



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
ARAGON

NECESIDAD DE REFORMAR LA FRACCION XIII DEL
ARTICULO 267 DEL CODIGO CIVIL VIGENTE PARA
EL DISTRITO FEDERAL

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A

RICARDO MARTINEZ PEREZ

ENEP ARAGON SAN JUAN DE ARAGON, EDO. DE MEXICO MARZO DE 1993

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN



Universidad Nacional
Autónoma de México

UNAM



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis está protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

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

I N D I C E

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

CAPITULO I

GENERALIDADES DEL MATRIMONIO

A) Concepto de Matrimonio	4
B) Panorama Histórico	8
C) Naturaleza Jurídica	29

CAPITULO II

EL DIVORCIO Y SUS CAUSALES

A) Orígenes del Divorcio y sus Causales	
1.- Concepto	43
2.- Consideraciones Históricas:	
a) Roma	45
b) Francia	50
c) España	54
d) Legislación Mexicana	58
B) Marco Teórico del Divorcio en nuestra Legislación:	
1.- Concepto	77
2.- Clasificación Codificada:	
a) Voluntario	83
a.1.- Administrativo	88
a.2.- Judicial	91
b) Necesario o Contencioso	94

CAPITULO III

CAUSALES DE DIVORCIO EN EL CODIGO CIVIL VIGENTE

A) Concepto Doctrinal de Causal	95
B) Análisis de las Causales de Divorcio	99

CAPITULO IV

EFFECTOS, DEBERES-OBLIGACIONES Y FINES DEL MATRIMONIO; NECESIDAD DE REFORMAR LA FRACCIÓN XIII DEL ARTICULO 267 DEL CODIGO CIVIL VIGENTE PARA EL DISTRITO FEDERAL.

A) Efectos del Matrimonio:	
1.- En Relación a los Conyuges	129
2.- En Relación a los Hijos	129
3.- En Relación a los Bienes	132
B) Deberes-Obligaciones dentro del Matrimonio:	
1.- Vida en Comun	133
2.- Alimentos	135
3.- Relación Sexual	137
4.- Fidelidad	140
5.- Análisis de los Artículos 162 al 169 del Código Civil Vigente para el Distrito Federal	143
C) Fines del Matrimonio:	
1.- Ayuda Mutua	150
2.- Perpetuación de la Especie	152
D) Concepto Legal y Etimológico de las palabras: Acusar Calumnia y Prisión:	
1.- Etimología de la palabra Acusar	153
2.- Etimología de la palabra Calumnia	153
3.- Etimología de la palabra Prisión	153
4.- Concepto Legal de la palabra Acusar	154
5.- Concepto Legal de la palabra Calumnia	154
6.- Concepto Legal de la palabra Prisión	157
E) Consecuencias Juridico-Sociales de la Acusación Calumniosa:	
1.- Consecuencias Psicológicas	158
2.- Consecuencias Sociales	160
3.- Consecuencias Jurídicas	163
F) Necesidad de Reformar la Fracción XIII del Artículo 267 del Código Civil Vigente para el Distrito Federal	164
CONCLUSIONES	168
BIBLIOGRAFIA	170

INTRODUCCION

Por principio es necesario resaltar la importancia tan trascendental que tiene el tratar un tema extraído no sólo de libros y teorías especuladoras, sino de la propia realidad en la que vivimos, sin dejarnos cegar por prejuicios absurdos o pautas sociales mal entendidas y fuera de época, ante una situación de la cual es posible afirmar que además de ser evidente va en aumento, y las estadísticas lo comprueban, dado que la familia como célula de la misma ha venido degradándose hasta convertirse en un simple agrupamiento convencional de individuos que por casualidad o por necesidad viven dentro de un mismo núcleo y bajo un mismo techo.

Si tenemos que el origen primario de la familia lo constituye la figura jurídica del matrimonio, debemos considerar también que éste debe implicar una vinculación entre un hombre y una mujer como partes contratantes, con plena voluntad para realizarlo, libre de vicios y con la finalidad de lograr la felicidad, como menciona Rojia Villegas en su Compendio de Derecho Civil de "constituir una familia y realizar un estado de vida permanente entre los mismos," pero si durante ese llamado estado permanente los contratantes degeneran en sus funciones o en su misma persona, provocando implícitamente la degeneración de la situación matrimonial y por ende la familia misma provocando un ambiente inadecuado que nunca podrá considerarse cimiento de la sociedad. El matrimonio como acto jurídico se celebra para perdurar y sólo será disuelto por muerte de alguno de los conyuges. Sin embargo, es posible también la disolución en vida

de los consortes por dos causas, la nulidad o el divorcio. En la presente tesis se propone una reforma o modificación, a la causal contemplada en la fracción XIII del artículo 267 del Código Civil vigente en el Distrito Federal.

Así iniciaremos en el capítulo primero con una exposición sobre las generalidades del matrimonio, abordando también sus antecedentes y concepto.

En el segundo capítulo tratamos al divorcio en cuanto a su origen, antecedentes y concepto.

En el tercer capítulo analizamos todas y cada una de las causales de divorcio contemplados en el Código Civil vigente para el Distrito Federal.

El capítulo cuarto abarca el objetivo de esta tesis que consiste en la propuesta de reformar el Código Civil vigente en su artículo 267, específicamente en la fracción XIII, sin que se deba tomar en cuenta la penalidad del delito, que es imputado al cónyuge inocente y así poder obtener el divorcio bajo esta causal.

CAPITULO I

GENERALIDADES DEL MATRIMONIO

El matrimonio en la antigüedad y en nuestros días es la institución en que descansa la familia que es la base y sustento de la sociedad; las demás instituciones del Derecho de familia son consecuencia o complementos del matrimonio, éste consiste en establecer una comunidad de vida total y permanente entre dos personas de distinto sexo. Los Códigos del siglo pasado y la Ley sobre relaciones familiares de 1917 definen al matrimonio por su objeto: "El matrimonio es un contrato civil entre un solo hombre y una sola mujer, que se unen con vínculo disoluble para perpetuar su especie y ayudarse a llevar el peso de la vida". El Código Civil Vigente con mejor técnica, se abstiene de definir y únicamente establece los derechos y deberes que se adquieren con el matrimonio.

La perpetuación de la especie ya no se considera el objeto determinante por el que se contrae matrimonio, pues son perfectamente válidos los matrimonios de personas que por su edad o particulares circunstancias no puedan o no quieran procrear. Abundando al respecto una norma más o menos reciente (31 Dic. 1974) de carácter constitucional (art. 40.) reproducida en el Código Civil (art. 162 2o. párrafo) estipula que : " toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y esparcimiento de sus hijos. Por lo que toca al matrimonio, este derecho será ejercido de común acuerdo por los cónyuges ".

El artículo 162 transcrito parcialmente, expresa en el párrafo primero un deber entre los cónyuges, que podemos entender como el objeto del matrimonio: " Los cónyuges están obligados a contribuir cada uno por su parte a los fines del matrimonio y a socorrerse mutuamente".

Así la comunidad de vida total y permanente entre los casados, implica la ayuda mutua, el socorrerse mutuamente de que habla el mencionado artículo. Porque la esencia misma del matrimonio, independientemente de la imposición legal, es compartir la vida de la manera más armónica posible, en la cual está implícita forzosamente la ayuda mutua. Si alguna importancia tiene la vida en común con alguien, ésta se manifiesta precisamente en esa ayuda mutua, no, para llevar "el peso de la vida ", como pesimistamente definía la ley derogada, sino para compartir todas las cosas de la vida, tanto las buenas como las malas.

A) CONCEPTO DE MATRIMONIO.

Es imposible hayar una definición o un concepto totalitario de matrimonio para todas las épocas y lugares, precisamente porque el matrimonio es tan variado como la cultura en que se da y por que los criterios doctrinales y legislativos son variados.

Se ha definido desde diferentes puntos de vista como son: el biológico, religioso y legal, de acuerdo al momento social y político por el que atraviése.

Superadas la poliandria y poligamia, en la etapa antigua, el matrimonio empezó a ser la unión permanete entre un hombre y una mujer dispuestos a llevar una vida en común.

En la época romana el matrimonio indicaba la unión del hombre y la mujer en una comunidad indivisible, el fundamento de la familia y la absoluta comunión de vida entre ambos consortes, ejerciendo un poder absoluto el hombre sobre la mujer y donde no se necesitaba el consentimiento de ella.

Modestino, el último de los jurisconsultos clásicos da una definición de matrimonio hacia el final de la época clásica: "Es la unión del hombre y la mujer, implicando igualdad de condiciones y comunidad de derechos divinos humanos"(1).

El matrimonio en el Derecho Canónico, es considerado como sacramento y como contrato, así el Canón 1055, nos dice: "La alianza matrimonial, por la que el varón y la mujer constituyen entre sí un consorcio de toda la vida, ordenada por su misma índole natural al bien de los cónyuges y a la generación y educación de la prole, fue elevada por Cristo Nuestro Señor a la dignidad de Sacramento entre bautizados".(2)

Como se puede apreciar en este Derecho el matrimonio conserva su carácter de indisoluble, además la unión tiene que estar determinada por el consentimiento de ambos contrayentes.

El Derecho francés dió un gran golpe al cristianismo quitándole al matrimonio su carácter religioso y conceptualo como un contrato, el cual se daba por hecho con la simple manifestación del consentimiento.

Ahora bien, en el Derecho azteca, el matrimonio descansaba en la autoridad paternal y sí podía disolverse.

(1) Petit, Eugene, TRATADO ELEMENTAL DE DERECHO ROMANO, pag.154.

(2) Código de Derecho Canónico pag. 502 y 503

En el Código de 1870 se define el matrimonio como: la sociedad legítima de un sólo hombre y una sólo mujer que se unen en vínculo indisoluble para perpetuar la especie y ayudarse a llevar las cargas de la vida (art. 159).

Esta definición es reproducida en el Código de 1884. De las definiciones expresadas en estos códigos se pueden desprender las siguientes características :

1.- El matrimonio es una sociedad en la que se unen las personas para realizar fines determinados, además de que se contrae en forma voluntaria.

2.- Solamente se pueden unir un sólo hombre y una sólo mujer.

3.- Es indisoluble.

4.- Sus finalidades son la procreación y la perpetuación de la especie así como la ayuda mutua.

Posteriormente se expide la Ley de Relaciones Familiares, por el presidente Venustiano Carranza, el día 9 de abril de 1917 en la que por medio de su artículo 13 define al matrimonio de la siguiente manera: " Es un contrato civil entre un sólo hombre y una sólo mujer que se unen con vínculo disolubles para perpetuar su especie y ayudarse a llevar el peso de la vida".

Este matrimonio también se contrae en forma voluntaria por los cónyuges. La diferencia entre esta definición y la expresada por los Códigos de 1870 y 1884 se encuentra en que éstos hablan de una sociedad civil y de la indisolubilidad de matrimonio, mientras que la Ley de Relaciones familiares establece al matrimonio como un contrato civil, que genera un vínculo

disoluble.

Nuestro Código Civil vigente expedido el 30 de agosto de 1928 por el presidente Plutarco Elías Calles, en materia de matrimonio sigue en muchos aspectos a la Ley de Relaciones familiares de 1917, con la particularidad de que no define lo que es matrimonio sino unicamente se concreta a señalar sus características las cuales coinciden en el fondo con la definición dada por aquella Ley.

Es conveniente hacer notar que el artículo 130 Constitucional señala que el matrimonio es un contrato, pero las leyes secundarias no definen a éste. En el Código Civil para el Distrito Federal, el matrimonio es un contrato solemne que no puede llevarse a cabo jurídicamente, sino por medio de la observancia de requisitos formales, externos y establecidos en la Ley.

Se desprende a través de la investigación realizada en este punto que el matrimonio ofrece tres aspectos principales, el natural, el religioso y el civil: en el primer aspecto el matrimonio representa una institución que responde a la ley biológica de la reproducción de la especie, una unión bisexual para formar una comunidad perfecta, en la que se complementa el hombre y la mujer. En su aspecto civil el matrimonio es una institución social necesaria para la convivencia humana y representa una convención jurídica, mejor aun un estado creado por un convenio entre el marido y la mujer. En su aspecto religioso, el matrimonio ha tenido en la historia siempre un sentido espiritual, de marcada tendencia religiosa y el carácter de sacramento.

Las notas esenciales del matrimonio son:

- a.- Diversidad de sexos
- b.- Unión exclusiva de un solo hombre y una sólo mujer, o sea el principio monogámico. opuesto a la poligamia y a la poliandria.
- c.- Perpetuidad, es decir que el propósito al contraer matrimonio, ha de ser perpetuo o vitalicio, dada la limitación de la vida humana, sin perjuicio de que en el transcurso del tiempo puedan sobrevenir accidentes que impongan una disolución por determinadas causas que no pueden conocerse, motivos que den lugar a su nulidad, pero que no estén en el propósito de los contrayentes al celebrarlo. (3)

Con base a las definiciones expuestas diremos que el matrimonio es un acto jurídico solemne, regulado exclusivamente por las leyes civiles y por lo tanto disoluble en virtud del cual se unen en forma voluntaria, un sólo hombre y una sólo mujer para perpetuar la especie y ayudarse mutuamente en las cargas y fines de la vida.

B) PANORAMA HISTORICO

1.- Promiscuidad Primitiva.

En esta etapa la convivencia humana se caracteriza por que todos los hombres se relacionan sexualmente con todas las mujeres entre sí, sin constituir una familia definida, por consiguiente

(3) Fernández Clérigo, Luis, EL DERECHO DE FAMILIA EN LA LEGISLACION COMPARADA, pág. 7.

no se puede establecer la paternidad y mucho menos los lazos de parentesco. lo que ocasiona según algunos sociólogos, sujetar la organización social de la familia en relación a la madre debiendo por tal motivo, los hijos seguir la situación social de su progenitora.

2.- Matrimonio por Grupos.

En esta etapa los miembros de una tribu, se consideraban hermanos entre sí por descender de un mismo tronco común, por tal razón no podían contraer matrimonio con las mujeres del mismo clan, surgiendo la necesidad de buscar la unión sexual mediante un grupo de hombres o mujeres de otra tribu, lo que traía como resultado el desconocimiento de la paternidad, por lo tanto sigue el régimen Matriarcal.

3.- Matrimonio por Rapto.

Tiene su origen en las guerras que sostuvieron las tribus entre sí, pues se empieza a tener ideas de dominación de unas sobre otras. Aquí los vencedores consideraban como parte del botín las mujeres del clan vencido, a las que obligaban a efectuar vida marital con ellos, además de que las consideraban de su propiedad exigiéndoles fidelidad y obediencia plena y castigando terriblemente sus faltas.

4.- Matrimonio por Compra.

Aquí se localiza la monogamia; un hombre paga una cantidad para adquirir una mujer, y en virtud de esta compra adquiere sobre ella un verdadero título de propiedad.

El varón es estimado dentro del seno familiar como un elemento productivo y a la mujer se le desprecia y se le vende como a un objeto; pues se pensaba que de esta venta se recuperaba

algo de todos los gastos que había ocasionado la crianza y
manutención de la mujer; se puede decir que la mujer pasa del
dueño padre al dueño esposo.

Toda la familia se organiza jurídicamente reconociendo la
potestad del esposo y padre a la vez, para reglamentar la
filiación en función de la paternidad la patria potestad se
reconoce al estilo romano, es decir, se admite un poder absoluto
e ilimitado del paterfamilias sobre los distintos miembros que
integran el grupo familiar.

5.- Matrimonio Consensual.

Largo camino hubo por recorrer para llegar a esta forma; es
la acumulación de la evolución del matrimonio dice Ortiz Urquidí,
ya que se presenta como una libre expresión de voluntades del
hombre y la mujer que se unen para constituir un estado
permanente de vida, con el fin de ayudarse a soportar el peso de
la vida, hacer vida marital y perpetuar la especie.

En esta etapa se puede apreciar la evolución del matrimonio
pues hay una manifestación libre de voluntad de los contrayentes,
hecho que denota una oposición tremenda a la otras etapas en las
cuales se ve claramente el poder ejercido por el hombre sobre
la mujer, por consiguiente el desconocimiento de los derechos y
obligaciones del matrimonio, así como sus finalidades,
consecuencias y efectos en el ambiente social y jurídico en el
cual se desenvolvían.

ROMA

Para proseguir con nuestra investigación del matrimonio pasaremos a la etapa del Derecho Romano, ya que es imprescindible su estudio, pues de él, se empieza a organizar y estructurar las leyes civiles.

"Eran más estrictamente monógamos los romanos que los griegos, establecían además una diferencia clara entre el concubinato y el matrimonio legal. El primero era una unión de orden inferior, aunque duradera, que derivaba de la desigualdad de condiciones de las personas en el orden civil y social. Con la evolución del Derecho romano se llegó a establecer que no se puede tener más de una concubina y únicamente al que no tuviese mujer legítima". (4)

El maestro Eugenee Petit(5) nos señala que en el Derecho romano "iustas Nuptia" o "Iustum Matrimonium" era el matrimonio legítimo que se contraía conforme a las reglas del Derecho Civil de Roma y que en los indicios de la sociedad romana debido al interés político y religioso, se hizo necesaria la continuación de cada familia para bien de los hijos sometidos a la autoridad del paterfamilias. De aquí la importancia del matrimonio cuyo fin principal era la procreación de los hijos y en donde la mujer por efectos del matrimonio también disfrutaba del rango social y de los honores que estaba investido así como del culto privado del marido.

(4) Enciclopedia Jurídica Omeba, Tomo IV, pag. 818

(5) Petit, Eugenee, TRATADO ELEMENTAL DE DERECHO ROMANO, pag. 103-104.

