



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO
FACULTAD DE DERECHO

El uso de Anticonceptivos sin Causa Justificada y sin el Consentimiento del Cónyuge, como una nueva Causal de Divorcio.

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
JOSE LUIS RAMOS RAMIREZ

MEXICO, D. F.

1 9 7 2



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis 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 MI MEJOR Y MAS FIEL
AMIGO, MI PADRE

CON CARINO Y AGRADECIMIENTO
A MI MADRE

A ROSALINDA CON AMOR.

I N D I C E

Pág.

PR O L O G O 1

C A P I T U L O I 3

EL MATRIMONIO.

- a.) Su evolución histórica, hasta nuestros días. 4
- b.) Su naturaleza jurídica. 17
- c.) Sus fines. 25
- d.) El matrimonio en el Derecho Mexicano. 27

C A P I T U L O II 33

EL DIVORCIO EN LA HISTORIA Y EN EL DERECHO COMPARADO.

- a.) Antecedentes históricos: 34
 - 1.- Derecho Romano. 37
 - 2.- Derecho Canonico. 37
- b.) Derecho Francés 39
- c.) Derecho Aleman. 41
- d.) Derecho Latino-Americano. 41

C A P I T U L O III 45

EL DIVORCIO EN EL DERECHO MEXICANO.

- a.) Historia y antecedentes. 46
- b.) Clases de divorcio. 53
- c.) Causales. 65
- d.) Efectos con relación a: 71
 - 1.- Las personas de los cónyuges. 71
 - 2.- Los hijos. 74
 - 3.- Los bienes. 77

C A P I T U L O IV 80

EL USO DE ANTICONCEPTIVOS SIN CAUSA JUSTIFICADA Y SIN EL
CONSENTIMIENTO DEL CONYUGE, COMO UNA NUEVA CAUSAL DE DIVORCIO.

- a.) Necesidad jurídica. 81
- b.) El problema ético. 88
- c.) El problema social. 95

CONCLUSIONES. 99

BIBLIOGRAFIA. 102

PROLOGO

Entre las ramas del Derecho, hay una que lo nutre, lo actualiza y está en sus mismas raíces, este es el Derecho Civil, que es la parte del Derecho que refleja claramente en su vivencia, su necesidad y práctica diaria, en la que el abogado o aspirante a tal, puede empaparse y sentir, la aplicación de las normas a los casos concretos de controversia.

Y es dentro del Derecho Civil que hemos escogido, un tema que creemos es de actualidad y de profundo interés jurídico, puesto que cae dentro de la base misma del Derecho de Familia. Pretendemos con este estudio sugerir, como una necesidad actual agregar a las dieciséis causales actuales de divorcio necesario una mas, "el uso de anticonceptivos sin causa justificada y sin el consentimiento del cónyuge" como causa de divorcio.

Debido a que en nuestro tiempo con los espectaculares avances de la ciencia y el profundo cambio en los valores y la moral colectiva, han hecho que para algunas personas no sea el matrimonio, la institución por medio de la cual pueden crear una familia, o no les interese la creación de ésta sino solo los aspectos materiales y accesorios del matrimonio, por lo que siendo uno de los fines primarios del matrimonio la procreación, es para el cónyuge que desea satisfacer este fin tan natural y esencial del matrimonio, un aspecto fundamental en su vínculo conyugal.

Y ante la negativa del otro cónyuge, que usando medios -- artificiales para evitar la concepción, sin causa justificada, es de justicia que la Ley reconozca la disolución del -- vínculo, agregando una causal más a las ya existentes que -- satisfaga esta necesidad de proteger el interés jurídico del cónyuge ofendido.

C A P I T U L O I

EL MATRIMONIO.

- a.) Su evolución histórica,
hasta nuestros días
- b.) Su naturaleza jurídica.
- c.) Sus fines.
- d.) El matrimonio en el
Derecho Mexicano.

a.) SU EVOLUCION HISTORICA, HASTA NUESTROS DIAS.- En el transcurso de los tiempos, el Derecho siempre ha sido un reflejo constante de los deseos, aspiraciones y costumbres de los pueblos, y éstos se han visto en la necesidad de plasmarlos en leyes, para así regularlos jurídicamente y satisfacer sus deseos de equidad y justicia.

Pero en la constante evolución que han tenido, en forma mayor o menor los distintos pueblos civilizados, se han visto en la necesidad de transformar y modificar sus leyes para ^{adaptarlas} ~~emparejarlas~~ al cambio social, moral, económico y cultural que han sufrido las sociedades a través del tiempo, para que no entorpezcan el desarrollo de las actividades que los ocupan, para que las leyes no reflejen o regulen situaciones ya evolucionadas por la sociedad, y para que no impidan el progreso económico de la comunidad, puesto que como menciona Radbruch (1), el derecho debe expresar en ideas jurídicas, la materia proporcionada por la realidad. Así, es necesario esta evolución en las leyes para que sean positivas y no sólo vigentes, para que reflejen las verdaderas aspiraciones del pueblo, y que también satisfagan las necesidades de la colectividad en el aspecto jurídico.

Entre las ramas del Derecho hay una en la que se refleja y se nota más esta evolución. Esta es el Derecho Civil, que regula las relaciones de los particulares entre sí, sus bienes y transmisión

(1).- RADBRUCH G.- Introducción a la Filosofía del Derecho.- Fondo de Cultura Económica.- Pág. 28.

de éstos y el estado civil de las personas, así como el Derecho de Familia, que como lo define Bonnacase (2): "Es la parte del Derecho Civil que rige la organización de la familia y que define dentro de ella, el estado de cada uno de sus miembros". Y es en el Derecho de Familia, en donde se encuentra el matrimonio, la más importante de las instituciones sociales base y fundamento de todas las demás, por serlo de la sociedad, y que utilizando la definición de Modestino (3), podemos decir que: "El matrimonio es la unión del hombre y de la mujer implicando igualdad de condición y comunidad de derechos divinos y humanos". La regulación normativa es reflejo de la realidad, y la evolución y cambio de las costumbres y aspiraciones de una sociedad han provocado que el concepto jurídico del matrimonio haya sufrido una serie de mutaciones que las idealidades colectivas han determinado en el curso de la Historia.

Es posible decir que no hubo etapa en el desarrollo humano en que no haya existido el matrimonio, pues la historia de éste es la historia de la humanidad, el derecho a la asociación conyugal se afirma: "...en el seno de la humanidad cuando ya se han comenzado a constituir las uniones entre los sexos, con un cierto carácter de permanencia, cuando cada uno comprende el deber de

(2).- BONNACASE Julien.- Elementos de Derecho Civil.- Edit. J. M. Cajica, Puebla Méx. 1945.- pág. 31.

(3).- LAGAILLON IBARRA J. M.- El matrimonio; Sacramento, Contrato, Institución.- Edit. Tipográfica Mexicana 1965.- pág. 8.

respetar a la mujer ajena a fin de que los demás respeten la propia. Cuando este respeto mutuo viene a ser sancionado por parte del poder social, entonces el derecho al matrimonio comienza su evolución". (4).

Rojina Villegas (5) menciona cinco etapas por las cuales ha evolucionado el matrimonio, que son:

- 1o.- Promiscuidad primitiva.
- 2o.- Matrimonio por raptó.
- 3o.- Matrimonio por grupos.
- 4o.- Matrimonio por compra.
- 5o.- Matrimonio consensual.

1o.- En la promiscuidad primitiva era imposible determinar la paternidad, debido a que las mujeres tenían trato sexual con un número indeterminado de hombres de la tribu, por lo tanto, las mujeres desempeñan un papel dominante en la comunidad, y la organización social de la familia se reguló siempre en relación con la madre, pues ellas eran las que dirigían el culto, tenían propiedades y el único parentesco que contaba era por línea materna.

Pero esto no sucedió así con todos los pueblos, como por ejemplo, los romanos, puesto que en el Derecho Romano (6), desde sus comienzos encontramos un sistema patriarcal, donde solo el paren-

(4).- Enciclopedia Jurídica Omeba.- Edit. Bibliografica Argentina Tomo XII.- pág. 146.

(5).- ROJINA VILLEGAS R.- Compendio de Derecho Civil.- Edit. Porrúa, México 1964.- Tomo I.- pág. 277.

(6).- MARGADANT G. F.- El Derecho Privado Romano.- Edit. Esfinge México 1966.- pág. 132.

tesco por línea paterna cuenta. Posteriormente y ya en la época del Derecho Justiniano surge la "cognición" en que se reconoce el parentesco, tanto por línea paterna como materna.

2o.- Los matrimonios por grupos eran los que se realizaban entre los miembros varones de una tribu y otro grupo de igual número de mujeres de otra tribu, pero sin que se crearan parejas sino que pasaban a formar parte de la tribu.

3o.- Los matrimonios por raptó fueron una forma muy común de matrimonio, en casi todos los pueblos, y como una consecuencia de las guerras y luchas de los pueblos entre sí, que traían como resultado que parte del botín fueran las mujeres del enemigo y que pasaban a ser mujeres de los vencedores.

4o.- Matrimonio por compra se conoce en pueblos ya más avanzados, y en los que existía un dominante régimen patriarcal, en donde la mujer está totalmente supeditada al hombre y casi se le considera un objeto, por lo cual se podía comprar y disponer aún de su vida.

5o.- Matrimonio consensual es la unión libre de voluntades entre hombre y mujer, con el fin de constituir un estado permanente de vida y perpetuar la especie, en el cual existe una paridad de derechos y obligaciones entre hombre y mujer. Es en sí el concepto actual del matrimonio.

Después de haber mencionado las etapas de la evolución del matrimonio que menciona Rojina Villegas, vamos a ver brevemente algunos aspectos históricos del matrimonio, en los principales

tesco por línea paterna cuenta. Posteriormente y ya en la época del Derecho Justiniano surge la "cognición" en que se reconoce el parentesco, tanto por línea paterna como materna.

20.- Los matrimonios por grupos eran los que se realizaban entre los miembros varones de una tribu y otro grupo de igual número de mujeres de otra tribu, pero sin que se crearan parejas sino que pasaban a formar parte de la tribu.

30.- Los matrimonios por raptó fueron una forma muy común de matrimonio, en casi todos los pueblos, y como una consecuencia de las guerras y luchas de los pueblos entre sí, que traían como resultado que parte del botín fueran las mujeres del enemigo y que pasaban a ser mujeres de los vencedores.

40.- Matrimonio por compra se conoce en pueblos ya más avanzados, y en los que existía un dominante régimen patriarcal, en donde la mujer está totalmente supeditada al hombre y casi se le considera un objeto, por lo cual se podía comprar y disponer aún de su vida.

50.- Matrimonio consensual es la unión libre de voluntades entre hombre y mujer, con el fin de constituir un estado permanente de vida y perpetuar la especie, en el cual existe una paridad de derechos y obligaciones entre hombre y mujer. Es en sí el concepto actual del matrimonio.

Después de haber mencionado las etapas de la evolución del matrimonio que menciona Rojina Villegas, vamos a ver brevemente algunos aspectos históricos del matrimonio, en los principales.

pueblos de la antigüedad.

India (7).- Es posible conocer parte de las costumbres indúes, debido a la existencia del Manava-Dharma Sartra ó Código de Leyes de Manú, con una antigüedad de varios siglos anteriores a Jesucristo.

En este Código, en su libro tercero, se regula ampliamente el matrimonio, dividiendo a la sociedad por clases ó castas, y prohibiendo el matrimonio entre éstas. Existía una preponderancia del marido sobre la mujer y los hijos, era de carácter monógamo en sus primeros tiempos, diciendo los brahmanes que el esposo y la esposa constituyen una sola carne ó persona. Existía la disolución, pero ésta podía ser sólo por causas graves, como la esterilidad de la mujer, degradación ó ausencia prolongada del marido, etc., según el Código de Manú, el matrimonio es un deber religioso que alcanza la categoría de sacramento. Siendo muy mal visto el celibato.

Existía el matrimonio por rapto, si la raptada quedaba en poder del raptor y también existía el matrimonio por compra, pero éste no era bien visto por esta sociedad. Entre los fines principales del matrimonio estaba la procreación de un hijo varón, por lo menos, y se llegaba a autorizar que en caso de fallecimiento del marido sin dejar hijos varones, un hermano ó pariente más cercano debía asegurar la descendencia con la viuda del difunto.

Egipto (8).- Conocieron tres formas de matrimonio:

- 1a.- El servil, en que la esposa quedaba convertida en esclava del hombre con el cual se unía.
- 2a.- El que estaba basado en la igualdad de derechos y obligaciones y una comunidad de bienes de los cónyuges, y
- 3a.- El que estaba en posición intermedia con relación a los anteriores y que se fundaba, sobre cierta dote, que el marido hacía a la mujer. Vestigios del matrimonio por compra.

Los Hebreos (9).- Encontramos todos los antecedentes de este pueblo en la Biblia, en su primer Libro el Génesis. En este Libro se nos narra el origen del hombre desde una primera pareja formada por Adán y Eva. Eva fué dada a Adán para que lo acompañara y para que se reprodujeran poblando así la Tierra, después de esta primera pareja que podríamos considerar como el primer matrimonio, esta institución evolucionó entre los hebreos adquiriendo aspectos propios. El celibato era muy mal visto en este pueblo y se consideraba que el que llegaba a los 23 años y no se había casado era maldito de Dios y las autoridades podían ejercer presión para que se casara. La monogamia fué la forma en que en un principio se desarrolló esta institución, pero con el tiempo se transformó en poligamia. En tiempo de Moisés surgió y se autorizó por éste el divorcio, pero la Sinagoga lo hacía muy difícil y con trámites muy molestos para los cónyuges. La facultad de pe-

(8).- Opus cit.- pág. 1060.

(9).- Opus cit.- pág. 1061.

dir el divorcio podía ser de cualquiera de los cónyuges. (Deuteronomio, capítulo 24, versículos 1 y 3; Evangelio de San Mateo, capítulo V, versículos 31; San Marcos, capítulo X, versículo 2).

El adulterio se castigaba con la muerte para la adúltera. Existían vestigios de matrimonio por compra, por el hecho de que el yerno tenía que trabajar determinado número de tiempo para su suegro. En caso de morir un varón sin descendencia, podía la viuda exigir que se casara con ella uno de los hermanos del marido o el más próximo pariente con el objeto de que éste no quedara sin descendencia (Libro de Ruth, capítulo IV, versículo 10).

Roma.- Margadant (10) expone ampliamente la institución del matrimonio en el Derecho Romano. Nos dice que existían dos tipos de matrimonio simultáneamente en el Derecho Romano, que eran:

- a.) "Justae nuptiae", con amplias consecuencias jurídicas.
- b.) Concubinatio, de consecuencias jurídicas reducidas, que podían aumentar poco a poco, sin llegar nunca a nivel del matrimonio justo.

Teniendo estas dos formas los siguientes elementos comunes: se trata de uniones duraderas y monogámicas de un hombre y una mujer, en la que los sujetos tienen la intención de procrear hijos y apoyarse mutuamente en los lances de la vida.

En ninguno de estos tipos de matrimonio se exigían formalidades jurídicas o algún tipo de intervención estatal.

La "justae nuptiae" se diferenciaba del concubinato, cuando

se cumplieran los siguientes requisitos: a.) Que los cónyuges tengan "connubio", queriendo decir esto en un principio que ambos fueran de origen patricio y posteriormente que ambos fueran de nacionalidad romana; b.) que sean sexualmente capaces, el hombre mayor de catorce años y la mujer mayor de doce; c.) que tanto los cónyuges como sus paterfamilias hayan dado su consentimiento para el matrimonio y que éste no adolezca de vicios; d.) que los cónyuges no tuvieran otros lazos matrimoniales; e.) que no exista un parentesco de sangre dentro de ciertos grados; f.) que no exista una gran diferencia de rango social; g.) que la viuda deje pasar un determinado "tempus luctus", requisito que se extendió también a la mujer divorciada; h.) que no existiera una relación de tutela entre los cónyuges; i.) existían también algunas restricciones de carácter negativo: no podía haber "justae nuptiae", entre adúltera y amante, entre raptor y raptada, con persona que hubiera hecho voto de castidad, entre un gobernador y una mujer de su provincia, etc.

Las "justae nuptiae" producían una serie de efectos jurídicos, que son los siguientes:

1.- Los cónyuges se debían fidelidad.

2.- La esposa tiene el deber y el derecho de vivir con el marido. Este podía reclamar la entrega de su esposa, si ella se quedaba sin su permiso en casa ajena.

