos conforme a la ley;

10.—Los vicios incorregibles de juego o embriaguez;

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

12.—La infracción de las capitulaciones matrimoniales;

13.—El mutuo consentimiento.

El artículo anteriormente transcrito, vino a reformar y a adicionar al artículo 240 del Código Civil de 1870; razones que la primera Comisión de Justicia de la Cámara de Diputados expone al decir: "El artículo 240 del Código vigente, que corresponde al 227 del proyecto, fue reformado estableciendo algunas causas legítimas de divorcio no reconocidas por el Código actual. Tales son: el hecho de que la mujer dé a luz un hijo concebido antes de celebrarse el matrimonio y de que judicialmente sea declarado ilegítimo a instancias del marido; el abandono del domicilio conyugal sin causa justa, cualquiera que sea el tiempo de su duración y sin que sea necesario se prolongue por más de dos años, como el Código vigente lo exige, o aún cuando haya justa causa, si siendo ésta bastante para pedir el divorcio se prolonga por más de un año el abandono sin que el cónyuge que lo cometió pida la separación; las amenazas y las injurias graves de un cónyuge para con el otro; la negativa de uno de los cónyuges a administrar al otro alimentos; los vicios incorregibles de juego o embriaguez; una enfermedad crónica e incurable que sea además contagiosa o hereditaria, siempre que sea anterior al matrimonio y no haya tenido conocimiento de ella el otro cónyuge; y por último, la infracción de las capitulaciones matrimoniales. El mutuo consentimiento fue también adicionado como causa legítima de divorcio;

pero esto no constituye una reforma sustancial, sino solamente de orden y método, pues el Código vigente reconoce el divorcio voluntario por consentimiento de ambos cónyuges". (10)

En esta reglamentación fue suprimido el artículo 247 correspondiente al Código de 1870, que se refiere a la prohibición del divorcio voluntario cuando el matrimonio tenía más de veinte años de celebrado o cuando la mujer tenía más de cuarenta y cinco años de edad. Al respecto la citada Comisión de Justicia de la Cámara de Diputados nos dice que: "El artículo 247 dispone que el divorcio por mutuo consentimiento no tiene lugar después de veinte años de matrimonio, ni cuando la mujer tenga más de cuarenta y cinco años de edad. Estas restricciones parecieron infundadas a la Comisión, porque no existiendo las mismas para el divorcio necesario, su resultado práctico no sería impedir la separación, sino que en este caso ocurriría el divorcio, por causa legítima, ocasionándose mayor escándalo en la sociedad. Además, las razones que fundan la conveniencia del divorcio voluntario, lo fundan igualmente para cuando la mujer tiene menos de cuarenta y cinco años que para cuando tiene más, para antes de veinte años de matrimonio que para después de ese tiempo y por lo tanto, no hay motivo alguno para la limitación que establece el artículo 247 cuya supresión se consulta." (11)

Por lo anteriormente citado, se infiere que el Código que se viene comentando admitió el divorcio voluntario bajo nuevas bases en lo que se refiere a su ejercicio, en virtud a que suprimió lo preceptuado en el artículo 247 del anterior Código, que por lo demás era innecesario y colocaba a la mujer en un plano de desigualdad. Subsistió únicamente el requisito indispensable de que la demanda de separación tenía cabida solamente hasta después de dos años, contados a partir de la celebración del matrimonio.

Igualmente esta legislación modificó lo relativo al adulterio como causal de divorcio, ya que suprimió el artículo 245 del Código anterior, el cual se refería, como ya se ha dicho, a que el adulterio del marido o de la mujer no constituía causal de divorcio cuando el que lo invocase lo hubiere cometido igualmente o había inducido al que lo cometió.

Resumiendo, en forma general podemos decir que el Código de 1884 reprodujo los preceptos del Código anterior, en cuanto a la naturaleza del

10.—IBIDEM, p. 120.

11.—IBIDEM, p. 126.

divorcio, sus efectos y sus formalidades, a excepción de lo señalado anteriormente respecto a los artículos 247 y 245 del Código anterior. Reformas que me parecen justificadas, ya que por el hecho de que la mujer hubiera cumplido cuarenta y cinco años de edad o el matrimonio tuviera una duración de más de veinte años, se coartaba la libertad de los cónyuges para solicitar el divorcio voluntario, no existiendo razón alguna para limitar dicha libertad ya que si fue admitido el divorcio por mutuo consentimiento, éste debería de ser sin restricción alguna ni en cuanto a la edad de la mujer ni en cuanto a la duración del matrimonio, sino que debería ser general.

6.—LEY DE RELACIONES FAMILIARES

Esta ley es la que, por primera vez en México, establece el divorcio vincular, lográndose así el paso definitivo en materia de divorcio, al establecer que el matrimonio es un vínculo disoluble, permitiendo a los divorciados celebrar nuevas nupcias. Sirve de antecedente inmediato a esta ley, la ley expedida también por Venustiano Carranza el 29 de diciembre de 1914, en el puerto de Veracruz, que abolió también por primera vez en México, el divorcio por separación de cuerpos, acogido por los códigos anteriores, y estableciendo tanto el divorcio vincular por mutuo consentimiento, como el divorcio vincular necesario, señalando para el efecto dos causales: a) cuando ya no se pudieran o fuera indebido realizar los fines del matrimonio, y b) cuando se cometiesen faltas graves por uno de los cónyuges que hicieran irreparable la desavenencia conyugal.

Esta Ley de Relaciones Familiares tiene una importancia fundamental en la legislación mexicana, ya que es a todas luces innovadora y viene a romper en la vida jurídica de México, en la misma forma en que lo hizo Juárez con su Ley del Matrimonio Civil, con los moldes obsoletos y caducos que habían inspirado la legislación mexicana, que hasta entonces había estado inspirada en la legislación española en lo referente al derecho de familia.

Al respecto, y en relación al impacto que la Ley de Relaciones Familiares causó, Eduardo Pallares (12) nos dice que "la nueva ley sobre Relaciones Familiares es profundamente revolucionaria, y destructora del

12.—Ob. cit., p. 35.

núcleo familiar. Sacude al edificio social en sus cimientos, y anuncia la agonía de un mundo y la aurora de una nueva era. Es, al mismo tiempo, obra de sinceridad y de valor. Sus autores no temieron desafiar la opinión pública, ni atraer sobre sí la ira y las censuras de los sentimientos arraigados que palpitan en las entrañas mismas de la sociedad. Manifestaron claramente su idea, y la desarrollaron con lógica implacable. Sólo son comparables a esta ley, por su importancia política y social, los artículos 3º, 123 y 130 de la flamante Constitución; pero mientras estas normas han provocado intensas discusiones, comentarios periodísticos, conferencias y críticas de todo género, la ley sobre relaciones familiares ha pasado inadvertida, se ha deslizado suavemente; algunos la han recibido con cierta sonrisa irónica. La verdad es que lleva un virus destructor de primer orden”.

Según queda dicho, esta ley considera al matrimonio como un vínculo disoluble, y así tenemos que en su artículo 75 nos dice: “El divorcio disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro”, texto que relacionándolo con el artículo 13 de esta misma ley viene a complementar el principio de la disolubilidad del matrimonio.

Los artículos 76 y 79, señalan en forma limitativa las causales por las que se podía demandar el divorcio vincular:

1.—El adulterio de uno de los cónyuges;

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

3.—La perversión moral de alguno de los cónyuges, demostrada por actos del marido para prostituir a la mujer, no sólo cuando lo haya hecho directamente, sino también cuando haya recibido cualquier 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 connato de cualquiera de ellos para corromper a los hijos o la simple tolerancia en su corrupción, o por algún otro hecho inmoral tan grave como los anteriores;

4.—Ser cualquiera de los cónyuges incapaz para llenar los fines del matrimonio, o sufrir sífilis, tuberculosis, enajenación mental incurable, o cualquiera otra enfermedad crónica incurable, que sea, además, contagiosa o hereditaria;

5.—El abandono injustificado del domicilio conyugal por cualquiera de los consortes, durante seis meses consecutivos;

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

7.—La sevicia, las amenazas o injurias graves o malos tratamientos de un cónyuge para el otro, siempre que estos y aquellas sean de tal naturaleza que hagan imposible la vida en común;

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

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

10.—El vicio incorregible de la embriaguez;

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

12.—El mútuo consentimiento.

En cuanto al artículo 79 de esta ley, éste reproduce las causales de divorcio establecidas en los artículos 244 y 230, respectivamente, de los Códigos Civiles de 1870 y 1884, a excepción de que suprime lo relativo a los cuatro meses señalados para ejercitar la acción de divorcio, reduciéndolo únicamente a tres meses. La redacción de dicho artículo 79 queda como sigue: "Cuando un cónyuge haya pedido el divorcio o la nulidad del matrimonio, por causa que no haya justificado o que haya resultado insuficiente, el demandado tiene a su vez el derecho de pedir el divorcio; pero no podrá hacerlo sino pasados tres meses de la notificación de la última sentencia. Durante esos tres meses la mujer no puede ser obligada a vivir con el marido.

Igualmente, la ley a estudio modificó el principio general establecido en los códigos anteriores, respecto a que el ejercicio de la acción de divorcio debería de hacerse dentro del término de un año, reduciéndolo a seis meses, a partir del momento en que el cónyuge inocente tuviera conocimiento de los hechos fundantes de la causal. En cuanto al divorcio voluntario también fue reducido el término para solicitarlo, disponiendo un mínimo de un año después de celebrado el matrimonio.

En lo que hace al procedimiento, al igual que en los Códigos de 1870

y 1884, una vez admitida la demanda de divorcio por el juez, se dictaban por éste las medidas provisionales a que se refiere el artículo 93, que consistían en separar a los cónyuges, depositar a la mujer en casa de persona decente, asegurar alimentos a la mujer y a los hijos y a garantizar el cuidado de los bienes de la mujer.

La sentencia de divorcio producía tres grandes efectos: respecto a la persona de los cónyuges, los referentes a los hijos y respecto de los bienes. El efecto más importante y de mayor trascendencia, era la definitiva separación de los cónyuges y en consecuencia recobraban su completa capacidad para contraer un nuevo matrimonio (Art. 75 de la Ley). Los efectos referentes a los hijos fueron los mismos que en los códigos precedentes (Arts. 94, 95 y 96 de la Ley). En cuanto a los bienes, dictada la sentencia de divorcio se procedía a la división de los bienes comunes.

Las obligaciones de los divorciados en cuanto a los hijos, subsistían proporcionalmente, hasta que los varones llegaban a la mayor edad y las mujeres contraían matrimonio, si vivían honestamente. La mujer tenía derecho a alimentos, siempre y cuando no hubiera dado causa al divorcio y sólo mientras viviera en forma honesta y no contrajera nuevas nupcias; el marido inocente sólo tenía derecho a alimentos, cuando estaba imposibilitado para trabajar y carecía de bienes propios. (Arts. 99, 100 y 101 de la Ley).

En conclusión, podemos decir que esta ley fue incorporada al Código Civil vigente de 1928, teniendo como principal efecto haber producido la disolución del lazo conyugal que hasta entonces había permanecido indisoluble y como consecuencia lógica, dejar a los cónyuges en aptitud de contraer un nuevo matrimonio.

CAPITULO DECIMO

EL DIVORCIO EN EL CODIGO CIVIL VIGENTE PARA EL DISTRITO Y TERRITORIOS FEDERALES

1.—GENERALIDADES

2.—NATURALEZA JURIDICA

**3.—DE LAS FORMAS DE DIVORCIO QUE ESTABLECE
NUESTRO CODIGO**

I.—Divorcio voluntario

A) Divorcio voluntario administrativo

B) Divorcio voluntario judicial

II.—Divorcio contencioso

A) Divorcio sanción

B) Divorcio necesidad

4.—SEPARACION DE LECHO Y HABITACION

1.—GENERALIDADES

El 30 de agosto de 1928, ya lo dijimos, siendo Presidente de la República Plutarco Elías Calles, se expide el actual Código Civil para el Distrito y Territorios Federales en materia común y para toda la República en materia Federal; pero en virtud a facultades extraordinarias que el Congreso de la Unión le dió al Poder Ejecutivo, éste dispuso que entrara en vigor el 1º de octubre de 1932.

En materia de divorcio, este código sigue los mismos lineamientos trasados por la Ley de Relaciones Familiares, admitiendo el divorcio vincular y considerando al matrimonio como un contrato civil. Reproduce íntegramente en su artículo 266 el artículo 75 de la Ley de Relaciones Familiares que dice: "El divorcio disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro".

Reformas que se realizaron en el divorcio reglamentado por el actual Código Civil: se aumentó a diecisiete el número de las causales; se colocó en un plano de igualdad a los cónyuges respecto al adulterio cometido por uno de ellos y se estableció el divorcio por mutuo consentimiento ante el oficial del Registro Civil (divorcio administrativo). De estas reformas, las dos últimas son importantísimas, ya que en los Códigos de 1870 y 1884 y aun en la Ley de Relaciones Familiares se había venido colocando a la mujer en un plano de franca desigualdad respecto al adulterio. En lo que toca al divorcio administrativo, éste es una figura jurídica nueva en nuestro derecho, estableciéndose en forma expedita para cuando los cónyuges son mayores de edad, no tienen hijos y de común acuerdo han liquidado la sociedad conyugal. El propio código en su exposición de motivos nos explica las causas que llevó al legislador de veintiocho a reglamentar éste tipo de divorcio al decirnos que: "El

divorcio en este caso sólo perjudica directamente a los cónyuges, que obran con pleno conocimiento de lo que hacen, y no es necesario para decretarlo que se llenen todas las formalidades de un juicio. Es cierto que hay interés social en que los matrimonios no se disuelvan fácilmente; pero también está interesada la sociedad en que los hogares no sean focos constantes de disgustos y en que, cuando no están en juego los sagrados intereses de los hijos, o de terceros, no se dificulte innecesariamente la disolución de los matrimonios, cuando los cónyuges manifiestan su decidida voluntad de no permanecer unidos." (1)

2.—NATURALEZA JURIDICA DEL DIVORCIO

Poco se han interesado los tratadistas de derecho de familia en estudiar la naturaleza jurídica del divorcio, y únicamente se han limitado a estudiar sus formas y sus causas. Sin embargo, podemos decir que el divorcio es un acto jurisdiccional o administrativo por virtud del cual el contrato del matrimonio concluye y se disuelve el vínculo conyugal, tanto con relación a los cónyuges como respecto a terceros.

La anterior definición se deduce, tanto de los artículos relativos a la manera de llevar a cabo el divorcio, como del artículo 266 del Código Civil vigente en el Distrito y Territorios Federales, que previene: "El divorcio disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro".

En conclusión, el divorcio consiste en la ruptura del vínculo conyugal, que sólo se obtiene mediante las formas y requisitos que la misma ley establece, produciendo, en consecuencia, dos efectos: el de dicha ruptura, y el de otorgar a los cónyuges el derecho de contraer nuevo matrimonio, como lo previene el artículo 289 del propio código al establecer: "En virtud del divorcio, los cónyuges recobrarán su entera capacidad para contraer nuevo matrimonio".

Los tipos de divorcio, tanto el que se tramita ante el órgano jurisdiccional, como el que se tramita ante el oficial del Registro Civil serán objeto de nuestro estudio en los puntos siguientes.

1.—Código Civil vigente para el D. y T. F. p. 17.