El matrimonio en Roma fué considerado como el fundamento de la familia y la absoluta congregación de vida entre los cónyuges. De esta manera los romanos tomaron en cuenta la verdadera esencia de la relación familiar en referencia al matrimonio: así mismo "se consideraba al matrimonio como un hecho natural, un estado de vida: la comunidad de vida (deductio) y la comunidad espiritual (affectio maritales). La comunidad de vida, fija al instante en que se inicia el matrimonio y consiste en la unión física de ambos cónyuges que va a establecer entre ellos un estado de vida conyugal. La affectio maritales se manifiesta por la permanencia de la vida en común en que ambos tienen trato recíproco de esposos". (6)

En los tiempos primitivos se rodeó al matrimonio de ciertas formalidades en cuanto a su celebración y éstas eran diversas, según la forma en que se llevaba a cabo el matrimonio; pero independientemente de la forma en que se realizara, tenía la consecuencia de quedar la mujer bajo la potestad del marido, de ahí que se les denominara matrimonios cum manu.(7)

A continuación llevaremos a cabo un análisis somero de las formas para adquirir la manus mariti, las cuales eran de tres diferentes maneras, y en cada una la mujer tomaba el nombre de uxor y el esposos el de vir. (8)

CONFARREATIO.- Era una auténtica ceremonia social y religiosa

(6) Montero Duhalt, Sara. DERECHO DE FAMILIA, pag.106

(7) Enciclopedia Jurídica Omeba, Tomo XIX, pag. 149

(8) Ibarrola, Antonio, de. DERECHO DE FAMILIA, pag. 108

en la que los consortes en presencia de diez testigos ofrecían un sacrificio a Júpiter, pronunciando palabras solemnes, la mujer daba la mano al esposo y a continuación se le hacía a éste la entrega de la dote, es así que apartir de este momento se consideraba ya una comunión de religión entre los cónyuges y en la cual la mujer se encontraba bajo las manos del marido, toda vez que ésta era una exigencia inexcusable.

Esta forma de matrimonio estuvo reservada a los patricios y es parecida al matrimonio religioso actual .

COEMPTIO.- "Era una venta simbólica que efectuaban los romanos no patricios y sólo servía para convivir en calidad de esposos entre un hombre y una mujer." (9)

El marido compraba a la mujer al paterfamilias y éste asistía al acto si ella era alieni iuris o mediante la auctoristas del tutor si era sui iuris. En la ceremonia se vendía a la mujer y el futuro marido ejercía sobre de élla la patria potestad, ambos contrayentes pronunciaban palabras solemnes, tocándose con una balanza, acto con el que se perfeccionaba la venta.

Este matrimonio era utilizado por los plebeyos: en la actualidad esta figura puede ser homóloga con la entrega de las arras en el matrimonio religioso.

USUS.- "El hecho de vivir como casados sin ninguna ceremonia particular que le diere realce."(10)

(9) Galindo, Garfias, Ignacio. DERECHO CIVIL, pag. 473

(10) Montero Duhat. Sara, ob, cit., pag. 106

Esta forma solamente requería que la mujer hiciera vida marital con el hombre durante un año ininterrumpidamente para que se naciera la manus por el usus y a la vez se produce un legítimo matrimonio válido ante el derecho civil.

El usus no operaba cuando antes de transcurrir un año de vida en común, la mujer se ausentaba del hogar por tres noches seguidas, esto ocasionaba que no se consumara el matrimonio y en consecuencia la manus mariti, es decir, no se caía bajo el poder del marido.

Este matrimonio en nuestros días se puede encuadrar dentro del concubinato.

La idea de potestad marital durante la Monarquía, era muy fuerte, en la República fue más flexible y a principios del Imperio se había debilitado gradualmente, cambiando bajo la influencia del cristianismo, ya que la noción fue la protección hacia la mujer.

Como se podrá advertir, conforme fue pasando el tiempo y según el momento social y político de Roma, el matrimonio fué adquiriendo formalidades diversas, hasta que llegó a abandonarse y comenzó a practicarse el matrimonio sine manu, el cual consistía en la unión de los consortes por el simple consentimiento de ambos y la ausencia de solemnidades.

A continuación mencionaremos brevemente los efectos del matrimonio respecto a los cónyuges: Se deben mutua fidelidad, en caso contrario se configura el adulterio y el cónyuge ofendido tendrá causal de divorcio. Si el matrimonio fue efectuado cum manu, la esposa entra instantáneamente a la familia civil del marido y es considerada como hija de familia y su patrimonio pasa

a formar parte del patrimonio del marido. Si el matrimonio se celebró sine manu, la mujer no entra a la familia civil del conyuge, sino que sigue perteneciendo a su familia y cada uno de ellos conserva su propio patrimonio.

En la actualidad la figura cum manu encuadra dentro del matrimonio celebrado, bajo el régimen de sociedad conyugal, en tanto que la sine manu bajo el régimen de separación de bienes.

DERECHO CANONICO

A la caída del imperio romano, las relaciones matrimoniales sufren grandes cambios, ya que las normas vigentes durante el Derecho romano sufren una gran transformación y por lo tanto dejan de tener aplicación.

En el siglo IX que es la última etapa del Derecho romano, se substituyen todas las normas del orden jurídico anterior, por las normas del Derecho Canónico.

Hasta el Concilio de Trento (siglo XVI) se reguló canónicamente toda la materia matrimonial, pues antes del concilio el matrimonio se perfeccionaba sólo con el consentimiento; después adquirió el matrimonio carácter de contrato formal, ya que además del consentimiento de ambas partes éste debía ser expresado del párroco y de los testigo, acto seguido el párroco pronunciaba la fórmula especial señalada por el Derecho Canónico.

El maestro Rojina Villegas manifiesta que el cristianismo, le otorga al matrimonio el carácter de sacramento a través del Concilio de Trento. Según esta concepción es un sacramento solemne cuyos ministros son los mismos esposos, siendo

el sacerdote un testigo autorizado por la Iglesia; la unión de los esposos es la imagen de una unión de Cristo con la Iglesia y como ésta indisoluble, en la cual se encuentran los principios de igualdad, dignidad de los esposos y la indisolubilidad del vínculo. (11)

El signo sacramento es la unión de los consentimientos y de los cuerpos, ya que contribuye a mitigar la rudeza de la patria potestad imperante en el Derecho Romano.

Por todo lo anterior se deduce que la elevación del matrimonio a sacramento, se debe a que la concepción canónica considera al matrimonio como una unión de Cristo con la Iglesia y esta unión se considera indisoluble; la voluntad de los esposos crea el vínculo matrimonial, pero la consagración del mismo se realiza cuando ya existe la bendición nupcial.

La iglesia católica al ir avanzando en la regulación del matrimonio se atribuye la exclusiva competencia, a través de sus Tribunales Eclesiásticos, para la resolución de los asuntos surgidos de causas matrimoniales para lo cual incluye en sus cánones diferentes normas, que primero ejercen autoridad sobre la celebración del acto, más tarde poder disciplinario en los actos de incumplimiento, posteriormente ingerencia en los asuntos que concernían al estado civil y al matrimonio. Esta autoridad se mantuvo durante seis siglos. (12)

(11) Rojina Villegas, Rafael. COMPENDIO DE DERECHO CIVIL, pag. 287

(12) Escriche, Joaquín. DICCIONARIO RAZONADO DE LEGISLACION Y JURISPRUDENCIA, pag.1208

El Canon 1055 nos señala que " La alianza matrimonial, por la que la mujer y el varón constituyen entre sí un consorcio de toda la vida, ordenado por su misma índole natural al bien de los cónyuges, a la generación y educación de la prole, fue elevada por Cristo Nuestro Señor a la dignidad de Sacramento entre bautizados". (13)

En este Canon se establece primeramente que el matrimonio debe de ser la unión de una mujer y un hombre la cual será permanente, es decir para toda la vida.

En segundo lugar nos indica la finalidad de esa alianza matrimonial, la cual va encaminada al bien de los cónyuges, a la generación y educación de la prole.

En la parte final se sostiene que el matrimonio fué instituido por obra divina, que fué elevado con las leyes del mismo Dios y por consiguiente, no se puede sujetar al arbitrio de ningún hombre.

Como se puede apreciar en este canon, se señalan los fines que persiguen en el matrimonio los cuales son iguales a los que se siguen en la actualidad. En mi opinión este canon es muy importante ya que los consortes que se unen en matrimonio y toman en cuenta esos fines, podrán contraer en su unión todos los aspectos espirituales y terrenales que conllevan a la felicidad como pareja.

EL CANON 1061 nos dá una nomenclatura de los matrimonios canónicos. "El matrimonio válido entre bautizados se llama sólo rato sino ha sido consumado: rato y consumado, si los cónyuges

(13) CODIGO DE DERECHO CANONICO, pag. 502 y 503

han realizado de modo humano el acto conyugal apto de por sí para engendrar la prole, al que el matrimonio se ordena por su misma naturaleza y mediante el cual los cónyuges se hacen una sola carne." (14)

De este primer párrafo se desprende primeramente que el matrimonio es válido cuando es llevado a cabo entre cristianos, bautizados y contraído de acuerdo con la leyes divinas y eclesiásticas.

En segundo lugar se encuentra el matrimonio válido rato el cual es celebrado legítimo y solemnemente entre cristianos, bautizados y en el que falta la consumación del ayuntamiento carnal, es decir, antes de que tenga lugar la cópula conyugal.

En seguida, como tercer matrimonio de este párrafo se encuentra el matrimonio válido rato consumado y es aquel en el cual los cónyuges han recibido el sacramento del matrimonio, hay cohabitación y han realizado la cópula conyugal.

"Una vez celebrado el matrimonio si los cónyuges han cohabitado, se presume la consumación, mientras no se pruebe lo contrario."

Esto se puede demostrar mediante reporte de medios y estudios autorizados legalmente, de que la mujer aún es o no virgen, o de que el hombre sufre impotencia, también cuando el matrimonio se efectua por poder y no se ha podido llevar a cabo la cópula conyugal.

"El matrimonio inválido se llama putativo, si fué celebrado de buena fe al menos por uno de los contrayentes, hasta que ambos

(14) CODIGO DE DERECHO CANONICO, ob. cit., pag. 506 y 507

adquieren certeza de la nulidad.

Para considerar así este matrimonio se tendrá que haber realizado de buena fe, ignorando un cónyuge o ambos, un impedimento, la falta de consentimiento o alguna falta de forma:"

La familia y en general el matrimonio han sido regidos durante muchos siglos por el Derecho Canónico, basándose en que el matrimonio es un sacramento y por consiguiente debe de estar sujeto a la legislación y jurisdicción eclesiástica. De esta manera transcurrió el tiempo, hasta que el derecho secular fué imponiéndose cada vez más sobre derecho canónico en lo concerniente a las relaciones matrimoniales, pero aún existen países en donde la influencia de la iglesia conserva gran fuerza regulando aspectos de la vida civil, por ejemplo España y Colombia.

FRANCIA

La evolución histórica del Derecho Francés se inicia bajo una profunda identificación con la iglesia; durante muchos siglos la iglesia católica en materia de derecho matrimonial fué en Francia la señora y soberana ya que poseía el poder de jurisdicción y legislación. Solamente la Revolución Francesa pudo terminar de una forma definitiva con este reinado que duro desde el siglo X hasta el XVI.

Durante el Imperio, los emperadores cristianos logran cierto control en materia del matrimonio y cuando transcurre el siglo X la iglesia se atribuyó el conocimiento casi exclusivo de los asuntos relacionados con el matrimonio, logrando posteriormente y en poco tiempo la autoridad legislativa total.

En el siglo XVI, los Parlamento y la Realeza se combinaron con el fin de recuperar los terrenos perdidos durante los siglos anteriores. De esta manera los Tribunales Seculares volvieron a conocer de los procesos relativos a los efectos pecuniarios del matrimonio. A los jueces Eclesiásticos se les conserva la competencia en lo referente a la validez del matrimonio y a la seprareción de cuerpos.

No pasó mucho tiempo sin que el Estado de nuevo fuera el único autorizado para dictar reglas con carácter obligatorio en lo relacionado con el matrimonio. Como se puede observar la secularización del Derecho Matrimonial no fué improvisada, sino por el contrario fué el fruto de largo tiempo de lucha y logros.

La Constitución de 1791, emanada directamente de la Revolución Francesa, proclama en forma categórica que el Estado y capacidad de las personas corresponde exclusivamente al poder civil; desvinculando completamente el matrimonio religioso, surgiendo así el matrimonio civil como el único reconocido por el Estado. Este ordenamiento jurídico regula los requisitos para contraer matrimonio, los impedimentos, la capacidad de los contrayentes, la forma de colaboración, en fin todo lo relativo a ese acto jurídico, exigiendose además que se celebre ante funcionarios civiles nombrados para ese fin y sea registrado en los libros correspondientes.

El poder civil posteriormente se encuentra con la cuestión de que no es posible impedir a los ciudadanos que lleven a cabo el matrimonio, ya que esta negativa trae como consecuencia el pensamiento de que el poder civil se inmiscuye en la libertad de la religión y libertad de conciencia. Ante ésto se busca la forma

de solucionar el problema llegando a otorgar al matrimonio religioso el carácter de un acto de simple fe, pero negándole todo carácter legal, además de que se impone a la iglesia de que no podrá celebrar matrimonio alguno, sin antes haberse celebrado el civil, sancionando la inobservancia de esta obligación, en relación a los cónyuges, considerándolos solamente como amasios y en cuanto a la iglesia la sanción era de carácter económico y en caso de reincidencia, con clausura del templo.

Es así como aún con desagrado la iglesia ha tenido que ir acatando las disposiciones emanadas del poder civil.

MEXICO (EPOCA PRECOLONIAL)

En la época precolonial la familia era de carácter patriarcal, ya que se encontraba bajo la autoridad absoluta del padre quien resolvía todo lo concerniente al núcleo familiar y además tenía derecho de vida y muerte sobre sus hijos.

Siguiendo lo plasmado por Alfredo Chavero(15) tenemos que la edad para contraer matrimonio era para los hombre de 20 a 22 años y para las mujeres entre 14 y 18 años, para la decisión sobre el matrimonio del hijo, se reunía la familia bajo la dirección del padre: una vez que el punto era discutido, se llamaba al hijo para que diera su consentimiento de contraer nupcias con determinada mujer; aceptando esto, todo el grupo se trasladaba a la casa de la mujer elegida para solicitar el consentimiento de su padre, el cual generalmente no la entregaba al primer

(15) Chavero, Alfredo. MEXICO A TRAVES DE LOS SIGLOS, pag.585

requerimiento; la segunda petición era acompañada de regalos, si se obtenía el consentimiento, se fijaba fecha para celebrar el matrimonio el cual era un acto solemne de carácter religioso.

Llegada la fecha de la boda, la novia era conducida a cuestras por una mujer a la que acompañaban cuatro ancianas conduciendo antorchas. En el hogar conyugal novio y novia, eran purificados con humo; la unión la efectuaba el sacerdote cuando estando sentados en un tapete, ataba los vestidos de los novios y los bendecía.

Ya celebrado el matrimonio por los actos rituales acostumbrados, deberían ayunar y hacer penitencia durante 4 días para que pudieran posteriormente consumir el matrimonio.

El matrimonio era obligatorio y si a determinada edad el hombre no lo contraía, se le sancionaba prohibiéndosele tocar a cualquier mujer y de hacerlo caía en la pena de infamia.

El Licenciado H. Alba respecto al Derecho Azteca dice (16) que de particular interés es el hecho de que entre los aztecas haya existido el matrimonio temporal o a prueba. En este caso si nacía un hijo, la mujer podía requerir al marido para que contrajera matrimonio definitivo o bien para que cesaran las relaciones entre ambos.

También existieron entre los aztecas la mancebía el concubinato, que siendo uniones de grado inferior al matrimonio, podía legitimarse en cualquier momento. El concubinato era

(16) Alba, Carlos, H. ESTUDIO COMPARADO ENTRE EL DERECHO AZTECA Y EL DERECHO POSITIVO MEXICANO, pag. 37-38

generalmente practicado por los reyes, nobles, guerreros y señores principales ya que podían disfrutar de concubina durante muchos años antes de contraer matrimonio oficial.

La poligamia existió entre ellos, aunque era practicada solemnemente por las clases superiores; ello se debió a una Ley que reprimía la poligamia.

La primera mujer tenía prioridad sobre las otras y sólo sus hijos tenían derecho a heredar, las esposas secundarias tenían su lugar en la casa del marido y su situación de ninguna manera era objeto de burlas o desprecio. A las primeras se les llamaba Cihualanti y a las segundas Chihualpilli.

MEXICO (EPOCA COLONIAL)

A la llegada de los españoles se efectuó un choque brutal de dos grandes culturas, la cultura europea traída por los conquistadores y la cultura indígena representada por los aztecas dignamente, quienes formaban el pueblo más poderoso de lo que llegaría a ser la Nueva España, resultando triunfante la cultura europea, más que por la fuerza de las armas que la apoyaban, por la superstición y división de los pueblos indígenas.

En México como en todo el resto de Iberoamérica, fué el concubinato el medio por el cual se inició el mestizaje, siendo sumamente raros los matrimonios entre español e indígena.

Los primeros misioneros españoles que llegaron a América dedicaron sus esfuerzos a la conversión de los indígenas al catolicismo, tratando de suprimir la poligamia imponiendo el matrimonio monógamo, según lo establecía la doctrina cristiana.

Para combatir la poligamia, el Papa Pablo III, ordenó que se

reconociera a los indígenas como única y legítima esposa a la primera que hubiera tenido, en caso de no poder determinarlo se le dejaba en libertad para elegir una, debiendo en cualquiera de los dos casos, dar una dote a manera de indemnización a las mujeres que dejaba.

A fines del siglo XVI y una vez que fueron dados los postulados del Concilio de Trento, todos aquellos matrimonios que no eran celebrados mediante todos los ritos establecidos por la iglesia eran considerados concubinatos. Entre los españoles si eran seguidas y efectuadas todas las ceremonias exigidas por la iglesia, cosa que no sucedía entre los mestizos y entre los indígenas, quienes hacían del concubinato la fuente principal de la creación de la familia.

A medida que la religión católica va siendo aceptada, su influencia se comienza a hacer notar en la reglamentación de la unión familiar y el matrimonio llega a ser en la colonia la única forma reconocida de legitimidad, combatiendo la iglesia las uniones libres, pero sin dar una solución adecuada al problema.

En la época colonial, el Derecho indígena es sustituido por las Leyes españolas, dándose tres tipos de las mismas:

- A) Leyes que regían ya a la nación española
- B) Las Leyes de Indias, es decir, leyes creadas para las colonias españolas en América, y;
- C) Leyes elaboradas para ser aplicadas exclusivamente a la Nueva España.

Junto a estas disposiciones se conservaron las Leyes indígenas con su carácter meramente supletorio, en casos de

alguna, siempre y cuando no fueren contrarias a la religión cristiana y a las Leyes Indias.

MEXICO (EPOCA INDEPENDIENTE)

Consumada la Independencia Política de México, en el año de 1821, el gobierno se ve envuelto en un movimiento social y político en donde existe una falta absoluta de orden, ya que preocupa más el imponer un gobierno por la fuerza, que basado en la legalidad; por consiguiente en esta época y los primeros años, la legislación española sigue vigente en tanto se elaboran las leyes nacionales, ya que es muy difícil romper de un sólo golpe la estructura jurídica que había regido durante tantos años.