3.- Los cónyuges se deben mutuamente alimentos.

4.- Los hijos caen bajo la patria potestad de su progenitor.

5.- Los hijos del "justae" matrimonio seguían la condición del padre.

6.- No podía haber donaciones entre los cónyuges.

7.- La esposa no podía ser fiadora de su marido.

8.- Un cónyuge no podía ejercer acción por robo en contra del otro.

9.- En materia civil la condena que obtenga un cónyuge contra el otro no puede ir más allá de las posibilidades de la parte vencida.

10.- En caso de quiebra o concurso del marido, todo el patrimonio ingresa en la masa de la quiebra.

11.- La viuda pobre tiene algunos derechos a la sucesión del marido, si éste moría intestado.

Existía en Roma una relación de poder que ejercía el paterfamilias y el marido, denominada "la Manus", que tenía mucha importancia en el matrimonio, puesto que, si se combinaba con esta institución el matrimonio, las relaciones de la mujer con la "domus" del marido eran diferentes, así la mujer que celebraba su matrimonio como una "conventio in manu", pasaba a naturalizarse a la "domus" del marido, y el poder que ejercía sobre ella su anterior paterfamilias se perdía, lo mismo que el poder que podía tener la mujer sobre sus bienes, y el nuevo paterfamilias ejercía sobre ella un poder análogo al que tenía sobre sus hijos, por lo que la mujer adquiría una posición de "Loco filiae", es decir, el lugar que le correspondía a una hija, así en el "ius civilae",

la esposa "cum manu" es tratada, como si fuera hija de su propio cónyuge.

Después de haber analizado brevemente aspectos históricos del matrimonio en el Derecho Romano, notamos la profunda influencia que ha tenido en el concepto del matrimonio contemporáneo.

En la evolución del matrimonio llegamos a una institución que lo transformó radicalmente, esto es, la Iglesia, y para el mundo occidental especialmente la Iglesia Católica.

Debido a la importancia social que, desde sus orígenes tuvo el matrimonio y sus trascendentales consencuencias, fue casi siempre asociado por los pueblos antiguos a la religión y a algún tipo de solemnidad litúrgica, siendo colocado bajo la protección de los dioses y donde el sacerdote no sólo era el encargado de santificar sino también de formalizar la unión.

La Iglesia Católica transforma las diversas formas de matrimonio dándole un carácter sagrado, instituyéndolo como un sacramento, siendo éste uno de los medios de santificación y de salud eterna y se le consideró al matrimonio, como la unión de Cristo con su Iglesia.

Así el Concilio de Trento (11), como dogma de fe definió solemnemente: "si alguno dijera que los sacramentos de la nueva ley no fueron instituidos todos por Jesucristo nuestro Señor, o que son menos de siete a saber: orden y matrimonio, o también que alguno de éstos no es verdadera y propiamente sacramento,

(11).- MAGALLON IBARRA J. M.- Opus cit.- pág. 12.

sea anatema". Notamos la profunda importancia dada por la Iglesia Católica al matrimonio. El Derecho Canónico, en el cannón 1012 en su párrafo segundo declara: "entre bautizados no puede haber contrato matrimonial válido que por el mismo hecho no sea sacramento." Y el cannón 1013 define los fines del matrimonio en la siguiente forma: " la procreación y la educación de la prole es el fin primario del matrimonio, la ayuda mútua y el remedio de la concupiscencia es su fin secundario".

Uno de los grandes doctores de la Iglesia, Santo Tomás (12) decía: " el matrimonio, en cuanto es oficio de la naturaleza, debe ser estatuido por la ley natural; en cuanto es sacramento por el Derecho Divino; en cuanto es oficio de la comunidad pertenece al Derecho Civil".

Por lo anterior, podemos ver que la Iglesia Católica, por medio del Derecho Canónico y con la filosofía aportada por sus grandes pensadores como lo es Santo Tomás de Aquino, ha marcado y definido el matrimonio como un contrato de naturaleza divina que tiene su origen en la voluntad de los cónyuges de celebrarlo, y que tiene como fines primarios, la procreación de la especie y la educación de ésta y como fines secundarios, la ayuda mútua y el remedio a la concupiscencia. Teniendo como propia la característica de ser una unidad indisoluble puesto que la unión no se puede disolver, si no es por medio de la muerte, así se dice que: " lo que Dios une no lo separe el hombre".

(12).- MAGALLON IBARRA J. M.- Opus cit.- pág. 11.

El concepto de contrato es tomado en el Derecho Canónico, en el sentido de la libre expresión de los contrayentes de unirse en matrimonio, pero su regulación y disolución no depende de estos, puesto que el que haya contraído matrimonio, se sujeta a las leyes y propiedades esenciales del mismo. Dice Santo Tomas, "... Si el consentimiento expresa algo contrario a la fidelidad y a la prole, no habría verdadero matrimonio, dado que en él se unen y funden las almas más estrechamente que los cuerpos, surgiendo de la unión un vínculo sagrado e inviolable".

La Iglesia ejerció durante mucho tiempo, desde la caída del Imperio Romano de Occidente, hasta la Reforma, un control absoluto sobre casi todos los actos de las personas, siendo desde luego el matrimonio una de los más cuidados por la Iglesia y al que regulaba en forma muy estricta, no sólo por medio del Derecho Canónico sino que también por la costumbre y el temor religioso. En ese tiempo no se permitía la intervención del Estado en la regulación del matrimonio o de aspectos relativos a éste, y frecuentemente sancionaba con la excomunión al que se atrevía a inmiscuirse en esta clase de asuntos o que por su cuenta tratara de disolverlo. Sin embargo, por cuestiones políticas la Iglesia aceptaba que se anularan matrimonios de reyes y príncipes que necesitaban contraer un nuevo matrimonio ya sea por causas políticas o económicas. Y debido a una de esas controversias entre la Iglesia representada por el Papa y un Rey, en este caso Enrique VIII, se produjo un cisma en la Iglesia que dió origen

a la Iglesia Anglicana, protegida por Enrique VIII, rey de Inglaterra, que al no haber podido conseguir la anulación de su matrimonio para contraer uno nuevo, provocó esta ruptura la creación de una nueva Iglesia, la ya mencionada Anglicana.

A mediados del Siglo XVIII, en Inglaterra, donde surgió una gran corriente afirmando el derecho del Estado a regular plenamente el matrimonio, se crea el matrimonio civil obligatorio.

En Europa Continental en medio de las luchas religiosas de la Reforma, surge la necesidad en varios países, sobre todo en aquellos en los cuales existía un gran número de seguidores de las nuevas doctrinas, de contrarrestar la influencia de la Iglesia Católica por medio de leyes que regularon instituciones antes dominadas por dicha Iglesia, como el matrimonio. Así en Holanda, en el año de 1680, se promulgan leyes dando facultad a los ministros de cualquier culto de celebrar uniones válidas con efectos ante el Estado.

Es la revolución Francesa la que hace una separación tajante entre el matrimonio religioso y el matrimonio civil, dándole plena eficacia a éste y quitándole al religioso sus efectos, y así los esfuerzos del poder civil triunfaron definitivamente sobre el poder que la Iglesia ejerció durante muchos siglos en esta materia.

En la primera Constitución emanada de la Revolución Francesa promulgada en el año de 1791, en su artículo 7o. se concibe el matrimonio como un contrato civil.

Después de la Revolución Francesa, en la mayoría de los países del mundo se acepta plenamente el matrimonio civil, subsistiendo en algunos casos al lado del matrimonio religioso, en otros, muy pocos, como subsidiario del religioso.

En nuestro tiempo, que es de crisis y cambio en las instituciones, la moral y las costumbres en casi todos los pueblos, el matrimonio también ha sido afectado y en algunas sociedades han surgido actualmente grupos minoritarios, que tratan de modificar totalmente el matrimonio, y en algunos países se ha llegado o tratado por lo menos de imprimir estos cambios en la legislación. De hecho, ya existen en Suecia y Dinamarca grupos que tratan de modificar el matrimonio dándole un carácter tribal o sea un grupo de hombres y mujeres viviendo en comunidad bajo un mismo techo y formando un sólo patrimonio, siendo creados y educados los hijos por todos los miembros de esta singular familia. (13)

En los Estados Unidos, recientemente algunos legisladores han propuesto que el matrimonio sea un contrato que tenga que ser revalidado cada determinado número de años, surgiendo en cada revalidación nuevos derechos y obligaciones. En caso de que alguno de los cónyuges no desee seguir en ese estado, se disuelve esa sociedad sin más trámite.

b.) SU NATURALEZA JURIDICA.- Sobre la naturaleza jurídica del matrimonio se han sustentado diversas tesis o criterios. Mencionaremos los cuatro mas importantes que son:

(13).- Revista LIFE.- Edit. Time, Life Inc.- numero 1969.- pág. 38

- 1o.- Como contrato.
- 2.- Como institución .
- 3.- Como acto jurídico.
- 4.- Como acto del poder estatal.

Por lo que respecta al primer criterio o sea al matrimonio como un contrato, ya habíamos mencionado que la primera Constitución que emana de la Revolución Francesa, en su artículo 7o. concibe el matrimonio como un contrato civil. La iglesia anteriormente le había dado la característica de contrato sólo que de carácter sagrado. En ambos se toma el matrimonio como la expresión de voluntades hechas en forma pública ante un funcionario de la Iglesia o del Estado, para constituir una unión de dos personas de distinto sexo en matrimonio.

La tesis contractual del matrimonio ha sido profundamente criticada por varios autores, siendo uno de ellos Boncasse (14) que dice: " la tesis contractual es totalmente falsa, puesto que en el matrimonio no se cumplen las reglas que caracterizan a un contrato, ni existe el principio de la autonomía de la voluntad, por lo que se refiere a sus efectos y disolución".

Así los esposos se encuentran vedados de pactar libremente lo que les parezca con respecto al matrimonio y en cuanto a los efectos del matrimonio no existe ninguna similitud con el régimen de los contratos y los cónyuges no pueden alterar el régimen del matrimonio estipulando derechos y obligaciones distintos de los que

(14).- BONCASSE J.- La filosofía del Código de Napoleón aplicada al Derecho de Familia.- Edít. Cajica, Puebla 1945.- pág. 169.

determina la ley y carace de valor cualquier pacto que los con-
trayentes estipulen para cambiar el régimen legal o modificar
los fines del matrimonio; y por lo que respecta a su disolución,
sólo en casos especiales pueden los cónyuges disolver el matri-
monio, en cambio todo contrato concluye por el mútuo consenti-
miento.

En nuestro país y por motivos semejantes a los de la Revolu-
ción Francesa o sea, hacer una separación entre el matrimonio
canónico y el civil, y a la vez quitarle el poder que ejercía la
Iglesia sobre el matrimonio, se ha definido a éste como un con-
trato y ha pasado en nuestras distintas Constituciones liberales
hasta nuestra época. Así nuestra Carta Magna en su artículo 130
en el tercer párrafo expresa: "el matrimonio es un contrato ci-
vil. Este y los demás actos del estado civil de las personas son
de la exclusiva competencia de los funcionarios y autoridades
del orden civil, en los términos prevenidos por las leyes, ten-
drán la fuerza y la validez que las mismas les atribuyen".

En el Código Civil de 1884, en su artículo 155 definía: "El
matrimonio es la sociedad legítima de un sólo hombre con una só-
la mujer que se unen con vínculo indisoluble para perpetuar la espe-
cie y ayudarse a llevar el peso de la vida".

En la Ley Sobre Relaciones Familiares expedida por don Venus-
tiano Carranza, en el año de 1917, en su artículo 13 decía: "El
matrimonio es un contrato civil entre un sólo hombre y una sóla
mujer que se unen en un vínculo disoluble para perpetuar la es-

pecie y ayudarse a llevar el peso de la vida".

Nuestro Código Civil actual, no contiene una definición expresa del matrimonio, pero diferentes preceptos aluden al mismo, dándole la categoría de contrato, como el artículo 156, que en su parte primera dice: "Son impedimentos para celebrar el contrato de matrimonio, etc.". El capítulo IV del Título V del libro Primero se titula, del Contrato de Matrimonio con relación a los bienes, y el artículo 178 que dice: "El contrato de matrimonio debe celebrarse bajo el régimen de sociedad conyugal o bajo el de separación de bienes".

Aunque nuestras leyes le den el nombre de contrato y se insista en la naturaleza contractual del matrimonio, la misma Ley contiene disposiciones que lo hacen diferente a los contratos en general, así el artículo 147 dispone: "Cualquier condición contraria a la perpetuación de la especie o a la ayuda mútua que se deben los cónyuges se tendrá por no puesta". El artículo 156 menciona diez impedimentos para celebrar el matrimonio, y el capítulo 3o. del título Quinto, relativo al matrimonio, en quince artículos regula los derechos y obligaciones que nacen del matrimonio y el artículo 182 ordena que son nulos los pactos que los esposos hicieren contra las leyes o los naturales fines del matrimonio.

Por lo anterior podemos notar que a pesar de que se denomine contrato en nuestra legislación, está bastante lejos de serlo.

Aún tratando de equipararse con el contrato de adhesión el cu-

al los contratantes aceptan sus términos y la oferta de la otra parte, sin la posibilidad de variar los términos de la misma. En estos casos será un contrato entre los cónyuges y el Estado y no entre los cónyuges mismos, puesto que éstos se hayan en igualdad de condiciones.

Podemos decir que existen matrimonios con ciertas características contractuales, en tres países, que cita Fernández Clerigo (15) que son: Rusia, Estados Unidos y Escocia, este último con un tipo de matrimonio llamado "gretna green".

En Rusia, no existe en la legislación ningún tipo de solemnidad que se exija para la celebración del matrimonio, la mera coincidencia de voluntades del hombre y la mujer para unirse y el hecho mismo de la unión constituyen el matrimonio sin necesidad de la intervención de ningún funcionario, sin que se forme ningún expediente y sin que medie declaración alguna oficial, en nombre de la Ley y de la Sociedad.

Pero si se quieren ciertos efectos civiles y administrativos, es necesario inscribir en el Registro Familiar o Civil, el matrimonio, siendo potestativo esta inscripción, si la inscripción se verifica, el matrimonio queda comprobado en todo momento, si la inscripción no se realiza hay que justificar el hecho del matrimonio o sea la convivencia voluntaria ante los tribunales, para obtener una declaración de existencia que se retrotrae al momento en que comenzó la unión.

(15).- FERNANDEZ CLERIGO Luis.- El Derecho de Familia en la Legislación Comparada.- Edit. U.T.L.E.A., Méx. 1947.- pág.17

En Estados Unidos, en una gran parte de las leyes de esos Estados se admite el matrimonio puramente consensual y se perfecciona mediante el consentimiento de los contrayentes manifestado ante el funcionario público competente.

En Escocia existe una forma de matrimonio que carece de requisitos previos de toda clase, este matrimonio se denomina "gretna green", y se perfecciona por el simple consentimiento de los contratantes siempre que tengan capacidad para contratarlo y manifestado ante un magistrado, un ministro de la religión que aquellos profesen o sólo ante dos testigos y de acuerdo con su naturaleza consensual puede también disolverse por mutuo consentimiento de los cónyuges aunque haya hijos siempre que en este caso se adopten las medidas necesarias para que queden debidamente protegidos los menores.

Ortiz Urquidi (16) afirma, que existen otros países en los que también está vigente un cierto tipo de matrimonio contractual y que son: México, en el Código Civil para el Estado de Tamaulipas, promulgado el 20 de agosto de 1940, publicado en octubre del mismo año y que dice en su capítulo VI titulado "El matrimonio", artículo 70: "Para los efectos de la Ley se considera matrimonio la unión, convivencia y trato sexual continuado de un sólo hombre con una sola mujer" Cuba, en la Constitución de 1940 dispone, en el párrafo VI de su artículo 43 que los tribunales determinarán los casos en que por razón de equidad, la unión en-

(16).- ORTIZ URQUIDI Raul, - "Matrimonio por comportamiento". - Tesis doctoral, - México 1955. - pág. 143.

tre personas con capacidad legal para contraer matrimonio será equiparada por su estabilidad y singularidad al matrimonio civil. Bolivia, en el artículo 131 de su Carta Magna de 24 de noviembre de 1945, dispone que: "Se reconoce el matrimonio de hecho en las uniones concubinarias con sólo el transcurso de dos años de vida en común, verificada por todos los medios de prueba o el nacimiento de un hijo, siempre que las partes tengan capacidad legal para contraer enlace. La Ley del Registro Civil perfeccionará estas uniones de hecho". En Guatemala, existe un estatuto que regula las uniones de hecho de un hombre y una mujer con capacidad para contraer matrimonio y con el fin de vivir juntos, de procrear, alimentar y educar a sus hijos y auxiliarse mutuamente, mantenida en forma pública y consecutiva por más de tres años, siempre que estos hubiesen formado un hogar y que ambos se hayan tratado como tales ante sus familiares o relaciones sociales.