3.—DE LAS FORMAS DE DIVORCIO QUE ESTABLECE NUESTRO CODIGO

Nuestro ordenamiento civil vigente establece dos formas o clases de divorcio en cuanto al vínculo, sea que lo soliciten los dos cónyuges con base en la última fracción del artículo 267, en cuyo caso se llama divorcio voluntario; si lo solicita uno solo de ellos, invocando cualesquiera de las dieciséis causales restantes de dicho artículo 267 y en lo previsto en el artículo 268, se llama divorcio contencioso.

A su vez el divorcio voluntario, como a continuación veremos, se clasifica por la forma en que se efectúa y por los presupuestos que deben de reunir los consortes en: divorcio voluntario administrativo y divorcio voluntario judicial; en tanto que el divorcio contencioso se clasifica, tanto por sus consecuencias como por la causal que lo origina en: divorcio necesidad y divorcio sanción.

Además del divorcio propiamente dicho, nuestro Código Civil en su artículo 277, autoriza en determinados casos, que un cónyuge demande la separación en cuanto al lecho y a la habitación, pero sin romper el vínculo conyugal, según se estudiará más adelante.

I.—DIVORCIO VOLUNTARIO

La causal que sirve de base para el divorcio voluntario está consignada en la fracción XVII del artículo 267 de nuestro Código Civil vigente y sobre ella volveremos más adelante al intentar su interpretación.

Por ahora queremos señalar que esta causal da lugar a dos formas diferentes respecto al procedimiento para obtener el divorcio, ellas son: el divorcio voluntario administrativo y el divorcio voluntario judicial, necesitándose desde luego, para intentarlo, haciendo uso de cualquiera de estos procedimientos, que además del mutuo consentimiento como requisito esencial, haya transcurrido como lo indica el artículo 274 del propio código, un año desde la celebración del matrimonio hasta la iniciación del procedimiento.

A.—Divorcio Voluntario Administrativo

Esta forma de divorcio, en el cual se sigue un procedimiento sencillísimo, es llamado así porque no interviene en su tramitación ninguna

autoridad judicial, sino simplemente el oficial del registro civil del lugar del domicilio conyugal, es decir, una autoridad administrativa.

De conformidad con el artículo 272 del Código Civil se requiere para tramitar este tipo de divorcio que ambos consortes, además de convenir en divorciarse, deben de ser mayores de edad, no tener hijos y de común acuerdo haber liquidado la sociedad conyugal si bajo ese régimen se casaron.

El procedimiento para obtenerlo es el siguiente: ambos consortes deberán presentarse ante el oficial del Registro Civil del lugar de su domicilio, ante quien acreditarán con las respectivas copias de las actas de matrimonio y nacimiento que son casados y mayores de edad, manifestándole terminante y explícitamente su voluntad de divorciarse.

En tales condiciones, el oficial del Registro Civil una vez obtenida la identificación de los consortes, por los medios establecidos en la ley, levantará un acta en la cual se hará constar la solicitud de divorcio y citará a los cónyuges para que comparezcan nuevamente ante su presencia a ratificarla a los quince días, comparecencia en la cual, si los consortes ratifican, el oficial del Registro Civil los declarará divorciados, levantando el acta respectiva y haciendo la anotación correspondiente en el acta del matrimonio anterior.

Pero si los consortes no reúnen los requisitos respecto a la mayoría de edad, no tener hijos, o en su caso, no haber liquidado la sociedad conyugal y sin embargo obtuvieren el divorcio por este medio, éste no surtirá efectos legales una vez comprobada en los consortes la carencia de los requisitos indicados o de cualquiera de ellos, en cuyo caso sufrirán las penas establecidas en el Código Penal para el Distrito y Territorios Federales, que en su artículo 247, tipifica la conducta de quienes así se hayan conducido incurriendo en falsedad para obtener un divorcio sencillo y rápido. La fracción I del artículo 247 dice textualmente: "Se impondrán de dos meses a dos años de prisión y multa de diez a mil pesos: 1.—al que interrogado por alguna autoridad pública distinta de la judicial en ejercicio de sus funciones o con motivo de ellas faltare a la verdad".

Como podemos apreciar, las funciones del oficial del Registro Civil son semejantes aunque no iguales, a las de un notario público, ya que se reducen pasivamente a hacer constar la comparecencia y la declaración de voluntad de los consortes, y en su caso, a declarar el divorcio,

a diferencia de lo que la ley previene cuando éste se efectúa ante la autoridad judicial, y en el que los jueces de primera instancia sí desempeñan un papel activo, al procurar, por medio de consejos, que los cónyuges no se divorcien. Por lo tanto, la función del oficial del Registro Civil es dar fé de la voluntad de los cónyuges, y por medio de un acto declarativo de voluntad, no obra como notario, sino ejercitando una potestad otorgada por el Estado, disuelve el matrimonio.

La actitud pasiva del oficial del Registro Civil en este tipo de divorcio, se explica porque, al no haber hijos de por medio, ni conflicto de intereses pecuniarios, el estado y la sociedad carecen de interés en que el vínculo conyugal subsista.

Se ha dejado asentado que para el divorcio administrativo deben de llenarse ciertos requisitos, entre ellos, que los consortes sean mayores de edad. Aquí se presenta el problema de si los menores de edad que no tengan hijos y que hayan liquidado la sociedad conyugal puedan divorciarse ante dicho funcionario. En mi concepto, el divorcio así obtenido es perfectamente válido pues como lo previenen los artículos 641 y 643 del Código Civil, de acuerdo con los cuales el matrimonio produce la emancipación de quienes lo celebran, y aunque el matrimonio se disuelva el cónyuge emancipado que sea menor, no recaerá en la patria potestad; el emancipado sólo necesita durante su menor edad, de la autorización judicial para gravar, enajenar o hipotecar bienes raíces, y el tutor para negocios judiciales. Como se vé, la enumeración anterior es limitativa, y debe de entenderse en el sentido de que el emancipado no necesita ninguno de esos requisitos para divorciarse, en virtud a que el divorcio ante el oficial del Registro Civil no es asunto judicial.

B.—Divorcio Voluntario Judicial

Como su nombre lo indica, el divorcio voluntario judicial es aquél que se obtiene por un acuerdo de voluntades de los consortes para disolver el vínculo conyugal sin necesidad de invocar ninguna de las causas señaladas expresamente por la ley, sino únicamente con base en la causal prevista en la fracción XVII del artículo 267 del Código Civil vigente.

Este tipo de divorcio puede ser tramitado por los cónyuges que se encuentren en la situación prevista en el último párrafo del artículo 272

del citado ordenamiento y que no pueden seguir el procedimiento que se estudió en el inciso inmediato anterior, o sea, el divorcio administrativo.

Dicho párrafo del artículo 272 textualmente dice: "Los consortes que no se encuentren en el caso previsto en los anteriores párrafos de este artículo, pueden divorciarse por mutuo consentimiento, ocurriendo al juez competente en los términos que ordena el Código de Procedimientos Civiles".

El divorcio voluntario judicial debe de tramitarse ante los jueces de lo familiar, según lo dispone el artículo 58 de la Ley Orgánica de los Tribunales de Justicia del fuero común del Distrito y Territorios Federales; es regulado por los artículos del 674 al 682 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito y Territorios Federales. Este cuerpo de leyes dispone que cuando ambos consortes convengan en divorciarse, en los términos que dispone la parte final del artículo 272 del Código Civil, transcrito anteriormente, deberán ocurrir al tribunal competente presentando el convenio que se exige en el artículo 273 del citado ordenamiento, así como también deberán de acompañar a su solicitud de divorcio una copia certificada del acta de matrimonio y de las de nacimiento de los hijos menores de edad.

El convenio exigido por el artículo 273 que deben de presentar los consortes junto con su demanda de divorcio, debe de contener los siguientes puntos:

1.—Designación de persona a quien sean confiados los hijos del matrimonio, tanto durante el procedimiento como después de ejecutoriado el divorcio;

2.—El modo de subvenir a las necesidades de los hijos, tanto durante el procedimiento como después 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 después de ejecutoriado el divorcio, así como la designación de liquidadores. A este efecto se acompañará un inventario y avalúo de todos los bienes muebles o inmuebles de la sociedad.

Respecto al convenio cabe decir, que si los consortes no obtienen la aprobación de éste, el juez no puede decretar el divorcio, porque es condición esencial la validez del propio convenio declarada y reconocida por sentencia firme, ya que en el divorcio voluntario no hay cuestión entre los dos consortes porque se presupone que se han puesto de acuerdo en disolver el vínculo conyugal, por lo que podemos concluir que la cuestión entre partes no es la disolución del vínculo conyugal, sino la validez del convenio que los dos esposos someten al dictamen del Ministerio Público (que según veremos más adelante tiene intervención porque debe examinar la validez del convenio y dar su aprobación o negarla) y a la aprobación del juez.

La intervención del Ministerio Público en el procedimiento para este tipo de divorcio es necesaria porque es de orden público, dados los intereses familiares tan importantes que en él se plantean, sobre todo lo relativo a la situación moral y económica en que deben de quedar los hijos menores de edad e interdictos, como también para que se cumplan debidamente las leyes referentes al matrimonio y al divorcio.

Igualmente, cabe comentar el punto tercero del convenio, respecto a la casa que debe de habitar la mujer durante el procedimiento, si se tiene en cuenta la igualdad del hombre y la mujer ante la ley y los derechos de que goza ésta en la legislación actual y en la sociedad, la estipulación relativa al punto tercero no tiene razón de ser, pues es una supervivencia de la situación en que se encontraba la mujer, tanto legal como socialmente, hasta fines del siglo pasado y principios de éste. Actualmente, la mujer se ha emancipado y adquirido derechos y libertades que antes no tenía, por lo que, en mi concepto, resulta un anacronismo el que se le exija que viva en una casa determinada durante el procedimiento.

El artículo 675 de nuestro código procesal ordena que una vez presentada la solicitud de divorcio con el convenio y demás documentos, el tribunal citará a los cónyuges y al representante del Ministerio Público a una junta que deberá efectuarse después de los ocho y antes de los quince días siguientes, en la cual el juez exhortará a los cónyuges para procurar su reconciliación; si no logra averirlos, aprobará provisionalmente, oyendo al representante del Ministerio Público, los puntos del convenio que se refieren a la situación de los hijos menores o incapacitados, dictando las medidas necesarias para el aseguramiento de los alimentos de los hijos, así como de los alimentos que

un cónyuge deba dar a otro, sea que se trate de la mujer o del marido, mientras dura el procedimiento.

Si los cónyuges insistieren en su propósito de divorciarse, el artículo 676 del código procesal previene que, el tribunal citará a una segunda junta que se efectuará después de los ocho y antes de los quince días de solicitada, en la cual el juez los volverá a exhortar con el mismo propósito de procurar su reconciliación. Si en esta segunda junta de avenencia tampoco se logra la reconciliación de los cónyuges, y en el convenio quedaron bien garantizados los derechos de los hijos menores o incapacitados, el tribunal, oyendo el parecer del representante del Ministerio Público, dictará la sentencia que declara disuelto el vínculo matrimonial y decidirá sobre el convenio presentado.

En el caso de que uno o los dos cónyuges sean menores de edad éstos necesitan de un tutor especial para poder solicitar el divorcio, así como que no pueden hacerse representar por procurador en las juntas a que nos referimos anteriormente, sino que deben de comparecer personalmente y en su caso acompañados de dicho tutor especial.

Si el representante del Ministerio Público se opone a la aprobación del convenio al considerar que viola los derechos de los hijos o que no quedan bien garantizados, éste propondrá las modificaciones que crea procedentes y el tribunal se las hará saber a los cónyuges para que en el término de tres días manifiesten si están de acuerdo con dichas modificaciones. En el caso de que no estén de acuerdo, el tribunal resolverá en la sentencia lo que proceda con arreglo a la ley, cuidando que en todo caso queden debidamente garantizados los derechos de los hijos. Si el convenio no fuere de aprobarse, el juez no podrá de ninguna forma decretar la disolución del matrimonio.

La sentencia que declare el divorcio aprobando un convenio irregular, no es válida, por lo que debe de ser apelada por el Ministerio Público, pero si ésta alcanza la autoridad de la cosa juzgada, será por tal concepto, inatacable y en consecuencia el divorcio decretado será perfectamente válido.

II.—DIVORCIO CONTENCIOSO

Según hemos anotado, el divorcio contencioso reviste dos formas, que han sido denominadas como divorcio sanción y divorcio necesidad.

En ambas formas implica una contienda entre partes, por eso se llama contencioso, por lo que implica un juicio, que de acuerdo con el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito y Territorios Federales, corresponde al juicio ordinario civil, según lo dispone el artículo 431 que prescribe en el título relativo al juicio sumario que: "Todas las contiendas entre partes cuya tramitación no esté prevista en éste título, se ventilarán en juicio ordinario". Como el divorcio necesario no se encuentra comprendido dentro de los juicios sumarios, por exclusión se desprende que el divorcio contencioso necesariamente debe de tramitarse como juicio ordinario, el cual se encuentra regulado en el título sexto del Código en cuestión.

Para que un cónyuge pueda demandar al otro el divorcio, es necesario que el que lo haga apoye su pretensión en cualquiera de las causales que señala el artículo 267 del Código Civil vigente, con excepción de la última o sea la señalada en la fracción XVII que se refiere al divorcio por mútuo consentimiento que fue estudiado con antelación.

De acuerdo con la causal que genere el divorcio contencioso éste traerá o no una sanción al cónyuge que la motivó o simple y sencillamente se producirán algunas desfavorables consecuencias al cónyuge que incurrió en dicha causal, aun cuando no se trate de un motivo considerado como de culpabilidad sino que el divorcio se impone como una verdadera necesidad para evitar que de continuar con el matrimonio, se produzcan males más graves, sobre todo para los hijos, de donde se infieren los dos diferentes nombres con que ha sido designado el divorcio contencioso.

A.—Divorcio Sanción

Como su nombre lo indica, este divorcio supone culpa en el cónyuge que incurre en la causal que lo origina, y por ende, al ser declarado el divorcio impone la sanción respectiva al consorte culpable, que es lo que como hemos indicado, le da el nombre a este tipo de divorcio. Se encuentra establecido en las fracciones siguientes del artículo 267 del Código Civil vigente:

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 el contrato, y que judicialmente sea declarado ilegítimo;

III.—La propuesta del marido para prostituir a su mujer no sólo cuando el 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 hecha 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;

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

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

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

XII.—La negativa de los cónyuges de darse alimentos, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 164, siempre que no puedan hacer efectivos los derechos que les conceden los artículos 165 y 166;

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 cónyuges un delito que no sea político, pero que sea infamante, por el cual tenga que sufrir una pena de prisión mayor de dos años;

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

Las sanciones que se imponen al cónyuge culpable son tanto en relación a los hijos del matrimonio. como de carácter pecuniario y de restricción para contraer nuevo matrimonio.

En el primer caso, la sanción es en relación con la patria potestad de los hijos, de los cuales de conformidad con lo expresado por el ar-

ticulo 283 del cuerpo de leyes citado, en su regla primera, el cónyuge culpable pierde la patria potestad en beneficio del cónyuge inocente y si ambos fuesen declarados culpables, lo que sucede en el caso de que hubiere reconvencción del demandado original y cuya acción reconvenccional quede debidamente probada, así como que quede también probada la acción directa ejercitada por el actor original, quedarán los hijos, bajo la patria potestad del ascendiente que corresponda, y si no lo hubiere deberá nombrárseles tutor. Esto sucederá siempre que la causal de divorcio se encuentre comprendida dentro de las fracciones I, II, III, IV, V, VIII, XIV y XV del artículo 267 citado. En su regla segunda, el artículo 283 indicado, preceptúa que cuando la causa de divorcio estuviere comprendida en las fracciones IX, X, XI, XII, XIII y XVI, los hijos quedarán bajo la patria potestad del cónyuge inocente, misma que recuperará el cónyuge culpable a la muerte del primero de los citados. Si ambos cónyuges son culpables se les suspenderá a los dos la patria potestad de los hijos hasta la muerte de uno de ellos, en cuyo caso la recobrará el que quede vivo; mientras que tal deceso acaeciera, los hijos quedarán bajo la patria potestad del ascendiente correspondiente y no habiendo quien la ejerza se les designará tutor.