En el México independiente hasta la Leyes de Reforma promulgadas por Benito Juárez, el matrimonio fue competencia exclusiva de la iglesia.

LEYES DE 1859

Después de que el país atraviesa por bastantes leyes de contenido liberal, el 12 de julio de 1859, en la Ciudad de Veracruz, Don Benito Juárez promulga la Ley de Nacionalización de los Bienes Eclesiásticos, en la cual se proclama la separación de la Iglesia y el Estado.

"Vinieron después de la citada Ley las del 23 y 28 del mismo mes, por la primera de las cuales se estableció que el matrimonio es un contrato civil y por la segunda se secularizó el registro de los actos del estado civil, estableciéndose así la

independencia absoluta entre el Estado y la Iglesia." (17)

El C. Presidente Don Benito Juárez expide la Ley del Matrimonio Civil constando de 31 artículos, marcando con esto un cambio decisivo dentro de la legislación mexicana en materia de matrimonio.

Así mismo, se dispone que todos los actos que correspondían a la iglesia pasan a ser de exclusiva competencia del Registro Civil, el cual es establecido por primera vez en México. Se afirmaba que siendo el matrimonio una unión que emanaba de la voluntad de los contrayentes, este acto tenía que ser regulado por el Derecho Secular, independientemente de la voluntad eclesiástica.

"Mediante la Ley del Matrimonio Civil y la Ley del Registro Civil, ambas de julio de 1859, se desconoció el carácter religioso que hasta entonces había tenido el matrimonio como sacramento para hacer de él de ahora en adelante, sólo un contrato civil y se encomendaron las solemnidades del mismo a los jueces del estado civil." (18)

La primera de estas leyes indica la naturaleza del matrimonio como un contrato civil (art. 1o.) que se contrae lícita y válidamente ante la autoridad civil, y para su validez basta que los contrayentes, previas las formalidades que establece la Ley, se presenten ante aquélla y expresen libremente su voluntad de unirse en matrimonio. Todo matrimonio que se

(17) Ortiz Urquidi, Raúl. ob. cit. pág.90

(18) Sanchez Medal, Ramón. LOS GRANDES CAMBIOS DE FAMILIA DE MEXICO, pag. 11

celebre en los términos que la Ley señale, gozará de los derechos y prerrogativas que las Leyes Civiles conceden a los casados. (Art. 29.) Además esta Ley establece la indisolubilidad del matrimonio, ya que sólo termina con la muerte. (Art. 49.) La palabra divorcio se aceptaba solamente en su acepción de separación de cuerpos, ya que ésta si era permitida.

En este mismo año Don Benito Juárez expide un decreto para que se redacte un Código Civil, siendo encargada la comisión al maestro Justo Sierra O Reilly. No obstante que esta comisión trabajó empeñosamente, los acontecimientos políticos impiden el término del proyecto. Esta comisión se basa en el Código Español de García Goyena y en el Código de Napoleón, con las modificaciones que exige la idiosincrasia del pueblo mexicano.

Maximiliano de Habsburgo, reconoce capacidad jurídica a la iglesia para intervenir en los actos familiares, quedando sin vigencia tal capacidad a la caída del imperio. (19)

CODIGO CIVIL DE OAXACA DE 1827-1828

Generalmente se cree que el primer Código Civil de nuestro país y de Iberoamérica fue el Código Civil para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California de 1870, siendo esta idea totalmente errónea, ya que el estudio realizado por el tratadista Raúl Ortiz Urquidi, nos demuestra la existencia de un

(19) García Trinidad. APUNTES DE INTRODUCCION AL ESTUDIO DEL DERECHO, pag. 73

Código Civil anterior. "El primer ordenamiento en la materia, tanto de la Iberoamérica como de México es el Código Civil del Estado de Oaxaca, expedido separadamente en tres libros sucesivos, por el II Congreso Constitucional de dicha entidad federativa." (20)

Este Código estaba integrado por un título preliminar y el primer libro que fue llamado De las Personas, el segundo denominado De los Bienes y el tercero se le intituló De los diferentes modos de Adquirir la Propiedad: los cuales fueron elaborados en base al Código de Napoleón.

CODIGO CIVIL DEL DISTRITO FEDERAL Y TERRITORIO DE LA BAJA CALIFORNIA DE 1870 Y 1884.

Estos Códigos recibieron, al igual que el de Oaxaca, la influencia del Código de Napoleón y del proyecto de García Goyena.

El propósito de la legislación de 1870 fue desvincular el matrimonio del régimen eclesiástico y darle validez civil, al ser celebrado solamente por las autoridades civiles.

Este Código fue sustituido por el Código de 31 de marzo de 1884, el cual sigue los lineamientos de su antecesor.

De los Códigos de 1870 y 1884 el matrimonio ha que dado totalmente reglamentado por la Ley Civil.

(20) Ortiz -Urquidí, Raúl. APUNTES DE INTRODUCCION AL ESTUDIO DEL DERECHO, pag. 73

LEY SOBRE RELACIONES FAMILIARES.

Esta Ley fue expedida el 9 de abril de 1917 por el entonces Presidente Venustiano Carranza: el fin principal de esta Ley es establecer a la familia sobre bases más racionales y justas, que elevan a los consortes a la más alta misión que la sociedad y la naturaleza ponen a su cargo, que consiste en propagar la especie y fundar la familia. (21)

La más grande innovación la encontramos en el artículo 13 que a la letra dice "El matrimonio civil, es un contrato civil entre un sólo hombre y una sólo mujer, que se unen en un vínculo disoluble para perpetuar la especie y ayudarse a llevar el peso de la vida." (22)

Como vemos aquí se establece claramente la disolubilidad del vínculo matrimonial; el estudio a esta situación se tratará posteriormente.

C) NATURALEZA JURIDICA

Preocupa que siendo el matrimonio base de la familia y como tal elemento primario de la sociedad presente para la especulación linderos tan amplios que no pueden ser medidos por una sólo disciplina. Es desde luego una entidad jurídica y así debe estimarse para que sea posible estudiar cabalmente a la

(21) LEY SOBRE RELACIONES FAMILIARES, anotada por el Licenciado Andrade Manuel. Pag. 1

(22) IBIDEM. pag.15

institución, para entender los problemas que en ella surgen y regular efectivamente su consecuencia eventual, que es el divorcio, siguiendo las causas de la ciencia moderna y su método de elaborar, no es posible desenvolver esta tesis de una manera parecida a la que acostumbran los enciclopedistas; pero si insistir en que la naturaleza del matrimonio es compleja y materia de distintos conocimientos, aunque sólo nos corresponde ver su aspecto jurídico.

Mucho se ha discutido la naturaleza jurídica del matrimonio y la disputa sostenida por los más ilustres tratadistas ha dado lugar a muy diferentes torias que pasamos a exponer someramente.

1.- EL MATRIMONIO COMO UN CONTRATO ORDINARIO:

En Francia donde la lucha encarada entre el clero y el Estado por regular las relaciones familiares tuvo consecuencias tan graves, al dar lugar a situaciones que una y otra potestades desconocían sus efectos; los juristas por poner coto al sistema proclamaban la localización del matrimonio al buscar su naturaleza, lo declararon un contrato y como tal disoluble, contradiciendo así la tesis canonista del sacramento, para la cual, salvo raras excepciones, sólo la muerte de uno de los cónyuges la disuelve.

Colina y Coperat difieren al matrimonio diciendo que: "El matrimonio es el contrato civil y solemne por el cual el hombre y la mujer se unen para vivir en común y prestarse mutua asistencia y socorro bajo la dirección del marido, jefe de la familia y del hogar; agregan, decimos que el matrimonio es un contrato ya que por una parte es el resultado de un acuerdo de voluntades y por

otra produce obligaciones. sin embargo se ha negado la noción tradicional del matrimonio contrato, afirmando que el matrimonio constituye un estado reglamentado por la ley, si con ésto se quiere decir que el matrimonio no es un contrato como los demás que la voluntad de las partes no pueden regular libremente sus efectos ni decidir la disolución introducir en el modalidades, como pueden hacerlo en los contratos referentes al patrimonio, no tenemos inconveniente de suscribir estas afirmaciones de evidencia absoluta."

La sólo voluntad de los futuros esposos para crear el matrimonio, es evidente que se encuentra totalmente limitada por el legislador, que les señala con Normas preestablecidas los derechos y las obligaciones que corresponden a cada cónyuge. En cambio en los contratos ordinarios el legislador se limita a establecer los tipos de cada uno, dejando en libertad a que cada una de las partes, fijen las condiciones, términos y modo de cumplir con las obligaciones impuestas. En los contratos la voluntad de las partes es la que rige a los mismos fijando sus efectos, términos, etc. En el matrimonio por el contrario las partes no fijan las condiciones del acto, sino que coinciden únicamente para aceptar lo establecido por la Ley, en el matrimonio la voluntad de las parte es unilateral y no existen intereses opuestos.

Si se llegara a reconocer que el matrimonio es un contrato, se llegaría también a la casi unión libre, en la que los cónyuges buscarían únicamente los placeres sexuales o los intereses económicos, desligando la parte espiritual y afectiva que debe ser fundamental en todo matrimonio, ocasionando ésto la

desintegración de la familia.

Nuestros Códigos Civiles de 1870 y 1884, fueron continuadores de la reglamentación que el Código Napoleónico había hecho al matrimonio, considerándolo como un contrato ordinario dando la siguiente definición: "El matrimonio es la sociedad de un sólo hombre con una sólo mujer que se unen con vínculo indisolubles para perpetuar la especie y ayudarse en el peso de la vida."

Nuestra Constitución en su artículo 130, designa al matrimonio como un contrato civil y el Código Civil vigente para el Distrito Federal que rige actualmente también designa en varios de sus artículo al matrimonio como un contrato, aunque sin dar una definición del concepto; pero no obstante, el designado como contrato lo reglamenta en forma distinta, no dejando a los cónyuges en libertad absoluta de fijar las condiciones y los término de la unión, únicamente los autoriza a señalar las capitulaciones matrimoniales, o sea parte económica. El capítulo II, título V del Matrimonio señala los requisitos para contaer matrimonio; el capítulo III del mismo título enumera los derechos y obligaciones que nacen del matrimonio con relación a los bienes.

2.- EL MATRIMONIO COMO CONTRATO SUI GENERIS.

Cuando se dice que un contrato es "sui-generis", se está señalando que es de un género o especie muy singular y que es de naturaleza inminentemente compleja, en tanto como reconocer que es un contrato que no se parece a ninguno de los demás y que es de todo en todo distinto de cualquiera de ellos.

Entre los contratos, llámese ordinario o "sui-generis" y el matrimonio existen dos diferencias fundamentales como son: la autonomía de la voluntad y la forma; en los contratos impera la autonomía de la voluntad de los contrayentes, por sí sola no puede constituir el vínculo, es necesario que ante el oficial del Registro Civil manifiesten su voluntad de unirse en matrimonio, el oficial del Registro Civil entonces constituirá al vínculo en nombre de la Ley y firmará el acta correspondiente para que el vínculo así constituido puede surtir todos sus efectos jurídicos: Como se ve, la sola voluntad de los cónyuges no puede constituir el vínculo matrimonial y hacerlo que produzca sus efectos jurídicos. La voluntad de los contrayentes en este caso, ocupa un lugar necesario al que tiene en los contratos, en los cuales es Ley, no así en el matrimonio donde sólo lo relativo a intereses matrimoniales queda al acuerdo de la voluntad de los cónyuges.

En cuanto a la forma podemos decir, que en los contratos, la omisión de este requisito es susceptible de convalidación, en el matrimonio no sucede lo mismo. La reglamentación actual del matrimonio según nuestro Derecho tiene como elemento esencial la solemnidad de celebrar el acto precisamente ante el oficial del Registro Civil y en que el legislador en razón de la importancia del acto le impuso como elemento esencial la solemnidad, de tal manera que faltando este acto es inexistente.

Podemos afirmar que el matrimonio aunque tiene alguna semejanza con los contratos difiere de ellos en lo fundamental, como son: la autonomía de la voluntad y la solemnidad, en cuanto a las semejanzas son tan sólo las comunes a todo acto jurídico.

3.- EL MATRIMONIO COMO UN CONTRATO DE ADHESION.

Los autores que tratan de encontrar la naturaleza jurídica del matrimonio consideran que el contrato de adhesión tiene una gran similitud principalmente en cuanto que en el contrato de adhesión, las cláusulas, término y condiciones de dicho contrato no se discuten sólo se aceptan o se rechazan, de aceptarse deben adherirse a sus cláusulas, términos y condiciones; continúan diciendo que en el matrimonio sucede lo mismo, toda vez que los contrayentes no pueden discutir las cláusulas, los términos ni las condiciones, solamente se adhieren al régimen legal preestablecido por la Ley.

Aquí se impone establecer primero que es un contrato de adhesión y luego exponen las diferencias o las semejanzas que existen entre el contrato de adhesión y el matrimonio.

El contrato de adhesión es aquel que se celebra por lo general para la presentación de un servicio público, como por ejemplo; el que se lleva a cabo para el suministro de energía eléctrica, gas, agua, transporte, etc., del cual existe una previa reglamentación del contrato para que el que pretenda aprovechar el servicio se subordine incondicionalmente a la reglamentación del contrato ya establecido.

Sevillar dice que, en los contratos de adhesión sólo existe de contrato el nombre; porque propiamente la obligación por la declaración unilateral de voluntad de aquel que presta el servicio, nace por la declaración, tiene la peculiaridad de engendrar no sólo obligaciones y derechos a su cargo y no sólo es la fuente de obligaciones y derechos del que lo acepta, es la

declaración unilateral de la empresa la que fija en forma de reglamento los términos que hará esa prestación.

León Duguit, sostiene también la tesis unilateral, pero desde el punto de vista contrario, considera que la fuente de la obligación es la manifestación unilateral de la voluntad del que acepta el servicio y no del que presta, la obligación se explica no por la declaración del que presta el servicio, sino por la del que lo recibe.

Por su parte Saile, nos expone las características de los contratos de adhesión, con ellos podemos establecer las diferencias, las semejanzas que existe entre el contrato de adhesión y el matrimonio.

Las características son las siguientes: Primera una oferta en forma indeterminada a una colectividad; segunda, una reglamentación compleja; tercera, la manifestación preponderante de una voluntad; cuarta, la imposibilidad de discutir la oferta con la necesidad de que se acepte incondicionalmente y quite la presentación de un servicio público o de un servicio privado de interés público.

Según este autor, las características antes mencionadas no impide que se force el consentimiento o acuerdo de voluntades. Aceptar una oferta en forma incondicional no impide la formación del consentimiento, tanto porque no hay contrantes de que se produzca la aceptación, cuanto porque la circunstancia económica de la preponderancia de una voluntad sobre la otra no impide desde el punto de vista jurídico que la voluntad se manifiesta aceptando o rechazando determinadas cláusulas del contrato. Las diferencias que encontramos entre el contrato de adhesión y

el matrimonio son las siguientes: primera. el matrimonio no es un contrato; segunda, en el matrimonio no hay preponderancia de una voluntad sobre otra y tercera. el matrimonio no se realiza para la prestación de un servicio.

En cuanto a la semejanza entre el contrato de adhesión y el matrimonio son: primera, el interés jurídico del acto para los contrayentes; segunda, la adhesión de los contrayentes al régimen legal preestablecido por la ley y tercera la indiscutibilidad de la reglamentación del matrimonio, toda vez que a los contrayentes sólo corresponde entrar en la institución del matrimonio para alcanzar sus fines.

Las semejanzas antes señaladas no constituyen en modo alguno un contrato de adhesión, ni siquiera un contrato, sino una figura jurídica distinta de todo en todo a cualquier contrato y a esta figura la llamamos institución.

4.- EL MATRIMONIO COMO UN ESTADO JURIDICO.

Al exponer la teoría que considera al matrimonio como un estado jurídico y que es desarrollada por los autores que encabezó León Duguit, estableceremos la distinción que hacen los estados jurídicos, hechos jurídicos y actos jurídicos siguiendo este orden del modo siguiente: Primero, los estados jurídicos que producen situaciones jurídicas permanentes, como el matrimonio que crea entre los consortes una situación jurídica permanente que permite la aplicación del estado legal correspondiente a todos y cada una de las situaciones que van presentándose durante la vida matrimonial, se considera que esta situación jurídica

permanete tiene una serie de consecuencias para todo el estado civil de la persona, porque afecta directamente su estado jurídico segundo. los hechos jurídicos de los cuales nacen estados de hecho como son los delitos, en los que quien delinque no desea las consecuencias del Derecho, como es, la aplicación de la ley penal al delincuente. los estados de hecho también están constituidos por los acontecimientos naturales a los que la Ley les atribuye determinados efectos, como el nacimiento o la muerte de las personas; tercero, los actos jurídicos que producen estados de Derecho y son los que realiza voluntariamente el hombre con el fin de producir efectos de Derecho como acontece en los contratos, en los que las partes fijan por mutuo acuerdo y de una manera concreta los términos y condiciones del mismo, en los contratos la voluntad de las partes es la única que puede precisar el objeto de la obligación y su alcance aunque existen normas que se aplican supletoriamente cuando las partes omiten fijar alguna de las condiciones del contrato, como puede apreciarse por lo expuesto; los contratos sólo engendran derechos y obligaciones en un aspecto determinado que no afectan el estado jurídico de las personas.

León Duguit, considera que el matrimonio no es precisamente un contrato serio, en el matrimonio existe un estado jurídico permanente que origina un conjunto de derechos y obligaciones para los cónyuges de tal manera que viene a constituirse una situación permanente indefinida de ciertas personas afectando su estado jurídico, caso distinto de lo que acontece en los contratos, que engendran sólo derechos y obligaciones en un

aspecto determinado que no afecta al estado jurídico de las personas.

León Duguit considera que el matrimonio no es precisamente un contrato serio que, en el matrimonio existe un estado jurídico permanente indefinido de ciertas personas, afectando su estado jurídico, caso distinto de lo que acontece en los contratos, que engendran sólo derechos y obligaciones en un aspecto determinado que no afecta al estado jurídico de las personas.

Duguit dice, el matrimonio se presenta como una doble consecuencia de la institución matrimonial y del acto jurídico que celebran las partes en unión del oficial del Registro Civil, pues constituye a la vez una situación jurídica permanente que rige la vida de los consortes y un acto jurídico mixto desde el momento de su celebración.