II.- EL MATRIMONIO COMO INSTITUCION JURIDICA.- Una institución jurídica es un conjunto de normas de igual naturaleza, que regula un todo orgánico y persiguen una misma finalidad de interés público.

Uno de los autores que más han defendido y desarrollado esta teoría es Julien Bonecasse (17) que dice: "El matrimonio es una institución constituida por un conjunto de reglas de derecho esencialmente imperativas, cuyo objeto es dar a la unión de los sexos, y por tanto a la familia una organización social y moral que co-

(17).- BONECASSE J.- Opus cit.- pág. 542.

rresponda a las aspiraciones del momento y a la naturaleza permanente del hombre, como tambien a las directrices que en todo momento irradian de la noción de derecho".

Por la anterior definición de Bonacasse, vemos que hace de la familia y por lo tanto del matrimonio, una organización social y moral, a la cual se le atribuye un conjunto de reglas de derecho con cierta autonomía, estructura y funcionamiento propio dentro del cuerpo general que constituye el Derecho Positivo.

Ihering citado por Rojina Villegas (18) explica que las normas jurídicas se agrupan constituyendo serios preceptos para formar verdaderos cuerpos que tienen autonomía, estructura y funcionamiento propio, dentro del sistema total que forma el derecho. Para el citado autor, el enlace de las normas es de carácter teleológico, es decir, en razón de sus finalidades.

III.- EL MATRIMONIO COMO ACTO JURIDICO.- En el derecho podemos distinguir actos jurídicos privados, actos jurídicos públicos y un tercer grupo en que se convinan características de los dos anteriores, estos son: los actos jurídicos mixtos. Los actos jurídicos privados son aquellos en los que la intervención estatal es nula y sólo interviene la voluntad de los particulares, los actos jurídicos públicos son aquellos en los que interviene el Estado por medio de sus funcionarios, y no se requiere la voluntad de los particulares para su cumplimiento, los actos jurídicos mixtos son aquellos en los que se requiere, además de la voluntad

(18).- ROJINA VILLEGAS R.- Opus cit.- pág. 281.

de los particulares, la presencia de un funcionario público que los sancione. Se coloca el matrimonio dentro de este tercer grupo, debido a que para la existencia de éste se requiere la declaración de voluntad de los consortes, siendo necesaria la presencia del Oficial del Registro Civil y su intervención para vigilar el cumplimiento de las normas relativas al matrimonio, así el Estado no sólo desempeña un papel declarativo, sino constitutivo, desde el punto de vista jurídico.

IV.- EL MATRIMONIO COMO ACTO DEL PODER ESTATAL.- Esta tesis es expuesta por el jurista italiano Cicú, que dice que en el Derecho de Familia predomina el interés público por lo que todos los vínculos familiares, todas las reclamaciones, poderes y formas relativas a la familia son actos públicos, así el matrimonio es acto del poder estatal, debido a que no sólo interviene la declaración de voluntades de los esposos, sino que ésta debe ser dada ante el Oficial estatal y toda otra declaración o contrato realizado entre los esposos no tiene ningún valor jurídico, si el Estado no interviene como un extraño sino que le interesa la familia, base misma de la Sociedad y por lo tanto del matrimonio, que es el que la constituye, no puede quedar al arbitrio de los particulares.

En sí estas son las cuatro tesis principales sobre la naturaleza jurídica del matrimonio.

c.) SUS FINES.- Antes de hablar sobre los fines del matrimonio, consideramos necesario decir algo sobre los aspectos o caracterís-

ticas esenciales del matrimonio. Fernández Clérigo (19), menciona tres características que son:

a.) Diversidad de sexos.

b.) Unión exclusiva de un sólo varón y una sólo mujer, o sea el régimen monogámico.

c.) Perpetuidad, esto quiere decir que al momento de contraerse el matrimonio debe existir en los cónyuges el propósito de que la unión debe ser duradera y perdurable, pues de no ser así, no sería un verdadero matrimonio, puesto que las uniones condicionales o que se hayan sujetas a plazo no pueden serlo.

Hay que distinguir indisolubilidad, con perpetuidad, puesto que si al momento de contraerse el matrimonio existe el propósito de que sea perpetuo o vitalicio, puede ocurrir con el transcurso del tiempo, accidentes que hagan cambiar en los cónyuges este propósito de perdurabilidad y resuelvan disolver el matrimonio por estos accidentes o causas que les impide llevar una vida en común.

En sí estas son las tres notas esenciales del matrimonio.

Pasamos ahora a analizar sus fines. Podemos distinguir que en casi todas las culturas y en las distintas etapas del matrimonio son dos los fines que han prevalecido:

1o.- Procreación y perfección de la especie.

2.- Mútuo auxilio.

Así el matrimonio es la unión de los sexos para complementarse

y para reproducirse y como un todo orgánico no puede haber armonía entre sus fines. Aunque basta la presencia de cualquiera de ellos para legitimar el matrimonio.

Respecto al primer fin, podemos decir que la necesidad genésica es medio de fines más elevados y el matrimonio es más que la simple unión carnal, resultando absorbidos los fines individuales por los de la especie. Así mediante la perenne producción y reproducción resulta la inmortalidad de la especie humana.

Es en el matrimonio donde se puede formar el clima natural para la educación de los hijos y su mejor cuidado, puesto que intervienen directamente padre y madre, que son fundamentales en la correcta evolución de la personalidad del niño y en su educación.

El segundo fin se refiere al trato de los cónyuges entre sí, que debe basarse en una mútua ayuda y en una base de superación moral y económica con la concurrencia de las dos voluntades y el ánimo de satisfacer las necesidades del otro en lo que sea propio a su sexo y capacidad.

d.) EL MATRIMONIO EN EL DERECHO MEXICANO.- Es desde luego un acto jurídico formal y solemne, regulado en el Código Civil, para el Distrito y Territorios Federales, en el Título V del Libro Primero, y en lo relativo a su celebración en el capítulo VII del título IV, correspondiente al Registro Civil.

La Ley regula determinados efectos del matrimonio con relación a: a.) Los cónyuges, b.) Los hijos, c.) Los bienes.

a.- Cuatro son los efectos que se producen entre los cónyuges, que son: 1o.- Cohabitación, 2o.- Relación sexual, 3o.- Fidelidad, 4o.- Ayuda mutua.

1o.- La cohabitación o derecho de vivir juntos es un requisito esencial para que se puedan cumplir los fines del matrimonio, pues no sólo es necesario la proximidad espiritual, sino también la física, y así lo establece el Artículo 163 del Código Civil a estudio que en su primera parte establece: "Los cónyuges vivirán juntos en el domicilio conyugal.....", sólo se exime de esta obligación cuando alguno traslade su domicilio a país extranjero, si no es en servicio público o social, o se establezca en lugar insalubre o indecoroso.

La violación al deber de cohabitación es sancionado, como causa de divorcio en el Artículo 267 fracción VIII en el Código Civil para el Distrito y Territorios Federales, que dice: "La separación de la casa conyugal por más de seis meses sin causa justificada".

2o.- El derecho al débito carnal o relación sexual, es consecuencia de varios aspectos muy importantes del matrimonio, como son la procreación de la especie y la ayuda mutua, siendo el primero de ellos fin primordial del matrimonio, y uno de los fundamentos de esta institución. Precisamente la contravención a ese fin primordial del matrimonio es el principio inspirador de este trabajo, en el sentido de sugerir como una nueva causal de divorcio, el uso de anticonceptivos sin causa justificada y sin el con-

sentimiento del cónyuge. En el Capítulo V de esta tesis referente a las causa y razones de esta proposición ampliaremos estas ideas.

En la ley únicamente encontramos en el Artículo 147 una reglamentación referente a este problema, puesto que dice: "Cualquier condición contraria a la perpetuación de la especie o la ayuda mútua que se deban los cónyuges se tendrá por no puesta". Y en el artículo 182 del mismo ordenamiento legal, se dice: "Son nulos los pactos que los esposos hicieren contra las leyes o los naturales fines del matrimonio".

Respecto a la obligación sexual recíproca y exclusiva que tienen los cónyuges, la ley menciona como causal de divorcio en la segunda parte de la fracción VI del Artículo 267: "..... La impotencia incurable que sobrevenga después de celebrado el matrimonio". Y el hecho de negarse a cumplir con esta obligación por parte de uno de los cónyuges, injustificadamente, es considerado injuria grave y también es causa de divorcio.

3o.- La fidelidad está en relación con el principio monogámico del matrimonio de un sólo hombre y una sólo mujer, ambos con un derecho exclusivo sobre el cuerpo del otro, requisito necesario para sentar una base de moralidad y de decoro en la vida matrimonial de los cónyuges.

4o.- Ayuda mútua, este es un deber que refuerza la solidaridad conyugal, necesaria para que ambos cónyuges puedan superarse contando con el apoyo y la ayuda del otro. Esta deber comprende la asistencia recíproca en los casos de enfermedad, el ánimo y auxi-

lio espiritual que deben de tenerse los cónyuges y un aspecto económico que es la obligación alimenticia, que va más allá del matrimonio, pues aún en caso de disolución de éste sigue subsistiendo esta obligación en los hijos o la esposa si es el cónyuge inocente en la disolución del vínculo.

El Código Civil para el Distrito y Territorios Federales en el Artículo 164 menciona la obligación de ayuda económica que existe entre los cónyuges y dice: "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 de cuenta de la mujer y se cubrirán con bienes de ella".

El Artículo 165 también hace una mención importante a este deber pues dice: "La mujer tendrá siempre derecho preferente sobre los productos de los bienes del marido y sobre sus sueldos, salarios o emolumentos por las cantidades que correspondan para la alimentación de ella y de sus hijos menores. También tendrá derecho preferente sobre los bienes propios del marido para la satisfacción del mismo objeto. La mujer puede pedir el aseguramiento de bienes para hacer efectivos estos derechos".

lio espiritual que deben de tenerse los cónyuges y un aspecto económico que es la obligación alimenticia, que va más allá del matrimonio, pues aún en caso de disolución de éste sigue subsistiendo esta obligación en los hijos o la esposa si es el cónyuge inocente en la disolución del vínculo.

El Código Civil para el Distrito y Territorios Federales en el Artículo 164 menciona la obligación de ayuda económica que existe entre los cónyuges y dice: "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 de cuenta de la mujer y se cubrirán con bienes de élla".

El Artículo 165 también hace una mención importante a este deber pues dice: "La mujer tendrá siempre derecho preferente sobre los productos de los bienes del marido y sobre sus sueldos, salarios o emolumentos por las cantidades que correspondan para la alimentación de élla y de sus hijos menores. También tendrá derecho preferente sobre los bienes propios del marido para la satisfacción del mismo objeto. La mujer puede pedir el aseguramiento de bienes para hacer efectivos estos derechos".

b.) Rojina Villegas (20), menciona tres efectos principales respecto de los hijos que son: 1o.- Para atribuirles la calidad de hijos legítimos; 2o.- Para legitimar a los hijos naturales mediante el subsecuente matrimonio de los padres y 3o.- Para originar la certeza en cuanto al ejercicio de los derechos y obligaciones que impone la patria potestad.

1o.- El Artículo 324 del Código Civil para el Distrito y Territorios Federales, dispone al respecto: "Se presume hijos de los cónyuges: I.- Los hijos nacidos después de 180 días contados desde la celebración del matrimonio; II.- Los hijos nacidos dentro de los 300 días siguientes a la disolución del matrimonio, ya provenga ésta de la nulidad del contrato, de muerte del marido o del divorcio. Este término se contará en los casos de divorcio o nulidad desde que de hecho quedaron separados los cónyuges por orden judicial".

2o.- Respecto a la legitimación de los hijos naturales, por el matrimonio subsecuente de los padres, el Artículo 354 dice: "El matrimonio subsecuente de los padres hace que se tengan como nacidos de matrimonio los hijos habidos antes de su celebración".

3o.- El matrimonio sólo establece una certeza en cuanto al ejercicio y atribución de la patria potestad, respecto de los hijos legítimos.

c.) El Código Civil para el Distrito y Territorios Federales, en el Artículo 178 dispone que el contrato de matrimonio debe ce-

lebrarse bajo el régimen de sociedad conyugal o bajo el de separación de bienes, siendo necesario que al momento de celebrarse el matrimonio ya exista en poder del Oficial del Registro Civil, el convenio de los cónyuges en el cual se exprese, si el matrimonio se contrae bajo el régimen de sociedad conyugal o bajo el de separación de bienes. El artículo 180 del Código civil dice: "Las capitulaciones matrimoniales pueden otorgarse antes de la celebración del matrimonio durante él, y pueden comprender no solamente los bienes de que sean dueños los esposos en el momento de hacer el pacto, sino también los que adquirieran después".

El fin perseguido por la ley es el de realizar la seguridad jurídica entre los consortes, por lo que toca a sus bienes, obligando a los consortes a la celebración de las capitulaciones matrimoniales ya sea bajo el régimen de sociedad conyugal, regulado en el Código Civil, que nos ocupa, del Artículo 183 al 206; o el de separación de bienes, artículos del 207 al 216; quedando los bienes de los cónyuges, no tanto al libre albedrío de los cónyuges sino que, ya sea que escojan uno u otro régimen, están regulados por la Ley.

C A P I T U L O I I

EL DIVORCIO EN LA HISTORIA Y EN EL DERECHO COMPARADO.

- a.) Antecedentes historicos:
 - 1.- Derecho Romano.
 - 2.- Derecho Canonico.
- b.) Derecho Francés.
- c.) Derecho Aleman.
- d.) Derecho Latino-Americano

a.) ANTECEDENTES HISTORICOS.- Hemos visto en el capítulo anterior que al tiempo que surge el matrimonio en los distintos pueblos, aparece con él, la manera de disolverlo o darlo por terminado, en vida de los cónyuges y en una forma legal o sea el divorcio que deja con capacidad a los cónyuges de contraer nuevas nupcias o en todo caso de hacer su vida por separado sin tener que convivir juntos. Esta disolución podía ocurrir con la voluntad de ambos cónyuges o pedirlo alguno de ellos, basado en algún motivo legal justo o simplemente repudiándolo. Vamos a ver brevemente algunos aspectos del divorcio en algunos pueblos de la antigüedad:

En Babilonia (1), el Código de Hammurabi distinguía el divorcio pedido por el esposo del pedido por la mujer. El esposo puede pedir el divorcio a voluntad, pero si la mujer es irreprochable, debe indemnizarla restituyéndole la dote y una parte de sus tierras, jardín y bienes muebles, así como una porción hereditaria, para que críe a los hijos y una vez criados pase a ulteriores nupcias, y si no hubiesen tenido hijos, se le restituye la dote. Si la mujer es culpable, puede repudiarle sin darle nada.

Si la mujer es la que pide el divorcio por culpa del esposo, tomará su dote e irá a la casa de su padre, pero si pide el divorcio y es ella culpable, se le arrojará al agua.

(1) NUEVA ENCICLOPEDIA JURIDICA.- Barcelona 1955.- Edit. Francisco Saez
Tomo VIII.- Pág. 653.

En la India (2), en el Manava-Dharma Sartra, se menciona que el matrimonio es una de las cosas que un hombre de bien debe hacer para siempre. Pero sin embargo se admite la anulación en ciertos casos, y el repudio; la anulación procede cuando un padre dá en matrimonio a una hija, con algún defecto sin advertirlo al esposo, y el repudio se dá; 1.- Cuando durante un año seguido el marido soporta la aversión de su mujer, y transcurrido éste, ella continúa odiándole, el marido tomará los bienes de la mujer, le dará sólo para vivir y vestirse y cesará de habitar con ella. 2.- Por enfermedad. 3.- Por esterilidad.

Entre los Hebreos (3), existía el repudio por parte del marido pero para ello debe escribir un libelo, ponérselo en las manos y mandarla a su casa. Al evolucionar las costumbres, también la mujer podía hacer el libelo y entregarlo al marido.