Las sanciones pecuniarias que debe de sufrir el cónyuge culpable, en primer término dependen de que se trate del hombre o de la mujer: si se trata del hombre, éste estará obligado a alimentar a la mujer inocente mientras no contraiga nuevas nupcias y viva honestamente; en tanto que si es la mujer la cónyuge culpable sólo deberá alimentar al marido inocente en el caso de que éste se encuentre imposibilitado para trabajar y carezca de bienes propios para subsistir. Por otra parte, el cónyuge culpable, cualquiera que sea su sexo, perderá todo lo que se le hubiera dado o prometido por su consorte o por otra persona en consideración a dicho cónyuge, en tanto que el inocente conservará lo recibido y podrá reclamar lo pactado en su provecho. Además cuando por el divorcio se originen daños y perjuicios a los intereses del cónyuge inocente, el culpable responderá de ellos como autor de un hecho ilícito, tal como lo previenen los artículos 286 y 288 del Código Civil vigente.

Finalmente, en relación con la libertad para contraer nuevo matrimonio, al cónyuge culpable se le impone de conformidad con el artículo 289, la restricción de no poder volverse a casar sino después de dos años a contar de la fecha en que se decretó el divorcio.

B.—Divorcio Necesidad

Esta forma de divorcio es llamado así porque se dicta en atención a que las causales que lo origina suponen una situación de tal magnitud grave que hace imposible la vida en común o la imposibilidad de cumplimiento de los fines esenciales del matrimonio por causas que no suponen ninguna culpabilidad en el cónyuge en quien se realizan las hipótesis previstas en las causales VI y VII del mencionado artículo 267; pues son involuntarias, ya que es evidente lo difícil y aun imposible que sería que alguno de los consortes tratara de contraer cualquiera de los males de que nos hablan las fracciones mencionadas. Estos son típicos casos de causales que originan el divorcio necesario; más aún, podríamos decir, que la finalidad que tuvo el legislador de veintiocho en establecerlas es con el fin de tomar medidas de profilaxis social, evitando de este modo, que de continuar el matrimonio se produzcan males más graves aún que los que genera el propio divorcio, tanto para el cónyuge sano, como para los hijos a quienes se les protege, en su caso, de ser contagiados; o bien, de la maligna influencia que puede ejercer en el seno de una familia la presencia de un sujeto desequilibrado permanentemente. Las causas mencionadas de divorcio necesidad, dicen literalmente:

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

VII.—Padecer enajenación mental incurable.

Sin embargo, no podemos perder de vista que entre las obligaciones que nacen del matrimonio, establecidas por el artículo 162 del Código Civil vigente, se encuentra la del socorro mutuo. De ahí que algunos juristas se opongan a la inclusión de estas causales de divorcio en los ordenamientos legales, por considerar que los sentimientos de piedad que supone el socorro mutuo obligan al cónyuge sano más bien a cuidar del enfermo que a valerse de su enfermedad para obtener la disolución del vínculo. No obstante, pienso que nuestro legislador ha estimado, al incluirlas como causales de divorcio, de mayor valor los bienes jurídicos que se trata de proteger, en este caso, el cuidar la salud del cónyuge sano así como la de los hijos. Referente al último caso

de la fracción VI, o sea la impotencia incurable que sobrevenga después de celebrado el matrimonio, podemos decir, que entre el objeto del matrimonio está precisamente el de débito carnal y no siendo posible éste, sería en extremo injusto condenar a una persona de por vida, trayendo consigo toda la serie de frustraciones que la falta de actividad sexual origina sobre todo en una persona joven.

El divorcio obtenido con fundamento en las causales previstas en las fracciones citadas no produce sanción alguna que pueda revestir ese carácter, y a pesar de la obscuridad de nuestro Código Civil en este punto, se consigna en la tercera regla del artículo 283 que los hijos quedarán en poder del cónyuge sano, agregando que el consorte enfermo conservará los demás derechos sobre la persona y bienes de sus hijos, no existiendo, como se aprecia, ninguna otra regla de protección para el cónyuge enfermo, para la seguridad de los hijos y ni siquiera en resguardo de la sociedad misma.

Queremos señalar que aun cuando nuestro Código Civil prevee como un caso de divorcio sanción el originado por la causal señalada en la fracción X del artículo 267, incluyéndola en la segunda regla del artículo 283, condenando al cónyuge culpable a la pérdida de la patria potestad, para nosotros se trata de un caso de divorcio necesidad, pues no pensamos que en la circunstancia de que el ausente volviera o el presunto muerto no hubiere fallecido y regresara podría ser privado de sus derechos en forma justa, máxime en relación con sus hijos, ya que en la mayoría de los casos no sería culpable ni de su declaración de ausencia ni de su presunción de muerte. Por lo tanto, consideramos que la "ratio ascendi" de esta causal está en la necesidad, naturalmente como causa objetiva, de que no subsista indefinidamente un matrimonio en el cual no puedan cumplirse los fines esenciales del mismo con perjuicio de uno de los cónyuges que ni siquiera sabe en dónde se encuentra su consorte, o peor aún, que no sabe si está vivo o muerto, aun cuando se haya declarado presuntivamente como fallecido; pero que en caso de que no se hubiere producido tal deceso y regresara dicho cónyuge, repetimos, no existe ninguna razón para ser considerado culpable y ser sancionado como tal. Pensamos que esta fracción debería de haber sido incluida en la tercera regla del artículo 283, para ser así una causal que origine el divorcio necesidad.

4.—SEPARACION DE LECHO Y HABITACION

Como ya quedó dicho, además del divorcio vincular, existe en nuestro Código Civil vigente una forma moderada de la separación en cuanto al lecho y la habitación. Desde luego que no podemos pensar que esta forma sea propiamente el divorcio establecido por el derecho canónico denominado "separación de cuerpos".

Colín y Capitant (2) hacen una clara distinción entre el divorcio vincular y la mera separación de personas y bienes de los esposos. Al divorcio propiamente dicho lo definen como la "disolución del matrimonio, viviendo los dos esposos, a consecuencia de una decisión judicial dictada a demanda de uno de ellos o de uno y otro, por las causas establecidas por la ley". A la separación de cuerpos como "el estado de dos esposos que han sido dispensados de vivir juntos por una decisión judicial".

Por lo tanto, la separación de cuerpos no puede considerarse como un verdadero divorcio; se pronuncia al igual que éste por medio de una sentencia, pero se diferencia en que no disuelve el vínculo matrimonial, quedando subsistentes todas las obligaciones y deberes inherentes al matrimonio, a excepción del deber de cohabitación.

Nuestro Código Civil, establece en su artículo 277 la separación de lecho y habitación al decir textualmente: "El cónyuge que no quiera pedir el divorcio fundado en las causas enumeradas en las fracciones VI y VII del artículo 267, podrá, sin embargo, solicitar que se suspenda su obligación de cohabitar con el otro cónyuge, y el juez, con conocimiento de causa, podrá decretar esa suspensión quedando subsistentes las demás obligaciones creadas por el matrimonio".

Como podemos apreciar, las causas que sirven de apoyo para pedir la separación están enunciadas limitativamente en las fracciones VI y VII del artículo 267, y son las mismas causales que originan el divorcio necesidad, de donde se infiere que el cónyuge que se encuentre en las hipótesis de dichas fracciones, puede pedir, o bien el divorcio vincular o la simple separación de lecho y habitación, en cuyo caso el cónyuge

2.—Ob. cit., p. 416.

sano sigue conservando el vínculo matrimonial, pero previniéndose del contagio del cónyuge enfermo, no solamente a su persona sino a los propios hijos, evitando incluso, que nazcan enfermos, imbéciles o idiotas, que indudablemente es una fuerte razón de orden genético.

CAPITULO DECIMO PRIMERO

ESTUDIO DE LAS CAUSALES DE DIVORCIO CONTENIDAS EN LOS ARTICULOS 267 Y 268 DEL CODIGO CIVIL VIGENTE

1.—INTERPRETACION RESTRICTIVA DE LAS CAUSALES

2.—CLASIFICACION

3.—LAS CAUSALES DE DIVORCIO EN PARTICULAR
(ARTICULO 267)

Fracción	I
Fracción	II
Fracción	III
Fracción	IV
Fracción	V
Fracción	VI
Fracción	VII
Fracción	VIII
Fracción	IX
Fracción	X
Fracción	XI
Fracción	XII
Fracción	XIII
Fracción	XIV
Fracción	XV
Fracción	XVI
Fracción	XVII

4.—ARTICULO 268

1.—INTERPRETACION RESTRICTIVA DE LAS CAUSALES

Podemos definir a las causales de divorcio como aquellas circunstancias que permiten obtenerlo con fundamento en una determinada legislación y mediante un procedimiento establecido al efecto. (1)

Dada la gravedad que la disolución del vínculo conyugal supone, el legislador no ha querido que los tribunales tengan facultades para establecer causales de divorcio diferentes de las que él consideró como únicas justificadas, por lo que, de acuerdo con el principio de la limitación de las causas, únicamente son causales de divorcio las que en forma limitativa y numéricamente se establecen en los artículos 267 y 268 del Código Civil, mismas que en los puntos siguientes se tratará de darles una interpretación. Así lo sostiene la Suprema Corte de Justicia de la Nación al expresar: "DIVORCIO. Interpretación restrictiva de las disposiciones legales que lo establecen. Siendo el matrimonio la base de la familia, que a su vez es de la sociedad, el Estado preocupándose, por ello mismo, por la estabilidad de la institución, sólo permite su disolución por divorcio en casos verdaderamente graves, expresamente señalados por la ley. De aquí que todas las disposiciones legales que establecen tal disolución, son de interpretación restrictiva y que únicamente es procedente decretar aquél sólo por las causas específicamente enumeradas en la ley." (2)

1.—Pina, Rafael de, "Elementos de Derecho Civil Mexicano", Tomo I, p 342.

2.—Ejecutoria de la Corte. Directo 3536 /1955, Emigdio Torres. Resuelto el 26 de enero de 1956, por mayoría de tres votos, contra los de los señores Ministros Castro Estrada y Ramírez Vázquez. Ponente el señor Ministro García Rojas. Srío. Lic. Raúl Ortiz - Urquidí

2.—CLASIFICACION

Para el objeto de nuestro estudio clasificaremos las causas de divorcio, siguiendo al licenciado Antonio Aguilar Gutiérrez (3) atendiendo a su origen, es decir a los derechos y obligaciones que corresponden a cada cónyuge, los cuales al ser violados por el otro otorgan al cónyuge inocente la facultad de demandar la disolución del vínculo conyugal:

A.—Causas Eugenésicas.—Son aquellas en las cuales uno de los cónyuges falta a su deber de mantenerse sano física y mentalmente, para realizar el objeto fundamental de la institución que es el de la perpetuación de la especie mediante la procreación de los hijos. Estas causas están contenidas en las fracciones VI, VII y XV del artículo 267, o sean las de que uno de los esposos padezca sífilis, tuberculosis o cualquiera otra enfermedad crónica o incurable que sea además contagiosa o hereditaria, y la impotencia incurable sobrevenida después de celebrado el matrimonio; la enajenación mental incurable; la embriaguez habitual y, por último, el uso indebido y persistente de drogas enervantes.

B.—Causas fundadas en la infidelidad de los cónyuges.—La violación a este deber, engendra la causa de divorcio por adulterio de uno de los cónyuges, que es la única que la ley menciona como causa de esta índole y que está contenida en la fracción I.

C.—Causas fundadas en el abandono de las obligaciones alimentarias.—La violación al cumplimiento de la obligación alimentaria, que en nuestro derecho es una obligación recíproca, engendra la causal de divorcio prevista en la fracción XII, o sea la negativa de los cónyuges de darse alimentos, cuando no se puedan hacer efectivos coactivamente.

D.—Causas fundadas en la separación de los esposos.—O sea el deber de los cónyuges de vivir juntos bajo el mismo techo. La violación de este deber, engendra las causales de divorcio contenidas en las fracciones VIII, IX y X, o sea la separación de la casa conyugal por más de seis meses sin causa justificada; por más de un año por causa que podrá engendrar el divorcio, así como los casos de ausencia.

3.—Aguilar Gutiérrez, Antonio. "Panorama del Derecho Mexicano", p. 52, Instituto de Derecho Comparado, U.N.A.M., México, 1966.

E.—Causas fundadas en la falta de respeto de uno de los cónyuges a la persona del otro.—Como causas derivadas de la obligación de los cónyuges encontramos las de guardarse mutuo respeto, y las violaciones derivadas de esta obligación encontramos las consignadas en las fracciones II, XI y XIII, o sean el hecho de que la mujer dé a luz durante el matrimonio un hijo concebido antes de celebrarse este contrato, y que judicialmente sea declarado ilegítimo; la sevicia, amenazas e injurias graves de un cónyuge para con el otro, y la acusación calumniosa que haga del otro uno de los esposos por delito que merezca pena mayor de dos años de prisión.

F.—Causas fundadas en la conducta inmoral de uno de los cónyuges.—En el derecho mexicano se mencionan como causales fundadas en la conducta inmoral de uno de los esposos, las consignadas en las fracciones III, IV, V, XIV, XV y XVI, o sean la propuesta del marido para la prostitución de su mujer, por actos diversos directos o indirectos tendientes a tal fin; la incitación a la violencia de un cónyuge para con el otro, para cometer algún delito aunque no sea de incontinencia carnal; los actos inmorales ejecutados por el marido o por la mujer a fin de corromper a los hijos, y la mera tolerancia en su corrupción; el haber cometido uno de los cónyuges un delito no político pero sí infamante, por el cual tenga que sufrir una pena mayor de dos años de prisión; el hábito de juego, cuando amenace causar la ruina de la familia, o sea un motivo constante de desavenencias conyugales, y, cometer un cónyuge contra la persona o 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 superior a un año de prisión.

G.—El mútuo consentimiento.—Esta causal esta prevista en la fracción XVII del Código mencionado y es la disolución voluntaria del matrimonio y ya no como las anteriores causas que es la disolución del matrimonio, por violación de alguna de las obligaciones que de éste surgen.

3.—LAS CAUSALES DE DIVORCIO EN PARTICULAR (ARTICULO 267)

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

Esta es la única causal que viola el deber de fidelidad de los cónyuges. El adulterio es considerado desde el punto de vista puramente civil, es decir como causa de divorcio, y en su aspecto penal, o sea como delito.

Para nosotros, sin dejar de tomar en cuenta la importancia del aspecto punible que presenta el adulterio en nuestro derecho, tiene desde luego y para el objeto de nuestro estudio, mayor importancia al adulterio simplemente civil, que es indudablemente al que se refiere esta causal. Al respecto, Planiol (4) nos proporciona los siguientes conceptos:

"El adulterio supone siempre un elemento material consistente en las relaciones sexuales con una persona distinta al cónyuge, y un elemento intencional, la libre voluntad de cumplir el acto en cuestión. Cuando uno de estos elementos falta, no puede haber ni penalidad ni divorcio. Así por ejemplo, una intimidación poco honesta no podría invocarse como constitutiva de adulterio que implicara el divorcio de manera perentoria; lo mismo ocurre con la simple tentativa de adulterio. Estos actos pueden, en verdad, ser admitidos como injurias graves, pero ya entonces resurge el poder de apreciación del Juez. Así tampoco hay adulterio cuando el acercamiento sexual ha sido consecuencia de un acto de violencia, o resultado de una sugestión hipnótica; pero no basta para negar el adulterio el probar que el cónyuge culpable ha sido moralmente subyugado por el tercero con el cual lo ha cometido".