Efectivamente el matrimonio representa dos aspectos de acuerdo con esta teoría, uno como un estado jurídico que constituye una situación jurídica permanente que rige la vida conyugal, y el otro como un acto jurídico mixto que es el que realizan los consortes como particulares y el oficial del Registro Civil en su carácter de funcionario público, se afirma: es un acto jurídico mixto, en atención a que los actos jurídicos se dividen en: actos jurídicos privados que son los que se realizan con la sólo intervención de los particulares, actos jurídicos públicos, son los que se llevan a efecto por los órganos estatales y los actos jurídicos mixtos, son aquellos en los que intervienen conjuntamente los particulares y él o los funcionarios públicos en el mismo acto; los autores que hacen hincapié en esto, afirman por ello que el matrimonio es un acto

jurídico mixto, porque en él concurren los contrayentes como particulares y el oficial del Registro Civil, en su calidad de funcionario público. nosotros agregamos que éste último es el que constituye en nombre de la Ley el matrimonio, toda vez que su intervención como antes dejamos asentado, realiza un papel constitutivo y no simplemente declarativo, es de tal manera importante su intervención que si omitiese levantar el acta respectiva del matrimonio y firmarla, éste sería inexistente. León Duguit, dice que el matrimonio es un estado jurídico permanente que permite la aplicación de todo el estatuto legal correspondiente. otros autores exponen que el matrimonio es un acto jurídico sin embargo, con esto no se determina la naturaleza jurídica del matrimonio porque hay que observar que el matrimonio, está constituido tanto por la institución que objetivamente reglamenta la legislación positiva, como por el acto realizado por los particulares, en el manifiestan su voluntad para unirse en matrimonio.

5.- EL MATRIMONIO COMO UNA INSTITUCION JURIDICA.

De las teorías que respecto a la naturaleza jurídica del matrimonio han sostenido diferentes tratadistas, hemos de tratar a continuación, la que nos parece, resuelve con mayor atinencia el problema.

Cuando se realiza el matrimonio de él nacen vínculos afectivos de carácter ético que tienden al mejoramiento del individuo y al bienestar social. En el matrimonio al originarse la prole, nacen con estas relaciones varias entre padres e hijos

que son completamente distintos a los que nacen de los contratos, ya que ni se rompen con la voluntad del hombre ni por el simple paso del tiempo, entre engendrador y engendrados se establece la comunidad de sangre y es un hecho lógico que no depende del arbitrio individual.

La Ley en atención, a esta razón aunque reconociendo que toda unión debe tener su origen en la libre voluntad de los contrayentes, se ve en la imperiosa necesidad de rodearla de toda clase de precauciones, para que la familia que va a formarse reúna todas las condiciones y estabilidad necesarias, que le es indispensable para que pueda realizar todos y cada uno de sus fines, fortaleciendo y ayudando así, al individuo para que pueda procrear una prole sana y moral.

A medida que la sociedad y el Derecho van evolucionando, se ha llegado a dar gran importancia a las relaciones entre el hombre y la mujer que contraen matrimonio por considerarse que contribuyen por medio de éste a la base de la organización familiar.

La evolución del Derecho actualmente se manifiesta en la reglamentación que de el matrimonio hace el Estado, al principio los contrayentes estaban en libertad de fijar la mayoría de las condiciones de su nueva vida, ahora el legislador limita esa libertad y reglamenta casi totalmente esa unión, sustituyendo por completo la voluntad de los esposos, los cuales, sólo la exteriorizan, para manifestar su consentimiento de unirse en los términos que fija la Ley. El legislador buscando la protección del matrimonio, reglamenta con toda atinencia la forma en que deben desarrollarse las relaciones conyugales, fijando los

derechos y obligaciones de cada uno de los consortes, así como los deberes de éstos para con los hijos: es así como se origina la institución jurídica, por ello cuando existe un conjunto de preceptos, que siendo autónomos del resto de la legislación reglamentan un tema del ámbito general del Derecho y buscan la protección de los intereses sociales, se configura la institución jurídica.

Desde el punto de vista que hemos considerado y que es exclusivamente normativo, encontramos que la naturaleza jurídica del matrimonio, es de una institución, pues las leyes que la norman son todas de la misma naturaleza jurídica y persiguen una misma finalidad dándole seriedad a la unión de los sexos así como seguridad y firmeza a la organización familiar en un ambiente de superación de las relaciones entre los esposos y buscando siempre una máxima elevación espiritual.

Julien Bonecasse, después de haber hecho un amplio estudio sobre las concepciones contractual e institucional del matrimonio, en busca de la naturaleza jurídica del matrimonio, se determina por la Doctrina institucional y se expresa de modo siguiente: Por una parte sabemos que el matrimonio, considerado desde el punto de vista jurídico, traduce un hecho natural, la unión de sexos y la familia que se deriva de él. "Por otra parte ya expusimos lo que es una institución jurídica, hemos establecido que es un conjunto de reglas de Derecho, que se penetran unas a otras hasta el punto de constituir un todo orgánico, que comprende una serie indefinida de relaciones transformadas en relaciones de Derecho y derivados todos de un hecho único fundamental, de orden físico biológico, económico,

moral o meramente social". (23)

Para Boncasse, el matrimonio es una institución formada por un conjunto de reglas de Derecho esencialmente imperativas, cuyo objeto es dar la unión de los sexos y por lo tanto a la familia, una organización social y moral.

Es de llamar la atención como los tratadistas han llegado a colocar al matrimonio en campos tan diversos y todas sus especulaciones y críticas han servido de crisol para enriquecer el conocimiento y poder establecer así que la naturaleza jurídica del matrimonio es de una institución; el hombre no hubiera podido alargar su desarrollo intelectual, moral y social si además de otros factores poderosos no tuviera al matrimonio como una institución jurídica base de las familias, la sociedad y el Estado.

CAPITULO II EL DIVORCIO Y SUS CAUSALES

A) ORIGENES DEL DIVORCIO Y SUS CAUSALES.

Esta breve reseña histórica del divorcio a través de los diversos pueblos que han influido preponderantemente en esta materia, nos va a señalar por que siempre se ha criticado. Su estudio apasiona por igual a los juristas, filósofos y legisladores, que lo han considerado como una de las principales

(23) Boncasse, Julien. LA FILOSOFIA DEL CODIGO DE NAPOLEON APLICADA AL DERECHO DE FAMILIA. pag. 215

causas, aunque no la única de la disolución de la familia y de graves consecuencias para la sociedad.

1.- CONCEPTO DE DIVORCIO.

Gramaticalmente la palabra divorcio significa separar, apartar; etimológicamente proviene de la palabra latina Divortium, la cual a su vez deriva de Divertere, irse cada cual por su lado, equivalente a ruptura del vínculo matrimonial. Nosotros consideramos que esa ruptura sólo puede realizarse por la autoridad judicial y por las causas que se determinan en la Ley.

Nuestra legislación civil define el divorcio, como la forma de disolver el vínculo matrimonial y dejar en posibilidades a los cónyuges de contraer otro.

La disolución del vínculo matrimonial, para dejar a los cónyuges en posibilidades de contraer otro, ya era realizada por medio del repudio, paermitido tanto por la antigua Ley judía como por la Romana, sin embargo podemos afirmar que el origen del divorcio fué en Roma, pues según Ciserón estaba permitido por la Ley de las XII tablas, lo que robustece un tratado de gayo sobre estas Leyes en las que se reglamenta jurídicamente el divorcio.

Sin embargo los antiguos romanos no gozaban de esta libertad que sin duda no coordinaba con la severidad de las costumbres primitivas. Además la mujer sometida siempre a las órdenes del marido, formaba, constituía y era considerada dentro de la familia como una hija más, reduciendo a un derecho de repudiación la facultad de divorciarse en estas uniones, que sólo el marido podía ejecutar y siendo por causas graves (matrimonio cun manus).

Lo que supone que en los primeros siglos, casi se desconoció esta institución y que de haber existido divorcios, éstos fueron desde un punto de vista estadístico, muy pocos.

Después de que el cristianismo se fue introduciendo en el imperio Romano, llevando consigo la doctrina de la indisolubilidad del matrimonio y lo cual el Derecho romano no abandonó el divorcio, a lo sumo la institución fué objeto de ciertas medidas restrictivas por parte de los Emperadores romanos, de ahí que las constituciones imperiales, señalarán penas contra el esposo culpable de haber repudiado a su cónyuge sin justa razón o de haber ocasionado el divorcio por sus faltas

Tanto en la época que analizamos como en nuestro tiempo, se ha tratado de poner obstáculos para mantener la institución de la familia y que no por causas de menor importancia se rompan los lazos de unión que ésta supone.

La iglesia abrió una nueva concepción del matrimonio que implicaba su indisolubilidad hasta el Concilio de Trento, hubo sin embargo ciertas divergencias entre los canonistas cuya opinión discrepaba a cerca del alcance de las palabras de Cristo, que servían de fundamento a la prohibición del divorcio. En realidad los evangelistas consagran las frases de un modo diverso. Según San Lucas y San Mateo, permitió al marido repudiar a su mujer por causa de adulterio.

Quien es más acetrado en relación con la teoría de la indisolubilidad del matrimonio es San Agustín, quien defiende que el matrimonio no sea disuelto y más aún dicha teoría ha sido defendida en los concilios y se impuso en forma determinante en el hemisferio occidental, nada escatimo la iglesia para hacerla

triunfar de la resistencia que le oponían tanto los hábitos como las costumbres seculares. costumbres que a veces se hacían turbulentas por ser provocadas por príncipes y nobles.

Durante unos años algunos padres de la iglesia, como Tertuliano y otros autorizaron el divorcio conforme al texto de San Mateo pero prevalecía la tesis agustina de la indisolubilidad del matrimonio. la cual prevaleció hasta el siglo VII, obteniendo un verdadero triunfo en el siglo XII y en la época de Graciano. Pedro Lombardo decide que el divorcio por causas de adulterio es prohibido.

Fué hasta el siglo XVI cuando por las ideas del movimiento reformista, se propaga la corriente de simpatía por esa institución jurídica que mucho se reestablece en los países protestantes. Llegó a sobre pasarse el texto del evangelio, autorizando el divorcio en otros casos, además de aquéllos en que existiere adulterio de la mujer.

En la actualidad no sólo se ha sobrepasado el texto del evangelio, sino que el divorcio ha llegado al máximo, alcanzando las mayores facilidades para disolver el vínculo matrimonial y dejando a los cónyuges en la posibilidad de contraer otro.

El divorcio en nuestro Derecho lo podemos clasificar en las siguientes subdivisiones: Divorcio Judicial y Divorcio Administrativo.

2.- CONSIDERACIONES HISTORICAS.

a) R O M A .

El tratadista Eugenee Petit, dice que al aparecer el

divorcio. fué admitido legalmente desde el origen de Roma (24); sin embargo, los antiguos romanos no disfrutaban de dicha libertad, ésta que sin duda alguna, no coordinó con la severidad de las costumbres primitivas.

La creencia de que el divorcio no se implantó en los primeros tiempos del Imperio Romano se basa en el hecho de que en casi todos los matrimonios la mujer estaba sujeta a la manus de marido y era considerada respecto a éste como una hija, bajo la autoridad paterna, por consiguiente el único que tenía facultad para el divorcio era el esposo, quien lo podía solicitar sin causa justa.

Posteriormente al evolucionar el Derecho Romano hacia el fin de la república y sobre todo en el Bajo Imperio, como ya había quedado prácticamente en desuso la manus, tanto la mujer como el hombre, podían provocar más fácilmente los divorcios, hecho que llegó incluso a provocar críticas por la forma en que se venían dando las rupturas de los vínculos familiares.

Señala Sara Montero que: "Desde los orígenes de Roma el divorcio fué conocido y regulado jurídicamente, tenía lugar en diferente forma si el matrimonio había sido celebrado cum manu o sine manu, es decir quedando la mujer bajo la potestad del marido, en el primer caso o libre de ella en el segundo". (25)

(24) Petit, Eugene. ob. cit., pág. 109

(25) Montero, Duhalt Sara. ob. cit., pág. 205

En el matrimonio cum manu el divorcio consistía en un derecho de repudio por parte del marido, por lo tanto este divorcio era en forma unilateral y exclusiva del varón, con la exclusiva del varón, con la única obligación de restituir la dote a la mujer.

Si el matrimonio había sido celebrado en forma solemne por medio de la confarratio, se disolvía por disfarreatio; que se llevaba a cabo ante un sacerdote y diez testigos, ofreciéndose un pastel de harina a los esposos y en vez de compartirlo, lo rechazaban, se pronunciaban fórmulas, en vez de oraciones, que eran un especie de maldiciones, con lo que la mujer renunciaba al culto y dioses de su marido. Desde ese momento el lazo religiosos era roto y se interrumpía la comunidad de culto quedando el matrimonio disuelto.

"El matrimonio celebrado por coemitio (compra de la mujer) se disolvía por la remancipatio, otra especie de venta a semejanza de una manumissium, forma de salir de la esclavitud.

La remancipatio de la mujer casada equivalía a la emancipación de la hija, era realmente un repudio". (26)

Aquí también la voluntad de la mujer es ajena al acto: no puede provocar el divorcio ni impedirlo.

En el matrimonio sine manu, el cual se celebraba por usus, el derecho a disolver el vínculo, asumía dos formas.

1.- Por medio de la Bona Gratia.- Consistía en la disolución del vínculo matrimonial por la mutua voluntad de los esposos, sin

26) IBIDEM. pág. 205.

que se requiera formalidad alguna; se argumentaba que la voluntad había creado el estado de casados y ese mismo consentimiento podía disolver dicho estado.

2.- Por medio del repudio.- Que consistía en la disolución del vínculo matrimonial por voluntad de uno sólo de los cónyuges, aún sin causa justificada.

Las palabras "divortium" y "repudium" se aplicaba al caso de cesación de "Affectio maritalis"; el "repudium" correspondía más bien al divorcio originado por la voluntad de uno sólo de los consortes y el "divortium" se presentaba cuando los cónyuges se ponían de acuerdo para llevar acabo la disolución matrimonial.

Estas formas de llevarse a cabo el divorcio, predominaban hasta antes del reinado de Augusto, ya que éste decretó la Ley Julia de Adulterio que tenía como finalidad exigir al marido la repudiación de su mujer en forma pública y para tal efecto establece que aquel cónyuge que intente el divorcio debe expresar esa voluntad ante la presencia de siete testigos, sin presentar causas.

Ante este respecto Rafael Rojina Villegas afirma que, "es discutible si en el Derecho romano la repudiación que ejercía en un principio el marido y que después correspondía a ambos consortes podía ser libre, sin expresión de causa o tendría que fundarse en determinados motivos justificados, la mayoría de los romanistas consideran que el derecho de repudiación era libre, podría fundarse en alguna causa o podría llevarse a cabo sin expresión de ella." (27)

(27) Rojina Villegas. Rafael. ob. cit., pág 367

En el período final del Imperio Romano, las costumbres dieron un cambio total, ya que si antes el divorcio era muy excepcional, en este período se daba con mayor facilidad.

En el presente período ya es tomada en cuenta la voluntad de la mujer para la disolución del vínculo matrimonial a los extremos de tener derecho de repudiar al esposo, lo que trajo como consecuencia el abuso que el filósofo Séneca pudo decir " Qué mujer se sonroja actualmente por divorciarse, desde que otras damas ilustres, no cuenta su edad por el número de cónsulas, sino por el número de maridos se divorcian para volverse a casar, se casan para divorciarse" (28)

Posteriormente el emperador Constantino, permitió únicamente el divorcio cuando hubiese una causa justa. El infractor de esta disposición era castigado, sin que por ello se nulificara el divorcio.

Fué el Emperador Justiniano, quien dejó establecidas las causales por las cuales se podía solicitar y operar el divorcio, teniendo este derecho tanto la mujer como el marido, siendo las siguientes:

Para el Marido.

- 1.- Que la mujer hubiese encubierto maquinaciones contra el Estado.
- 2.- Adulterio probado de la mujer.
- 3.- Atentado contra la vida del marido.
- 4.- Trato con otros hombres contra la voluntad del marido o haberse bañado con ellos.

(28) Pallares , Eduardo. EL DIVORCIO HECHO EN MEXICO. pág. 12

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

6.- Asistencia de la mujer a actos públicos sin licencia.

Da lugar a la incapacidad para contraer nuevas nupcias

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

1.- Alta traición oculta del marido.

2.- Atentado contra la vida de la mujer

3.- Intento de prostituirla.

4.- Falsa acusación de adulterio.

5.- Que el marido tuviese su amante en la propia casa conyugal o fuera de ella de un modo ostensible, con persistencia, no obstante las admoniciones de la mujer o sus parientes. (29)

A la mujer le significa el destierro, pudiéndosele aplicar sanciones patrimoniales a la adúltera e inclusive ser recluida en claustro.

Es prohibido el divorcio por mutuo consentimiento, pero por exigencias de la sociedad, su sucesor Justino lo reestablece, ya que esta forma se encontraba profundamente en el espíritu del pueblo romano.

Visto lo anterior, en cuanto al Derecho Romano, pasaremos a la siguiente época.

b) FRANCIA .

El divorcio en el antiguo Derecho francés, que estaba muy apegado al Derecho canónico y por lo mismo supeditado a él, sólo

(29) Palleres . Eduardo. ob.cit., pág.12

aceptaba la separación de cuerpos.

Pero la culminación y triunfo de la Revolución francesa, termina el auge del Derecho canónico, se destruye el dogma cristiano de la indisolubilidad del matrimonio.

Los revolucionarios franceses llevaron su amada libertad, hasta la secularización de la unión matrimonial, que podía disolverse en cualquier momento, además fijaron los requisitos para contraer matrimonio, impedimentos para el mismo, capacidad de los contrayentes y la forma de celebración, negando completamente al matrimonio religioso valor legal.

En la Constitución de 1772, se establece legalmente el divorcio en Francia, admitiendo para ello las siguientes cláusulas:

- 1.- La incompatibilidad de caracteres y humor de los esposos.
- 2.- Adulterio.
- 3.- Injurias graves.
- 4.- Por sevicias
- 5.- Abandono de un cónyuge o de la casa conyugal.

También admitió causas que en realidad no ameritaban culpa alguna, pero que eran suficientes para solicitar el divorcio, como lo eran:

- 1.- Un hecho inmoral o un delito.
- 2.- La locura.
- 3.- La ausencia no imputable.
- 4.- La emigración de más de cinco años.