En Grecia (4) también existía el divorcio ya sea por petición de uno de los cónyuges o por mutuo consentimiento. Pero la mujer por si sólo no podía pedirlo sino que tenía que acudir al arconté, dictando este el divorcio a petición de ella.

Después de haber visto brevemente el divorcio en algunos pueblos de la antigüedad, vamos a ver cómo ha llegado a nuestros días.

(2).- Opus cit.- pág. 654.

(3).- Opus cit.- pág. 654.

(4).- Opus cit.- pág. 656.

Podemos notar actualmente dos tipos de divorcio, el que disuelve el vínculo dejando a los cónyuges en aptitud de contraer otro, o como lo define Flores Barroeta (5), es el medio de disolver el matrimonio en vida de los cónyuges, por una causa posterior a su celebración y que deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro.

El otro tipo de divorcio sólo suspende ciertas obligaciones y derechos dejando únicamente el de fidelidad, pues el vínculo no es destruido y subsiste hasta la muerte de uno de los cónyuges. Estos tipos de divorcio que rigen en la actualidad en los distintos pueblos, dependen en gran medida de la influencia de la religión católica que tengan en su legislación, debido a que esta religión prohíbe el divorcio que destruya el vínculo, admitiendo el divorcio separación. Así los únicos países que no admiten el divorcio vincular y sólo el no vincular o separación son: España, Irlanda, Argentina, Colombia, Brasil, Chile y Paraguay. Países sumamente católicos. (Aunque hay intentos de promulgar una nueva legislación sobre divorcio en Argentina y Chile).

Dos legislaciones han influido notablemente en el concepto moderno del divorcio, estas son el Derecho Romano y el Derecho Canónico, que podemos tomar de antecedentes, para estudiar las legislaciones actuales sobre divorcio.

(5).- FLORES BARROETA Benjamín, Lecciones del Primer Curso de Derecho Civil.- Pág. 382.

I.- DERECHO ROMANO (6).- Existían dos formas de extinción del matrimonio que eran la muerte de uno de los cónyuges o -- por divorcio, que podía tomar las siguientes característi -- cas:

a). El "repudium", que era una declaración unilateral, hecha por uno de los cónyuges, que requería de ciertas formalida -- das como la presencia de siete testigos.

b). El mutuo consentimiento.

En la época de Justiniano se conocieron cuatro clases de -- divorcio:

I.- Por mutuo consentimiento.

2.- Por culpa del cónyuge demandado en los casos tipifica -- dos en la Ley.

3.- Sin mutuo consentimiento y sin causa legal, en cuyo -- caso el divorcio es válido, pero dá lugar a un castigo del -- cónyuge que hubiere insistido en el divorcio.

4.- "Bona gratia", es decir no basado en la culpa de uno de -- los cónyuges, pero sí fundado en circunstancias que harían -- inútil la continuación del matrimonio.

II.- DERECHO CANONICO.- Rojina Villegas, habla (7) de que -- hasta el siglo VIII predominó la interpretación de San Mateo -- sobre el hecho de que por el adulterio podía disolverse al -- matrimonio, por lo que en los primeros siglos algunos pa --

(6).- MARGADANA GUILLERMO FLORIS.- El Derecho Privado Romano. Edit. Esfinge, México 1960.-Pág. 148

(7).- ROJINA VILLEGAS RAFAEL.- Compendio de derecho civil. Edit. Porrúa, México 1964;-TOMO 1.-Pág. 360

dres de la iglesia permitieron el divorcio por adulterio.- - Del siglo VIII al siglo XIII se discutió en diversos Conci - lios sobre el hecho de que si era admisible el divorcio por - adulterio como única causa posible, y predominó la tesis de - que no era posible, tomando como base las interpretaciones - de San Lucas y San Marcos en el sentido de que ni aún por -- adulterio podía disolverse el matrimonio.

Con este criterio siguió la Iglesia hasta nuestros tiem - pos y así lo declara en el canon 1110 "Del matrimonio váli - do se origina entre los cónyuges un vínculo que es por su na - turalidad perpetuo y exclusivo ..." y el canon 1118 que dice - "El matrimonio válido rato y consumado no puede ser disuel - to por ninguna potestad humana ni por ninguna causa fuera de la muerte".

Pero sin embargo^s admite la nulidad de matrimonio y la se - paración de cuerpos en el derecho canónico.

Se considera nulo el matrimonio cuando el contrato matri - monial está viciado con impedimentos dirimentes o impedi - tes, estos últimos capaces de ser convalidados y los otros - que no sólo prohíben que se contraiga matrimonio sino que -- lo afectan si se celebra, de nulidad absoluta puesto que va - contra los fines del matrimonio.

Acercas de la separación de cuerpos el canon 1128 dice: -- "Los cónyuges deben hacer en común vida conyugal, sino hay - una causa justa que los exima". Y los canones 1129 y 1131 -

lo amplían, así el 1129 admite su ruptura o separación definitiva y para siempre, así dice, "Por el adulterio de uno de los cónyuges puede el otro permaneciendo el vínculo, romper, aún para siempre, la vida en común a no ser que él haya consentido en el crimen, o haya dado motivo para él, o lo haya condonado expresa o tácitamente, o él mismo^{lo} haya también cometido.

El canon 1131 habla de la separación temporal que Bermúdez Canton (8) sintetiza en 5:

1.- Adulterio espiritual; apostatía, herejía y cisma, educación escatológica de la prole, vida criminal y vergonzosa.

2.- Peligro para el alma; provocación al pecado.

3.- Peligro para el cuerpo; enfermedad contagiosa, enfermedad gravemente molesta y culpablemente adquirida.

4.- Vida en común demasiado difícil; sevicias, amenazas, -- riñas, odio y aversión.

5.- Peligro en los bienes de fortuna.

Respecto a la separación total se asemeja mucho al divorcio, puesto que puede terminar totalmente las relaciones de deberes y derechos entre los cónyuges, con la salvedad de que no pueden contraer un nuevo matrimonio hasta la muerte del otro.

b).- DERECHO FRANCÉS: Durante varios siglos la Iglesia --

(8) BERNARDEZ CANTON A.- Las causas canónicas de separación conyugal.- Edit. Tecnos, Madrid 1961.- Pág. 313.

Católica controló y dirigió el pensamiento jurídico y el criterio o costumbres sociales de varios pueblos sobre todo del mundo occidental, Europa y América. Es durante la Revolución Francesa que surge por primera vez en los tiempos modernos, - el divorcio por mutuo consentimiento y que a la vez destruye el vínculo matrimonial, dejando a los cónyuges en aptitud de contraer un nuevo matrimonio.

Este divorcio pasó después rodeado de garantías al Código Civil de Napoleón, promulgado en 1804, y que amplía la Ley -- del 20 de noviembre de 1792, que es la que surgió durante la Revolución Francesa. Pero posteriormente en 1809, se derogan los artículos concernientes al divorcio por mutuo consentimiento y sólo subsistió el de por justa causa.

En el año de 1816 se publicó una Ley que derogaba el divorcio, suprimiéndolo totalmente. Fue hasta el año de 1884, en que se volvió a aprobar el divorcio en una nueva Ley que seguía los principios del Código Napoleónico, pero que sin admitir el divorcio voluntario comedia cuatro causas para el divorcio necesario, que son:

- 1.- Adulterio;
- 2.- Servicia o malos tratamientos, (materiales o por vía de hecho);
- 3.- Injurias graves, (toda actitud, toda conducta, todo hecho deliberado, ultrajante o solamente hiriente para uno de los cónyuges).

4.- Condena de uno de los cónyuges a pena aflictiva o infamante, (la condena debe ser definitiva y firme, que haya sido dada o pronunciada por una jurisdicción francesa y que no haya sido borrada por la amnistia, por el indulto o por la -- prescripción y que haya sido posterior al matrimonio.

c.) DERECHO ALEMAN (9) En Alemania sólo podemos hablar del divorcio necesario puesto que el voluntario no se encuentra en la legislación vigente en ese país. Dentro del divorcio -- necesario encontramos cinco causas de éste:

1.- Adulterio, o bigamia;

2.- Atentado a la vida del cónyuge demandante;

3.- Abandono malicioso del cónyuge, llamado también en alemania deserción;

4.- Violación de los deberes que impone el matrimonio; -- conducta inmoral o deshonrosa de uno de los cónyuges, la perturbación de las relaciones conyugales producida por culpa de uno de los cónyuges y que sea tan honda que haga imposible -- la continuación del matrimonio y la sevicia grave, que se -- estima así mismo como una violación de los deberes.

5.- Enfermedad mental.

Cuando se produce una de estas causas o varias el cónyuge-ofendido puede reclamar el divorcio.

d.) DERECHO LATINO-AMERICANO: El maestro Rojina Villegas - (10) nos da el siguiente cuadro por lo que respecta al divor-

(9) FERNANDEZ CLERIGO L.- El derecho de familia en la legisla-
ción comparada.- Edit. U.T.E.H.A., Méx. 1947.- Pág.132.

(10) ROJINA VILLEGAS R., opus. cit., Pág.362.

cio en los países latinoamericanos.

Legislaciones que rechazan en absoluto el divorcio: Argentina, Colombia, Brasil, Chile y Paraguay.

Legislaciones que admiten el divorcio por consentimiento mutuo: Ecuador, Venezuela, Guatemala, Cuba, Santo Domingo, Nicaragua, Bolivia, Panamá, el Salvador, Perú y México, (Haití).

Que admiten el divorcio por voluntad de uno de los cónyuges; Uruguay.

Que admiten el divorcio sólo por causas graves: Honduras.

Por lo que respecta a los países que rechazan en absoluto el divorcio, podemos decir que son países que se encuentran sometidos profundamente a la influencia de la Iglesia Católica y que en su legislación sobre el matrimonio está marcado y se siguen los lineamientos del Derecho Canónico, o sea que no permite la disolución del vínculo pero permite la separación de los cónyuges con la pérdida de algunos derechos y obligaciones nacidos del matrimonio como es la cohabitación, el débito sexual, el económico etc. pero subsiste el de fidelidad, hasta la muerte de uno de los cónyuges, en cuyo caso puede contraer nuevas nupcias.

Existe entre las naciones Latino-Americanas una muy singular, la Uruguay, que regula un tipo de divorcio voluntario unilateral a semejanza de la legislación soviética que junto con esta son las dos únicas en el mundo que la tienen.

La Uruguay, se diferencia de la soviética en que este deseo-

unilateral puede provenir únicamente de la mujer, y así lo ordena en el artículo 187 que dice: "El divorcio sólo puede pedirse;

... 2.- Por mutuo consentimiento de los cónyuges.

3.- Por la sólo voluntad de la mujer.

El mismo Código señala el procedimiento a seguir; " La solicitante deberá comparecer personalmente ante el Juez letrado de su domicilio a quien expondrá su deseo de disolver el matrimonio. El Juez hará constar en acta este pedido y en el mismo acto fijara audiencia para fijar un comparendo entre los cónyuges, en el que se intentará la reconciliación y se resolverá la situación provisoria de bienes.. si no comparece el cónyuge contra el que se pide el divorcio, el Juez resolverá oídas las explicaciones del compareciente sobre la situación de los hijos y la pensión alimenticia, decretando en todos los casos la separación provisoria de los cónyuges y fijando nueva audiencia con plazo de seis meses a fin de que comparezca la parte que solicitó el divorcio, a manifestarse que persisten sus propósitos. También se librará acta de audiencia y se señalará una nueva, con plazo de un año, para que la peticionaria concurra a manifestar que insiste en su deseo de divorciarse.

En esta última audiencia, el Juez dictará de nuevo cita a los cónyuges a otro comparendo e intentará de nuevo la conciliación entre ellos. Y comparezca o no el esposo, sea cual

fuera la oposición de éste, siempre que la que inició el procedimiento dejara de concurrir a alguna de las audiencias o comparendos prescritos en este número, se le tendrá por de -- sistida y no podrá volver a intentar el divorcio, sino por -- causa determinada o por mutuo consentimiento".

"Cuando el cónyuge al que se le ha pedido el divorcio no se le pudiera citar personalmente o estuviera ausente del -- país, el Juez lo citará por edictos y si no compareciere, ven cido el término de emplazamiento se le nombrará defensor de -- oficio."

C A P I T U L O III

EL DIVORCIO EN EL DERECHO MEXICANO

- a.) Historia y antecedentes.
- b.) Clases de divorcio.
- c.) Causales.
- d.) Efectos con relación a:
 - 1.- Las personas de los cónyuges.
 - 2.- Los hijos.
 - 3.- Los bienes.

a.-) HISTORIA Y ANTECEDENTES: Época prehispánica y Colonial; Ofrece serias dificultades el estudio del derecho indígena, debido a la diversidad de pueblos y culturas existentes en el territorio nacional, lo que unido a la falta de fuentes apropiadas hace difícil la investigación. (1)

Entre los aztecas era conocido el divorcio, aunque no era muy bien visto socialmente. Existían varias causales, concediéndole mucha importancia a la procreación. Entre las causas destacaba la esterilidad de la mujer. También existió entre los aztecas un tipo de matrimonio a prueba, esto es, celebrado bajo la condición de que hubiera un hijo, en cuya falta la mujer era regresada al hogar paterno (2).

El divorcio sólo podía obtenerse a virtud de consentimiento judicial tácito y no formal por no ser bien visto por el pueblo. El derecho de solicitar el divorcio lo tenían ambos cónyuges. El procedimiento de divorcio era sencillo, los esposos desavenidos acudían ante el Juez presentando la causa que tenían para pedir el divorcio o bien para oponerse a la petición del otro cónyuge, el juez les invitaba a reconciliarse y a vivir en paz nuevamente, de lo contrario no podía dar la autorización para el divorcio, si los esposos se reconciliaban, el asunto se terminaba así, si insistían en su petición,

(1) FLORES MARCERA Benjamín, Lecciones para el Primer Curso de Derecho Civil Pág. 200.

(2) Idem, Pág. 202.

el juez los despatchaba rudamente dando la autorización tácita. Una vez disuelto el vínculo matrimonial podían contraer - se nuevas nupcias, salvo entre ellos mismos. En cuanto a los hijos, los varones quedaban con el padre y las hijas con la madre; en relación a los bienes, el cónyuge culpable perdía - la mitad de sus bienes en favor del cónyuge inocente, pero -- recuperaba lo que había aportado al matrimonio (3).

Epoca Colonial: Después de la conquista y durante la dominación española, las leyes de ésta abrogaron la legislación indígena y subsistieron solamente aquellos que no se oponían a la religión, a las buenas costumbres y las leyes españolas.

En el derecho de personas existía una laguna en esta materia en la legislación española, pero se aplicaba y tenían -- pleno vigor las disposiciones del derecho canónico, entre -- ellas la de ser indisoluble el matrimonio.

México Independiente: Después de la Independencia y durante algún tiempo siguieron vigentes en la República las antiguas leyes españolas y las costumbres y usos surgidos durante el virreynato, sobre todo en lo que se refiere al matrimonio y la familia en general, que estaban bajo la influencia de las leyes eclesiásticas y todo lo referente a la persona era tratado dándole un sentido religioso.

Fue hasta el movimiento de reforma en que se rompieron esos lazos religiosos, mediante la ley sobre el matrimonio civil -

(3).- ALBA H. Carlos: Estudio comparado entre el Derecho Azteca y el Derecho Positivo Mexicano, México, D.F., 1949, Gráfica Panamericana.- Pág. 38 y 39.

de 25 de julio de 1859, por virtud del cual se declaraba que el matrimonio es un contrato civil, que se contrae ante autoridad civil, así se le quitó el carácter únicamente religioso que tenía en manos del clero, para hacerlo de orden público de incumbencia del Estado. En la Ley de 28 de julio de 1859 se crearon los jueces del estado civil para secularizar el Estado de las personas, pero en la Ley de 23 de julio referente al matrimonio civil, se conservó la característica de ser indisoluble y se formaron las normas relativas a sus formalidades, impedimentos y divorcio pero como una mera separación.

Después del triunfo de la República sobre el Imperio de Maximiliano, surge el Código Civil de 1870, que es el resultado de un proyecto de Código Civil hecho por el Doctor Justo Sierra, bajo encargo del Presidente Juárez y que no pudo entrar en vigor debido a la usurpación por parte de Maximiliano.

Este proyecto de Código está inspirado en el proyecto que para el Código Civil Español había formulado el jurista español García Goyena, quien a su vez se había inspirado en el Código Civil Francés de Napoleón.