En nuestro derecho, aún a pesar de que el Código Penal vigente no define el delito de adulterio (pues únicamente lo sanciona) y tampoco lo hace el Código Civil, el concepto del jurista francés es válido, aunque para que revista la característica de adulterio punible, como lo señala el artículo 273 del ordenamiento primeramente citado, debe ser "come-

4.—Planiol y Ripert, "Tratado Práctico de Derecho Civil", Tomo II, p. 392, Trad. del Dr. Mario Díaz Cruz, Editorial Cultural, S. A., Habana, 1946.

tido en el domicilio conyugal o con escándalo"; lo cual nos lleva a considerar a contrario sensu que el adulterio cuando no se efectúa en el domicilio conyugal o que se realiza sin escándalo, evidentemente que no es delito, no obstante lo cual, no es menos cierto que es, en cualquier lugar o circunstancia que se cometa, causal de divorcio.

Según quedó dicho, al comentar los códigos de 1870 y 1884, éstos colocaban a los cónyuges en un plano de absoluta desigualdad, al establecer que el adulterio de la esposa, era siempre causal de divorcio, cualquiera que fueran las circunstancias en que se cometió, no aconteciendo lo mismo con el adulterio del marido, el cual era necesario para que se produjese, que se causara escándalo social, hubiere de por medio una concubina, o se llevara a cabo en el domicilio conyugal (Artículo 242 y 228 respectivamente). Indudablemente que estos códigos, así como sus comentaristas, fueron influenciados por los defensores de la tesis de la inequiparación de los sexos frente al problema del adulterio. Entre ellos Pothler (5), que afirma que el "adulterio que comete la mujer es infinitamente más contrario al buen orden de la sociedad civil, porque tiende a despojar las familias haciendo pasar los bienes a hijos adulterinos extraños a ellas; mientras que el adulterio cometido por el marido, aunque muy criminal en sí, no tiene consecuencia en este respecto. Hay que añadir que no corresponde a la mujer, que es inferior, la inspección de la conducta de su marido, que es su superior. Ella debe presumir que él le es fiel y los celos no deben llevarla a investigar su conducta".

Aun la propia ley de Relaciones Familiares de 1917, no obstante las ideas de igualdad que la inspiraron, establece en su artículo 77, el mismo criterio retrógrado contenido en los preceptos ya indicados en los códigos de 70 y 84. Es hasta el Código Civil actual en donde se iguala la situación jurídica del hombre y de la mujer, tal como se establece en su artículo segundo que dice: "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". Esta disposición corrobora plenamente la exposición de motivos del propio código, que expresa que la equiparación legal del hombre y la mujer se hacía necesaria, en vista de la fuerza arrolladora que ha adquirido el movimiento feminista. Actualmente la

5.—Citado por Collin y Capitant, ob. cit., p. 437.

mujer ha dejado de estar relegada exclusivamente al hogar; se le han abierto las puertas para que se dedique a todas las actividades sociales y en muchos países toma parte activa en la vida política. En tales condiciones, era un contrasentido la reducción de su capacidad jurídica en materia civil, sustentada por el código anterior. Así tenemos que en el artículo 269 del ordenamiento citado señala específicamente que cualquiera de los esposos puede invocar la causal de divorcio.

Tanto en la legislación penal como doctrinalmente, el adulterio sólo existe como acto consumado; de tal suerte, que la ley punitiva no sanciona la tentativa ni los actos preparatorios, siendo válido este criterio en lo relativo al adulterio como causal de divorcio, y que es de la esencia de éste el que se consume, por lo que podemos inferir que no son causas de divorcio las relaciones amorosas que sostenga uno de los cónyuges con terceras personas, aunque sean públicamente y con deshonor del otro cónyuge. Sin embargo, me parecen más acertadas las disposiciones de los códigos civiles de los estados de Morelos y Sonora, en donde no sólo es causa de divorcio el adulterio consumado, sino que también lo son los actos preparatorios del mismo, cuando uno de los cónyuges, se comporte, de manera habitual en forma contraria al deber de fidelidad que recíprocamente se deben los esposos y que obliguen a presumir la conducta adúltera de uno de ellos, si dicho comportamiento, se prologa por más de un año. Evidentemente que estas disposiciones son más justas, puesto que para probar el adulterio, se necesitaría hacerlo en el momento de la consumación del mismo, cosa que es verdaderamente difícil, por no decir que imposible, por lo cual en muchos casos sólo se logra mediante presunciones muy graves, cuya calificación queda al arbitrio del Juez, razón por la cual casi nunca se hace valer dicha causal; además, el hecho de que alguno de los cónyuges mantenga relaciones amorosas públicamente con personas diferentes de su consorte, se pasee con ella y se conduzca como amante de la misma, no sólo hace presumir el adulterio, sino que constituye un serio agravio al otro cónyuge por el deshonor y la ofensa que producen. Creemos que sería conveniente que se reformara el código civil en este sentido. Por otra parte la causal que nos ocupa, exige que el adulterio sea "debidamente probado", lo que nos parece una redundancia, puesto que se supone que para que proceda el divorcio, invocándose cualquiera de las causales establecidas por el código, éstas, deben ser probadas plena-

mente, y cualquier consideración aparte, la materia de la prueba corresponde más bien al derecho procesal que al sustantivo y aún cuando existe una interrelación entre ambos, pensamos que es en el proceso y en ninguna otra parte en donde deben demostrarse los hechos que fundamenten cualquier acción, entre las cuales desde luego encontramos a la acción de divorcio, lo cual para que proceda, repetimos, debe fundarse en cualquiera de los hechos previstos por las fracciones del artículo 267 del Código Civil, siendo en consecuencia, en el proceso, en donde debe quedar "debidamente probado el hecho señalado legalmente como causa de divorcio".

La acción de divorcio por causal de adulterio, como cualquiera otra causal, está sujeta a la regla general del artículo 278 que previene que: "El divorcio sólo puede ser demandado por el cónyuge que no haya dado causa a él, dentro de los seis meses siguientes al día en que hayan llegado a su noticia los hechos en que se funde la demanda".

En relación con el término que señala este artículo, debemos entender que dicho término de seis meses no debe de considerarse como una prescripción de la acción, sino como un presupuesto de la misma. Por lo tanto, si la demanda de divorcio se presenta fuera de dicho término, la acción ha caducado y no prescrito. La diferencia entre caducidad y prescripción es que aquella es un presupuesto de la acción, mientras que la segunda es una manera de extinguirla. De lo anterior se infiere que la prescripción no puede ser examinada de oficio por los tribunales, mientras que la caducidad siendo un presupuesto de la acción sí debe de examinarse de oficio por el juzgado.

Tratándose de adulterio no ocasional, sino permanentemente en forma de concubinato, la prueba del mismo es más fácil y el término para ejercitar la acción de divorcio no comienza a correr a partir del día en que el cónyuge ofendido tuvo conocimiento del concubinato, sino cuando éste concluye, por ser un acto de tracto sucesivo, en el que se repite la ofensa en un periodo de tiempo más o menos largo. Así lo ha resuelto la Suprema Corte, al estimar que si la causa de divorcio es de tracto sucesivo, el término para ejercitar la acción se inicia cuando concluye dicho tracto.

II.—"EL HECHO DE QUE LA MUJER DE A LUZ, DURANTE EL MATRIMONIO, UN HIJO CONCEBIDO ANTES DE CELEBRARSE ESTE CONTRATO, Y QUE JUDICIALMENTE SEA DECLARADO ILEGITIMO."

Esta causal está agrupada dentro de las causas fundadas en la falta de respeto de uno de los cónyuges a lo persona del otro.

Históricamente la encontramos consignada en la fracción segunda del artículo 227 del Código Civil de 1884 y en el artículo 76 en su fracción segunda de la Ley de Relaciones Familiares. Nuestro Código actual la copia fielmente de las reglamentaciones citadas.

Para que esta causal se genere y en consecuencia, pueda fundarse la demanda de divorcio con apoyo en la misma, se requiere, desde luego, que se produzca el alumbramiento del hijo durante el matrimonio y que la concepción se haya verificado con anterioridad al mismo. Por lo tanto, entendemos que el nacimiento debe de realizarse oportunamente; esto es, que no se trate de un aborto, porque éste, como lo define nuestro Código Penal en el artículo 329, "es la muerte del producto de la concepción en cualquier momento de la preñez", en tanto que dar a luz significa que el producto de la concepción nazca, y para efectos legales, como expresa el artículo 337 del Código Civil, "sólo se reputa nacido el feto que, desprendido enteramente del seno materno, vive veinticuatro horas o es presentado vivo al Registro Civil. Faltando alguna de estas circunstancias, nunca ni nadie podrá establecer demanda sobre la paternidad". En consecuencia, si existe aborto no hay ni puede haber nacimiento; y en tal hipótesis no se podría, al menos con fundamento en esta causal, intentarse el divorcio; en cambio si se trata de un parto prematuro, pero en el cual se satisfagan los requisitos del artículo últimamente citado, evidentemente nos encontraremos en presencia de esta causal, aun cuando inmediatamente después de las 24 horas de nacido o después de haber sido presentado al Registro Civil el hijo falleciera.

Como hemos señalado, también es necesario que el hijo se conciba antes de celebrarse el matrimonio, y ante la dificultad para precisar cuándo se ha efectuado la concepción, es necesario recurrir a la presunción legal establecida en la fracción I del artículo 324 del Código Civil, la cual reputa hijos nacidos de matrimonio a los que nacen después de 180 días contados a partir de la celebración del mismo, salvo desde luego, como

también indica el artículo 325 del mismo cuerpo de leyes, que se pruebe la imposibilidad física del marido para tener acceso carnal con su mujer en los primeros 120 días de los 300 que han precedido al nacimiento.

Por otra parte, el marido tampoco podrá desconocer la paternidad de los hijos nacidos dentro de los 180 días siguientes a la celebración del matrimonio, de conformidad con lo señalado en el artículo 328 del Código Civil en cualquiera de los siguientes casos:

I.—Si se probare que supo antes de casarse el embarazo de su futura consorte; para esto se requiere un principio de prueba por escrito;

II.—Si concurrió al levantamiento del acta de nacimiento y ésta fue firmada por él, o contiene su declaración de no saber firmar;

III.—Si ha reconocido expresamente por suyo al hijo de su mujer;

IV.—Si el hijo no nació capaz de vivir.

La acción de desconocimiento de la paternidad sólo puede ser intentada por el marido dentro del término señalado por el artículo 330 del Código Civil, que es de "sesenta días, contados desde el nacimiento, si está presente; desde el día en que llegó al lugar, si estuvo ausente; o desde el día en que descubrió el fraude, si se le ocultó el nacimiento".

La acción de divorcio en este caso, no puede ser acumulable a la acción de desconocimiento de la paternidad, porque lo prohíbe el artículo 31 del Código de Procedimientos Civiles, según el cual, no pueden acumularse dos acciones de las cuales el éxito de una de ellas depende del resultado de la otra, que se inicie en primer término, por lo que se concluye que el marido no podrá promover el divorcio sino después de que éste obtenga sentencia ejecutoria que declare que el hijo no es suyo.

Respecto al término de seis meses dentro del cual debe intentarse la acción de divorcio para evitar la caducidad, pensamos que comienza a correr a partir de la fecha en que cause ejecutoria la sentencia mediante la cual se declara al hijo ilegítimo. Eduardo Pallares (6) plantea el siguiente problema: "Supóngase que en el juicio intentado contra la mujer para declarar ilegítimo al hijo concebido antes de la celebración del matrimonio, el marido obtiene sentencia favorable, contra la cual interpone juicio de amparo su esposa. En este caso, cabe preguntar si corre el término de seis meses que fija la ley para iniciar el juicio de divorcio, bajo la sanción

6.—Ob. cit., p. 67.

que de no hacerlo, caducará la acción respectiva. Si al presentar su demanda de amparo, la mujer obtiene la suspensión del acto reclamado, o sea de la sentencia que declara ilegítimo a su hijo, es incuestionable que no corre el término de 6 meses; pero en caso contrario, esto es, cuando no obtiene dicha suspensión, el término corre respecto del marido. Sin embargo, cabe suponer que la Suprema Corte de Justicia niegue a la esposa el amparo solicitado por ella, en cuyo caso queda firme la ejecutoria de segunda instancia, cuyos efectos no fueron suspendidos por no haberse decretado la suspensión definitiva. En tal caso, no obstante que existe una sentencia con la autoridad de la cosa juzgada que declara que el hijo fue concebido antes del matrimonio y que no es del marido, éste no podrá ya ejercitar la acción de divorcio por haber transcurrido los seis meses de la caducidad."

Cabe hacer notar, que nuestro Código Civil al referirse a los hijos, solamente distingue tres clases de ellos: los nacidos dentro del matrimonio; los nacidos fuera del vínculo conyugal y los adoptivos; y la causal que analizamos hace referencia a que el hijo en cuestión "judicialmente sea declarado ilegítimo". Consideramos que la distinción general que el ordenamiento civil hace es correcta, en tanto que la expresión de hijo "ilegítimo" que en esta causal emplea es una anacrónica distinción y contraría al espíritu que lo inspiró, pues en todo caso el juez solamente debe declarar que el hijo es "nacido fuera de matrimonio", pero nunca que se trata de un hijo ilegítimo, ya que es un término que no corresponde a la esencia de nuestra ley y a la época en que vivimos.

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."

Se agrupa esta causal en las fundadas en la conducta inmoral de uno de los cónyuges. Los antecedentes los encontramos en la fracción segunda del artículo 240 del Código Civil de 1870 y en la fracción tercera del artículo 227 del Código de 1884, que fue copiada fielmente con la sola diferencia de que se substituyó el término "ilícitas" por el de "carnales".

Esta causa está relacionada directamente con los artículos 206 y 207 del Código Penal vigente en el Distrito y Territorios Federales que se refiere a los lenones, pero aplicados especialmente a los maridos que explotan a su cónyuge, obligándola a tener comercio carnal con otras personas. Dichos artículos expresan:

Art. 206.—“El lenocinio se sancionará con prisión de seis a ocho años y multa de cincuenta a mil pesos”.

Art. 207.—“Comete el delito de lenocinio:

- I.—“Toda persona que habitual o accidentalmente explote el cuerpo de otra por medio del comercio carnal, se mantenga de éste u obtenga de él un lucro cualquiera;
- II.—“Al que induzca o solicite a una persona para que con otra comercie sexualmente con su cuerpo o le facilite los medios para que se entregue a la prostitución;
- III.—“Al que regentee, administre o sostenga directa o indirectamente prostíbulos, casas de cita o lugares de concurrencia expresamente dedicados a explotar la prostitución, y obtenga cualquier beneficio con sus productos”.

Cabe señalar, que esta causal no se identifica, sino que se relaciona, con el delito de lenocinio que tiene modalidades muy diferentes y que pueden cometerlo personas que no se encuentran unidas en matrimonio con la mujer que se entrega a la prostitución. Por otro lado, no es necesario que primeramente se declare la existencia del delito de lenocinio por la vía penal para que al marido que incurre en esta causal se le considere culpable y pueda la esposa demandar el divorcio, pues además de ser castigado con las penas señaladas en los artículos anteriores (en el caso que se demuestre el delito), procede también la acción de divorcio.