A la vez que admitió el divorcio por las formas antes vistas

la Revolución Francesa suprimió la separación de cuerpos por su origen eclesiástico; por ser contrario a las ideas que prevalecían en Francia en esa época.

Como podrá notarse, esta legislación era muy ligera, por lo que se dió un gran abuso del divorcio, tanto que eran más los casos de divorcio que los de matrimonio.

Ante este gran abuso surge el Código Napoleón llamado así, en honor del emperador Napoleón, con el que se logra salvar el valor del matrimonio.

Este Código termina por admitir el divorcio, aunque lo reglamenta de manera escrita. En principio un esposo no puede obtener el divorcio más que probando una culpa grave cometida por su cónyuge; más se admite el divorcio por mutuo consentimiento, pero imponiéndole limitaciones tales que prácticamente impiden recurrir a él. Esta circunstancia "tuvo como consecuencia que se redujesen los divorcios en la capital de Francia a un promedio de 50 por año". (30)

Este Código, por otra parte, establece la separación de cuerpos, la cual no existía desde 1792.

No fue sino hasta el año de 1814 cuando se reestableció el catolicismo como religión del Estado, por lo tanto se abrió el divorcio, admitiéndose únicamente la separación de cuerpos como medio para separar a los consortes.

Se suprimió durante bastante tiempo el divorcio, volviéndose a implantar hasta el año de 1884.

(30) Colín y H. Capitán. CURSO ELEMENTAL DE DERECHO CIVIL. pág.

Reestablecido que fué el divorcio, aceptado en Francia, sin que se haya llegado a abusar de él, como suponían las personas que se oponían a éste. (31)

En el Derecho positivo francés el matrimonio se disuelve en dos casos:

- 1.- La muerte de uno de los cónyuges.
- 2.- El divorcio legalmente pronunciado.

En sus artículos del 229 al 232 inclusive el Código Civil Francés, señala cuatro causales de divorcio:

Artículo 229.- " El marido podrá pedir el divorcio por causas de adulterio de su mujer."

Artículo 230.- " La mujer podrá pedir el divorcio por causa de adulterio de su marido."

Artículo 231.- " Los esposos podrán demandarse recíprocamente el divorcio por excesos, sevicias, o injurias graves de uno de ellos contra el otro."

Artículo 232.-" La condena de uno de los esposos a una pena aflictiva e infamante, sera para el otro esposo una causa de divorcio."

Por no ser tema de la presente tesis no se entrará en detalle en estas causales, ya que sólo son tomadas en cuenta como antecedentes de las causales del Derecho Positivo Mexicano.

(31) Josserean Luis. DERECHO CIVIL.pag. 141

c) E S P A Ñ A

El Derecho Español sólo admite el divorcio relativo; así el Código Civil Español siguiendo el precedente inmediato de la ley del matrimonio civil rechaza esta institución jurídica.

El Derecho Español como el Derecho Italiano, sólo admite la muerte como único medio de disolución del matrimonio (art. 52 del Código Civil Español y 48 del Código Civil Italiano).

El tratadista español Valverde, opina en relación con lo expuesto, lo siguiente: Por nuestra parte no hemos de regatear aplausos al Código Civil Español en este punto. Ya digimos anteriormente que no somos partidarios del divorcio absoluto, por considerarlo perjudicial desde el punto de vista social y el legislador español merece plásimos por no haber permitido la disolución del matrimonio, sino únicamente por la muerte de las personas robusteciendo de este modo la vida familiar.

En el Derecho Español sólo se admite que el divorcio sea pedido por el cónyuge inocente evitando así que el cónyuge culpable además de serlo se aproveche de sus mismos actos, cabe advertir que la petición de divorcio debe suponer la existencia de algún motivo que lo justifique y que sea alguna de las causas que el mismo ordenamiento español determine sin que lo anterior, afirma el tratadista Valverde pueda interpretarse extensivamente sobre esta materia, es decir que el divorcio tal como lo regula el Código, no podrá ser pedido ni decretado por otras causas que sean análogas y expuestas en el propio Código, según puede analizarse en el Código Civil español en su artículo 105, el cual menciona las siguientes causas:

a) El adulterio de la mujer en todo caso y el del marido cuando resulta escándalo público o menosprecio de la mujer.

b) Por malos tratamientos de obra o las injurias graves.

c) La violencia ejercida por el marido sobre la mujer para obligarla a cambiar de religión.

d) La propuesta del marido para prostituir a la mujer.

e) El conato del marido o de la mujer para corromper a los hijos a prostituirlos y la convivencia en la corrupción o prostitución.

f) La condena del cónyuge a cadena o reclusión perpetua.

Considera la legislación española a estas causas como suficientes en el orden moral para, motivar el divorcio, tal como lo admite el Código Civil Español.

Así mismo admite la separación temporal o perpetua de los cónyuges por medio del divorcio, no oponiéndose ni la nulidad ni el divorcio a la indisolubilidad del matrimonio.

La indisolubilidad que admite la legislación española se basa en principios morales en el interés de los hijos, además basándose en el principio admitido por los países católicos en el sentido de que "nuestro señor Jesucristo proclamó la perpetuidad del matrimonio".

Debido a que España sigue el mismo criterio de la legislación católica, es necesario hacer un breve estudio sobre los casos de separación que admite esta, así como las causas por las cuales sigue tal corriente.

La iglesia siguiendo a "Jesucristo", no admite el repudio, tal como lo consideraban los romanos, del que en tiempos antiguos se abusó de un modo extraordinario. Moisés lo había autorizado

entre los judios, cediendo a las necesidades de la época.

En el Derecho Canónico se fija (Cánones 1118 a 1127) que el matrimonio sólo se disuelve con la muerte de los conyuges, criterio aceptado por la legislación española.

La iglesia sólo admite el divorcio en cuanto al vínculo en los casos siguientes:

a) El matrimonio no consumado entre bautizados, o entre una persona bautizada y otra que no lo está.

b) También puede disolverse el matrimonio legítimo entre los no bautizados por medio del llamado privilegio Pauliano.

En virtud de este privilegio se disuelve el matrimonio, aún estando consumado, si uno de los cónyuges se convierte a la fé mediante el bautismo y el otro queda fuera de la iglesia.

Estas mismas causas de disolución las admite la legislación española.

Por enfermedades de algunos de los cónyuges no podían invocarse para disolver el matrimonio, según lo fijaban las Partidas, que son el antecedente inmediato de la legislación española. Así, las leyes 7ª y 8ª del título 2º de la partida 4ª dice lo siguiente: "mas si alguno de los que fueren casados cegase o se fiesse sordo o contra hecho o perdiere sus miembros por dolores o por enfermedades o por otra manera qualquiera, por ninguna de estas ni aunque se fiesse gafo, non dui el uno desamparen al otro ante duenbevirel todos en vuno, seguir el sano al otro e proveerle de las cosas que menaster le fiesieren, según su poder"

Como se fija en esta partida no eran causa de separación las enfermedades como sordera, pérdida de alguno de sus miembros,

sino que por el contrario a causa de ellas era cuando más debía el cónyuge sano demostrar su fidelidad al enfermo, no separandos de él por tal causa.

Las partidas hablan del adulterio como causas de separación y en las leyes séptima y octava del título noveno, partida cuarta, se fija esta causa de separación. En la partida cuarta, título décimo, ley segunda, se determina que el cónyuge que diere lugar al divorcio no podía casarse mientras viviesen los cónyuges y sólo a la muerte de uno de ellos podría hacerlo.

Para poderse separar los cónyuges que así lo deseaban, debería mediar la intervención de la autoridad eclesiástica del lugar, así se fijaba en las leyes séptima y octava del título décimo de la partida cuarta.

La ley de matrimonio civil anterior al Código Civil Español fijaba en su artículo 84 que para obtener el divorcio o la separación debería mediar el mandato judicial.

Tanto en el fuero juzgo como en el fuero real el Digesto y las partidas señalaban como causa de divorcio el adulterio de uno de los cónyuges y además de ser característico en estas legislaciones, el que no fijaban con quien pasaban los hijos después de la separación.

Después de lo expuesto debemos reconocer que España es de los países que más se apega a los lineamientos del Derecho Canónico.

En el decreto del 4 de febrero de 1875, en su artículo 52, se fija que los Tribunales Eclesiásticos conocieran de las separaciones de los católicos, determinando más tarde que la jurisdicción ordinaria (tribunales) debería conocer de estos asuntos sin perjuicio de los Tribunales Eclesiásticos.

En la época de la República por decreto de 3 de Noviembre de 1931 se fijó que sólo los tribunales ordinarios serían los únicos competentes para conocer los efectos civiles sobre las demandas de divorcio y de nulidad de matrimonios, cualquiera que fuere la forma de su celebración. Igual criterio se fijó en la Ley de divorcio de 2 de Mayo de 1932 y en la de matrimonio civil de 28 de Junio de 1932.

En el Código Civil actual en su artículo 106 se determina que sólo el cónyuge inocente tiene derecho a pedir la separación.

d) LEGISLACION MEXICANA.

Para continuar con el presente capítulo, entraremos al estudio de los aspectos históricos del Derecho Mexicano en cuanto al divorcio; para tal fin podemos dividirlo en tres períodos:

- 1.- Derecho Precolonial.
- 2.- Derecho Colonial.
- 3.- Derecho Independiente.

1.- DERECHO PRECOLONIAL.

Sobre el punto en estudio, en relación con los pueblos que ocuparon el Territorio de la República Mexicana, es indispensable hacer resaltar la circunstancia de que los aztecas tuvieron una alta concepción de la necesidad de mantener hasta donde fuera posible a la familia unida, estableciendo solamente el divorcio como un recurso de última instancia, al que deberían llegar sólo en extremas circunstancias.

"El matrimonio solemne podrá disolverse en virtud de un

fallo judicial; la solicitud de separación no era acogida con favor y los jueces trataban de dificultarlo en todo lo posible."

(32)

El divorcio se conoció en la forma más extrema, con ruptura del vínculo, pero los jueces investigaban las causas que aducían cada uno y los exhortaba a reconciliarse y vivir en paz, de la misma manera que lo hacen actualmente nuestros tribunales y sólo por la insistencia de los interesados, los jueces decretaban el divorcio, despachando con rudeza a los cónyuges, con lo cual les otorgaban su tácita autorización, no haciéndolo por sentencia en virtud de que el divorcio era mal visto por el pueblo. Por lo anterior el divorcio no era muy frecuente entre los aztecas.

Para solicitar el divorcio existían causales, las cuales eran invocadas según se tratase de hombre o mujer.

Las causas de divorcio que podía señalar el hombre eran las siguientes:

- 1.- La esterilidad de la mujer.
- 2.- La pereza de la esposa.
- 3.- Ser la esposa desaseada y sucia.
- 4.- Ser pendenciera.
- 5.- La incompatibilidad de caracteres.

Los motivos que podía aducir la mujer para solicitar el divorcio eran los siguientes:

- 1.- Los malos tratos físicos.
- 2.- El no ser sostenida por el marido en sus necesidades.

(32) Zurita, Alonso de. HISTORIA DE MEXICO. pág. 44

3.- La incompatibilidad de caracteres. (33)

Una vez sustanciado el divorcio con base en estas causas y el proceso respectivo, se ordenaba que los hijos varones en poder del padre y las hijas de la madre.

2.- DERECHO COLONIAL

Respecto a esta época se puede afirmar, a grandes rasgos, que el espíritu del Derecho Colonial, en lo relativo a las relaciones de familia, está impregnado de las disposiciones del Derecho Canónico, ya que se considera al matrimonio como un sacramento solemne e indisoluble; por consiguiente el único divorcio admitido por esta legislación (como ya se ha dejado apuntado al tatar el derecho español) es el llamado divorcio separación de cuerpos que no otorga libertad para contraer un nuevo matrimonio mientras vive con el otro cónyuge.

3.- DERECHO INDEPENDIENTE.

Una vez consumada la Independencia Política de México, como ya lo expusimos, era imposible cambiar el régimen jurídico vigente, en forma repentina, por lo que siguió observándose el sistema de la colonia, en los albores del México independiente; posteriormente todos los esfuerzos legislativos tendieron a la creación de las normas jurídicas básicas, pero la materia privada siguió siendo regulada por el viejo Derecho

(33) Alba, Carlos H. ob. cit., pág. 39

Español. Algunos intentos a nivel local dieron como resultado la creación de Códigos Civiles y proyectos de los mismos, con vigencia local. En cuanto al Distrito y Territorios Federales hubo que esperar hasta el año de 1870 para que surgiera el primer Código Civil.

Cronológicamente la legislación más importante que debemos considerar en materia de causales de divorcio en nuestro territorio está constituida por:

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

-El Código Civil para el Distrito Federal y Territorios de la Baja California y Tepic, en 1884.

-Ley del Divorcio Vincular del 20 de Noviembre de 1941.

-Ley de Relaciones Familiares de 1917.

-Código Civil vigente para el Distrito Federal de 1928.

CODIGO CIVIL DE 1870.

Es el resultado de un proyecto de Código Civil hecho por Justo Sierra, por mandato del entonces Presidente Benito Juárez y que no pudo entrar en vigor debido a la usurpación del poder de Maximiliano.

Este Código entra en vigor el 1^o de Marzo de 1871 y en su capítulo V regula lo relativo al divorcio, pero únicamente como separación de cuerpos, pues no admitía el divorcio vincular. La exposición de motivos de este código señala que el capítulo V trata del divorcio, no en cuanto al vínculo matrimonial, que es indisoluble, sino en cuanto a la separación de cuerpos.

El artículo 239 expresa lo siguiente: El divorcio no disuelve el vínculo matrimonial. Suspende algunas de las obligaciones civiles, que se expresarán en los artículos relativos a este Código.

Este Código no sólo declara indisoluble el matrimonio, sino que lo eleva a la categoría de precepto constitutivo. La fracción IX del artículo 23 de las adiciones a la Constitución Federal del 14 de Diciembre de 1874 declaraba expresamente: que el matrimonio civil no se disuelve más que por la muerte de uno de los cónyuges, pero las Leyes pueden admitir la separación temporal por causas graves que se determinarán por el legislador sin que por la separación quede hábil ninguno de los consortes para unirse con otra persona.

Como podrá apreciarse, en los preceptos citados el legislador de 1870, no admite la institución del divorcio, es decir, ha declarado la indisolubilidad del matrimonio admitiendo como único remedio para los conflictos que pudieran tener los esposos, la separación de cuerpos, por lo tanto, no es correcto utilizar el término divorcio para determinar la sólo separación física de dos personas llamadas cónyuges, entre los cuales aún subsisten algunas obligaciones y que sólo exime los cónyuges de llevar vida en común.

Este Código establecía en su artículo 240 las siguientes causales de divorcio. (separación de cuerpos).

1.- El adulterio de uno de los cónyuges.

2.- La proputa del marido prostituir a su mujer, no sólo cuando el marido lo haya hecho directamente, sino cuando se prueba que ha recibido dinero o cualquier

remuneración con el objeto expreso de permitir que otro tenga relaciones ilícitas con su mujer.

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

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

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

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

7.- La acusación falsa de un cónyuge al otro.

La separación de los cónyuges por la innovación de estas causas, no significa que los cónyuges quedarán hábiles para contraer matrimonio.

Para solicitar el divorcio se señalaba como condición que hubiesen transcurrido dos años como mínimo desde la celebración del matrimonio. (Artículo 250)

Por otra parte, el artículo 247 sostenía que no se permitía el divorcio por separación de cuerpos, a los matrimonios que tubiesen más de veinte años de constituido, por lo que hace a la mujer no permite que ella se divorcie cuando hubiere cumplido 45 años de edad.

Segun el Maestro Rojina Villegas, este Código tenía un elevado espíritu proteccionista de matrimonio, como institución indisoluble, para lo cual interpuso al divorcio una serie de trabas y finalidades. Al finalizar estos obstáculos el Juez exhortaba a los cónyuges en conflicto, para que dieran por

terminado el juicio de divorcio antes de dictar sentencia definitiva. (34)

Con este breve panorama concluimos que el Código Civil de 1870 siguió el sistema de separación de cuerpos, considerando esto como divorcio.

CODIGO CIVIL DE 1884

Por el decreto del 14 de Diciembre de 1883 se autoriza Ejecutivo de la Unión para promover la reforma del Código Civil de 1870, que se llevó a cabo con más rapidez, pues comenzó a regir el nuevo Código Civil a partir del 1^a de Junio de 1884.

Este Código en forma general, reprodujo los preceptos del Código anterior, en cuanto a la naturaleza del divocio, sus efectos y formalidades. Sin embargo redujo los trámites necesarios para la consecución del divorcio, ya que sin abolir por completo la serie de trabas que señalaba el Código de 1870, si hizo más fácil la separación de cuerpos.

En lo referente al vínculo matrimonial siguió siendo considerado como indisoluble y a la separación de cuerpos se le continuó llamando divorcio.

A las siete causas que establecía el Código abrogado añadió seis más que son:

1.- El hecho de que la mujer dé a luz en el matrimonio a un hijo concebido antes de celebrarse el contrato y que judicialmete sea declarado ilegítimo.

(34) Rojina Villegas, Rafael, ob. cit. pág. 389-391.

2.- La negativa de uno de los conyuges de suministrar alimentos conforme a la Ley.

3.- Los vicios incorregibles de juego o embriaguez.

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

5.- La infracción de las capitulaciones matrimoniales.

6.- Mutuo consentimiento.

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

Como se puede apreciar, este código sigue conservando el sistema de separación de cuerpos, llamado a éste divorcio.

LEY DEL 29 DE DICIEMBRE DE 1914.

"Cuando era todavía sólo el jefe de uno de los diversos bandos en plena guerra civil, Venustiano Carranza, expidió desde Veracruz dos intempestivos decretos, uno el 29 de Diciembre de 1914 y otro el 29 de Enero 1915 para introducir de improviso el divorcio vincular, ya que por la mencionada Ley Orgánica de 1874 de las adiciones y reformas a la Constitución que reconocía la indisolubilidad de matrimonio, por el segundo decreto reformó a distancia también desde Veracruz el Código Civil del Distrito Federal para establecer que la palabra divorcio, que antes sólo significaba separación de lecho y habitación y que no disolvía el

vínculo, hoy debe entenderse en el sentido de que éste queda roto y deja a los consortes en aptitud de contraer una nueva unión:"(35)

En efecto esta Ley deja atrás el criterio establecido por las legiones anteriores, que sólo permitían el divorcio por separación de cuerpos, más no el de la disolución del vínculo matrimonial.