El Código de 1870, en su capítulo quinto, regula lo relativo al divorcio, pero visto únicamente como separación de cuerpos, pues no admitía el divorcio vincular. (4)

(4) FLORES BARROETA B. opus. cit. Pág. 348.

Así los artículos 239 y 240 del citado Código de 1870, disponían, artículo 239: "El divorcio no disuelve el vínculo del matrimonio, suspende sólo algunas de las obligaciones civiles, que se expresaran en los artículos relativos de este Código. - Artículo 240; "Son causas legítimas de divorcio: 1.- El adulterio de uno de los cónyuges; 2o.- 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 cualquier remuneración con el objeto expreso de permitir que otro tenga relaciones ilícitas con su mujer; 3o.- La incitación a la violencia hecha por un cónyuge al otro para cometer un delito aunque no sea de incontinencia carnal; 4o.- El conato del marido o de la mujer para corromper a los hijos o la complacencia en su corrupción; 5o.- El abandono sin causa justa del domicilio conyugal, prolongado por más de dos años; 6o.- La sevicia del marido con su mujer o la de ésta con aquél; 7o.- La acusación calumniosa hecha por un cónyuge al otro".

Este Código señala además que se prohibía el divorcio cuando el matrimonio llevaba 20 años o más de constituido, así como interponía una serie de trabas y formalidades para dificultar el divorcio y exigía que hubieran transcurrido por lo menos dos años del matrimonio para poder intentar el divorcio por separación de cuerpos.

El Código Civil de 1884.- Fue el que rigió en el Distrito -

Federal y Territorios, hasta el año de 1932, exceptuando la materia familiar que lo fué hasta 1917.

En este Código sigue subsistiendo el divorcio no vincular o de separación de cuerpos, sin suspenderse la obligación de fidelidad y alimentos. Y aparece por primera vez el divorcio por mutuo consentimiento, fracc. XIII del Art. 227.

Como causas de divorcio señalaba dicho Código; en el Art. 227; el adulterio de uno de los cónyuges; el hecho de dar a luz, durante el matrimonio un hijo concebido antes del contrato de matrimonio y que judicialmente se le declarara ilegítimo; la propuesta del marido para prostituir a la mujer o permitir de alguna manera dicha prostitución; la violencia hecha por uno de los cónyuges para corromper a los hijos; el abandono del domicilio conyugal sin causa justificada; la sevicia, la acusación falsa hecha por un cónyuge contra el otro; el hecho de negarse a suministrar alimentos conforme a la Ley; los vicios incorregibles de juego y embriaguez; la enfermedad crónica e incurable que fuera contagiosa o hereditaria anterior al matrimonio; la infracción a las capitulaciones matrimoniales; y el mutuo consentimiento.

Para la separación era requisito indispensable que el Jefe la decretara, pero en sí en este Código se reducen los trámites necesarios para el divorcio, que contenía al anterior Código.

Ley sobre Relaciones Familiares.- Después del decreto de 29 de diciembre de 1914, expedido por el Primer Jefe del Ejército Constitucionalista, don Venustiano Carranza, en el que se dictan las primeras medidas para la disolución del matrimonio en vida de los cónyuges, como lo estipula en su artículo primero: "Se faculta a que el matrimonio puede disolverse en cuanto al vínculo ya sea por mutuo o libre consentimiento de los cónyuges, con la sola condición de tener más de tres años de celebrado el matrimonio o en menos tiempo si es necesario por causas que hicieron irreparable la desavenencia conyugal, una vez disuelto el matrimonio podrá contraer una nueva unión legítima". Y en su artículo segundo facultaba a los Gobernadores de los Estados para hacer en los respectivos Códigos Civiles las modificaciones necesarias; "a fin de que esta Ley pueda tener aplicación";

El 9 de abril de 1917 surge la Ley que resulta de la de 1914, también expedida por don Venustiano Carranza y que fue llamada de Relaciones Familiares.

Esta Ley que es una ampliación del Decreto de 1914, sigue la misma orientación por lo que respecta al divorcio y así en su artículo 75 establece: "El divorcio disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro", y el artículo 102 decía: "los cónyuges recobrarán su entera capacidad para contraer un nuevo matrimonio, salvo lo dispuesto en el artículo 140, y cuando el divorcio -

se haya declarado por causa de "adulterio, pues en este último caso, el cónyuge culpable no podrá contraer un nuevo matrimonio sino después de dos años de promulgada la sentencia de divorcio". Por lo que respecta al artículo 140 es conveniente citarlo: "La mujer no puede contraer segundo matrimonio sino hasta pasados 300 días después de la disolución del primero. En los casos de nulidad o de divorcio puede contraerse ese tiempo desde que se interrumpió la cohabitación".

Por lo que respecta a las causales, señala las 12 mismas que mencionaba el Código Civil de 1884.

Derecho Vigente.- Nuestra actual Código Civil de 1928 reproduce a la letra en su artículo 266 el artículo 75 de la Ley de Relaciones Familiares, que como mencionamos anteriormente dice: "El divorcio disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro".

El Código actual contiene 17 causales enumerados en el artículo 267 y una más que resulta de la acción que surge a favor del demandado cuando es declarado inocente en el juicio de divorcio y que se encuentra en el artículo 268.

Entre las innovaciones que aporta este Código, se encuentra el divorcio voluntario de tipo administrativo, que se puede llevar a cabo siempre que se reúnan ciertas condiciones mencionadas en el artículo 172, y que son;

- 1.- Voluntad conjunta y manifiesta de divorciarse.
- 2.- Que los esposos sean mayores de edad.

3.- Que no tengan hijos.

4.- Que hayan disuelto la sociedad conyugal.

Aparte de este nuevo tipo de divorcio, el Código Civil reglamenta otros tres ya mencionados en la Ley sobre Relaciones Familiares, que son: a).- divorcio necesario, b.) Divorcio voluntario judicial, c.) separación de cuerpos, en casos especialísimos.

b.) CLASES DE DIVORCIO.- Antes de hablar de las clases de divorcio es conveniente mencionar la acción de divorcio.

Rojina Villegas (5), hace una enumeración de sus características que son las siguientes;

- 1.- Es una acción sujeta a caducidad;
- 2.- Es personalísima.
- 3.- Se extingue por reconciliación o perdón;
- 4.- Es susceptible de renuncia y de desistimiento;
- 5.- Se extingue por la muerte de cualquiera de los cónyuges, bien antes de ser ejercitada o durante el juicio;
- 6.- Sólo se otorga al cónyuge que no dió causa al mismo.

La caducidad es la extinción de una acción, de una facultad jurídica o de una obligación por el sólo transcurso del tiempo que determine la Ley sin que pueda evitar esa extinción interrumpiendo el plazo o suspendiéndolo, o sea que para evitar que se extinga la situación jurídica sujeta a caducidad no queda otra posibilidad que hacer valer respectivamente --

(5).- ROJINA VILLEGAS R. opus cit. pág. 389.

El derecho o la acción.

Así la segunda parte del artículo 278 marca este plazo: "... y dentro de los seis meses siguientes al día en que hayan llegado a su noticia los hechos en que se funde la demanda".

Se entiende por acción personalísima aquella que sólo -- puede intentarse exclusivamente por la persona facultada por la Ley, por lo cual no puede ser intentada ni por los herederos, ni los acreedores, ni ningún tercero. Esto está reglamentado en el artículo 278 que dice: "El divorcio sólo -- puede ser demandado por el cónyuge que no haya dado causa a él."

El Código Civil en los artículos 279 y 280 reglamenta lo referente al perdón o la reconciliación y así dicen, el artículo 279, "ninguna de las causas enumeradas en el artículo 267 pueden alegarse para pedir el divorcio cuando haya mediado perdón expreso o tácito". Artículo 280, "La reconciliación de los cónyuges pone término al juicio de divorcio en cualquier estado en que se encuentre; si aún no hubiere sentencia ejecutoria. En este caso los interesados deberán denunciar su reconciliación al Juez, sin que la omisión de esta denuncia destruya los efectos producidos por la reconciliación".

Por lo que se nota en estos preceptos que no importa si hay cónyuge culpable u ofendido si hay reconciliación o sea vida en común, con todas sus manifestaciones, debe cesar

el juicio.

En lo que respecta a la renuncia o desistimiento podemos decir que sóloamente se pueden renunciar las causas de divorcio ya consumadas y que es imposible jurídicamente renunciar causas de divorcio que pudieron ocurrir en el futuro.

Puede también ser objeto de desistimiento lo que implica una renuncia de la acción ya intentada o sea que la renuncia puede presentar dos formas, antes de que se intente la acción o una vez ya intentada, pero en ambos casos la causa de divorcio ya está consumada, La renuncia consiste en que siendo conocida la causa de divorcio por el cónyuge inocente renuncia o se abstiene de ejercitar el derecho de exigir el divorcio y se prescinde de intentar la demanda, estamos ante una renuncia de la acción.

Por lo que respecta al desistimiento, el artículo 281 del Código Civil nos dice: "El cónyuge que no haya dado causa al divorcio puede antes de que se pronuncie la sentencia que ponga fin al litigio, prescindir de sus derechos y obligar al otro a que se reúna con él. En este caso no puede pedir de nuevo el divorcio por los mismos hechos que motivaron el juicio anterior, pero sí por otros nuevos, aunque sean de la misma especie".

Otra característica de la acción de divorcio es que se extingue y se da por terminado el juicio en el caso de muerte de cualquiera de los cónyuges, sin prejuzgar respecto de

Las consecuencias jurídicas en cuanto al cónyuge inocente o culpable y sin tomar en cuenta las pruebas que ya se hubiesen rendido, aun cuando de ellas resultare plenamente comprobada la causa de divorcio. Así el artículo 290 del código Civil dice: "La muerte de uno de los cónyuges pone fin al juicio de divorcio, y los herederos del muerto tienen los mismos derechos y obligaciones que tuvieran sino hubiere existido dicho juicio".

La última característica de la acción de divorcio consiste en que sólo se otorga al cónyuge inocente, o en su caso el cónyuge sano, y así lo estipula el artículo 278 del Código Civil: "El divorcio sólo puede ser demandado por el cónyuge que no haya dado causa a él "

Vamos a pasar a clasificar los distintos tipos de divorcio que existen en nuestra legislación.

Como ya dijimos anteriormente se regulan dos tipos: el divorcio voluntario y el necesario. El divorcio voluntario a su vez se divide en administrativo y judicial.

Se ha criticado el divorcio administrativo, diciendo que el matrimonio queda al arbitrio de los cónyuges o a su capricho, quienes escogen el camino más fácil que es la ruptura del vínculo, pero Flores Barroeta nos dice que: " el mal no radica en el divorcio mismo, sino en el complejo en que se sustentan las relaciones familiares y conyugales, a cuyo respecto el divorcio no es una causa, sino un efecto. Ahora bien, - -

dado el mal, no cabe ahogarlo en forma que puede ser más dañosa, mediante la supresión del divorcio y en este sentido - el divorcio voluntario, es, tal vez el mejor medio de disolución del matrimonio". (6)

Así el divorcio voluntario es la forma legal que oculta - causas de divorcio verdaderamente existentes, y cuya exposición ante los tribunales, haría más daño a la familia, y a la sociedad entera, que al dejar al arbitrio de los cónyuges la disolución del vínculo, aún a riesgo de que el referido mutuo consentimiento se convierta en ocasiones en capricho.

El mismo Código Civil en su exposición de motivos, página 17 explica; "El divorcio en este caso (divorcio administrativo) 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 en que hay interés social en que los matrimonios no se disuelven 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."

(6) .- FLORES BARROETA B., opus cit. pág. 394.

Así, el Artículo 272 del Código Civil, ordena: "Cuando ambos consortes convengan en divorciarse y sean mayores de edad, no tengan hijos y de común acuerdo hubieran liquidado la sociedad conyugal, si bajo ese régimen se casaron, se presentarán personalmente ante el Oficial del Registro Civil del lugar de su domicilio, comprobarán con las copias certificadas respectivas que son casados y mayores de edad y manifestarán de una manera terminante y explícita su voluntad de divorciarse.

El Oficial del Registro Civil, previa identificación de los consortes, levantará un acta en que hará constar la solitud de divorcio y citará a los cónyuges para que se presenten a ratificarla a los quince días. Si los consortes hacen la ratificación, al Oficial del Registro Civil los declara divorciados, levantando el acto respectivo y haciendo las anotaciones correspondientes en la del matrimonio anterior.

El divorcio así obtenido no surtirá efectos legales si se comprueba que los cónyuges tienen hijos, son menores de edad y no han liquidado su sociedad conyugal, y entonces aquéllos sufrirán las penas que establezca el Código de la materia.

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

No en toda la Federación existe este tipo de divorcio pues no lo admiten: Durango, Estado de México, Oaxaca, Tamaulipas,

Tlaxcala, Morelos y Sonora, existiendo en todas las defas -- legislaciones de los Estados de la República.

Por último en lo que respecta al divorcio administrativo -- es conveniente agregar un último requisito que marca la Ley -- en el artículo 274 del Código Civil que dice: "El divorcio -- por mutuo consentimiento no pueda pedirse sino pasado un -- año de la celebración del matrimonio".

El divorcio voluntario judicial es resultado del último -- párrafo del ya citado artículo 272 que dice: " ... Los con -- sortos que no se encuentren en el caso previsto en los an -- teriores párrafos de este artículo, pueden divorciarse por -- mutuo consentimiento, ocurriendo al Juez competente en los -- términos que ordena el Código de Procedimientos Civiles ". -- En este tipo de divorcio se decreta por sentencia, dictada -- por el Juez de lo Familiar, la cual disolverá el vínculo -- matrimonial y la sociedad conyugal, en caso de existir.

Los requisitos para que los consortes acudan a este tipo -- de divorcio voluntario judicial son: como ya dijimos los que no se hayan en el artículo 272, esto es; ser menor de edad, -- que existan hijos en el matrimonio, o que éste se haya cele -- brado bajo el régimen de sociedad conyugal sin haberse liqui -- dado.

El procedimiento comprende dos juntas que están regula -- das por los artículos 675 y 676 del Código de Procedimientos -- Civiles, que dicen, artículo 675: "Hecha la solicitud citará

el tribunal a los cónyuges y al representante del Ministerio Público a una junta, que se efectuará, después de los ocho y antes de los quince días siguientes y si asistieren los interesados los exhortará para procurar su reconciliación. Si no logra avenirlos, aprobará provisionalmente, oyendo al representante del Ministerio Público, los puntos del convenio relativos a la situación de los hijos menores e incapacitados y de la mujer y a los alimentos de aquéllos y de los que un cónyuge debe dar a otro mientras dura el procedimiento, dictando las medidas necesarias del aseguramiento, artículo 676: "Si insistieren los cónyuges en su propósito de divorciarse, citará el tribunal a una segunda junta que se efectuará después de los ocho y antes de los quince días de solicitada; y en ella volverá a exhortar a aquéllos con el propio fin que en el anterior. Si tampoco se lograre la reconciliación y en el convenio quedaran bien garantizados los derechos de los hijos menores o incapacitados, el tribunal, oyendo al paracer del representante del Ministerio Público sobre este punto dictará sentencia en que quedará disuelto el vínculo matrimonial y decidirá sobre el convenio presentado.

Aparte de estas juntas la Ley dispone en el artículo 273 del Código Civil que se debe presentar un convenio en el que se deben de fijar los siguientes puntos.

I.- Designación de persona a quien sean confiados los --

hijos del matrimonio, tanto durante el procedimiento como, - después de ejecutoriado el divorcio;

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

III.- La casa que servirá de habitación a la mujer duran - te el procedimiento;

IV.- La cantidad que a título de alimentos un cónyuge de - be pagar al otro durante el procedimiento, la forma de hacer el pago y la garantía que debe darse para asegurarlo;

V.- La manera de administrar los bienes de la sociedad -- conyugal durante el procedimiento y la de liquidar dicha so - ciedad después de ejecutoriada el divorcio, así como la desig - nación de liquidadores. A ese efecto se acompañará un inven - tario y avalúo de todos los bienes muebles e inmuebles de la - sociedad.

Este Artículo se complementa con el artículo 275 que di - ce: "Mientras que se decreta el divorcio, el juez autoriza -- rá la separación de los cónyuges de una manera provisional y dictará las medidas necesarias para asegurar la subsistencia - de los hijos, a quien hay obligación de dar alimentos". -

Y por último el artículo 276 ordena que: "Los cónyuges --- que hayan solicitado el divorcio por mutuo consentimiento, -- podrán reunirse de común acuerdo en cualquier tiempo, con tal - de que el divorcio no hubiere sido decretado. No podrán vol--

ver a solicitar el divorcio por mutuo consentimiento sino pasado un año desde su reconciliación".