En dos hipótesis puede el marido incurrir en los actos constitutivos de la causal que analizamos. En la primera hipótesis, la ley supone en el marido un acto positivo, o sea que directamente haga la proposición para prostituir a su mujer; en la segunda hipótesis, no existe la previa propuesta del marido, pero que en cambio se demuestre que éste recibió dinero o cualquier remuneración con el objeto directo de que otro tenga relaciones sexuales con su esposa. También se da el caso de que el marido no solamente hace la propuesta a terceros, sino que también puede hacerla a la esposa misma e incurrir igualmente en esta causal, en cuyo

caso consideramos que para que la esposa pueda hacerla valer para ejercitar la acción de divorcio, es necesario que ésta haya rechazado terminantemente la propuesta, o se oponga de manera categórica, en el primer caso, si tiene conocimiento de que su marido ha hecho la proposición a terceros.

Es evidente que para que se genere esta causal, es necesario que el esposo reciba a cambio de la prostitución de su consorte, una recompensa, que no necesariamente tiene que ser dinero, sino que se incluye cualquier remuneración como, por ejemplo, la dádiva de un objeto, la obtención de un empleo o el nombramiento para un cargo público y, en general, cualquier otra forma de retribución.

Esta causal difícilmente se hace efectiva, pues se exige que exista el consentimiento expreso del marido en la prostitución de su mujer, condición que es muy difícil de probar.

Por otra parte, considero que la ley es omisa al no considerar el caso de que el marido haga la propuesta, ya sea a su esposa o a una mujer, para que tengan relaciones lesbiánicas, o bien, consiente en ello mediante dinero o cualquier remuneración. Indudablemente que esto también constituye una conducta inmoral por parte del esposo.

IV.—"LA INCITACION A LA VIOLENCIA HECHA POR UN CONYUGE AL OTRO PARA COMETER ALGUN DELITO, AUNQUE NO SEA DE INCONTINENCIA CARNAL."

Igual que la anterior, esta causal corresponde al grupo de las fundadas en la conducta inmoral de uno de los cónyuges. Es idéntica a las preceptuadas en las fracciones tercera y cuarta de los artículos 240 y 227 de los Códigos de 1870 y 1884 respectivamente. También la encontramos en la fracción tercera del artículo 76 de la Ley de Relaciones Familiares.

Incitar "es insinuarse tan adentro en la voluntad de alguno, y solicitarle con tanta vehemencia y fuerza, que le determine a hacer lo que de él se solicita" (7). Pero esta causal sólo se origina si la incitación tiene por objeto la comisión de un delito, la cual es independiente de la responsabilidad penal en que incurre el cónyuge provocador si el otro lo comete.

7.—Barcia, "Gran Diccionario de Sinónimos Castellanos", p. 679, Ediciones Joaquín Gil, Buenos Aires, Arg., 1958.

La incitación puede ser de palabra o por escrito y por medio de determinados actos, como el negarse a cumplir el débito conyugal, el desprecio y otros análogos, mediante los cuales de una forma u otra se provoque o incite.

Al parecer, esta fracción parece ordenar que el delito que se ejecute como consecuencia de la incitación sea un acto de violencia, cosa que consideramos que no es necesario, pues lo que en realidad indica es que un cónyuge provoque en el otro un estado de violencia y después orillararlo a que cometa algún delito. Incluso, el delito puede ser de otra naturaleza y no precisamente un acto violento, como por ejemplo un delito contra la propiedad, ya que la ley no exige lo contrario.

Creemos que en esta fracción, el legislador innecesariamente hace la aclaración respecto a la adición "aunque no sea de incontinencia carnal", pues lo que se tutela por la causal es el derecho de uno de los cónyuges a poderse divorciar del otro, si éste trata de orillararlo en cualquier forma a la comisión de un delito; en consecuencia, la fórmula "la incitación a la violencia hecha por un cónyuge al otro para cometer algún delito" es a nuestro juicio completa, porque en dicha fórmula se comprenden todos y cada uno de los que tengan carácter de delito (8) independientemente del tipo de que se trate y de la pena que pudiera corresponderle al autor de tal delito.

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."

También esta causal pertenece a las fundadas en la conducta inmoral de uno de los cónyuges, y se encontraba prevista por los Códigos Civiles de 1870 y 1884, así como en la Ley de Relaciones Familiares, sólo que en los primeros decía: "El connato del marido o de la mujer para corromper a los hijos", agregando la última, "o por algún hecho tan grave como los anteriores".

Entre los deberes que el matrimonio impone a los cónyuges, probablemente no existe uno más sagrado que el de velar por la salud y des-

8.—Delito "es el acto u omisión que sancionan las leyes penales", Art. 7 del Código Penal del D. y T. F.

arrollo físico e intelectual de los hijos, así como por su educación, proporcionándoselos al máximo en la medida de sus posibilidades. Por desgracia, no es extraño ver en nuestros tiempos, que muchos padres, olvidándose totalmente de tan altísimos deberes, se concretan a asumir una actitud pasiva respecto al cuidado y desenvolvimiento físico y cultural de los hijos, preocupándose egoístamente únicamente de su propio bienestar y desarrollo. Pero de cualquier manera, esta situación es menos grave que cuando son los padres precisamente quienes contribuyen o son los causantes directos de la corrupción de sus hijos. Tal vez, de todas las causales de divorcio señaladas por nuestro código, ésta sea la más depravada, la más culpable y la más odiosa, que no admite en ningún caso una justificación, ni aun cuando los padres por extrema ignorancia y miseria consentan en la prostitución de sus hijos.

El artículo 270 del Código Civil precisa en qué consiste la causal a estudio al decir que "son causas de divorcio los actos inmorales ejecutados por el marido o por la mujer con el fin de corromper a los hijos, ya lo sean éstos de ambos, ya de uno solo de ellos. La tolerancia en la corrupción que da derecho a pedir el divorcio debe consistir en actos positivos y no en simples omisiones".

De lo anterior se infiere que la ley exige una pluralidad de actos inmorales; que pueden ser cometidos por el hombre o la mujer, o por los dos; que los hijos pueden ser de ambos o de uno de ellos, incluyendo a los hijos nacidos dentro del matrimonio, a los hijos nacidos fuera del vínculo conyugal y a los hijos adoptivos; y, que la tolerancia consista en actos positivos.

Respecto a la pluralidad de actos inmorales, en mi opinión, es digno de censura, porque un solo acto inmoral puede ser bastante para poner de manifiesto lo indigno del progenitor y la necesidad de que deje de ejercer la patria potestad. Tenemos como ejemplo el caso de que los padres mandan a sus hijos o admitan que un hombre tenga relaciones sexuales con ellos a cambio de una remuneración; indudablemente que esto es un solo acto inmoral que sería causa bastante para pedir el divorcio.

Por otra parte, la ley no señala una edad límite en los hijos que puedan ser corrompidos, situación que origina que difícilmente se pueda probar la intervención que tenga alguno de los causantes en la corrupción de los hijos mayores de edad o la tolerancia en dicha corrupción. En cambio la demostración de la corrupción de los hijos menores de edad se fa-

cllita más, pues incluso el cónyuge culpable puede, si se trata de hijos menores, incurrir en el delito de corrupción de menores, tipificado en el artículo 201 del Código Penal, que dice: "se aplicará prisión de seis meses a cinco años, al que facilite o procure la corrupción de un menor de diez y ocho años de edad". En tal virtud, la prueba en el juicio de divorcio para el cónyuge inocente se facilitaría por medio de las constancias del proceso penal.

VI.—"PADECER SIFILIS, TUBERCULOSIS O CUALQUIERA OTRA ENFERMEDAD CRÓNICA O INCURABLE QUE SEA, ADEMÁS, CONTAGIOSA O HEREDITARIA, Y LA IMPOTENCIA INCURABLE QUE SOBREVenga DESPUES DE CELEBRADO EL MATRIMONIO."

Esta causal se agrupa en las fundadas por motivos eugenésicos. Tiene su antecedente en el Código de 1884 y en la Ley de Relaciones Familiares, con la diferencia de que se preceptuaba en términos diferentes, ya que el código primeramente citado en la fracción II del artículo 277 se refiere a todas las enfermedades crónicas e incurables que sean contagiosas o hereditarias, contraídas antes del matrimonio, pero sin considerar específicamente la sífilis y la tuberculosis; en cambio, en la segunda sí se consideraron estas dos enfermedades, pero no hace mención al requisito de haber sido contraídas antes de la celebración del matrimonio.

Podemos afirmar que en esta fracción se establecen dos hipótesis generales como causales de divorcio: una que se refiere a una enfermedad con determinadas características y otra que es la impotencia incurable posterior al matrimonio.

En la primera hipótesis, la enfermedad debe de reunir ciertas características, es decir, crónica e incurable y además contagiosa o hereditaria. El código consigna esta causal de una manera ejemplificativa, pues principia por señalar dos ejemplos de enfermedades, o sean la tuberculosis y la sífilis, y a continuación agrega que "cualquier otra enfermedad", además de las señaladas expresamente, siempre y cuando reúna las características que hemos indicado.

Ahora bien, si es cierto que en la fecha de expedición de nuestro Código Civil, tanto la tuberculosis como la sífilis eran consideradas como enfermedades incurables, también lo es, que con el avance notable de la ciencia médica y el descubrimiento de los antibióticos, pueden curarse

cuando dichas enfermedades no han evolucionado extremadamente. Creemos que sería conveniente una cuidadosa revisión al respecto.

En la segunda hipótesis, evidentemente que la impotencia puede presentarse tanto en el hombre como en la mujer, debido principalmente a causas orgánicas como malformación de los órganos genitales externos, inflamaciones urogenitales, afecciones neurológicas, alteraciones endócrinas de distinto origen, etc. La impotencia provocada por causas psíquicas (temor al fracaso, hiperemotividad, etc.) difícilmente puede tener el carácter de incurable, pero puede presentarse el caso de que sí lo sea, en cuya situación sí procede la acción de divorcio. Cabe señalar que la ley no establece límites de edad respecto a la impotencia, situación que en mi concepto, me parece inhumana e injusta considerarla como causal de divorcio cuando se produce por la avanzada edad de uno de los consortes, pues de aplicarse esta causal en toda su extensión la mayoría de los matrimonios cuyos cónyuges han llegado a la senectud podrían disolverse por el divorcio.

Puede relacionarse esta causal con el delito previsto en el artículo 199 bis del Código Penal del Distrito y Territorios Federales, que establece: "El que, sabiendo que está enfermo de sífilis o de un mal venéreo en el período infectante, ponga en peligro de contagio la salud de otro por medio de relaciones sexuales, será sancionado con prisión hasta de tres años y multa de tres mil pesos, sin perjuicio de la pena que corresponda si causa el contagio... cuando se trata de cónyuges, sólo podrá procederse por querrela del ofendido." Desde luego que en el caso de la sífilis, además de la sanción da lugar a pedir el divorcio con base en la causal que se analiza.

VII.—"PADECER ENAJENACION MENTAL INCURABLE."

Al igual que las establecidas por la fracción anterior, se trata de una causal de orden eugenésico que motiva el divorcio necesidad y en la cual también puede el cónyuge sano fundarse para pedir la suspensión de la obligación de cohabitar con el cónyuge enfermo.

Por desgracia, el legislador al establecer esta causal no tomó en cuenta conceptos precisos de orden médico, especialmente psiquiátricos, porque el concepto "enajenación mental" significa "que un hombre un día piensa y discurre en razón, y al siguiente piensa y discurre como un

loco" (9), o sea que no es connotativo de un estado patológico mental preciso, sino que más bien es un vocablo popular que significa falta de raciocinio.

De ahí que, al igual que con las causales previstas en la fracción anterior, el juez al analizar la procedencia de la acción de divorcio por la causal a estudio, debe de actuar con suma cautela y con bases firmes para determinar si ésta ha sido demostrada. Por fortuna, se estableció en el artículo 271 del Código Civil, que para poder demandar el divorcio por causa de enajenación mental que se considere incurable, se necesita que hayan transcurrido dos años desde que la enfermedad se comenzó a padecer; también el juez debe de proceder con suma cautela en este punto, ya que no es menos difícil, incluso para los peritos médicos, el determinar con precisión la época en que comenzó a padecerse la enfermedad.

VIII.—"LA SEPARACION DE LA CASA CONYUGAL POR MAS DE SEIS MESES SIN CAUSA JUSTIFICADA."

Como su enunciación lo indica, esta causal está fundada en la separación de los esposos, y probablemente sea una de las que más frecuentemente se esgrimen para pedir el divorcio en nuestros tribunales. En los códigos de 1870 y 1884 encontramos la misma causal, sólo que el término por el que debería prolongarse el abandono era mayor. Así tenemos que el código de 1870 estableció un lapso de dos años y el código de 1884 redujo ese lapso a un año. Fue hasta la Ley de Relaciones Familiares en donde se establece el término de seis meses, texto que con pequeñas variantes adoptó nuestro Código Civil vigente.

Cuando el cónyuge abandona el hogar sin justificación, incumple el deber de convivencia y de socorro que debe al otro cónyuge y a los hijos si los hay, ya sea que se trate del esposo o de la esposa, pues éstos tienen la obligación impuesta por el matrimonio, de vivir juntos en el domicilio conyugal, salvo el caso, de que uno de ellos establezca su domicilio en un país extranjero o insalubre, o a menos que lo haga en cumplimiento de un servicio público o social.

Por casa conyugal debemos entender, la casa en donde los cónyuges fijan su hogar o residencia, en la cual tengan plena autoridad y disposi-

9.—Barcia, ob., cit., p. 738.

ción, ya que ésta no existe cuando los consortes viven en calidad de arriados en el domicilio de los padres (ya sean de ella o de él), de otros parientes o de terceras personas en donde los esposos no tienen autoridad propia y libre disposición, ya que viven en casa ajena y en consecuencia carecen de hogar propio. Así lo ha resuelto la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

En relación a los seis meses que deben de transcurrir a partir de la separación para que pueda ejercitarse la acción de divorcio, pensamos que lo establecido por el código en el artículo 278, respecto a que el divorcio sólo puede ser demandado dentro de los seis meses siguientes al día en que hayan llegado al conocimiento del cónyuge que no dió causa a él los hechos en que se funda la demanda, en este caso no es aplicable, en virtud a que la separación no es el mero acto de separarse, sino una situación de tracto sucesivo, que puede incluso prolongarse por años, y si bien establece un plazo mínimo de duración de la separación por injustificada que sea, durante el cual la demanda de divorcio no puede ser planteada, en cambio la causal subsiste después de ese término cualquiera que sea el tiempo por el cual se prolongue dicha separación. En caso contrario, de considerar la separación como un mero acto y no como una situación de tracto sucesivo, llegaríamos al absurdo de que la acción caducaría a los seis meses después de los primeros seis meses en que se efectuó dicha separación.

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."

Igual que la anterior, esta causal la agrupamos dentro de las fundadas en la separación de los esposos. En cuanto al origen, la encontramos en la fracción sexta del artículo 227 del Código de 1884, al establecer que el abandono por más de un año, aun con justa causa, hacía procedente la acción de divorcio. En el actual código, se continuó íntegramente el anterior criterio pero con una determinación más precisa. La razón por la que se estableció, es la circunstancia de que el legislador no quiso que tanto los cónyuges como los hijos permanezcan en una situación de incertidumbre sobre la subsistencia del matrimonio, cuando el cónyuge que se separó por más de un año con causa justificada no haya demanda-

do el divorcio, en cuyo caso, se otorga al cónyuge abandonado el derecho de pedirlo, para definir su situación jurídica y no quedar en situación indeterminada quienes a pesar de estar casados legalmente, de hecho vivan como si no lo estuvieran.