En su exposición de motivos, esta Ley decía, el matrimonio tiene por objetos esenciales la procreación de la especie, la educación de los hijos y la mutua ayuda de los contrayentes para soportar la acarga de la vida; que en esa virtud, se contrae siempre en concepto de unión definitiva, pues los cónyuges al unirse entienden conseguir por ese medio la realización de sus más altos ideales, pero desgraciadamente no siempre se alcanzan los fines para los cuales fue contraído el matrimonio y por excepcionales que sean estos casos, la Ley debe justamente atender a remediarlos, relevando a los cónyuges de la obligación de permanecer unidos durante toda la existencia, es un estado irregular contrario a la naturaleza y a las necesidades humanas.

Como se puede apreciar en esta Ley, ya se toman en cuenta los objetos esenciales del matrimonio, que en la actualidad se les da el nombre de fines del matrimonio.

Estas consideraciones que legislador tuvo a bien expresar por su gran trascendencia social, muestra que muchas parejas pueden alcanzar sus más altos ideales, cuando se llevan a cabo estos objetos esenciales y en forma particular la ayuda mutua de

(35) Sánchez Medal. Ramón. ob. cit., pág 17

los cónyuges para socorrerse y soportar las cargas de la vida.

En otro párrafo de la exposición de motivos de la mencionada Ley se lee: "Lo que hasta ahora se ha llamado divorcio en nuestra legislación, o sea la simple separación de los consortes sin disolver el vínculo, única forma que permitió la Ley de 14 de Diciembre de 1874, lejos de satisfacer la necesidad social de reducir a su mínima expresión las consecuencias de las uniones desgraciadas, sólo crea una situación irregular, peor que la que trata de remediarse, porque fomenta la discordia entre las familias, lastimando hondamente el afecto entre padres e hijos, extendiendo la desmoralización entre la sociedad. Esa simple separación de los consortes, crea además una situación anómala de duración indefinida, que es contraria a la naturaleza y al derecho que tiene todo ser humano de procurar su bienestar y la satisfacción de sus necesidades, por cuanto condena a los cónyuges separados a perpetua inhabilidad para los más altos fines de la vida. La experiencia y el ejemplo de las naciones civilizadas enseñan que el divorcio que disuelve el vínculo, es el único medio de subsanar, hasta donde es posible, los errores de uniones que no pueden subsistir."

Del párrafo anterior, se deduce que el legislador consideró que no tenía caso mantener unidas a dos personas aún contra de su voluntad: es por eso que optó por la solución más adecuada para el problema de los matrimonios que han fracasado en el logro de los fines del mismo, disolviendo el vínculo, para así evitar que se provoquen choques entre los cónyuges. Además esta Ley impidió que subsistiera el adulterio que se practicaba continuamente. El adulterio tenía su origen en el hecho de que los cónyuges

separados estaban impedidos jurídicamente para llevar adelante una nueva unión legítima.

En la exposición de motivos que venimos comentando se dice que el hecho de que se autorice el divorcio vincular, no implica que todos los hombres hagan uso de él, pues se estatuye en la multitudada exposición de motivos: "Que si bien la aceptación del divorcio que disuelve el vínculo, es el medio directo de corregir una verdadera necesidad social, debe tenerse en cuenta que sólo se trata de un caso de excepción y no de un estado que sea la condición general de los hombres en sociedad: por lo cual es preciso reducirlo sólo a casos en los que la mala condición de los consortes sea ya irreparable en otra forma que no sea su absoluta separación."

Esta Ley no hacía enumeración de causales por las cuales se podía pedir la disolución del vínculo conyugal, únicamente se concretaba a dos artículos y uno transitorio, los cuales establecían:

Artículo 13.- Se reforma la fracción IX del artículo 23 de la Ley de Diciembre de 1874, reglamentaria de las adiciones y reformas de la Constitución Federal decretada el 25 de Diciembre de 1873, en los términos siguientes:

Fracción IX.- El matrimonio podrá disolverse en cuanto al vínculo, ya sea por libre y mutuo consentimiento de los cónyuges, cuando el matrimonio tenga más de tres años de celebrado o en cualquier tiempo, por causas que hagan imposible o indebida la realización de los fines del matrimonio o por faltas graves de alguno de los cónyuges que hagan irreparable la desavenencia conyugal. Disuelto el matrimonio, los cónyuges pueden contraer una

nueva unión legítima.

Artículo 2A.- Entre tanto se establece el orden constitucional en la República, los gobernadores de los Estados quedan autorizados para hacer en los respectivos Códigos Civiles, las modificaciones necesarias a fin de que esta Ley pueda tener aplicación.

Transitorio.- Esta Ley será publicada por bando y pregonada. Comenzará a surtir sus efectos desde esta fecha.

El maestro Rojina Viellegas dice al respecto: "La Ley de 1914 reconoció el divorcio vincular necesario, se comprendían dentro de la primera serie de causas, es decir, las que hacían imposibles o indebida la realización de los fines del matrimonio, los siguientes: a).- Impotencia incurable para la cópula, en cuanto que impedía la perpetuación de la especie; b).- Enfermedades crónicas e incurables que fuesen contagiosas o hereditarias y c).- Situaciones contrarias al estado matrimonial, por abandono de la casa conyugal o por ausencia, pues al no realizarse la vida en común, ya no se podían cumplir los fines matrimoniales.

En la segunda serie de causas, podían considerarse a su vez las siguientes:

a).- Faltas graves de alguno de los cónyuges que hicieran irreparable la desavenencia conyugal. Es decir, se incluían los delitos de un cónyuge contra el otro, de un cónyuge contra los hijos y de un cónyuge contra terceras personas que arrojan una mancha irreparable:

b).- Los graves hechos inmorales de la prostitución de la mujer, de tolerancia del marido para prostituirla, o de la

ejecución de actos directos para su prostitución, así como la corrupción de los hijos;

c).- El incumplimiento de obligaciones conyugales en cuanto a alimentos y abandono de condiciones aflictivas de un cónyuge o de los hijos." (36)

Esta Ley de 1914 acertó en cuanto a sus fines y propósitos, ya que prescribió que el matrimonio podía disolverse por mutuo y libre consentimiento de los cónyuges, puesto que si dos personas se unieron por su propia y libre voluntad, es lógico que puedan manifestar su propia voluntad para disolver la unión; por otra parte, es un modo discreto de cubrir las culpas graves de alguno de los cónyuges:

En lo referente a las faltas graves de alguno de los cónyuges, ésto parece que fué bien implantado por el legislador ya que los cónyuges se deben respeto mutuo.

LEY SOBRE RELACIONES FAMILIARES.

Esta Ley fué expedida en el Puerto de Veracruz, el 9 de Abril de 1917, acatando la Ley del 14 de Diciembre de 1914, que autorizaba la disolución del vínculo matrimonial en vida de los cónyuges, en toda la República.

En élla se dictaron disposiciones más claras y precisas sobre el matrimonio logrando legislar definitivamente en materia de divorcio.

El artículo 75 de esta Ley manifiesta, el divorcio disuelve

(36) Rojina Villegas, Rafael. ob. cit., pág. 431

el vínculo matrimonial y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro.

En lo referente a la capacidad para contraer un nuevo matrimonio. El artículo 102 nos dice: los cónyuges recobrarán su entera capacidad para contraer un nuevo matrimonio, salvo lo dispuesto por 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 nuevo matrimonio sino después de dos años de pronunciada la sentencia de divorcio.

Por otra parte el artículo 140 señala que la mujer no puede contraer un segundo matrimonio sino hasta pasados trescientos días después de la disolución del primero. En los casos de nulidad o de divorcio puede contarse ese tiempo desde que se interrumpió la cohabitación.

El artículo 76 de esta misma Ley señala las causales:

"Artículo 76.. Son causas de divorcio.

I.- El adulterio de uno de los cónyuges.

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

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

tolerancia en su corrupción o por algún hecho inmoral, tan grave como los anteriores.

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

V.- El abandono injustificado del domicilio cónyugal por cualquiera de los consortes, durante seis meses consecutivos.

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

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

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

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

X.- El vicio incorregible de la embriaguez.

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

XII.- El mutuo consentimiento."

En caso de no querer solicitar el divorcio invocando como causal de divorcio de la fracción IV, el cónyuge tenía la opción de pedir la separación de cuerpos que figuraba dentro de esta Ley la cual consistía en la separación del lecho y habitación, quedando las demás obligaciones civiles subsistentes.

Esta Ley es más clara en sus definiciones, en relación a los Códigos anteriores, aumentando algunos preceptos que el legislador consideró necesarios para nuestro medio; así mismo hace una distinción entre el divorcio necesario y el divorcio por mutuo consentimiento ya que el primero es aquel que se funda en una de las causas que se consignan en el artículo citado y el segundo se obtiene por mutuo consentimiento, acudiendo los consortes ante el Juez con el objeto de divorciarse, sin otra causa que su voluntad de hacerlo; el Juez celebrará tres juntas en las que tratará de lograr que los cónyuges desistan de su deseo de disolver el vínculo; si esto no se logra, el Juez decretará el divorcio.

También, en el contenido de esta Ley, encontramos una innovación del legislador al tomar en cuenta el hecho de que cuando un cónyuge demandaba el divorcio al otro y aquél no hubiere podido justificar su acusación, el ofendido tenía el derecho de contrademandar a su cónyuge, ya que así lo señalaba el artículo 79 que a la letra dice: "Cuando un cónyuge haya pedido el divorcio o la nulidad del matrimonio, por causa que no haya justificado o que haya resultado insuficiente, el demandado tiene a su vez el derecho de pedir el divorcio, pero no podrá hacerlo sino hasta pasado tres meses de la notificación de la última sentencia. Durante esos tres meses la mujer no puede ser obligada

a vivir con el marido".

Por todo lo expuesto, se ve claramente que esta Ley fué una ampliación de la Ley de Diciembre de 1914, pues ésta contemplaba ya lo relativo al matrimonio y el divorcio, a través de sus preceptos legales, los que fueron transportados casi en su totalidad a la Ley Relaciones Familiares.

CODIGO CIVIL VIGENTE.

Nuestro Código Civil actual entra en vigor el 1º de octubre de 1932, estableciendo modalidades en materia de divorcio.

Este Código reproduce el artículo 75 de la Ley de Relaciones Familiares en el artículo 226, que a la letra dice "El divorcio disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro."

Como se ve, este artículo no define al divorcio, solamente hace mención de lo efectos que surgen.

Agrega a las causales existentes varias más, las cuales, según el criterio del legislador, son necesarias pues se estaban originando circunstancias que no se encortaban consideradas como causas de divorcio, lo que provocaba la inestabilidad del matrimonio; para realizar esto se tomó en cuenta los aspectos sociales, económicos y políticos de la época social. A continuación transcribiremos el contenido de los artículos 267 y 268 en donde se precisan con mayor exactitud las causales que dan origen al divorcio, las que se analizarán en el capítulo III de esta tesis.

"Artículo 267.- Son causales de divorcio:

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

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

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

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

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

VI.- Padecer 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.

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

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

IX.- La separación del hogar conyugal por más de seis meses sin causa justificada.

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

necesita para que se haga que preceda la declaración de ausencia.

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

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

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

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

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

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

XVII.- El mutuo consentimiento.

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

Artículo 268. Cuando un conyuge haya pedido el divorcio o

la nulidad del matrimonio por causa que no haya justificado o se hubiere desistido de la demanda o de la acción sin la conformidad del demandado, éste tiene a su vez el derecho de pedir el divorcio, pero no podrá hacerlo sino pasados tres meses de la notificación de la última sentencia o del auto que recayó al desistimiento. Durante estos tres meses los cónyuges no están obligados a vivir juntos."

En virtud de las reformas de 1983 de que fué objeto el Código Civil de 1928, se modificaron las fracciones VII y XII y se agregó la fracción XVIII, quedando expresadas como se han transcrito en párrafos anteriores.

De tal manera, nos damos cuenta que el contenido de estos artículos al redactarse se utilizó una técnica jurídica más depurada en relación con las anteriores legislaciones, por ejemplo en la fracción I, que no sólo se limita a señalar el adulterio, sino que éste debe comprobarse plenamente.

B) MARCO TEORICO DEL DIVORCIO EN NUESTRA LEGISLACION

1.- CONCEPTO DE DIVORCIO.

Cuando una pareja decide contraer matrimonio basa su decisión en diversos factores como son " Amor, atracción sexual o afectiva, convivencia quizá." (37) El hecho es que cuando se casan están seguros, o tienen fundadas esperanzas en que van a ser recíprocamente felices. Algunos lo logran durante un tiempo, el cual puede prolongarse toda la vida, alcanzar la relativa

(37) Montero Duhalt, Sara. op. cit. pag. 196.

felicidad que la vida conyugal puede otorgar. Otras parejas por inúmeras circunstancias tan variadas como los seres humanos, fracasan en su intento de ser felices en su vida común. El panorama va complicándose paulatinamente. Cuando esto ocurre los cónyuges empiezan a desunirse, aunque sigan compartiendo el mismo techo y rompen el vínculo afectivo que los impulsó a contraer matrimonio, dejan de ser pareja y toman rumbos diferentes. Ante el inminente fracaso los cónyuges optan por diversas soluciones.

Así algunos con madurez y sencillez, cuando el vínculo de origen era sólido y auténtico y si la situación que provocó el rompimiento es realmente subsanable, más si hay hijos de por medio, " Tratan de salvar del naufragio a la nave conyugal o por lo menos lo intentan."(38) otros por su parte soportan indefinidamente esta situación que de matrimonio no tiene más que el nombre, ya sea por convicciones o prejuicios, o bien porque la ley no les dió otra opción, así víctimas de la soledad o infidelidad matrimonial buscan comprensión en diversos medios, ya sea mediante uniones ilícitas, o en la variada gama de conductas neuróticas propias de las frustraciones provocando problemas más graves a la llamada célula de la sociedad, la familia, y a la sociedad misma. Y finalmente hay otros en mayor número que logran el divorcio, así es como éste viene a ser no más que la manifestación legal de una real ruptura del matrimonio.

" Es así como la palabra divorcio, del Latín divortium que

(38) Montero Duhalt. Sara. op. cit. pag. 196

significa: separar lo que estaba unido, y palabra misma que un autor hace derivar su etimología de la frase "adversitate mentium" que significa para los romanos la separación absoluta entre el marido y la mujer, por la cual ambos recobran su libertad, de manera que podían contraer nuevo matrimonio con otra persona, es considerado como la antítesis del matrimonio, es el rompimiento del vínculo, seguir sendas diferentes los que antes marchaban por el mismo camino." (39)

Por otra parte, el concepto legal de divorcio es otro. la jurista Sara Montero nos expresa que el divorcio "Es la forma legal de extinguir un matrimonio válido en vida de los cónyuges, decretado por la autoridad competente que permite a los mismos contraer con posterioridad un nuevo matrimonio válido."(40) La misma autora nos indica que para captar cabalmente el concepto jurídico del divorcio como la extinción del matrimonio válido, es conveniente determinar también el concepto jurídico de matrimonio, no expresándolo como "Un contrato solemne de interés público por el cual un sólo hombre y una sólo mujer establecen comunidad de vida total y permanente, al que la ley y la sociedad consideran el fundamento de la familia."(41) Determinado el concepto de matrimonio y el del divorcio, tenemos que las consideraciones jurídicas del matrimonio sólo podrán extinguirse por muerte, nulidad o divorcio. Con esta base podemos concluir que la simple separación de hecho de los cónyuges, ya sea física

(39) Mateos Alarcón, Manuel. pag. 118

(40) Montero Duhalt, Sara. op. cit. pag. 197

(41) IBIDEM.

o espiritual o ambas no es divorcio, ya que los cónyuges siguen unidos legalmente y no pueden contraer nuevo matrimonio válido hasta que sea legalmente extinguido el anterior y quienes lo hagan lo contraerán a sabiendas de que ese segundo matrimonio es nulo y cometen el delito de bigamia.

En conclusión el divorcio como forma legal de extinción del matrimonio válido sólo puede ser decretado por autoridades competentes en base a causas específicamente determinadas en la ley, dejando a los cónyuges en la libertad de contraer uno nuevo. El concepto gramatical de divorcio según diccionarios jurídicos pueden variar en cuanto a la redacción, pero en esencia significa exactamente lo mismo, así tenemos las siguientes conceptualizaciones:

"Divorcio es el efecto que disuelve al vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro; mismo que entre los romanos era la separación absoluta del marido y la mujer, hecha con arreglo a las leyes, de modo que cada uno de ellos podía casarse inmediatamente con otra persona."(42)

También se puede definir al divorcio como "La acción o efecto de separar un juez competente, por sentencia legal a personas unidas en matrimonio, separación que puede ser con disolución del vínculo o bien manteniéndolo pero haciendo que se interrumpa la cohabitación y el lecho."(43)

De esta manera vamos delimitando el concepto ideal de la figura jurídica del divorcio, puesto que hemos ya distinguido que

(42) Diccionario Jurídico. pag. 93

(43) Diccionario de las Ciencias Jurídicas. pag. 260

el divorcio no es una simple separación como lo inferíamos del verbo latino "divertiere", sino que implica algo más profundo, una desvinculación, esto es que aunque el matrimonio es por su naturaleza indisoluble, la experiencia aprueba que pueden producirse situaciones tales que hagan imposible la comunidad de vida, afecto e intereses, tanto que le sea necesario para acudir al divorcio para terminar esta situación, por lo que la Enciclopedia Universal define el divorcio como: "La cesación de la vida matrimonial en vida de ambos cónyuges y después de consumado el matrimonio, con el fin de extinguir el vínculo de éste."(44)

Del mismo modo es posible diferenciar al divorcio de los conceptos de nulidad del matrimonio, ya que la nulidad hace que no exista el matrimonio, lo que el divorcio presupone.

Con base en todos estos aspectos del divorcio, en cuanto a que se extingue o no el matrimonio, los tratadistas y las legislaciones del mundo distinguen dos principales tipos de divorcio: El absoluto o vincular y el relativo o separación de cuerpos.

Pero entre nosotros podemos afirmar que nuestro actual Código Civil vigente para el Distrito Federal concibe al verdadero divorcio vincular entendiéndolo como: "Aquel que disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro." Artículo 266 del Código Civil, cuya naturaleza jurídica según consideraciones de la doctrina; es un acto jurisdiccional o administrativo, según sea el caso, en virtud del cual se disuelve el vínculo conyugal y el llamado

(44) Enciclopedia Universal Ilustrada pag. 1662

contrato termina, tanto en relación con los cónyuges como respecto de un tercero, e incluso frente a la sociedad en general.