El divorcio necesario.- Flores Barroeta (7) define el divorcio necesario, como aquel que se reclama por uno de los cónyuges, en contra de otro, por existir e invocándose, una de las causas establecidas por la Ley.

Rojina Villegas (8) por su parte dice lo siguiente acerca de este tipo de divorcio: "Dentro de este sistema de divorcio, podemos considerar dos tipos, que son: divorcio sanción y divorcio remedio. El divorcio sanción se encuentra previsto por aquellas causales que señalan un acto ilícito o bien un acto en contra de la naturaleza misma del matrimonio. El Divorcio Remedio se instituye como una protección en favor del cónyuge sano o de los hijos, contra enfermedades crónicas e incurables, y sean además contagiosas o hereditarias".

Así el artículo 267 del Código Civil marca cuáles son las causas que pueden invocarse en un divorcio necesario y que son:

1.- EL adulterio debidamente probado de uno de los cónyuges;

2.- El hecho de que la mujer dé a luz, durante el matrimonio un hijo concebido antes de celebrarse ese contrato, y -

(7) FLORES BARROETA B.- opus. cit. pág. 385.

(8) ROJINA VILLEGAS.- Opus. cit. pág. 351.

que judicialmente sea declarado ilegítimo;

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

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

5.- 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.

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

7.- Padecer enajenación mental incurable;

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

9.- 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;

10.- La declaración de ausencia legalmente hecha, o la presunción de muerte, en los casos de excepción en que no se

que judicialmente sea declarado ilegítimo;

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

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

5.- 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.

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

7.- Padecer énjajenación mental incurable;

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

9.- 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;

10.- La declaración de ausencia legalmente hecha, o la presunción de muerte, en los casos de excepción en que no se

necesite para que se haga que proceda la declaración de ausencia;

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

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

13.- 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 conceden los artículos 165 y 166;

14. 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;

15.- Los hábitos de juego o de embriaguez o el uso indebidamente persistente de drogas enervantes, cuando amenazan causar la ruina de la familia o constituyen un continuo motivo de desavenencia conyugal;

16.- 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.

Además el artículo 268 cita otra causa que resulta; "Cuando un cónyuge haya pedido el divorcio o la nulidad del matrimonio por causa que no haya justificado o que haya resulta -

do insuficiente, el demandado tiene a su vez el derecho de pedir el divorcio, pero no podrá hacerlo sino pasados 3 meses de la notificación de la última sentencia. Durante estos 3 meses, los cónyuges no están obligados a vivir juntos".

Es importante hacer notar que el Código Civil en el artículo 277 regula un tipo de divorcio no vincular ó separación o sea que no existe la obligación de cohabitar pero sí todas las demás obligaciones y derechos, dice el artículo: "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".

Las causales VI y VII se refieren, la primera, a cuando uno de los cónyuges padezca sífilis, tuberculosis o cualquier otra enfermedad crónica o incurable, que sea además, contagiosa o hereditaria y la impotencia incurable que sobrevenga después de celebrado el matrimonio. La otra causal es padecer inajenación mental incurable.

c.) LAS CAUSALES. Flores Barroeta (9), divide las causas en causas necesidad y causas sanción. Y Rojina Villegas (10) tomando en cuenta la división que hace del divor --

(9) FLORES BARROETA B. opus. cit. pág. 385.

(10) ROJINA VILLEGAS R. opus. cit. pág. 367.

cio necesario, ya mencionado anteriormente, las divide en:

- 1.- Las que implican delito;
- 2.- Las que constituyen hechos inmorales;
- 3.- Las contrarias al estado matrimonial o que impliquen el incumplimiento de obligaciones conyugales;
- 4.- Determinados vicios y ,
- 5.- Ciertas enfermedades.

Las causas necesidad son aquellas establecidas por la Ley, en razón de considerarse inadecuada la vida en común para los fines del matrimonio y las causas sanción son penas impuestas a uno de los cónyuges por violación a los deberes, que los mismos fines del matrimonio imponen.

Es conveniente hacer un análisis de las causales ya transcritas anteriormente y que se encuentran en el artículo 267 -- del Código Civil, para aplicar las clasificaciones que hacen Flores Barroeta y por su parte Rojina Villegas.

La primera causal que se encuentra en la fracción I del ya citado artículo 267 en la que se refiere al adulterio debidamente comprobado de uno de los cónyuges. Esta causal que como todas requiere ser probada, es aparte de una de las que -- implican delito según Rojina Villegas, es también una de las que violan los deberes que impone el matrimonio y sus fines, en este caso el de fidelidad.

El hecho de que la mujer dé a luz, durante el matrimonio, -- un hijo concebido antes de celebrarse ese contrato, que judi -

cialmente, sea declarado ilegítimo, es la segunda causal, esta es además de un grave hecho inmoral que constituye una injuria y aprovechamiento de la buena fe del otro cónyuge, por lo que es una causa sanción.

La propuesta del marido para prostituir a su mujer, no sólo cuando el mismo marido la haya hecho directamente, sino cuando se pruebe que ha recibido dinero o cualquiera remuneración con el objeto expreso de permitir que otro tenga relaciones carnales con su mujer. Tercera causal, esto es un hecho ilegal y punible, desde luego sancionado por ser profundamente inmoral.

La incitación a la violencia hecha por un cónyuge al otro, para cometer algún delito, aunque no sea de incontinencia carnal. Esta cuarta causal es causa sanción, que surge de un hecho ilícito y punible penalmente.

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. Causa sanción, derivada de hechos ilícitos e inmorales de cualquiera de los cónyuges.

Padecer sífilis, tuberculosis o cualquiera otra enfermedad crónica e incurable que sea, además, contagiosa o hereditaria, y la impotencia incurable que sobrevenga después de celebrado el matrimonio. Esta es propiamente una causa de necesidad, debido que motivan la imposibilidad o peligrosidad de la vida en común que impide la realización de los

fines propios del matrimonio. También se puede decir que es -- una causa eugenésica, que trata de que la descendencia sea sana y sin taras.

Padecer enajenación mental incurable. Causa necesidad, pues la situación de incapacidad en que se encuentra el cónyuge hace imposible el cumplimiento de los fines matrimoniales.

La separación de la casa conyugal por más de seis meses sin causa justificada. Es causa sanción por la violación de la -- obligación de cohabitación que surge del matrimonio.

La separación del hogar conyugal 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. Causa necesidad, debido a que pasados los primeros seis -- meses si no se ejerció la acción, ésta caduca, y en los otros seis se puede considerar como atarando, que provoca que sea -- imposible cumplir con los fines del matrimonio.

La declaración de ausencia legalmente hecha, o la de presunción de muerte, en los casos de excepción en que no se necesita para que se haga, que proceda declaración de ausencia. -- La ausencia hace imposible la realización de los fines matrimoniales por lo que resulta una causa necesidad.

La sevicia, las amenazas, o las injurias graves de un cónyuge para el otro. Causa sanción, debida a la falta del ambiente propicio para que se pueda convivir en matrimonio. Por sevicia se comprende toda clase de malos tratos físicos y morales, ---

como amenaza se entiende las coacciones de toda especie de causar daño al cónyuge, por injuria deben entenderse no sólo las proferidas de palabra, sino las realizadas moralmente.

La negativa de los cónyuges de darse alimentos, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 164, siempre que no puedan hacerse efectivos los derechos que les concede los Artículos 165 y 166. Causa sanción debido a que se impide la realización del fin matrimonial de la ayuda mutua.

La acusación calumniosa hecha por un cónyuge al otro por delito que merezca pena mayor de dos años de prisión. Causa sanción la que debe probarse que el cónyuge no cometió el delito o que no existió tal, pues si es cierto el delito no se puede dar esta causal.

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. Causa necesidad puesto que el cónyuge inocente no tiene por qué compartir esa culpabilidad.

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. Causa sanción que se debe al rompimiento de la armonía conyugal necesaria para realizar los fines del matrimonio y que provocan un relajamiento moral de la familia.

Cometer un cónyuge contra la persona o los bienes del otro un acto que sería punible si se tratará de persona extraña siempre

que tal acto tenga señalada en la Ley, una pena que pase de un año de prisión. La actividad delictiva y la realización del hecho ilícito provoca que se haga imposible la vida en común. Por lo tanto es una causa sanción.

Después de haber visto y analizado las distintas causas de divorcio notamos que las que se refieren a los fines naturales del matrimonio, la preservación de la especie y la ayuda mutua, se encuentran; la Fracción VI como una causa eugénica, por lo que respecta a las enfermedades hereditarias; y como incumplimiento a uno de los efectos del matrimonio que es la relación sexual, debido a la impotencia incurable. Y la fracción XII, cuando uno de los cónyuges se niega al auxilio y ayuda que le debe al otro derivado del fin del mutuo auxilio.

Esta última causal satisface completamente con su sanción correspondiente la violación al fin del mutuo auxilio. Pero no encontramos en la Ley ninguna sanción a la violación del otro fin no menos importante la procreación de la especie, puesto que la Fracción VI sólo menciona como ya dije causas eugénicas por las cuales se puede disolver el matrimonio o una impotencia incurable que haga imposible la relación sexual. Así en este silencio de la Ley en que no se previno que uno de los cónyuges pudiera por medios artificiales evitar la fecundación y como consecuencia los hijos, sin un motivo médico o económico y sin el consentimiento del otro

cónyuge, queda sin sanción este hecho que además de presentar en carácter profundamente inmoral, en caso de no existir razones que lo justifiquen, atacan la formación de la familia y por lo tanto a la sociedad.

Como más adelante explicaré es necesario la adición de una nueva causal a las ya existentes debido a la laguna que existe en la Ley en este aspecto y que se ajuste a la definición de causales que se hace en la doctrina, quedando como una -- causa sanción o sea de las que impiden o atacan los fines -- matrimoniales y que podía quedar definida en la Ley como: -- "El uso de anticonceptivos, sin justa causa, o sin el consentimiento del cónyuge, si éstas no existen".

d.-) LOS EFECTOS DEL DIVORCIO.- En los efectos del divorcio podemos distinguir los que se producen durante el juicio o procedimiento de divorcio ya sea voluntario o necesario y los que se producen una vez que ha sido ejecutoriada la sentencia o la declaración del divorcio.

El principal efecto del divorcio es la disolución del vínculo del matrimonio que hace cesar los efectos del matrimonio para el futuro. Los producidos hasta la declaración del divorcio subsisten plenamente.

Los demás efectos del divorcio podemos dividirlos en cuanto a los cónyuges, los hijos, los bienes.

EN CUANTO A LOS CÓNYUGES.- Como mencionamos anteriormente -- existen o se producen efectos durante el procedimiento de

divorcio que podríamos llamar provisionales y los que se producen una vez pronunciada o declarada la sentencia de divorcio, que podemos darle el nombre de definitivos.

Como primer efecto provisional, encontramos el depósito de la mujer por el Juez en lugar seguro para ella, aún antes de presentar la demanda de divorcio en casos urgentes.

El artículo 282 del código civil, regula una serie de medidas y efectos que se producen durante el juicio, dice así: "Al admitirse la demanda de divorcio o antes, si hubiera urgencia, se dictarán provisionalmente y sólo mientras dure el juicio, las disposiciones siguientes: I.- Separar a los cónyuges en todo caso; II.- Depositar en casa de persona de buenas costumbres a la mujer, si se dice que ésta ha dado causa al divorcio y el marido pidiere el depósito. La casa que para esto 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; III.- Señalar y asegurar los alimentos que debe dar el deudor alimentario al cónyuge acreedor y a los hijos; IV.- Dictar las medidas convenientes para que el marido no cause perjuicio en sus bienes a la mujer; V.- Dictar en su caso, las medidas precautorias que la ley establece respecto de la mujer que quede encinta; VI.- Poner a los hijos al cuidado de la persona que de común acuerdo hubieren designado los cónyuges, pudiendo ser uno de estos. En defecto de ese acuerdo, el cón -

yuge que pida el divorcio propondrá la persona en cuyo poder deben quedar provisionalmente los hijos. El Juez, previo el procedimiento que fije el código respectivo, resolverá lo conveniente".

En los efectos definitivos o sean aquellos que surgen -- después de que causó ejecutoria la sentencia, el principal es la capacidad para celebrar nuevo matrimonio con las limitaciones que marca la ley, y el segundo efecto es el que -- en ciertos casos el cónyuge culpable deberá pagar al inocente alimentos.

Respecto a la capacidad para contraer nuevo matrimonio -- el código civil impone ciertas restricciones, unas como sanciones y otras como medidas precautorias para definir la paternidad en caso de que nazca algún hijo durante los 300-días siguientes al divorcio y que se empiezan a contar a -- partir de la separación judicial que se decreta al presentarse la demanda de divorcio.

Las restricciones sanción son aquéllas en las que se marca un lapso de tiempo, un año en el divorcio voluntario y -- dos años para el cónyuge culpable en el divorcio necesario, para que puedan contraer un nuevo matrimonio, esto es debido a que se le quiera dar una mayor seriedad a la decisión de contraer matrimonio y al matrimonio mismo, obligando a -- los divorciados a reflexionar en caso de que deseen volver a casarse.

EFFECTOS DEL DIVORCIO CON RESPECTO DE LOS HIJOS: Estos --- efectos los podemos dividir en tres clases; 1a.- Los relativos a la legitimidad o ilegitimidad del hijo de la mujer divorciada. 2a.- En cuanto a la patria potestad, y 3a.- Los relativos a los alimentos de los hijos.

Rojina Villegas hace un analisis de estos efectos (11) -- en la forma siguiente; 1o.- Para declarar legitimo o ilegítimo el hijo de la mujer divorciada, hay que distinguir tres momentos:

a.-) Si nació dentro de los 300 días siguientes a la separación judicial de los cónyuges, en cuyo caso es legitimo, - puesto que aun subsiste el matrimonio y nació dentro de éste. Pero el marido puede impugnarla, comprobando que fue -- imposible que tuviera relación sexual con su esposa dentro - de los primeros ciento veinte días de los trescientos anteriores al nacimiento.

b.-) Si naciere después de los trescientos días siguientes a la separación, pero antes de que transcurran 300 días de la sentencia de divorcio. En este caso se presume que es hijo legitimo, porque como aún no ha causado ejecutoria la - sentencia de divorcio aún subsiste el matrimonio. Pero como lo establece el artículo 372 del código civil; "El marido podrá desconocer al hijo nacido después de 300 días contados - desde que judicialmente y de hecho tuvo lugar la separación-

(11).-- ROJINA VILLEGAS R., opus cit. pág. 409.

provisional prescrita para los casos de divorcio y nulidad, - pero la mujer, el hijo o el tutor de éste, pueden sostener -- que el marido es el padre". Por lo cual se diferencia del primer caso en que el hijo ya lleva la presunción de legitimidad de pleno derecho y en el segundo ya no existe esa presunción, por lo que si en el primer caso el marido tiene que rendir pruebas plenas que demuestren la imposibilidad física de haber engendrado el hijo para que se declare ilegítimo. En el segundo caso no solo el marido tiene que probar que es imposible que el hijo sea suyo, sino que la mujer tiene que probar que sí lo es.

c.-) Si el hijo naciere después de los 300 días de que cause ejecutoria la sentencia, es hijo ilegítimo.

EFFECTOS EN CUANTO A LA PATRIA POTESTAD.- El principal efecto es la pérdida de ésta por el cónyuge culpable, quedando únicamente con esta potestad el cónyuge inocente.

Esta pérdida puede ser definitiva, mientras viva el otro cónyuge, o hasta que sane el cónyuge enfermo. La ley regula estas situaciones que pueden darse en el artículo 283 del Código Civil, que dice en sus fracciones, lo siguiente:

I.- Cuando la causa de divorcio estuviere comprendida en las fracciones I, II, III, IV, V, VIII, IX y XV del artículo 267, los hijos quedarán bajo la patria potestad del cónyuge no culpable. Si los dos fueren culpables quedarán bajo la patria potestad del ascendiente que corresponda, y si no lo -

hubiere se nombrará tutor.