Aparentemente existe una contradicción respecto al término de caducidad de seis meses establecido en el artículo 278 del Código Civil y en el de un año establecido en la causal a estudio. Creemos que no hay razón para dejar de aplicar dicho artículo 278, pues el derecho para el cónyuge abandonado para pedir el divorcio surge desde el momento en que se vence el año de que ocurrió el abandono justificado del cónyuge, dando lugar así al nacimiento de una nueva causa, y en consecuencia a una nueva acción, aunque haya sido el primero en incurrir en falta.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sustentado el criterio de que "si bien es cierto que cuando se alega la separación de la casa conyugal por más de seis meses sin causa justificada, el término a que se refiere aquel precepto, el 278 del Código Civil, no puede empezar a correr porque el hecho del abandono se realiza de momento a momento, no acontece lo mismo cuando la causa de divorcio consiste en la separación del hogar conyugal originado por una causa que sea bastante para pedir el divorcio, si se prolonga por más de un año sin que el cónyuge que se separó entable la demanda de divorcio, pues en este caso el derecho para demandar el divorcio surge en el momento en que vence el año desde que se separó el cónyuge con motivo justificado sin haber entablado su demanda, y es a partir de entonces cuando empieza a correr el término de seis meses para demandar el divorcio que señala el Artículo 278 del ordenamiento legal citado" (10).

También podemos afirmar que esta causal, al igual que la anterior, pudiera en un momento dado abarcar una responsabilidad de carácter penal, ya que el abandono del hogar conyugal puede implicar no sólo la simple separación de la casa que sirve de habitación a los cónyuges sino que con dicho abandono se deje de cumplir con la obligación que la ley establece de proporcionar alimentos al cónyuge y a los hijos, en cuyo caso el consoite culpable cometerá el delito de abandono de persona, que se encuentra tipificado en el artículo 336 del Código Penal para el

10.—Ejecutoria 4489-59. A. D. Vol., XXXIII, p. 142, sexta época, cuarta parte, Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de los fallos pronunciados en los años de 1917 a 1965, cuarta parte, Tercera Sala, p. 497, Imprenta Murguía, S. A., México, 1965,

Distrito y Territorios Federales, relacionado con el Artículo 337 del mismo código que dicen:

ART. 336.—“Al que sin motivo justificado abandone a sus hijos, o a su cónyuge, sin recursos para atender a sus necesidades de subsistencia, se le aplicarán de uno a seis meses de prisión y privación de los derechos de familia”.

ART. 337.—“El delito de abandono de hogar sólo se perseguirá a petición del cónyuge ofendido o de los legítimos representantes de los hijos; a falta de representantes de los menores, la acción se iniciará por el Ministerio Público, a reserva de que el juez de la causa designe a un tutor especial para los efectos de este artículo”.

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.”

Tiene la misma clasificación que la anterior. Se origina en la Ley de Relaciones Familiares (ni en el código de 1870 ni en el de 1884 fue considerada), sólo que la ausencia fuera por más de un año y concretándola al marido. Aún cuando el actual Código Civil no señala a cual de los cónyuges sanciona, se infiere que es a cualquiera que sea declarado legalmente ausente, adicionando la presunción de muerte en aquellos casos en que no se requiere para que ésta se haga, que sea declarada previamente la ausencia legal.

Respecto a la declaración de ausencia, ésta está regulada por el artículo 669 del Código Civil, procediendo únicamente cuando han pasado dos años desde el día en que haya sido nombrado el representante interino del ausente.

El segundo supuesto de la fracción que nos ocupa, o sea la presunción de muerte, está regulada por el segundo párrafo del artículo 705 del propio código que previene: “. . .Respecto de los individuos que hayan desaparecido al tomar parte en una guerra, encontrándose a bordo de un buque que naufrague, o al verificarse una explosión, incendio, terremoto, inundación u otro siniestro semejante, bastará que hayan transcurrido dos años, contados desde su desaparición, para que pueda hacerse la declaración de presunción de muerte, sin que en esos casos sea necesa-

rio que previamente se declare su ausencia, pero sí se tomarán las medidas provisionales autorizadas por el capítulo I de este título".

Evidentemente que la ausencia o la presunción de muerte, por su propia naturaleza, hace imposible que el cónyuge que se encuentra en estos supuestos cumpla con las obligaciones matrimoniales, razón por la cual la ley otorga al otro el derecho de divorciarse. Lo que nos parece injusto es que el legislador señala como un caso de divorcio sanción la fracción que nos ocupa, que en obvio de repeticiones no señalamos aquí, pues ya expresamos nuestro criterio en el capítulo décimo al estudiar el divorcio necesidad.

XI.—"LA SEVICIA, LAS AMENAZAS O LAS INJURIAS GRAVES DE UN CONYUGE PARA EL OTRO."

Se encuentra esta causal agrupada en las fundadas en la falta de respeto de uno de los cónyuges a la persona del otro. Ya en el código de 1884 se encontraba esta causa de divorcio. La Ley de Relaciones Familiares, en su fracción VII del artículo 76 expresa: "La sevicia, las amenazas o injurias graves, los malos tratamientos de un cónyuge para el otro, siempre que éstos y aquéllos sean de tal naturaleza que hagan imposible la vida en común".

Por sevicia debemos entender, "todos los malos tratos materiales, desde los simples golpes o vjas de hecho hasta la tentativa de homicidio, a condición de que se trate de actos voluntarios" (11).

Por su parte, la Suprema Corte de Justicia ha dictado jurisprudencia respecto a la interpretación del término sevicia al decir: "La sevicia, como causal de divorcio, es la crueldad excesiva que hace imposible la vida en común y no un simple altercado o un golpe aislado que pueden ser tolerados. Por tanto, quien invoque esta causal, debe detallar la naturaleza y las modalidades de los malos tratamientos, tanto para que la otra parte pueda defenderse, como para que el juez esté en aptitud de calificar su gravedad y si en realidad configuran la causal" (12).

Por injuria podemos entender toda ofensa o ultraje, que pudiendo asumir cualquier forma verbal o escrita, es realizada con la intención de

11.—Planol, Marcel, "Tratado Elemental de Derecho Civil", Vol. IV, pp. 28 y 29, Ediciones Cajica, Puebla, México, 1946.

12.—Jurisprudencia, Tesis 167, ob. cit., p. 520.

causar un vejamen. La Suprema Corte de Justicia, igualmente ha definido a la injuria al decir que: "Para los efectos del divorcio por la causal de injurias, no es necesario que éstas tipifiquen el delito de ese nombre, sino que basta su calificación de tales en el aspecto civil, lo cual deberá hacer el juez al dictar la sentencia de divorcio. En la inteligencia de que la injuria comprende elementos de contenido variable, no previstos por la ley en forma casuística, por lo que pueden constituir injuria: la expresión, la acción, el acto, la conducta, siempre que implique vejación, menosprecio, ultraje, ofensa y que, atendiendo a la condición social de los cónyuges, a las circunstancias en que se profirieron las palabras o se ejecutaron los hechos en que se hacen consistir, impliquen tal gravedad contra la mutua consideración, respeto y afecto que se deben los cónyuges, que hagan imposible la vida conyugal, por la dañada intención con que se profieren o ejecutan, para humillar y despreciar al ofendido" (13).

Aparentemente pueden confundirse las injurias con el delito del mismo nombre, previsto en el artículo 348 del Código Penal para el D. y T. F. que dice: "Injuria es toda expresión proferida o toda acción ejercitada para manifestar desprecio a otro, o con el fin de hacerle una ofensa". Sin embargo, según puede apreciarse en la jurisprudencia transcrita anteriormente, las injurias que son causa de divorcio no se identifican con el delito, no siendo necesario para que proceda la acción de divorcio, que previa a ella se realice la averiguación penal y en el proceso correspondiente se declare culpable al cónyuge al que va a ser demandado el divorcio, ya que pueden constituir causas de divorcio actos que no tipifiquen el delito de que se trate.

El elemento principal para que las injurias generen el divorcio es que sean graves, por lo que los tribunales tienen un amplio poder de apreciación para poder determinar la gravedad e incluso su existencia, tomando muy en cuenta el grado de educación, medio social, costumbres y lenguaje habitual de las personas que las profieran, pues determinadas palabras no pueden ser injuriosas en personas que las usen habitualmente.

Subrayamos, que el hecho de que uno de los cónyuges se niegue al débito carnal como una actitud de desprecio y ofensa a su consorte,

13.—Jurisprudencia, Tesis 156, ob. cit., p. 499.

debe de considerarse como injuria y en consecuencia debe de admitirse como causa de divorcio, salvo el caso de que se niegue el débito por causas de enfermedad o de higiene.

Respecto al tercer concepto que engloba esta fracción, podemos decir que amenaza es la intimidación de un mal futuro que depende de la voluntad del que amenaza y para producir temor o miedo en la persona a quien se intimida.

En síntesis, podemos afirmar que la distinción clara que se nota entre los conceptos que como causales de divorcio señala esta fracción, radican en la idea central que los informa y que supone siempre una violación al deber de respeto que se deben los cónyuges: tratándose de la sevicia, en la intención de hacer sufrir con crueldad excesiva malos tratos o golpes; en las injurias, la intención de ofender y las amenazas en la intención de infundir temor en el cónyuge inocente de que se le cause un mal en su persona o patrimonio o en las personas y patrimonio de los parientes o con quienes le unen lazos de amistad y cariño.

XII.—"LA NEGATIVA DE LOS CONYUGES DE DARSE ALIMENTOS, DE ACUERDO CON LO DISPUESTO EN EL ARTICULO 164, SIEMPRE QUE NO PUEDAN HACER EFECTIVOS LOS DERECHOS QUE LES CONCEDEN LOS ARTICULOS 165 Y 166."

Como se puede apreciar, esta causal está fundada en el abandono de las obligaciones alimentarias. Aparece prevista por primera vez en el código de 1884, que en su artículo 227 fracción novena preceptuaba: "La negativa de uno de los cónyuges a suministrar al otro alimentos conforme a la Ley". En la Ley de Relaciones Familiares se suprimió esta causa, volviéndose a incluir en el Código Civil vigente con más claridad y precisión.

En primer término, es necesario señalar que el concepto legal de alimentos es distinto del concepto común, pues en tanto que éste comprende las sustancias que pueden servir para la nutrición, aquél comprende "la comida, el vestido, la habitación y la asistencia en caso de enfermedad. Respecto de los menores, los alimentos comprenden, además, los gastos necesarios para la educación primaria del alimentista

y para proporcionarle algún oficio, arte o profesión honestos y adecuados a su sexo y circunstancias personales" (14).

Una de las principales obligaciones que el matrimonio crea, es, sin duda alguna, que los cónyuges se proporcionen alimentos; pero el legislador, no obstante que la ley declara la igualdad jurídica del hombre y la mujer, determinó como principio general que fuera el marido quien cumpliera con esta obligación, y sólo excepcionalmente la carga recae sobre la esposa cuando ella tenga bienes propios, desempeñe alguna profesión, oficio o comercio y siempre y cuando la parte que le corresponda no sobrepase la mitad del total de los alimentos. Cuando el marido se encuentre imposibilitado para trabajar y carezca de bienes, los gastos para el sostenimiento del hogar deben de ser cubiertos totalmente por la mujer.

Igualmente, la ley dispone que la esposa tendrá derecho preferente sobre los productos de los bienes del esposo y sobre estos, así como de los honorarios y emolumentos que perciba, para procurarse los alimentos para ella y los hijos menores, hasta por las cantidades que correspondan, pudiendo pedir el aseguramiento de bienes para hacer cumplir esos derechos. El marido podrá tener los mismos derechos cuando la mujer esté obligada a contribuir en todo o en parte a los gastos del hogar.

Los artículos relativos del Código Civil que establecen lo anterior, dicen:

Art. 164.—"El marido debe dar alimentos a la mujer y hacer todos los gastos necesarios para el sostenimiento del hogar; pero si la mujer tuviere bienes propios o desempeñare algún trabajo, o ejerciere alguna profesión, oficio o comercio, deberá también contribuir para los gastos de la familia, siempre que la parte que le corresponda no exceda de la mitad de dichos gastos, a no ser que el marido estuviere imposibilitado para trabajar y careciere de bienes propios, pues entonces todos los gastos serán por cuenta de la mujer y se cubrirán con bienes de ella".

Art. 165.—"La mujer tendrá siempre derecho preferente sobre los productos de los bienes del marido y sobre los sueldos, salarios o emolumentos, por las cantidades que correspondan para la alimentación de ella y de sus hijos menores. También tendrá derecho preferente sobre

14.—Artículo 308 del Código Civil vigente del D. y T. F.

los bienes propios del marido para la satisfacción del mismo objeto. La mujer puede pedir el aseguramiento de bienes para hacer efectivos estos derechos".

Art. 166.—"El marido tendrá el derecho que a la mujer concede el artículo anterior, en los casos en que ésta tenga obligación de contribuir en todo o en parte para los gastos de la familia y del hogar".

Para que proceda la acción de divorcio con base en esta causal, es necesario que haya sido imposible hacer efectivo el derecho a los alimentos mediante un procedimiento judicial, que en el caso, es un juicio sumario de alimentos, en el cual se solicite al juez el aseguramiento de bienes o el embargo de sueldos del cónyuge que ha dejado de cumplir con la obligación de darlos. No basta la simple negativa de dar alimentos si estos pueden hacerse efectivos en la forma establecida por la ley. Al respecto, la Suprema Corte dice: "Para que prospere la causal de divorcio a que se refiere la fracción XII del artículo 267 del Código Civil del Distrito Federal, no basta demostrar la falta de ministración de los alimentos, sino que es necesario justificar que no pudieron hacerse efectivos los derechos que conceden los artículos 164 y 166 del mismo código" (15).

XIII.—"LA ACUSACION CALUMNIOSA HECHA POR UN CONYUGE CONTRA EL OTRO, POR DELITO QUE MEREZCA PENA MAYOR DE DOS AÑOS DE PRISION."

De acuerdo a nuestra clasificación, esta causa se ubica dentro de las de falta de respeto de uno de los cónyuges a la persona del otro. El Código de 1884 la reglamentó en su artículo 227, pero sin señalar el tiempo que como pena debería corresponder al delito calumniosamente imputado. La Ley de Relaciones Familiares, en la fracción VIII del artículo 76 la reglamentó tal como aparece en el Código de 1928.

Nuestro legislador penal nos proporciona varios conceptos por medio de los cuales define los distintos actos que configuran el tipo del delito de calumnia, al cual hace referencia la causal de divorcio que nos ocupa. Así tenemos que el Código Penal en el artículo 356 nos indica:

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

15.—Jurisprudencia, Tesis 158, ob. cit., p. 503.

I.—“Al que impute a otro un hecho determinado y calificado como delito por la Ley; si este hecho es falso, o es inocente la persona a quien se imputa;

II.—“Al que presente denuncias, quejas o acusaciones calumniosas entendiéndose por tales aquellas en que su autor imputa un delito a persona determinada sabiendo que ésta es inocente o que aquél no se ha cometido; y,

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

Es decir, que el delito de calumnia se comete por la persona que se coloque en cualquiera de las hipótesis previstas por las fracciones del precepto penal transcrito. Empero, dados los términos en que se hayan redactados y la concepción de la causal que nos ocupa, creemos que ésta solamente hace referencia a las dos primeras fracciones de la disposición penal anotada, porque ambas se refieren al concepto genérico acusación, en tanto que la última fracción consigna supuestos diferentes.