2.- CLASIFICACION CODIFICADA

Primeramente tenemos que el divorcio verdadero es aquel que disuelve el vínculo matrimonial y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro, de acuerdo a nuestra actual legislación, tal y como lo dejamos asentado anteriormente, por tal razón se clasifica de la siguiente manera:

a.- Voluntario:

- 1) Administrativo.
- 2) Judicial.

b.- Necesario o contencioso.

Misma forma en que nosotros lo estudiaremos en los siguientes párrafos de este acápite.

En este aspecto debemos aclarar que cada autor se adhiere a cierta clasificación, ya que algunos como Rojina Villegas opinan que son cuatro en vez de tres las distintas formas del divorcio:

- " A) Divorcio necesario
- B) " voluntario
- C) Separación de cuerpos
- D) Divorcio voluntario de tipo administrativo." (45)

Pero de lo anteriormente estudiado desprendemos que el

(45) Rojina Villegas, Rafael, Op. cit., pag. 350

inciso c) de esta clasificación debe ser descartada ya que nuestro sistema concibe el divorcio propiamente dicho, el vincular y no la simple separación de cuerpos aunque también la regula, además de acuerdo a nuestro Código Civil, el inciso d) debemos incluirlo dentro del divorcio voluntario con característica especial en su trámite. Por su parte Eduardo Pallares nos indica que a su juicio tanto el Código Civil como el de Procedimientos Civiles establecen tres clases de divorcio vincular que son:

- " a) El divorcio ante el oficial del registro civil.
- b) El divorcio judicial voluntario.
- c) El divorcio contencioso o necesario." (46)

Clasificación misma que en nuestra consideración podemos objetar ya que el primer inciso es el "divorcio voluntario administrativo" y por ende entra en el divorcio voluntario, sólo que concierne modalidad como ya habíamos mencionado.

No obstante lo anterior, nosotros utilizaremos la llamada "división Bipartita del Divorcio", misma que contiene nuestro Código Civil vigente, es decir la "Clasificación Codificada del divorcio, la cual lo divide de la siguiente manera:

a) VOLUNTARIO.

Dentro de la evolución del divorcio mismo, normalmente ésta continua hasta admitir el divorcio por mutuo consentimiento o voluntario, o sea que no se necesita aducir ninguna causa.

(46) Pallares, Eduardo. op. cit. , pág. 37

específica para solicitar el divorcio, sino que éste puede producirse por la simple voluntad de los divorciantes. El divorcio por mutuo consentimiento es uno de los principios de la doctrina liberal, basada en la tesis de los enciclopedistas del siglo XVII. Estos pensadores en su prurito laicista de rescatar, según decían para el Estado y para la sociedad, todas las instituciones que la Iglesia Católica había absorbido dentro de su jurisdicción eclesiástica, afirmaban que el matrimonio no es más que un contrato civil y que por tanto, puede terminarse por voluntad de quienes lo contrataron. Siendo lo anterior lo mismo que pensaba Venustiano Carranza y que afirmó en su decreto: "El matrimonio es un contrato civil formado principalmente por la espontanea y libre voluntad de los contrayentes..."(47) termina diciendo que sería absurdo que subsista la voluntad que lo formó.

Además, al divorcio por mutuo consentimiento se le llama también "Divorcio Capricho"(48) ya que no es necesario exponer cual es la causa o razón de la voluntad de divorciarse, sino que es exclusivamente el capricho de los cónyuges que no quieren seguir manteniendo la vida en común. Así nuestra legislación divorcista ha sido desde el primer momento especialmente amplia y liberal al admitir de golpe el divorcio por mutuo disenso.

Este medio de disolución del vinculo matrimonial traduce una antigua controversia, promovida por los que establecen que no es aceptable legal ni moralmente, dejar supeditada la ruptura del

(47) Pacheco E., Alberto. LA FAMILIA EN EL DERCHO CIVIL MECICANO.
pág. 150

(48) IBIDEM . pág. 151

vínculo conyugal a la simple decisión volitiva de los interesados, es por ello que en algunas de las legislaciones no se admite esta clase de divorcio, ya que facilita la disolución del vínculo matrimonial, poniendo en peligro la estabilidad de la familia. Se dice que es causa de que muchas personas contraigan matrimonio no con el propósito de permanecer en él por toda la vida, ni siquiera por mucho tiempo, sino por dejarse llevar sólo por impulsos sentimentales que lo provocaran, convirtiendo el matrimonio en un medio para dar la apariencia de "Moralidad y legalidad a uniones libres y pasajeras".(49) Pero sucede que si se suprime el divorcio voluntario, obligaría a los esposos a acudir al procedimiento de simular un juicio de divorcio necesario, en el cual uno de ellos confieza ser culpable de incurrir en alguna de las causales que la Ley consigna para que el consorte puede demandar el divorcio. Incluso en el Distrito Federal se utiliza esta solución simulada, teniendo como finalidad hacer contencioso el divorcio y evitar la intervención del Ministerio Público que es forzosa y embarazosa en el procedimiento de divorcio voluntario.

En contrario sostienen sus defensores que si se admite por la ley es con el fin de que los esposos no se vean obligados a deshonorar a su familia revelando hechos que pueden traer sobre el cónyuge culpable condenas criminales, pues por lo demás sólo procede por causas menos graves y propias que las determinadas expresamente, la causa por tanto existe, lo que ocurre es que debe permanecer secreta. Si embargo hay quienes continúan

(49) Pallares, Eduardo. op. cit., pág. 56

sosteniendo que esta clase de divorcio ha constituido un estimulante para las rupturas conyugales.

Así como en la Ley francesa de 1792, que admitía al divorcio por mutuo consentimiento, promovió los abusos del divorcio que la historia nos revela durante el período revolucionario, por esta razón los redactores del Código Civil francés reaccionaron y limitaron el principio "El divorcio por mutuo consentimiento se hizo muy difícil, el proyecto lo había suprimido, confirmándose con las observaciones de los tribunales, fué manteniendo por la voluntad de Bonaparte, quien se supone haber obrado en provisión de su ruptura de Josefina de Benharnees. Pero se exigía del demandante la persistencia en su propósito durante un año, y la abstinencia del consentimiento de una especie de tribunal de familia. El divorcio ya pronunciado por el tribunal, hacía traspasar de pleno derecho a los hijos, en una propiedad, la mitad de los bienes de cada cónyuge y prohibía todo nuevo matrimonio durante tres años."(50) Estas regulaciones, señalan los tratadistas, provocaron que el divorcio voluntario se convirtiera en una forma de divorcio poco ventajosa para los esposos. No obstante la actual verdad en Francia como en otros países donde impera el divorcio vincular con o sin causa determinada, el trámite de la separación se ha transformado en rutina, y los magistrados suelen despachar un asunto concerniente a la perturbabilidad de los vínculos familiares, con la misma despreocupación que atienden sus quehaceres cotidianos.

Ante esta situación por su parte Ibarrola nos hace notar el

(50) Planol. op.cit., pág. 24

grave problema de la disolución que con toda razón llama también "Desintegración de la familia" indica que esta aceptación del divorcio voluntario en el Código Civil francés, no es más que una forma de descuidar la familia, citando: "Y creían los legisladores franceses defender así a la familia...." (51)

Así el divorcio por mutuo consentimiento dentro de Derecho Comparado nos indica Rojina Villegas que, en las legislaciones europeas el Código Civil francés o Código de Napoleón aceptó finalmente, siguiéndolo el Código de Bélgica, el de Rumania y Luxemburgo. Pero ni en Alemania, ni en Suiza e Inglaterra, admitieron esta forma de divorcio. Rusia por su parte ha aceptado con toda libertad no sólo el divorcio por mutuo consentimiento sino que también el divorcio por voluntad unilateral de cualquiera de los cónyuges, seguido por el Código Uruguayo.

En relación con América, el divorcio voluntario se ha aceptado aunque con ciertas restricciones, en Panamá, Guatemala y Cuba. En El Salvador, Bolivia, Venezuela y Perú primero se da la separación de cuerpos por dos años y después se podrá pedir el divorcio por mutuo consentimiento. (52)

Como ya se indicó al iniciar este acápite, el divorcio voluntario o por mutuo consentimiento se va a dividir en dos subclases, de acuerdo a su tramitación y en función de quien resuelve en cada una, ya sea el Oficial del Registro Civil o el Juez Familiar. Siendo entonces las siguientes subclases de

(51) Ibarrola, Antonio. DERECHO DE FAMILIA, pág. 350

(52) Rojina Villegas. op. cit.. pág. 356

divorcio voluntario.

a.1- Administrativo. Este es el tipo de divorcio voluntario en el cual el procedimiento no corresponde propiamente a un juicio de divorcio, es decir, es más bien un trámite administrativo como su nombre lo indica, llevado ante autoridades puramente administrativas. La introducción de este tipo de divorcio en el Código Civil vigente, afirma el jurista Rafael de Pina, que facilita en forma indebida la disolución del matrimonio debido a que llenándose ciertas formalidades que menciona el artículo 272 los consortes pueden acudir ante el oficial del Registro Civil para que se levante un acta que dé por terminado el matrimonio. El mismo autor nos menciona acertadamente lo que se señala en la exposición de motivos del Código Civil vigente al respecto, que "Si bien es cierto que es de interés general y social el que los matrimonios sean instituciones estables y de difícil disolución, lo es también el que los hogares no sean focos de continuos disgustos y desavenencias, y si no están en juego los intereses de los hijos y en forma alguna se perjudican derechos de terceros, debe disolverse el vínculo matrimonial con prontitud y con esto la sociedad no sufrió perjuicio alguno. Por el contrario será de interés general el disolver una situación establecida sobre desavenencias incongruentes con el espíritu y la naturaleza de la institución matrimonial."(53)

Así, el divorcio ante el oficial del Registro Civil se lleva a cabo cuando se reúnen los siguientes requisitos:

(53) De Pina, Rafael. op. cit., pág. 351

- Ser mayores de edad los consortes.
- No tengan hijos.
- Hubieran liquidado la sociedad conyugal para el caso de que exista.

Entonces se presentarán ante el oficial del Registro Civil del lugar de su domicilio, comprobando con copia certificada que son casados y mayores de edad, externando su voluntad de divorciarse.

Hecho lo anterior se levanta entonces un acta que hará constar la solicitud de divorcio y se citará a los cónyuges para que la ratifiquen a los quince días de presentada. Si se hace la ratificación el oficial los declarará divorciados, haciendo las anotaciones correspondientes.

Pero si se comprueba que los cónyuges tienen hijos, y que son menores de edad, o no hayan liquidado la sociedad conyugal, si existiere, el divorcio no surtirá sus efectos legales, ya que deberán divorciarse por mutuo consentimiento pero ante el Juez familiar competente y mediante un divorcio voluntario judicial, según lo disponga el Código de procedimientos Civiles, además de que no podrán efectuarse, mediante representante o apoderado, sino que los cónyuges deben asistir personalmente. (54)

Entre los problemas que se pueden presentar durante su trámite, debemos aclarar situaciones como las siguientes: según la misma ley adjetiva, el matrimonio produce la emancipación de quienes lo celebran. Además los emancipados menores de edad sólo deben pedir autorización de quien ejerce la patria potestad, para

(54) Pallares, Eduardo. op. cit., pag. 40

contraer nupcias, negocios judiciales, para vender o hipotecar bienes raíces y el tutor para negocios judiciales, pero como el divorcio administrativo no es asunto judicial por tanto el emancipado no necesita autorización para divorciarse. Por lo que respecta a personas sujetos a interdicción y una vez aclarada ésta tenemos que para el caso de los sordomudos que no sepan leer ni escribir, no pueden efectuar divorcio de este tipo, ya que no tiene capacidad jurídica para realizar un acto jurídico de declaración de libertad como lo es el divorcio administrativo, tampoco podrán hacerlo mediante tutor, pues mientras el Código Civil no considere como impedimento la sordomudez para contraer matrimonio, en cambio sí declara incapaz a un sordomudo que no ha aprendido a leer ni escribir, por lo cual si el estado de interdicción ya ha sido declarado y tiene nombrado tutor, solo podrá casarse con la intervención de este, sino se ha declarado sólo para cumplir la edad requerida. Por el contrario no podrá divorciarse voluntariamente, ante el oficial del Registro Civil o bien ante los Tribunales Judiciales, sin la intervención del tutor pero siempre que concurra a las juntas. Por último, para que este divorcio surta sus efectos, es necesario que se levanten las actas respectivas y que estén debidamente autorizadas de lo contrario no surtirá sus efectos legales por no haberse cumplido con los requisitos formales. (55)

Como podemos observar este procedimiento se lleva a cabo ante una autoridad administrativa, que realiza funciones pasivas, semejantes a las de un notario, únicamente hace constar de dicho

(55) Pallares, Eduardo. op. cit., pág. 41

acto y declara el divorcio danado fe de la voluntad de los cónyuges considerando el divorcio como una especie de rescisión de contrato, ya que no afecta a terceros como serían los hijos, ni a ellos mismos en su perjuicio al ser mayores de edad y tener pleno uso de sus facultades mentales.

Concluimos este inciso aludiendo a las palabras del jurista Alberto Pacheco al señalarnos que "sería difícil imaginar un divorcio más fácil de obtener que éste, y aún parece que el último párrafo del artículo 272 orienta a los cónyuges para que si no se encuentran en ninguno de los casos previstos, no pierdan la esperanza del divorcio, sino que acudan al Poder Judicial." (56)

De esto sólo presta decir que en realidad la facilidad del procedimiento es evidente, pero también es justa pues a la ley no puede condenar para toda su vida a una pareja, por un error volitivo.

a.2- Judicial. El Divorcio Voluntario Judicial es aquel procedimiento en el que sea cual fuere la edad de los cónyuges y habiendo procreado hijos están de acuerdo en separarse y disolver el vínculo matrimonial, y debido a que no pueden tramitar el administrativo al no reunir los requisitos mencionados para que proceda, deben acudir ante la autoridad judicial quien decretará por sentencia la disolución del vínculo y de la sociedad conyugal

Para fijar la competencia del Juez se toma en cuenta el domicilio conyugal. Las partes en el juicio son: los cónyuges, el Ministerio Público adscrito al juzgado (que interviene para velar

(56) Pacheco E., Alberto. LA FAMILIA EN EL DERECHO CIVIL MEXICANO. pag. 159

por los intereses morales y patrimoniales de los hijos menores de edad e interdictos y para que se cumplan debidamente las leyes relativas al matrimonio y al divorcio). Si los conyuges o alguno de ellos es menor de edad siempre necesitará tutor para comparecer en el juicio. La demanda debe acompañarse de copia certificada del acta de matrimonio de los cónyuges, así como actas de nacimiento de los hijos procreados dentro del matrimonio, el convenio sobre la sociedad conyugal (al que haremos referencia mas adelante), y el avaluo e inventario de bienes de dicha sociedad conyugal que va a liquidarse en virtud del divorcio. Cuando falten las actas del Registro Civil, se podrá recibir en prueba instrumentos notariales o mediante testigos. (57)

El convenio al que nos referimos es un verdadero contrato de derecho público, el Estado y la sociedad están interesados en que se realice conforme a la Ley, por ello el mismo autor lo denomina "contrato sui géneris" donde los consortes no tienen plena libertad de pactar, además de que si se viola o da lugar a una rescisión sino que hay medios coercitivos para obligar su cumplimiento, logrando su ejecución por via judicial pero nulificará el divorcio, las estipulaciones que debe contener y que según el maestro Pallares se dividen en tres grupos: -Las relativas a los consortes: Lugar de residencia de la esposa durante el juicio; pensión alimenticia y forma de liquidación de la sociedad conyugal si se diese.

(57) Pallares, Eduardo., op. cit., pág. 44

-Las relativas a los hijos: designación de quien los va a tener a su cuidado y su custodia tanto durante el juicio como al concluirlo, el monto de la pensión alimenticia y forma de garantizarla (fianza o hipoteca).(58)

Una vez admitida la demanda el Juez citará tanto a los cónyuges como al Ministerio Público a la audiencia conciliatoria, especie de junta donde se aconsejarán a los consortes y se procurará su reconciliación: esta junta se efectuará después de los ocho días y antes de los quince días de admitida la demanda. Si no hay reconciliación, previa admisión de la demanda y provisional del convenio, se señala una segunda junta, dentro de los mismos plazos y con el mismo fin. Si en la segunda junta tampoco hay reconciliación, el juez después de oír al Ministerio Público sobre la aprobación definitiva del convenio decretará el divorcio, aprobando definitivamente dicho convenio, esta sentencia es apelable en efecto devolutivo y la que lo niegue en ambos efectos. Aunque esto implica una contradicción, ya que al negarlo no hay efecto que suspender por su parte el M.P. sólo puede oponerse a la aprobación del convenio cuando tenga estipulaciones contrarias a los derechos, necesidades y bienestar de los menores hijos, y a su oposición recaerá un acuerdo dando vista a los cónyuges para que hagan las modificaciones respectivas.

Se dice que hay dos declaraciones de voluntad en este tipo de divorcio voluntario la de disolver el vínculo matrimonial, la

(58) Pallares Eduardo, op. cit. pag. 49

cual es personalísima, y la relativa al convenio donde si puede nombrarse representante, apoderado o un tutor, (pero debe asistir personalmente los interesados).

b) NECESARIO O CONTENCIOSO.

Se entiende por esta clase de divorcio: "la disolución del vínculo matrimonial a petición de uno de los cónyuges, decretado por autoridad competente y en base a una causa expresamente señalada en la Ley". (59)

En el Derecho Romano, el divorcio necesario así como el voluntario aparecen en la figura del "Repudio", lo que aún es discutible es si en el derecho romano tal repudiación podía ser libre, es decir, sin expresar causa alguna, o tenía que fundarse en determinados motivos justificados, como en nuestro actual derecho. Hay textos que nos indican que se mencionaban causas como el adulterio, corrupción, prostitución de la esposa, entre otras, pero no se expresa claramente que fueran imprescindibles para poder ejercer el derecho de repudiación, es por ello que la mayoría de los romanistas consideran que el derecho de repudiación era libre, podía fundarse o no en alguna causa estipulada. (60)

En la actualidad, en nuestro país el divorcio necesario o contencioso sólo puede pedirse por el cónyuge inocente cuando el otro ha cometido uno de los hechos que la misma Ley sustantiva correspondiente indica, y que se denomina con el término de causales de divorcio.