II.- Cuando la causa de divorcio estuviera comprendida en las fracciones IX, X, XI, XII, y XVI del artículo 267 los hijos quedarán bajo la patria potestad del cónyuge inocente, pero a la muerte de éste el cónyuge culpable recuperará la patria potestad. Si los dos cónyuges fueren culpables les suspenderá en el ejercicio de la patria potestad hasta la muerte de uno de ellos, recobrándola el otro al acaecer ésta. Entre tanto los hijos quedarán bajo la patria potestad del ascendiente que correspondía, y si no hay quien la ejerza, se les nombrará tutor.

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

De todas suertes, el padre y la madre, aunque pierdan la patria potestad quedan sujetos a todas las obligaciones que tienen para con sus hijos. Artículo 285 del Código Civil.

EFFECTOS RELATIVOS A LOS ALIMENTOS DE LOS HIJOS.- El artículo 287 del Código Civil, previene y regula lo relativo a los alimentos de los hijos una vez divorciados los padres. Dice el citado artículo: "Ejecutoriado el Divorcio, se procederá desde luego a la división de los bienes comunes y se tomarán las precauciones necesarias para asegurar las obligaciones que queden pendientes entre los cónyuges o con re -

lación a los hijos. Los consortes divorciados tendrán obligación de contribuir en proporción a sus bienes, a la subsistencia y educación de los hijos varones hasta que lleguen a la mayoría de edad, y de las hijas, aún que sean mayores de edad, hasta que contraigan matrimonio, siempre que vivan -- honestamente.

Notamos que no se impone exclusivamente al cónyuge culpable la obligación de dar alimentos a los hijos sino que los dos cónyuges deben contribuir en proporción de sus bienes, - al cumplimiento de este deber jurídico.

EFFECTOS DEL DIVORCIO EN CUANTO A LOS BIENES DE LOS CONYUGES.- Los efectos son: 1o.- Disolución de la sociedad conyugal; 2o.- Devolución de las donaciones; 3o.- Indemnización de los daños y perjuicios que el cónyuge culpable cause al - inocente por virtud del divorcio.

El artículo 197 del código civil, dispone en su primera - parte: "La sociedad conyugal termina por la disolución del - matrimonio ... ", debido a que una vez disuelto el matrimo - nio ya no es posible que siga subsistiendo la sociedad conyu - gal.

El Código Civil marca los caminos para su disolución, en - el artículo 203 dice: "Disuelta la sociedad se procederá a - formar inventario, en el cual no se incluíra el lecho, los - vestidos ordinarios y los objetos de uso personal de los con - sortes, que serán de éstos o de sus herederos". Y el artícu -

lo 204 dice: "Terminado el inventario se pagarán los créditos que hubiere contra el fondo social, se devolvera a cada cónyuge lo que llevó al matrimonio, y el sobrante si lo hubiere, se dividirá entre los dos consortes en la forma convenida. En caso de que hubiere pérdidas, el importe de éstas se deducirá del haber de cada consorte en proporción a las utilidades que debían corresponderle, y si uno solo llevó capital, de éste se deducirá la pérdida total".

El segundo efecto del divorcio en cuanto a los bienes, es la devolución de las donaciones. Al respecto el artículo 286 dice: "El cónyuge que diere causa al divorcio perderá todo lo que se le hubiere dado o prometido por su consorte o por otra persona en consideración a éste; el cónyuge inocente conservará lo recibido y podrá reclamar lo pactado en su provecho".

Así vemos que por el divorcio se convierte en irrevocable la donación hecha por el cónyuge culpable, pero el cónyuge inocente puede revocarla posteriormente.

La obligación de indemnizar al cónyuge inocente, es el tercer efecto del divorcio en los bienes de los cónyuges. El artículo 288 del código civil, al respecto dicen en su tercer párrafo: "... 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 ...".

Por lo cual el divorcio no solo comprende los daños patrimoniales es decir, las mermas en el patrimonio, o la privación de las ganancias lícitas, sino además los daños morales, Respecto a esto dice Rojina Villegas (12): "El daño moral --- implica una lesión a los valores espirituales o estéticos de la persona, en sus afectos, en su honor, en su prestigio, de tal manera que aun cuando exclusivamente el daño lesione un valor de tipo espiritual, si nace de un hecho ilícito, y --- además hubo daño patrimonial, el culpable deberá repararlo".

En la práctica es casi nula esta disposición.

(12) ROJINA VILLEGAS R. opus. cit. pág. 421.

C A P I T U L O I V

EL USO DE ANTICONCEPTIVOS SIN CAUSA
JUSTIFICADA Y SIN EL CONSENTIMIENTO
DEL CONYUGE, COMO UNA NUEVA CAUSAL
DE DIVORCIO.

- a.) Necesidad jurídica.
- b.) El problema ético.
- c.) El problema social.

a) NECESIDAD JURIDICA.- Como mencionábamos anteriormente en el capítulo I y capítulo III de este trabajo, no existe en nuestra ley ninguna sanción o regulación al hecho de que durante el matrimonio uno de los cónyuges se niegue sin causa justificada, a tratar de satisfacer el fin primordial del matrimonio, el de la procreación.

Esta laguna en nuestra ley, es posiblemente debida a que al redactarse el actual Código Civil para el Distrito y Territorios Federales, era difícil pensar que hubiera medios eficientes y al alcance del público, para evitar la natalidad y que en todo caso fueran usados en el matrimonio.

Con el transcurso del tiempo se ha producido un adelanto en las ciencias y un cambio en la moral y las costumbres en nuestra sociedad y debido a eso, han surgido nuevos problemas y situaciones injustas que lesionan la dignidad o el patrimonio de las personas que se hallen en esos casos.

Uno de los adelantos científicos mencionados es un medio eficaz de evitar la natalidad y al alcance de todos a los que pueda interesarle. Este descubrimiento que puede ser una gran ayuda para la humanidad, para contener la explosión demográfica, en ciertos casos y sobre todo en el matrimonio, si queda al arbitrio de sólo uno de los cónyuges el hecho de planear la descendencia, puede ser injusto e inmoral.

Así, al no haber sido regulado este hecho en nuestro actual Código Civil, se crea una laguna en la ley, en un caso en que

ni siquiera existe analogía con alguna otra disposición del Código, que hable sobre la facultad de llevar un control de la natalidad.

Nuestro Código Civil reconoce como un fin primordial del matrimonio el de la procreación, como se desprende del artículo 147, que así dice: "Cualquier condición contraria a la perpetuación de la especie o a la ayuda mutua que se deben los cónyuges, se tendrá por no puesta". O sea que en el momento de celebrarse el matrimonio, no deben existir impedimentos para los fines de la procreación y la ayuda mutua. Pero ya realizado el matrimonio, sólo existe sanción como causal de divorcio, para la violación del fin de la ayuda mutua, en el artículo 267 fracción XII del Código Civil para el Distrito y Territorios Federales, que dice: "La negativa de los cónyuges de darse alimentos, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 164 del mismo Código...", que dispone lo siguiente: "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 de cuenta de la mujer y se cubrirán con bienes de ella".

Sobre la procreación, el Código Civil guarda silencio, pues sólo existe sanción en el aspecto eugenésico y se menciona en el artículo 267 fracción VI, como causal de divorcio, cuando uno de los cónyuges padezca de alguna enfermedad infecciosa hereditaria; pero esto no se relaciona con el hecho mismo de la procreación, como tampoco lo es la impotencia, que es la segunda parte de la fracción VI del artículo ya mencionado, ya que ésta sólo se refiere a la relación sexual en sí, pues no se toma en cuenta si puede o no haber fecundación. Así podemos notar la ausencia de legislación en el Código Civil acerca de reglamentar el fin de la procreación o de sancionar el ataque a este fin.

Es innegable la importancia que tiene el fin de la procreación en la formación de la familia, por lo que siendo la familia objeto de interés público sobre el cual debe de legislar el Estado, al ignorarse o no prevenirse un ataque a este fin importantísimo del matrimonio, se pone en peligro la familia y como consecuencia la sociedad misma.

Pero se nos presenta el problema, y por cierto muy grave, de si el Estado puede legislar en el sentido de limitar o reglamentar el número de hijos que pueda tener cada pareja o persona, sin que influyan en esto causas eugenésicas y sin que se violen elementales derechos naturales como lo es el de tener descendencia. Es injusto que lo haga, actualmente; pero en una situación desesperada, como lo puede llegar a

ser dentro de unos años, pueda llegar a ocurrir que se legisle en ese sentido para salvar a la mayoría aunque se pase sobre principios y derechos y el sacrificio de muchos. En vista del alto desarrollo demográfico, es posible que en unos años la población del planeta haga imposible la vida en éste y forzosamente el Estado y la sociedad tengan que hacer algo para poder contener el desarrollo. Y si el problema se afronta ya tarde tendrá que ser algo drástico y que implique el sacrificio de muchos para la salvación de los demás y la promulgación de leyes que puedan ser injustas y violatorias de los derechos humanos.

Por eso es importante prevenir y las leyes deben siempre de ver el futuro cercano, para que dentro de su término queden comprendidos el mayor número de situaciones, capaces de producir efectos jurídicos, y a la vez debe de haber una continua renovación de las leyes para que se acomoden a los tiempos actuales y no se conviertan en arcaicas y obsoletas al no prevenir muchas situaciones nuevas y dejar desamparados o con falta de precisión jurídica a los que se encuentran en esta situación de ignorancia de la ley.

El tema que nos ocupa está en esta situación. Creemos por ello que sería oportuno y necesario que se propusiera como una nueva causal de divorcio, "el uso de anticonceptivos, sin causa justa o sin el consentimiento del cónyuge", que vendría a ser el inicio indirecto de los medios legales de control de la

natalidad, ahora que todavía se puede hacer sin lesionar intereses y derechos naturales.

El control, en efecto, es un asunto de conciencia que debe ser resuelto por los esposos, pero desde luego sin violar los derechos de ninguno de ellos, pues deben intervenir las dos voluntades para decidir sobre su descendencia, y la ley únicamente debe tutelar este derecho de intervención de cada uno.

Es importante mencionar que siendo el matrimonio un arreglo entre dos voluntades, del marido y la esposa, sobre las cuales se va a desarrollar la vida conyugal y se va a formar la familia, son ellos, los cónyuges, los que le van a dar forma tomando en cuenta sus propios intereses y necesidades, siempre y cuando no vayan en contra de la ley y las buenas costumbres, y en el cual cada uno contrae obligaciones y derechos y trabaja para la consecución de los fines del matrimonio, en lo que sea propio de su sexo y capacidad. Así lo declara la ley en el artículo 162 del Código Civil: "Los cónyuges están obligados a contribuir cada uno por su parte, a los fines del matrimonio y a socorrerse mutuamente"

Tomando en cuenta que son dos voluntades las que forman un matrimonio, es justo pensar que ellos de común acuerdo pueden, usando de los medios científicos modernos, planear el número de hijos que deseen tener y el tiempo en que desean que nazcan, sin ser esto inmoral o ilegal, o aun el hecho de no tener hijos, siendo esto último aunque no ilegal, posiblemente inmoral, pero desde luego es un problema subjetivo.

Pero puede suceder que sólo uno de los cónyuges decida limitar o negar la descendencia aduciendo probables motivos justos, y lícitos como son los médico-biológicos, económicos y psicológicos o en último caso su sólo voluntad. En este caso el otro cónyuge es lesionado al atacarse en sus fines su matrimonio y queda desgraciadamente en desamparo jurídico, puesto que no existe en la legislación ninguna reglamentación al respecto.

Es de suma importancia que la procreación o no procreación sea decidida por ambos cónyuges, puesto que sería totalmente arbitrario e injusto que quede a la voluntad de uno de ellos. En todo caso debe ser una persona jurídicamente preparada como lo es un juez, quien oyendo a ambos cónyuges, aconseje en tan delicado asunto.

Pero cuando se ha demostrado que el cónyuge que ha evitado la descendencia, lo ha hecho tomando en cuenta únicamente sus deseos egoístas y dolosamente, y no quiere someterse a las razones del otro cónyuge, ¿es justo que el cónyuge lesionado esté en posibilidad, jurídica, de poder disolver el vínculo matrimonial al cual se ha atacado tan gravemente?. Nosotros pensamos que sí, y ello es el motivo de este trabajo, por lo cual modestamente proponemos que al no existir en nuestra legislación nada al respecto, se estudie la posibilidad de proponer una nueva causal de divorcio a las ya existentes y que puede ser: "El uso de anticonceptivos, sin causa justa y sin el consentimiento del cónyuge".

Creemos que al mismo tiempo debe agregarse al capítulo refe-

rente a los derechos y obligaciones que nacen del matrimonio, disposiciones que reglamenten el problema del control de la natalidad en el matrimonio, pues pueden existir causas justas, como lo son las médicas y las económicas, que hagan benéfico el uso de anticonceptivos para evitar la descendencia, en la inteligencia de que para evitar conflictos entre los cónyuges que puedan hacer peligrar la estabilidad del matrimonio, sería conveniente que fuera el Juez de lo Familiar correspondiente el que dirimiera la cuestión. Pues aunque un cónyuge desee tener muchos hijos, el otro cónyuge puede negarse aduciendo causas médicas o económicas y estar en justicia. Pero desde luego es necesario que sea un juez el que, escuchando ambas partes, resuelva en justicia, aconsejando a los cónyuges cuando no puedan ponerse de acuerdo.

Es interesante, en relación con nuestro problema, analizar brevemente lo relativo a la esterilización provocada voluntariamente, que aunque es semejante en los fines es diferente en el procedimiento, al tema de nuestro trabajo.

La esterilización provocada voluntariamente y sin el consentimiento del otro cónyuge, desde luego que agravia al matrimonio, al eliminar en una forma definitiva el fin primario del matrimonio de la procreación. Podemos decir de este procedimiento lo mismo que hemos dicho de los anticonceptivos usados por voluntad de sólo uno de los cónyuges, con la salvedad de que mientras el uso de anticonceptivos previene la concepción temporalmente, la esterilización es definitiva en lo que respecta a la imposibili-

dad de la concepción. Por lo que también podríamos proponer como una causal de divorcio, o con una sanción aparte, a este procedimiento de evitar la descendencia. Pero esto desde luego es motivo de estudio aparte y de otro trabajo en especial sobre este problema.

b.) EL PROBLEMA ETICO.- Tomando como base las palabras de García Maynez (1) podemos decir que: La equidad debe ser considerada como principio general de Derecho, ya que sirve de base a todos los otros". En el mismo estudio, y ampliando más el tema cita a Giuseppe Magiore (2) que dice: "La equidad no es una fuente, sino la fuente del derecho por excelencia y por tanto sería innecesario que el legislador la enumerara entre ellas para que desplegase en la vida concreta del derecho todo su valor; sería siempre fuente de éste aun cuando jamás se le mencionara".

Esto nos sirve de punto de partida para exponer por qué creemos que es justo y de derecho natural, el que todo hombre y mujer sanos puedan aspirar a formar una familia y como consecuencia el tener descendencia, principio y derecho fundamental de toda pareja humana, y aun más el de poder planear y regular su fecundidad para tener su descendencia en el momento más adecuado para su correcta procreación, sirviéndose de los adelantos científicos modernos de controlar la concepción.

Como lo analizamos en el capítulo I de este trabajo, desde

(1).- GARCIA MAYNEZ E.- Introducción al estudio del Derecho.- Editorial Porrúa.- México 1955.- pág. 377.

(2).- Opus cit.- pág. 375.

los primeros tiempos de la humanidad, y como producto del instinto de conservación que va más allá de la vida del propio individuo pues procura también la superación y trascendencia de su especie, sirviéndose de la facultad reproductura y del instinto sexual, el hombre desea tener descendencia y cuida a sus vástagos instintivamente. Al desarrollarse las distintas comunidades humanas, apareció el matrimonio como el mejor medio para crear una familia, o sea el tener hijos y poder cuidarlos apropiadamente, a la vez que tener una compañera o compañero permanente que pueda servir de ayuda y estímulo. Esto siempre fue reconocido como un derecho innato a todos los hombres, pues aun en los tiempos de la esclavitud, los esclavos podían llegar a formar una familia o tener descendencia, puesto que por encima de las leyes y de las costumbres de las distintas sociedades que pueblan la tierra, existe en el hombre un sentimiento muchas veces inconsciente de preservar la especie humana.

Así notamos que el matrimonio ha sido ordenado por su propia naturaleza a la procreación y educación de la prole, y los hijos son sin duda el dón más excelente del matrimonio y contribuyen sobremanera al bien de los propios padres.