La acusación calumniosa de un cónyuge a otro, indudablemente que da lugar a engendrar rencores y odios entre los mismos cónyuges, y que según la ley debe de referirse a un delito que esté sancionado con una penalidad mayor de dos años de prisión. Dicho término no tiene justificación de ser, pues lo mismo da lugar a odios, rencores y una situación familiar insostenible una imputación calumniosa por un delito que esté sancionado con una penalidad menor de dos años de prisión. El efecto es el mismo.

Para que el divorcio con apoyo en esta causal proceda, no es requisito indispensable que al cónyuge que se acusó calumniosamente se le instruya un proceso obteniendo una sentencia absolutoria. Pues puede suceder que el C. Agente del Ministerio Público, en el período de averiguación previa no encuentre elementos suficientes para hacer la consignación penal a la autoridad judicial y por ende mande archivar el expediente de averiguación, lo que en ninguna forma hace desaparecer el hecho calumnioso que ha dañado el honor y la reputación del cónyuge acusado injustamente, causando, repito, una vida en común insostenible. Así lo ha resuelto la Suprema Corte al sostener que: “Para que exista la causal de divorcio por acusación calumniosa, no es necesario que ésta dé 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, y sin embargo, puede ser calumniosa para los efectos del divorcio, lo que apreciará en cada caso el Juez Civil, tomando en cuenta que la imputación que hace un cónyuge al otro de haber cometido un delito que merezca pena mayor de dos años de prisión, se haya hecho a sabiendas de que es inoperante, que esté inspirada en el propósito de dañarlo en su reputación, y en la consideración social que merece, circunstancias todas ellas reveladoras de la existencia de una odiosidad y de una falta de estimación entre los cónyuges que hace imposible la vida en común" (16).

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."

Corresponde esta causal a las comprendidas en las fundadas en la conducta inmoral de uno de los cónyuges. Ni en el Código de 1870 ni en el de 1884 se estableció este motivo de divorcio, siendo hasta la Ley de Relaciones Familiares en donde se incluyó, pero no especificando un tipo de delito en especial, sino que bastaba que la sanción de cualquier tipo de delito pasara de dos años de prisión.

Ahora bien, como la fracción a estudio especifica que el delito no sea político pero que sea "infamante", es necesario tratar de clarificar dicho término de infamia, el cual es definido como la "pérdida del honor, de la reputación, o al menos una mancha fea y notable en el honor, en la reputación sea por la ejecución de las leyes, sea por la opinión pública" (17). De lo anterior se induce, que el concepto de delito infamante que emplea nuestro código es aquel delito que causa deshonor, pérdida de la reputación, etc.; pero como el artículo 22 constitucional, prohíbe las penas infamantes, y ni en el Código Penal ni en el de Procedimientos Penales existe disposición que haga referencia a este tipo de delitos, podemos deducir que ante la ley no existen delitos infamantes.

16.—Jurisprudencia, Tesis 151, ob. cit., p. 487.

17.—Barcla, ob. cit., p. 816.

La única disposición que hace referencia a este delito y que según parece es en la que se apoya esta causal, es la contenida en la fracción IV del artículo 95 constitucional, que dice:

ART. 95.—“Para ser electo Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la nación, se necesita:

IV.—“Gozar de buena reputación y no haber sido condenado por delito que amerite pena corporal de más de un año de prisión; **pero si se tratare de robo, fraude, falsificación, abuso de confianza u otro que lastime seriamente la buena fama en el concepto público, inhabilitará para el cargo, cualquiera que haya sido la pena**”.

Asimismo, el actual código es omiso al no precisar que para que proceda esta causal, el cónyuge culpable debe de ser juzgado y sentenciado. Creemos que el espíritu del legislador fue en el sentido de que sí debe ser juzgado y existir una sentencia que haya causado estado.

En suma, creemos que en virtud de la obscuridad de esta fracción, principalmente por lo que toca a los términos delitos “político” e “infamante”, es necesario su substitución por otros más precisos y acordes con nuestra legislación tanto constitucional como penal para que la apreciación de esta causal pueda hacerse con nitidez y seguridad por el juzgador.

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 DESAVENENCIA CONYUGAL.”

Esta fracción tiene igual clasificación que la anterior. El código de 1884 fue el primero que la reglamentó, refiriéndose a los vicios incorregibles de juego y a la embriaguez. La Ley de Relaciones Familiares también la incluyó sólo que se refería únicamente a la embriaguez.

Este dispositivo está perfectamente justificado, pues tanto el juego, como la dipsomanía y el uso de drogas enervantes cuando es adquirido el hábito por uno de los cónyuges, es funesto para la familia poniendo en grave peligro la estabilidad del matrimonio y ocasionando constantes desavenencias entre los cónyuges, amén del pernicioso ejemplo que se da a los hijos, porque frecuentemente éstos adquieren también dichos hábitos.

La interpretación que se da a esta causal respecto al juego, es en el sentido de que se refiere a los llamados juegos de azar, pero también algunos deportes de apuesta cuando se convierten en un vicio, pueden causar la ruina económica de la familia u ocasionar desavenencias conyugales. Opinamos que debe de adicionarse esta fracción.

El hábito de la embriaguez y el uso indebido y persistente de drogas enervantes, indudablemente que convierten a sus víctimas en seres irresponsables e incapaces de poder cumplir las obligaciones matrimoniales, independientemente de la herencia patológica que pueden recibir los hijos que son engendrados o concebidos en el caso de la persona alcohólica.

Cabe comentar, que el legislador es demasiado llimitativo al expresar que los hábitos señalados anteriormente sólo son causa de divorcio cuando amenacen causar la ruina del hogar o sean motivos constantes de disgustos conyugales, puesto que es indudable que el cónyuge que se aficiona a tales vicios, siempre presume un grave peligro para la estabilidad familiar y un pésimo ejemplo para el otro cónyuge y sobre todo para los hijos. Desde luego, que tales vicios deben de ser demostrados plenamente y las pruebas respectivas ser prudente y cuidadosamente calificadas por el juzgador.

XVI.—"COMETER UN CONYUGE CONTRA LA PERSONA O LOS BIENES DEL OTRO UN ACTO QUE SERIA 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."

Se encuentra esta causa dentro del orden que las dos anteriores. No encontramos antecedentes de ella en las reglamentaciones que precedieron al Código Civil vigente.

Esta fracción se refiere a cierto tipo de delitos que no son punibles cuando son cometidos por un cónyuge en contra del otro. En esta forma el legislador da la seguridad y protección tanto en la persona como en los bienes de los mismos esposos, poniendo de manifiesto la peligrosidad de uno de ellos, motivo que ocasiona una pésima relación matrimonial y un relajamiento de los principios de respeto y tranquilidad en la familia.

Entre este tipo de delitos encontramos el preceptuado en el artículo 366 fracción V del Código Penal del Distrito y Territorios Federales, que

se refiere al llamado robo de infante y que no es sancionado cuando es cometido por quien ejerza la patria potestad. Dicho precepto dice:

ART. 366.—"Se impondrán de 5 a 40 años de prisión y multa de cien a diez mil pesos, cuando la detención arbitraria tenga el carácter de plagio o secuestro en alguna de los siguientes formas:

FRAC. V. "Cuando se cometa el robo de infante menor de doce años por quien sea extraño a su familia y no ejerza la patria potestad sobre él".

El Dr. Rafael Rojina Villegas (18), respecto a este motivo de divorcio afirma que "el Código Civil se refiere al caso previsto por el Código Penal de 1871, en el que no se sancionaba el delito de robo entre consortes y aun cuando penalmente no hubiera robo, para los efectos del divorcio, si ese robo por su cuantía, tratándose de una persona extraña, fuera sancionable con más de un año de prisión, sí constituía una causa de divorcio, por lo que evidentemente estaba demostrando el legislador, cuando elaboró esta causal en 1928, fecha en que se promulgó el Código Civil vigente, que el delito debía apreciarse por el juez civil para los efectos exclusivamente del divorcio, por cuanto que no había, conforme al Código Penal, el delito de robo entre consortes".

XVII.—"EL MUTUO CONSENTIMIENTO."

Esta causal fue regulada por los códigos de 1870 y 1884, y por la Ley de Relaciones Familiares.

Es la que sirve de base al divorcio voluntario que fue estudiado en el capítulo respectivo. La hipótesis establecida aquí como causa de divorcio, es simplemente la voluntad concurrente de los cónyuges tendiente a la disolución del vínculo matrimonial, bastando entonces, esa voluntad, expresada persistentemente por dichos cónyuges a través de los procedimientos correspondientes, analizados en otra parte de este trabajo, para que el divorcio proceda. Se ha defendido y justificado el mútuo consentimiento al considerar que en esta forma se ocultan causas que traigan escándalo o vergüenza a los consortes, si fueran hechos públicos, mediante el divorcio contencioso. Si se suprime el divorcio voluntario, afirma Eduardo Pallares 19), "se obliga a los esposos a acu-

18.—Ob. cit., p. 101.

19.—Ob. cit., p. 57.

dir al procedimiento de simular un juicio de divorcio necesario en el cual uno de ellos confiesa ser el culpable por haber incurrido en alguna de las causas que la propia ley considera bastantes para que su consorte le pueda demandar el divorcio. Esta manera de burlar la ley es muy frecuente en los tribunales franceses donde no procede el divorcio por mútuo consentimiento aún; en los juzgados del Distrito Federal también se acude a tal simulación para violentar la disolución del matrimonio y evitar la intervención del Ministerio Público que es forzosa en los divorcios voluntarios".

4.—ARTICULO 268

"Cuando un cónyuge haya pedido el divorcio o la nulidad del matrimonio por causa que no haya justificado o que haya resultado insuficiente, el demandado tiene, a su vez, el derecho de pedir el divorcio, pero no podrá hacerlo sino pasados tres meses de la notificación de la última sentencia. Durante estos tres meses, los cónyuges no están obligados a vivir juntos."

Palpablemente, los redactores del código de 1928, consideraron esta causal con una fisonomía y naturaleza especial, ya que no la incluyeron entre las que enuncia el artículo 267; seguramente porque no concierne al incumplimiento de las obligaciones matrimoniales, sino el de no haber probado los elementos de la acción obteniendo una sentencia favorable en el juicio de divorcio o de nulidad del matrimonio, promovido por uno de los cónyuges en contra del otro.

Como puede verse, este artículo concede la acción de divorcio en forma limitativa, que se explica porque el cónyuge que promueve el divorcio o la nulidad del matrimonio, está demostrando claramente su deseo de no seguir unido, produciéndose así una situación familiar inestable, amén de odios y rencores entre los consortes, que repercuten negativamente en los hijos.

El artículo que se comenta, señala un término dilatorio de tres meses para poder iniciar el juicio de divorcio que se funde en esta causal. Se discute cuál es la sentencia que debe considerarse como última para que comience a correr dicho término de tres meses. Al efecto, se presentan tres situaciones: A.—Cuando el cónyuge culpable no interpone el recurso de amparo contra la sentencia que declara improcedente la acción de di-

vorcio o la nulidad del matrimonio, ésta será la que debe de estimarse como última; B.—Cuando interpone el recurso de amparo no obteniendo una resolución favorable, se estima como última sentencia la que haya causado ejecutoria en el juicio promovido; y, C.—Si al interponer el amparo, éste es concedido, la sentencia que dicte la autoridad responsable en acatamiento del fallo de la Suprema Corte, o en su caso por el Tribunal Colegiado de Circuito, será la que se entienda como definitiva. Al respecto, la Suprema Corte de Justicia ha dictado jurisprudencia definida que a la letra dice: "Divorcio, fecha en que principian los términos de ejercicio y caducidad de la acción en el caso del artículo 268 del Código Civil para el Distrito y Territorios Federales.—La acción de divorcio del cónyuge absuelto en juicio de divorcio anterior, a que se refiere el artículo 268 del Código Civil, puede ejercitarse hasta después de transcurridos tres meses de la notificación de la sentencia que establece la cosa juzgada, o sea, la de amparo y no la de segunda instancia, debiéndose distinguir entre amparo negado y amparo concedido. En efecto, si se negó la protección constitucional, el término de tres meses principia desde la fecha en que la ejecutoria de amparo quede notificada por conducto de la autoridad responsable. En cambio, cuando el amparo se concede, la fecha de iniciación del cómputo, es desde que la autoridad responsable, en cumplimiento de la ejecutoria de amparo, pronuncie y notifique su nueva resolución dejando sin efecto la reclamada y ajustándose a los términos de la ejecutoria de la Corte. Consecuentemente también, el término de caducidad de seis meses que para el ejercicio de la acción fija el artículo 278, principia después de transcurridos los tres meses, contados a partir de la notificación o cumplimiento de la ejecutoria de amparo, de la manera antes precisada" (20).

Esta causal tiene la particularidad de que la sentencia de divorcio que se obtenga con base en ella, no sanciona con la pérdida de la patria potestad por parte del cónyuge culpable.

20.—Jurisprudencia, Tesis 159, ob. cit., p. 505.

CAPITULO DECIMO SEGUNDO

CONCLUSIONES

C O N C L U S I O N E S

- 1.—El matrimonio es la célula primaria del núcleo familiar. Es, por lo tanto, un hecho social común a todos los pueblos, y anterior a todas las formas jurídicas que han tratado de regularla, por lo que debe de considerársele como una institución de orden público.
- 2.—La forma de organización familiar que marca el inicio de la evolución y consolidación hacia el matrimonio moderno, es el matrimonio consensual, en cuya constitución es básica la libre manifestación de voluntades de los contrayentes.
- 3.—El matrimonio consiste, complejamente, en la unión de un solo hombre con una sola mujer, para hacer nacer entre ellos, de acuerdo con la ley, determinados derechos y obligaciones.
- 4.—El Derecho Canónico concibe el matrimonio como contrato y como sacramento.
- 5.—En la primera etapa de la Colonia en México, se reconoció como válido el matrimonio consensual celebrado por los indígenas.
- 6.—Desde la conquista de México hasta antes de la Ley del Matrimonio Civil de 23 de Julio de 1859, rigió el derecho de familia las disposiciones del Derecho Canónico, siendo hasta la ley citada en donde se establece el matrimonio civil y el concepto laico del mismo, conceptuándolo como un contrato civil, criterio que prevalece en el actual Código Civil vigente y en el artículo 130 de la Constitución Política de 1917.

- 7.—Corresponde al Código Civil de 1870 el haber establecido y reglamentado por primera vez en nuestro país el divorcio por mutuo consentimiento, pero no disolviendo el vínculo matrimonial sino sólo autorizando la suspensión de algunas de las obligaciones inherentes a éste.
- 8.—Corresponde el mérito a la Ley de Relaciones Familiares de 9 de abril de 1917 el haber establecido que el matrimonio es un vínculo disoluble.
- 9.—El divorcio es un acto jurisdiccional o administrativo por virtud del cual se disuelve el vínculo conyugal, tanto en relación a los cónyuges como respecto a terceros, dejando a aquéllos en libertad de contraer otro matrimonio.
- 10.—Nuestro ordenamiento civil vigente establece dos formas de divorcio: el voluntario (administrativo y judicial) y el contencioso.
- 11.—También se establece en este código la separación de lecho y habitación; pero no se le puede considerar como un divorcio, pues no disuelve propiamente el vínculo matrimonial.
- 12.—El divorcio administrativo es una figura jurídica nueva en nuestro Derecho y corresponde al legislador de 1928 el mérito de haberlo establecido.
- 13.—La función del Oficial del Registro Civil en el caso del divorcio administrativo es la de dar fe de la voluntad de los cónyuges, y por medio de un acto declarativo de voluntad, ejerce una potestad otorgada por el Estado, disolviendo el matrimonio.
- 14.—La intervención del Ministerio Público en el procedimiento para el divorcio voluntario judicial es necesaria, porque éste es de orden público, dados los intereses familiares tan importantes que en él se plantean, sobre todo en lo relativo a la situación moral y económica de los hijos.
- 15.—En el divorcio voluntario judicial, la cuestión entre partes, no es la disolución del vínculo conyugal, ya que se presupone que se han

puesto de acuerdo, sino la validez del convenio que se somete al dictamen del Ministerio Público y a la aprobación del Juez.

16.—Las causales de divorcio son de interpretación restrictiva, en virtud de que el divorcio únicamente es procedente decretarlo por las causas que en forma específica determina la ley.

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

AGUILAR GUTIERREZ, ANTONIO y DERBEZ MURO, JULIO.

"Panorama de la Legislación Civil de México", Instituto de Derecho Comparado, U.N.A.M., México, 1960.

AGUILAR GUTIERREZ, ANTONIO.

"Panorama del Derecho Mexicano", Síntesis del Derecho Civil, Instituto de Derecho Comparado, U.N.A.M., México, 1966.

ALVA HERMOSILLO, CARLOS.

"Estudio Comparado entre el Derecho Azteca y el Derecho Positivo Mexicano", Ediciones especiales del Instituto Indigenista Interamericano, México, 1949.

BARCIA.

"Gran Diccionario de Sinónimos Castellanos", Ediciones Joaquín Gil, Buenos Aires, Argentina, 1958.

BONNECASE, JULIEN.

"La Filosofía del Código de Napoleón aplicada al Derecho de Familia", Traducción de Cajica Jr., Editorial Cajica, Puebla, Pue., México, 1945.

COLIN, AMBROSIO y CAPITANT, H.

"Curso Elemental de Derecho Civil", Tomo I, Traducción de Demófilo de Buen, Instituto Editorial Reus, Madrid, España, 1941.

CASO, ANTONIO.

"Sociología", Editorial Polis, México, 1940.

CICU, ANTONIO.

"El Derecho de Familia", Traducción de Santiago Sentis Melendo, Editores EDIAR, S. A., Buenos Aires, Argentina, 1947.

DONOSO, JUSTO.

"Instituciones de Derecho Canónico", B. Herder, Libro-Editor Pontificio, Friburgo de Brisgovia, Alemania, 1909.

ENGELS, FEDERICO.

"El Origen de la Familia, la Propiedad Privada y el Estado", Editorial Progreso, Moscú, Rusia, 1970.

FERNANDEZ CLERIGO, LUIS.

"El Derecho de Familia en la Legislación Comparada", Unión Tipográfica Editorial Hispano Americana, México, 1947.

FOIGNET, RENE.

"Manual Elemental de Derecho Romano", Traducción del Lic. Arturo Fernández Aguirre, Editorial José M. Cajica Jr., S. A., Puebla, Pue., México, 1956.

GOMA, ISIDRO.

"La Familia, según el Derecho Natural y Cristiano", Librería Litúrgica, Rafael Casulleras, Barcelona, España, 1931.

GOMIS, JOSE y MUÑOZ, LUIS.

"Elementos de Derecho Civil Mexicano", Tomo I, México, 1942.

GARCIA, TRINIDAD.

"Apuntes de Introducción al Estudio del Derecho", Editorial Porrúa, S. A., México, 1971.

GARCIA MAYNEZ, EDUARDO.

"Introducción al Estudio del Derecho", Editorial Porrúa, S. A., México, 1956.

JOSSERAND, LOUIS.

"Derecho Civil", Tomo I, Volumen II, Traducción de Santiago Cunchillas y Manterola, Ediciones Jurídicas, Europa-América, Bosch y Cía. Editores, Buenos Aires, Argentina, 1952.

KNECHT, A.

"Derecho Matrimonial Católico".

MARX, CARLOS y ENGELS, FEDERICO.

"El Papel del Trabajo en la Transformación del Mono en Hombre", Obras Escogidas, Tomo II, Editorial Progreso, Moscú, Rusia, 1971.

MATEOS ALARCON.

"Derecho Civil Mexicano", Tomo I, Librería J. Valdez y Cuevas, México, 1885.

MIGUELES, LORENZO; ALONSO, SABINO y CABREROS, MARCELINO.

"Código de Derecho Canónico", Bilingüe y comentado, Biblioteca de Autores Cristianos, La Editorial Católica, Madrid, España, 1957.

ORTIZ-URQUIDI, RAUL.

"Oaxaca, cuna de la Codificación Iberoamericana", Editorial Porrúa, S. A., México, 1974.

"Matrimonio por Comportamiento", Tesis doctoral, México, 1955.

"Anteproyecto de Código Civil para el Estado de Morelos", Cuernavaca, Morelos, 1945.

"Hechos, Actos y Negocios Jurídicos. Ensayo de revisión a las bases fundamentales de su teoría general". Artículo publicado por la Revista de la Facultad de Derecho, Tomo IX, Núms. 35-36, U.N.A.M., México, 1959.

OTS CAPDEQUI, JOSE MARIA.

"El Estado Español en las Indias", Fondo de Cultura Económica, México, 1957.

PALLARES, EDUARDO.

"El Divorcio en México", Editorial Porrúa, S. A., México, 1968.

PLANIOL, MARCEL.

"Tratado Elemental de Derecho Civil Francés", Volumen IV, Ediciones Cajica, Puebla, Pue., México, 1946.

PLANIOL, MARCEL y RIPERT, JORGE.

"Tratado Práctico de Derecho Civil Francés", Tomo II, Traducción del Dr. Mario Díaz Cruz, Editorial Cultural, S. A., Habana, Cuba, 1946.

PINA, RAFAEL DE.

"Elementos de Derecho Civil Mexicano", Volumen I, Editorial Porrúa, S. A., México, 1968.

PUGLIATTI, SALVADOR.

"Introducción al Estudio del Derecho Civil", Traducción del Lic. Alberto Vázquez del Mercado, Editorial Porrúa, S. A., México, 1943.

PETIT, EUGENE.

"Tratado Elemental de Derecho Romano", Traducción de la Novena Edición Francesa por D. José Ferrández González, Editorial Saturnino Calleja, S. A., Madrid, España, 1926.

RIVA PALACIO, VICENTE.

"Resumen Integral de México a Través de los Siglos", Tomo II, Compañía General de Ediciones, S. A., México, 1953.

ROJINA VILLEGAS, RAFAEL.

"Derecho Civil Mexicano", Tomo II, Volumen I, Antigua Librería Robredo, México, 1949.

SANTAS ESCRITURAS.

Publicada por Watchtower Bible on Tract Society of New York, 1967.

URIBE ESCOBAR, RICARDO.

"Los Derechos de Familia", Artículo publicado por la Revista Estudios de Derecho Núm. 17, de la Facultad de Derecho de la Universidad de Antioquía, Medellín, Colombia, 1944.

VENTURA SILVA, SABINO.

"Derecho Romano", Editorial Porrúa, S. A., México, 1966.

LEGISLACION

CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.

Promulgada el 5 de Febrero de 1917, en vigor a partir del 1º de Mayo del mismo año. Imprenta de la Cámara de Diputados, México, 1970.

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

Expedido según decreto de 8 de Diciembre de 1870, promulgado el 13 del mismo mes y vigente a partir del 1º de Marzo de 1871.

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

Expedido según decreto de 14 de Diciembre de 1883, promulgado el 31 de Marzo de 1884 y vigente a partir del 1º de Junio del mismo año.

CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO Y TERRITORIOS FEDERALES, EN MATERIA COMUN, Y PARA TODA LA REPUBLICA EN MATERIA FEDERAL.

Expedido por decretos de 7 de Enero y 6 de Diciembre de 1926, y de 3 de Enero de 1928, promulgado el 30 de Agosto del mismo año y vigente a partir del 1º de Octubre de 1932. Editorial Porrúa, S. A. México, 1973.

**CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA
EL DISTRITO FEDERAL Y TERRITORIOS**

Expedido según decreto de 31 de Diciembre de 1931, promulgado el 29 de Agosto de 1932 y vigente a partir del 1º de Octubre del mismo año. Editorial Porrúa, S. A. México, 1972.

**CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO Y TERRITORIOS
FEDERALES EN MATERIA DE FUERO COMUN Y PARA
TODA LA REPUBLICA EN MATERIA DE FUERO FEDERAL**

Expedido según decreto de 2 de Enero de 1931, promulgado el 13 de Agosto y vigente a partir del 17 de Septiembre del mismo año. Editores Mexicanos Unidos, S. A. México, 1974.

LEYES DE REFORMA.

Gobiernos de Ignacio Comonfort y Benito Juárez (1856-1863). Empresas Editoriales, S. A. México, 1947.

LEY DE RELACIONES FAMILIARES.

Expedida por el C. Venustiano Carranza, Primer Jefe del Ejército Constitucionalista, encargado del Poder Ejecutivo de la Unión, promulgada el 9 de Abril de 1917.

J U R I S P R U D E N C I A

**JURISPRUDENCIA DE LA SUPREMA CORTE DE
JUSTICIA DE LA NACION, DE LOS FALLOS
PRONUNCIADOS EN LOS AÑOS DE 1917 A
1965, CUARTA PARTE, TERCERA SALA.**

Imprenta Murguía, S. A. México, 1965.

I N D I C E

CAPITULO PRIMERO

ASPECTO HISTORICO SOCIOLOGICO DEL MATRIMONIO

	Página
1.—ANTECEDENTE HISTORICO SOCIOLOGICO DEL HOMBRE . . .	11
2.—ORIGEN DE LA FAMILIA	14
3.—EVOLUCION SOCIOLOGICA	15
I.—Promiscuidad primitiva	15
II.—Matrimonio por grupos.	16
III.—Matrimonio por raptó	16
IV.—Matrimonio por compra.	16
V.—Matrimonio consensual.	17
VI.—Matrimonio como sacramento.	18
VII.—Matrimonio civil solemne	20
4.—DESARROLLO HISTORICO	21
I.—La India	21
II.—Hebreos	22
III.—Egipto	22
IV.—Grecia	23

CAPITULO SEGUNDO

EL MATRIMONIO EN EL DERECHO ROMANO

1.—DEFINICION DEL MATRIMONIO	27
2.—EVOLUCION HISTORICA	28
I.—Primera fase	28
II.—Segunda fase.	28
III.—Tercera fase	29
3.—JUSTAE NUPTIAE	29
I.—Formación de las justae nuptiae	29
II.—Condiciones de fondo de las justae nuptiae.	30
III.—Efectos de las justae nuptiae.	32
IV.—Uniones distintas de las justae nuptiae	33

CAPITULO TERCERO

EL MATRIMONIO EN EL DERECHO CANONICO

1.—EL MATRIMONIO COMO CONTRATO Y COMO SACRAMENTO.	37
2.—IMPEDIMENTOS	38
3.—LA FORMA DE CELEBRACION DEL MATRIMONIO	39

CAPITULO CUARTO

EVOLUCION HISTORICO JURIDICA DEL MATRIMONIO EN MEXICO

1.—EPOCA ANTERIOR A LA CONQUISTA	43
I.—El matrimonio Azteca	43
II.—Matrimonio a prueba, mancebía y concubinato.	45
2.—EPOCA DE LA COLONIA	45
3.—MEXICO INDEPENDIENTE	47
I.—Primer Código Civil de Iberoamérica: El Oaxaqueño de 1827-1828	47

II.—Ley del Matrimonio Civil	49
III.—Códigos civiles de 1870 y 1884	50
IV.—Ley de Relaciones Familiares.	51
V.—Código Civil vigente	51

CAPITULO QUINTO

NATURALEZA JURIDICA DEL MATRIMONIO

1.—EL MATRIMONIO COMO INSTITUCION	55
2.—EL MATRIMONIO COMO ACTO JURIDICO CONDICION	56
3.—EL MATRIMONIO COMO ACTO JURIDICO MIXTO	57
4.—EL MATRIMONIO COMO CONTRATO ORDINARIO	58
5.—EL MATRIMONIO COMO CONTRATO DE ADHESION.	60
6.—EL MATRIMONIO COMO ESTADO JURIDICO	61
7.—EL MATRIMONIO COMO ACTO DE PODER ESTATAL.	62
8.—EL MATRIMONIO COMO ACTO UNION	63
9.—EL MATRIMONIO COMO CONVENCION EN SENTIDO TECNICO	64

CAPITULO SEXTO

ELEMENTOS DEL ACTO JURIDICO

1.—BREVES CONSIDERACIONES SOBRE EL ACTO JURIDICO	69
2.—ELEMENTOS ESENCIALES O DE EXISTENCIA	71
3.—ELEMENTOS DE VALIDEZ	71

CAPITULO SEPTIMO

ELEMENTOS DEL MATRIMONIO SOLEMNE

1.—ELEMENTOS ESENCIALES O DE EXISTENCIA	75
2.—ELEMENTOS DE VALIDEZ	77

CAPITULO OCTAVO

ANTECEDENTES HISTORICOS DE LA DISOLUCION DEL MATRIMONIO POR DIVORCIO

1.—HEBREOS	83
2.—DERECHO ROMANO	84
I.—Divortium por bona gratia	85
II.—Divortium por repudium	85
III.—Causales (Período de Justiniano)	86
3.—DERECHO CANONICO	87
I.—Privilegio Paulino.	88
II.—Profesión solemne en religión aprobada.	89
III.—Dispensa del Sumo Pontífice	89
4.—FRANCIA (Código de Napoleón)	90

CAPITULO NOVENO

EVOLUCION HISTORICO JURIDICA DEL DIVORCIO EN MEXICO

1.—EPOCA ANTERIOR A LA CONQUISTA	95
2.—EPOCA DE LA COLONIA	97
3.—MEXICO INDEPENDIENTE	98
4.—CODIGO CIVIL DE 1870	99
5.—CODIGO CIVIL DE 1884	104
6.—LEY DE RELACIONES FAMILIARES	107

CAPITULO DECIMO

EL DIVORCIO EN EL CODIGO CIVIL VIGENTE PARA EL DISTRITO Y TERRITORIOS FEDERALES

1.—GENERALIDADES	113
2.—NATURALEZA JURIDICA	114

3.—DE LAS FORMAS DE DIVORCIO QUE ESTABLECE NUESTRO CODIGO	115
I.—Divorcio Voluntario	115
A.—Divorcio voluntario administrativo	115
B.—Divorcio voluntario judicial	117
II.—Divorcio Contencioso	120
A.—Divorcio sanción.	121
B.—Divorcio necesidad	124
4.—SEPARACION DE LECHO Y HABITACION	126

CAPITULO DECIMO PRIMERO

ESTUDIO DE LAS CAUSALES DE DIVORCIO CONTENIDAS EN LOS ARTICULOS 267 Y 268 DEL CODIGO CIVIL VIGENTE

1.—INTERPRETACION RESTRICTIVA DE LAS CAUSALES	131
2.—CLASIFICACION	132
3.—LAS CAUSALES DE DIVORCIO EN PARTICULAR (Artículo 267)	134
Fracción I	134
Fracción II.	138
Fracción III	140
Fracción IV	142
Fracción V	143
Fracción VI	145
Fracción VII	146
Fracción VIII	147
Fracción IX	148
Fracción X	150
Fracción XI	151
Fracción XII	153
Fracción XIII	155
Fracción XIV	157
Fracción XV	158

Fracción XVI	159
Fracción XVII	160
4.—ARTICULO 268	161

CAPITULO DECIMO SEGUNDO

CONCLUSIONES	165
BIBLIOGRAFIA	169
LEGISLACION	172
JURISPRUDENCIA	173

BIBLIOTECA CENTRAL
U. N. A. M.