Este derecho ha llegado a nuestro tiempo plenamente reconocido y así se encuentra en la Declaración Universal de Derechos Humanos, aprobada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948. En el artículo 16

de dicha proclama se habla del derecho que nos ocupa, Así dice:
"1.- Los hombres y las mujeres a partir de la edad núbil, tienen dercho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia; y disfrutará de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio.

2.- Sólo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse matrimonio.

3.- La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y del Estado".

Por lo tanto, podemos considerar como un hecho universalmente aceptado el derecho que tiene todo hombre a tener una familia y como consecuencia, descendencia. Quizá limitado este derecho por motivos eugenésicos, al no legalizar el matrimonio de cónyuges enfermos, o que alguno padezca alguna enfermedad contagiosa o hereditaria.

En los tiempos actuales se ha presentado un problema que es de suma gravedad y que en un futuro no muy lejano puede llegar a ser de carácter dramático. Es la explosión demográfica o sea el crecimiento desmedido de la población humana en el mundo, que trae como consecuencia la aparición del hambre, la pobreza, la ignorancia y la enfermedad en gran parte de la población del mundo. En nuestro país es donde se puede presentar más gravemente este problema, puesto que la tasa de nacimientos es de las más altas del mundo.

Pero dado el creciente sentido de responsabilidad del hombre moderno, ha llegado el momento de someter a su razón y a su voluntad, más que a los ritmos biológicos de su organismo, la tarea de regular la natalidad. Porque es prerrogativa de la inteligencia humana dominar las energías de la naturaleza irracional y orientarlas hacia un fin, en conformidad con el bien del hombre.

Por lo tanto, pueden los matrimonios actuales prevenir el número de hijos que desean tener para así alimentarlos y educarlos adecuadamente, o sea que están regulando su derecho a tener hijos. Porque actualmente y con el adelanto cultural alcanzado por nuestra sociedad, el matrimonio no es un simple medio de los fines ciegos de la naturaleza, ni aun como naturaleza proveedora; tampoco es, ni con mucho, un refugio social del instinto sexual, sino una institución verdaderamente humana, en la que se ligan dos voluntades para ayudarse y superarse en alcanzar fines propios y del matrimonio, así como su felicidad que puede ir más allá de los fines primarios de la naturaleza, sino a la satisfacción y engrandecimiento del espíritu.

Además con un consciente planeamiento familiar de cada matrimonio, se puede prevenir en cierta medida la explosión demográfica y poner un adecuado índice de natalidad en cada país, según sus necesidades. Esto desde el punto de vista individual y subjetivo de cada matrimonio, puesto que la intervención del Estado en este problema es muy difícil, ya que éste no puede

prohibirle a un matrimonio en especial, o en general a todos que tengan hijos, sin violar los importantísimos derechos naturales mencionados anteriormente.

Pero dejando a los cónyuges la decisión del número de hijos que deseen tener, como es natural y justo, puede, sin embargo, autorizarse la intervención del Estado cuando surja un conflicto entre los cónyuges acerca del uso de anticonceptivos. Pues puede suceder que un cónyuge decida suspender su fecundidad utilizando anticonceptivos, debido a que la carga de sus hijos ya es muy pesada, con un hogar superpoblado, donde el salario paterno apenas si alcanza a alimentar y menos a educar, y el nacimiento de un nuevo hijo vendría a abrumar y perjudicar a la familia, tanto a los padres como a los demás hijos, y el otro cónyuge se obstina en seguir teniendo hijos, a pesar del daño que les cause a los demás. Creemos que en este caso puede establecerse un sistema que permita al juez a quien se someta la cuestión intervenir para recomendar el uso de anticonceptivos, pero no en forma autoritaria sino recurriendo al convencimiento del cónyuge renuente y teniendo especial cuidado de no herir su dignidad ni su pudor.

Existe en el Código Civil para el Distrito y Territorios Federales, como antecedente de la intervención de un juez en los asuntos familiares, cuando se lo pidan en problemas que amenasen la tranquilidad familiar, en el artículo 167 que dice: "El marido y la mujer tendrán en el hogar autoridad y consideraciones iguales; por lo tanto, de común acuerdo arreglarán todo lo rela-

tivo a la educación y establecimiento de los hijos y a la administración de los bienes que a éstos pertenezcan.

En caso de que el marido y la mujer no estuvieren conformes sobre alguno de los puntos indicados, el Juez de lo Familiar correspondiente procurará avenirlos, y si no lo lograre, resolverá, sin solemnidad de juicio, pero oyendo a las partes y recibiendo sus pruebas, lo que fuere más conveniente a los intereses de los hijos!

Puede suceder también que uno de los cónyuges decida en un momento dado y sin una razón aparente, como lo podrían ser las económicas, usar de anticonceptivos sin el consentimiento y conocimiento del otro cónyuge, tomando únicamente en cuenta sus cálculos egoístas. Es evidente que en este caso se lesionaría moralmente al otro cónyuge al negarsele su participación en la decisión de tener o no hijos en determinado momento. El matrimonio mismo sería también lesionado en sus características y en sus fines, pues no hay que perder de vista que en el matrimonio, son las dos voluntades, la del esposo y la mujer, las que deciden sobre los problemas que se presentan en el transcurso de la vida cónyugal.

Este ataque al derecho del otro cónyuge, al respecto es sumamente grave, pues no sólo se lesiona su derecho como cónyuge, sino también como ser humano. Que como decía anteriormente es un derecho natural y propio de su condición humana.

Por lo cual pensamos que es de justicia otorgar al cónyuge

ofendido la posibilidad de promover legalmente la disolución de esa unión, tan gravemente atacada por el otro cónyuge.

Desgraciadamente en nuestras leyes, como ya lo dijimos, no se prevé ésta situación, de suyo tan importante, pues nada menos que afecta a algo que debe ser sagrado: el derecho a tener descendencia. Las personas que pueden hallarse en esta situación pueden ser muchas, si se toma en cuenta el cambio en las costumbres de las últimas fechas y la proliferación de anticonceptivos, ahora al alcance de cualquier persona.

Creemos que es justo y moral que se establezca una sanción para la persona que así ataca al matrimonio y como consecuencia a la sociedad misma, tocando al cónyuge ofendido la aplicación de la sanción, que obviamente no puede ser otra que la ruptura del vínculo o sea el divorcio. Y así lo reconocen instituciones de alto valor moral como lo es la Iglesia Católica, quien en voz de uno de sus representantes de más mérito, el Papa Pío XII, quien en una alocución dirigida a los obstetras el 29 de octubre de 1951 dice: "...Si ya en la celebración del matrimonio, al menos uno de los cónyuges hubiese tenido la intención de restringir, a los riesgos de la esterilidad el mismo derecho matrimonial y no sólo su uso de modo que en los otros días, el otro cónyuge no tendría siquiera el derecho a exigir el acto, esto implicaría un defecto esencial del consentimiento matrimonial, que llevaría consigo la invalidez del matrimonio mismo, porque el derecho que deriva del contrato matrimonial, es un derecho permanente,

da cada uno de los cónyuges con respecto al otro. Si en cambio, aquella limitación del acto a los días de esterilidad natural se refiera no al derecho mismo, sino sólo al uso del derecho, la validez del matrimonio queda fuera de discusión; sin embargo, la licitud moral de tal conducta de los cónyuges, habría que afirmarla o negarla, según que la intención de observar constantemente aquellos, estuviera basada o no sobre motivos morales suficientes y seguros". (3).

O sea que la Iglesia Católica, una de las instituciones que más se han opuesto al divorcio, admite que podría surgir la invalidez del matrimonio, cuando uno de los cónyuges al momento de celebrarse el matrimonio, tuviese la intención de, utilizando el método de los tiempos infecundos en la mujer, restringir su fecundidad, sin consultar con el otro cónyuge, o aún contra la voluntad de éste.

Nosotros no pensamos que lo anterior pudiera ser causa de invalidez del matrimonio, pues esto se presente cuando el matrimonio ya se ha celebrado y se han cumplido con los requisitos de ley. Pero sí es desde luego una falta gravísima que puede ser sancionada con el divorcio.

c.) EL PROBLEMA SOCIAL.-veremos ahora el aspecto sociológico del problema.

Pues bien, tomando en cuenta que la familia es el grupo inicial y generador de la Sociedad, a ésta le interesa todo lo que

(3).-MAGALLON IBARRA J. M.- El matrimonio; Sacramento, Contrato, Institución.- Edit. Tipográfica Mexicana.-1965.-pág. 121.

pueda relacionarse con los problemas que se presenten a esta Institución, así como la forma en que evoluciona. El Dr. Recasens Siches (4) expone la importancia que tiene la familia dentro del marco de la Sociedad, al decir: "...Es obvio que la familia constituye el caso por excelencia de formación o grupo social suscitado por la naturaleza, por los hechos de la generación y los subsiguientes a ésta. Ahora bien, el hecho de que la familia se origine primariamente en tal fenómeno natural no quiere decir de ninguna manera que la familia sea mero producto de la naturaleza. Por el contrario, hay que darse cuenta claramente que la familia constituye una institución creada y configurada por la cultura, (Religión, Moral, Costumbres y Derecho), para regular las conductas conectadas con la generación".

Podemos decir que además de ser la familia elemento generador de la sociedad, también influye y de una manera muy importante en los rumbos que va tomar la sociedad, puesto que, siguiendo el texto de Recasens (5): "...En la configuración y regulación moral, religiosa, social y jurídica de la familia intervienen consideraciones sobre la moralidad de los individuos, sobre los intereses materiales espirituales de los niños, y sobre la buena constitución y el buen funcionamiento de la sociedad. En una o en otra forma, en casi todas las culturas y civilizaciones, ha dominado la idea de que la sociedad será como sean las familias. Si las

(4).- RECASENS SICHES Luis.- Tratado General de Sociología.-5a. Edición.- Edit. Porrúa.- México 1963.- pág. 466.

(5).- Opus cit.- pág. 467.

familias están bien establecidas, bien ordenadas y funcionan bien, ellas serán la fuente de bienestar, grandeza y prosperidad sociales".

Ahora bien, si en determinado momento las familias dejan de producir nuevos miembros a la comunidad, esa sociedad tiende a desaparecer, puesto que si los miembros de la sociedad provienen de la familia y ésta deja de producir hijos, la familia y la sociedad se extinguirán.

Se presenta otro problema cuando por el exceso de miembros que proporcionan ininterrumpidamente las familias, la sociedad no puede abastecer a todos sus miembros y surgen problemas tan graves que pueden acabar con la misma sociedad, como lo son la pobreza, el desempleo, el hambre, las enfermedades y la guerra. Una solución a ambos problemas lo podría ser el control de la natalidad, que podría asegurar una estabilidad al desarrollo demográfico de la sociedad, el desarrollo equilibrado de ésta en especial, y en general el progreso en todos los órdenes.

Pero este control estatal de la natalidad, como lo decíamos anteriormente, no debe ser injusto y arbitrario, sino mediante la expedición de normas en tal forma meditadas y justipreciadas en sus inevitables y lógicas consecuencias, que aparte de tender a la aludida finalidad de saludable control de referencia, no hieran nunca en lo más mínimo, la dignidad de los esposos, ni menos violen los sacrosantos derechos que en la materia innatamente les corresponde.

A esa propuesta legislación se le debe dar una adecuada publicidad a fin de crear en la gente un sentido de responsabilidad sobre su función procreadora y su función como padres, o sea que los matrimonios procuren tener sólo el número de hijos suficientes para poder educarlos y alimentarlos convenientemente y no vayan a ser en el futuro una carga para la sociedad y causa de constantes problemas. Se debe, además, proporcionar orientación adecuada a la sociedad y ayuda a quienes los soliciten en los centros de salud respectivos, a fin de lograr una solución integral al problema.

CONCLUSIONES.

1.- El matrimonio ha sido y es el medio más idóneo para la formación de la familia, ya que su fin primordial es la procreación de la especie.

2.- Es también fin primordial del matrimonio la ayuda mutua, que lo mismo conduce a la superación espiritual y material de la familia, como al auxilio recíproco de sus integrantes.

3.- El incumplimiento de las obligaciones matrimoniales se sanciona con el divorcio. Pero de los indicados fines matrimoniales, o sean la procreación y la ayuda mutua, sólo con relación a esta última y hasta eso, en forma indirecta, el Código Civil sanciona su incumplimiento con el divorcio.

4.- En las legislaciones estudiadas en esta tesis (las de Francia, Alemania y de América Latina, así como la de México) no se encuentra ninguna sanción a la violación o incumplimiento voluntario del importante fin matrimonial de la procreación, debido quizá a que no se previó que pudiera ser un problema que se pudiera presentar en el matrimonio y que tal vez no hubiera medios seguros, al alcance de todos, de evitar la fecundidad. Mas como con el adelanto de la ciencia médica ya es posible, de una manera segura, evitar dicha fecundidad, resulta concluyente que este problema debe ser ya motivo de preocupación legislativa.

5.- Al respecto, creemos que la sanción a la infracción de este fin no puede ser otro que el divorcio, debiéndose tener como

cónyuge culpable al que llegue a atentar contra la procreación.

6.- Sería injusto, sin embargo, que se señalara como causa de divorcio el uso de anticonceptivos en los casos en que militaran razones suficientes y justas para evitar la natalidad, como lo podrían ser las médicas, las económicas y las psicológicas.

7.- Por ello mismo, resulta conveniente que en los casos de disensión conyugal sobre el uso de anticonceptivos, un Juez de lo Familiar intervenga al respecto. Estimamos que esta intervención debe ser sin forma de juicio y por ello sin imponer al juez su autoridad, sino recurriendo al convencimiento del cónyuge re-nuente y teniendo especial cuidado de no herir su dignidad ni su pudor.

8.- Por último y como un necesario corolario a todo lo anterior, estimamos que debe agregarse a las causales de divorcio una más, que sería ésta: "El uso de anticonceptivos sin causa justificada y sin el consentimiento del cónyuge".

Así se llenaría esta laguna existente actualmente en nuestra ley y se cumpliría con los fines de la misma y del matrimonio.

BIBLIOGRAFIA.

ALBA H. CARLOS:

Estudio comparado entre el Derecho Azteca y el Derecho Positivo mexicano.- Edit. Gráfica Panamericana S.de R.L.- México 1949.

BERNARDEZ CANTON A.:

Las causas canonicas de separación conyugal.- Edit. Tecnos.- Madrid 1961.

BONNECASE JULIEN:

Elementos de Derecho Civil.- Trad. J. M. Cajica.- Edit. Cajica.- Puebla 1945.

La filosofía del Código de Napoleón aplicada al Derecho de Familia.- Trad. J.M. Cajica.- Edit. Cajica.- Puebla 1945

ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA:

Edit. Bibliografica Argentina.- Buenos Aires.

ENCICLOPEDIA UNIVERSAL ILUSTRADA:

Edit. Espasa Calpe.

FERNANDEZ CLERIGO LUIS:

El Derecho de Familia en la legislación comparada.- Edit. U. T. E. H. A.- México 1947.

FLORIS BARROETA BENJAMIN:

Lecciones de primer curso de Derecho Civil.- Edición impresa, revisada 1964.

GARCIA MAYNEZ EDUARDO:

Introducción al estudio del Derecho.- Edit. Porrúa.- México 1965.

MAGALLON IBARRA J. M.:

El matrimonio; Sacramento, Contrato, Institución.- Edit.
Tipografica mexicana.- México 1965.

MARGADANT GUILLERMO FLORIS:

El Derecho Privado Romano.- Edit. Esfinge.- México 1960.

NUEVA ENCICLOPEDIA JURIDICA:

Edit. Francisco Seix.- Barcelona 1955.

RADERUCH G.:

Introducción a la Filosofía del Derecho.- Trad. Wenceslao
Roces.- Edit. Fondo de Cultura Económica.

RECASENS SICHES LUIS:

Tratado General de Sociología.- Edit. Porrúa.- México 1965.

ROJINA VILLEGAS R.:

Compendio de Derecho Civil.- Edit. Porrúa.- México 1964.

CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO Y TERRITORIOS FEDERALES DE 1884:
Edit. Herrero Hermanos Sucesores.- México 1922.

LEY SOBRE RELACIONES FAMILIARES:

Edit. Herrero Hermanos Sucesores.- México 1922.

CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO Y TERRITORIOS FEDERALES DE 1928:
Edit. Porrúa.- México 1971.

CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL DISTRITO Y TERRITORIOS
FEDERALES DE 1932:

Edit. Porrúa.- México 1972.