(59) ibidem, pag. 360

(60) Rojina Villegas. op. cit. pag. 358

Respecto a las causales de divorcio en general debemos aludir al hecho de que existen diversas opiniones doctrinarias enfocadas a su clasificación, existiendo muy variadas clasificaciones de las causas de divorcio debido a que una causal puede encuadrar varias clasificaciones, mismas que analizaremos más a fondo en el capítulo siguiente.

Finalmente sólo queda por aclarar que la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido jurisprudencia en relación a que las causas de divorcio son autónomas en el sentido de que es ilegal vincularlas entre sí, completando o cambiando lo que unas dicten con lo que otras ordenen, así pues está prohibido interpretarlas extensivamente y aplicarlas a casos diferentes de los que de manera expresa supone cada norma.

CAPITULO III

CAUSALES DE DIVORCIO EN EL CODIGO CIVIL VIGENTE

A) CONCEPTO DOCTRINAL DE CAUSAL.

Para iniciar este inciso consideramos conveniente aclarar que para dar el concepto de cualquier palabra, se debéra acudir a sus últimos orígenes e ir estructurando poco a poco una conceptualización adecuada.

De éste modo tenemos que el término causal o causa viene del latín "causalis" que significa "Razón y motivo que ocasiona o en que se una cosa." (61) Definición semejante al concepto de la palabra causa el cual se refiere como: "Lo que se concidera como

(61) Enciclopedia Universal. pag. 657

fundamento u origen de algo y relativo al derecho, es aquello por lo que se realiza un acto jurídico, constituyendo uno de los elementos esenciales."(62)

En otra fuente encontramos que viene del Latín "causam" con doble etimología que definiéndola en derecho significa "La razón inmediata, directa que impulsa a obligarse, por ejemplo; la causa próxima de las obligaciones contractuales que es siempre la misma en cada contrato, se llama causa."(63)

Por último la definición de, la causa por Galileo, es una de las más claras, es la que considera la condición necesaria y suficiente para la aparición de algo."Aquella y no otra debe llamarse causa, a cuya presencia siempre sigue el efecto y a cuya eliminación el efecto desaparece."(64)

De las anteriores definiciones de causa parece quedar bastante claro el concepto de causa como originador de un efecto o resultado, ahora canalizando lo anterior al tema de divorcio, tenemos que el concepto doctrinal de causal de divorcio según Rafael de Pina, puede definirse como:"Aquellas circunstancias que permiten obtenerlo con fundamento en una determinada legislación y mediante el procedimiento previamente establecido al efecto."(65) Estas causas se encuentran taxativamente señaladas en los Códigos Civiles o en las Leyes especiales de esta delicada institución. Así que no existen más causas que permitan declarar

(62) ibidem. pag. 650

(63) Nueva Enciclopedia Larousse. pag. 184

(64) Benger, Mario pag. 45

(65) De Pina, Rafael. op. cit. pag. 340

el divorcio que aquellas preestablecidas por el legislador, no cabe si quiera fundarlo en otras análogas, pues la analogía en esta materia es radicalmente rechazada.

Tenemos entre las clasificaciones más sobresalientes la realizada por el maestro R. Rojina Villegas y la hecha por Eduardo Pallares, ésta última más extensa, el primero las clasifica en los siguientes grupos:

- " a) Las que implican delitos (I,IV,V,XI,XIII,XIV,XVI)
- b) Las que constituyen hechos inmorales (II,III,V)
- c) Las contrarias al estado matrimonial o que impliquen incumplimiento de las obligaciones conyugales (VIII,IX,X,XII)
- d) Determinados vicios (VI y VII) "(66)

Mientras que la clasificación del segundo autor mencionado las divide en cinco grupos:

I) Aquellas en las que los tribunales tienen cierta facultad discrecional para decretar el divorcio o abstenerse de hacerlo, teniendo en cuenta la gravedad de los hechos reales y los hechos que la ley consigna (injurias, sevicia, abandono de hogar sin causa justificada y calumnia).

II) Aquellas en las que por el contrario no tiene los tribunales tal facultad discrecional, en función del carácter mismo de la causal (adulterio, abandono del hogar por más de un año y falta de pago de alimentos).

(66) Rojina Villegas, op. cit. pag.367

III) Aquellas que implican un hecho culpable o la comisión de un delito como el caso del adulterio, corrupción del cónyuge, abandono del domicilio conyugal, incitación a cometer un delito.

IV) Las relativas al incumplimiento de las obligaciones matrimoniales (suministros de alimentos y vivir en el domicilio conyugal), y en contrario a éstas, están aquellas que sin constituir un cumplimiento de las obligaciones conyugales, sí implican una situación de inmoralidad del cónyuge culpable que hace necesario disolver el vínculo matrimonial, evitando daños mayores en el desarrollo, tanto moral como psicológico de los hijos e incluso afectaciones al cónyuge inocente.

V) Finalmente aquellas causas que producen la disolución del matrimonio por motivos de honor, o bien porque ponen al cónyuge que a incurrido en ellas, en la imposibilidad de continuar cumpliendo con sus obligaciones familiares, como es el caso de los cónyuges consignados en las fracciones XIV y XV (comisión de delito y hábito de juego y de embriaguez)" (67)

Pero concretizando lo que debemos de tener en cuenta son en sí las causales de divorcio que contempla nuestro Código Civil vigente, independientemente de su orden o clasificación ya que esta es la base de la que partiremos en el análisis consecutivo de este trabajo de investigación. Por tanto tenemos que son los artículos 267 principalmente y 268, donde podemos encontrar

(67) Pallares, Eduardo. op. cit. pag. 62

cuales son las causas reguladas en nuestra legislación.

B) ANALISIS DE LAS CAUSALES DE DIVORCIO

A través de la historia del matrimonio los motivos para que proceda el divorcio han variado mucho, en su redacción y en la forma para obtenerlo, según el medio y el momento social y político en que se desarrolla la unión de los cónyuges, tal y como ya lo dejamos asentado en los capítulos anteriores.

A continuación llevaremos a cabo un análisis de las causales de divorcio contempladas en el Código Civil vigente para el Distrito Federal, para tal efecto podríamos mencionar una serie de clasificaciones que tratan sobre este tema, pero estimamos que la citada por el maestro Rojina Villegas es la más apropiada a nuestra legislación, ya que este jurista realiza una clasificación técnica y sistemática, tomando como base lógicamente el multicitado artículo 267 del Código Civil vigente para el Distrito Federal, agrupando las causales en él contenidas de la siguiente manera:

I.- Las que implican delitos.

II.- Las que constituyen hechos inmorales.

III.-Las que se refieren a determinados vicios o enfermedades.

IV.-Las contrarias al estado matrimonial o que impliquen el incumplimiento de las obligaciones conyugales.

LAS QUE IMPLICAN DELITOS.

Constituyen delitos todos aquellos actos que están tipificados como tales dentro del Código Penal o en otras leyes

que dan a determinados hechos tal caracter.

Dentro del matrimonio hay actos que implican en sí mismos un delito, estos son aquellos que se cometen directamente en contra del cónyuge o de los hijos, es por ello que cuando alguno de los cónyuges realiza dichos actos, el cónyuge inocente puede pedir la disolución del vínculo conyugal. En estos casos no es necesario que aquel que cometió el delito haya sido declarado penalmente culpable de éste, basta con la presunción de la comisión del mismo para que se considere como causal para pedir el divorcio necesario.

Por lo que toca a los delitos, estos están comprendidos en las fracciones: I, IV, XI, XIII, XIV, cuando son realizados por un cónyuge en contra del otro; fracción V, delitos de un cónyuge contra los hijos; y la fracción XIV que contempla los delitos cometidos contra terceras personas.

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

Esta causal puede ser ejercida por cualquiera de los cónyuges. Primeramente debemos entender por adulterio el ayuntamiento carnal ilegítimo de un hombre con una mujer cuando uno o ambos son casados existiendo con éste una violación a la fe conyugal.

Esta fracción exige que el adulterio esté debidamente probado. El adulterio debe de estar consumado a través de la cópula entre alguno de los cónyuges y un tercero, es de gran importancia que esto suceda ya que las simples relaciones amorosas o los actos eróticos de diferente naturaleza no constituyen el adulterio, en todo caso se podrá encuadrar esta

situación dentro de las injurias graves de un cónyuge al otro.

Como en la mayoría de los casos se dificulta la prueba plena del adulterio, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido que se "Admite la prueba indirecta para la demostración de la infidelidad del cónyuge culpable; constituye prueba plena el registro de un hijo de hombre casado habido con mujer distinta de su cónyuge o cuando vive probada y públicamente con otra."(68)

El adulterio en nuestro derecho asume dos formas distintas, tales como : el adulterio como causal de divorcio y el adulterio como delito en materia penal.

Procede el divorcio por la causal de adulterio sin que se reúnan los requisitos que exige el tipo penal, es decir basta para otorgar el divorcio la comprobación del trato del cónyuge con persona distinta de su consorte, en cualquier circunstancia.

En el adulterio existen dos elementos: uno material consistente en las relaciones sexuales con una persona distinta al cónyuge, y uno intencional consistente en la libre voluntad de ejecutar el acto. Cuando uno de estos elementos falta, no puede haber delito ni causal de divorcio.

El acto debe afectar los fines primordiales del matrimonio, es decir la fidelidad de los cónyuges, la perpetuación de la especie, la ayuda mutua. De aquí que solo sea adulterio el acto que lesiona estos fines, pues afecta la decencia legítima y desde el punto de vista natural, el único acto susceptible de afectar estos fines es la cópula. El adulterio debe

(68) Apéndice de Jurisprudencia, pag.496

reprobarse porque es causa de inmoralidad, dado que rompe con el principio monogámico de la familia y lastima los sentimientos de uno de los cónyuges. El cometido por el marido puede ser conducto de graves males para la salud de su esposa y por lo que se refiere al cometido por la mujer las consecuencias son mayores, debido a las funciones naturales de su sexo y a la pérdida de la filiación.

La causal de adulterio se justifica como motivo de divorcio dada su inmoralidad, destruye la paz del hogar, engendra odios y rencores que en muchas ocasiones provoca reacciones violentas y trágicas. Es indispensable que desde la niñez se infunde una educación moral adecuada en la que se haga resaltar el respeto y lealtad al hogar propio y extraño, que se enseñe tanto a la mujer como al hombre que el matrimonio legítimo es la mejor de las uniones donde se deben conjugar los más altos valores humanos.

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

La palabra incitar significa: mover, estimular, lo que quiere decir que cualquiera de los cónyuges puede hacer valer esta causal, cuando el otro lo haya inducido a cometer un delito que pueda consistir en actos u omisiones que tengan tal carácter de las que pueda resultar algún provecho o llevar a cabo una venganza.

Esta incitación puede tipificar el delito previsto en el artículo 209 de Código Penal que a la letra dice: "Al que provoque publicamente a cometer un delito, o haga apología de éste o de algún vicio, se le aplicará prisión de tres días a seis

meses y multa de cinco a cincuenta pesos, si el delito no se ejecutare. En caso contrario, se aplicará al provocador la sanción que le corresponde por su participación en el delito cometido.
"(69)

Conforme al artículo transcrito que la provocación sea pública, en cambio la fracción en análisis no lo requiere ya que si la provocación no es pública, en cambio la fracción en análisis lo requiere ya que si la provocación no es pública no se da el delito, pero sí la causal de divorcio.

"La provocación puede ser de palabra, por escrito, y hasta por medio de determinados actos como el desprecio, la burlona sonrisa, el negarse a cumplir con el débito conyugal y otros análogos con los que de una manera u otra se llega a la provocación."(70)

Como la Ley no especifica la gravedad del delito, debe interpretarse por leve que sea, nace el derecho de pedir el divorcio.

En esta causal se trata de proteger a un consorte de la influencia delictuosa del otro, pues la conducta inmoral de parte de uno de ellos puede provocar que lleve a cabo el otro un delito totalmente perjudicial para él, y provechosos para el incitador; por otra parte no sería razonable pretender que una persona siga unida en matrimonio con un compañero que desea convertirlo en delincuente y además presente un peligro para la familia y la

(69) Código Penal para el Distrito Federal, pág. 69

(70) Pallares, Eduardo. ob.cit., pág. 72 y 73

sociedad.

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

Esta causal puede ser utilizada por ambos cónyuges para solicitar el divorcio. Primeramente se ve como una sanción enérgica a los actos inmorales de los padres tendientes a la corrupción de los hijos o a los actos ejecutados por un tercero con el mismo fin, teniendo el expreso y tácito consentimiento de los padres, lo que hace peligrar la sana existencia de la familia, orillando a los hijos a la maldad y al delito.

El vocablo corrupción, por su sentido tan amplio, encuadra toda clase de conductas inmorales y de miserias humanas, como la embriaguez, farmaco-dependencia, mendicidad, robo o comisión de cualquier delito.

Si los actos inmorales se cometen en hijos mayores de edad no se configura el delito de corrupción expresado en el artículo 201 del Código Penal, pues éste señala: "al que procure o facilite la corrupción de un menor de 18 años de edad o de que quien estuviere de hecho incapacitado por otra causa, mediante actos sexuales, o lo induzca a la práctica de la mendicidad, ebriedad, toxicomanía, o algún otro vicio, a formar parte de una asociación delictuosa o a cometer algún delito se le aplicarán de tres a ocho años de prisión y de 20 a 100 días de multa."(71)

En segundo lugar nos habla de la tolerancia en su corrupción y en relación con esto el artículo 270 del Código Civil nos dice:

(71) Código Penal, ob. cit., pág. 67

Son causas de divorcio los actos inmorales ejecutados por el marido o por la mujer, con el fin de corromper a los hijos, ya lo sean de ambos o de uno sólo de ellos, la tolerancia en la corrupción que da derecho a pedir el divorcio, debe consistir en actos positivos y no en simples omisiones.

Creemos que la expresión de que la tolerancia de que la tolerancia debe consistir en actos positivos, no se compagina en el sentido gramatical y usual de la palabra tolerar: sufrir, llevar con paciencia, disimular algunas cosas que no son lícitas, soportar, llevar, aguantar, que significa todo ello conducta de inactividad. La tolerancia bien vista significa un no hacer, por lo tanto no puede darse la tolerancia en actos positivos.

La conducta débil de los padres con relación a los hijos que realizan conductas corruptas no son causa de divorcio y los jueces, para distinguir entre una conducta inmoral del padre y la falta de carácter de éste para intervenir o perdonar las conductas indebidas de sus hijos, gozan de un amplio arbitrio para decidir lo más conducente.

Por otra parte la Ley no exige que la tolerancia de los padres sea interesada o produzca la explotación de las malas costumbres de sus hijos, basta que la corrupción sea provocada o tolerada por los padres para que opere esta causal.

El deber de los padres es procurar la elevación moral y educacional de los hijos, haciendo de ellos personas que prestan utilidad al Estado y a la familia, siendo imposible de lograr lo anterior si los propios padres los corrompen.

Como se puede observar esta fracción tiende a proteger la

integridad del hogar y evitar que la decendencia sea desviada de la recta formación moral, en virtud de que la Ley no puede consentir que se pervierta a los hijos y menos aún que dicha corrupción provenga de los padres.

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

Primeramente veamos cómo se consideran los supuestos de esta fracción y analicemos el contenido jurídico de cada una.

Para Planiol la sevicia son "todos los tratos materiales, desde los golpes simples en vía de hechos, hasta la tentativa de homicidio, a condición de que se trate de actos voluntarios."(72)

Escríche, en su diccionario define la sevicia como "Excesiva crueldad y particularmente los ultrajes y malos tratos de que alguno usa contra alguna persona, sobre quien tiene una potestad o autoridad."(73)

Visto lo anterior podemos decir que a la sevicia se le considera, como la crueldad excesiva, los malos tratos de obra, que infiera uno de los cónyuges al otro, con el fin de hacerlo sufrir, sin que ésta implique un peligro para la vida de los consortes.

La sevicia debe de tener como consecuencia, la imposibilidad de vida conyugal, es decir, que debido a estos malos tratos de palabra o de obra resulta el rompimiento de la armonía conyugal; por otra parte, la sevicia se puede presentar mediante actos

(72) Planiol, Marcel. ob. cit., pág. 28

(73) Escríche, Joaquín. ob. cit., pag. 146

continuos o puede llevarse a cabo sólo una vez, provocando la desavenencia, entre los consortes debido a lo grave de este acto.

El Juez tomará en cuenta las condiciones generales de los consortes, como la educación, medio social en el que se desenvuelve, etc.: para indagar si la sevicia hace imposible la vida matrimonial o es la forma de vida común entre ellos, en base a esto decretar o no el divorcio.

En resumen la sevicia debe de llevar la finalidad de hacer sufrir al cónyuge.

El tratadista Ricardo Couto, define las amenazas como "Los actos en virtud de los cuales se hace nacer el temor a un individuo de causarle un mal inminentemente grave sobre su persona, bienes o bien sobre sus seres queridos." (74)

Estas pueden ser en forma física o moral y aparte de ser una causal de divorcio, constituyen un delito penal, al atacar la seguridad individual del demandante.

En síntesis las amenazas han de ser hechos o promesas que intimiden al amenazado.

Por otro lado poco se puede decir de las injurias graves, ya que son de libre apreciación jurisdiccional en cuanto al grado de importancia para justificar el divorcio.

Esta causal es de las más utilizadas para disolver el vínculo matrimonial ya que produce odios y rencores entre los consortes.

(74) Couto, Ricardo. ob. cit., pág. 112

Por injurias debe entenderse: "La expresión, la acción, el acto, la conducta, siempre que implique vejación, menosprecio, ultraje, ofensa y que atendiendo a la condición social de los cónyuges, a las circunstancias en que se profirieron las palabras o que se ejecutaron los hechos en que se hace consistir, implique tal gravedad contra la mutua consideración, respeto y afecto que se deben a los cónyuges, que hagan imposible la vida conyugal, por la dañada intención con que profieren, ejecutan, para humillar y despreciar al ofendido.(75)

De lo anterior se desprende que en una relación matrimonial, donde existe desavenencia entre los esposos y se manifiestan expresiones o acciones con el propósito de demostrarse desprecio u ofenderse, es imposible llevar una vida cordial.

En cuanto a la gravedad de las injurias, el Juez tendrá que llevar a cabo, el análisis de ellas para ver si encuadran, en los supuestos señalados o si éstas son comunes en la vida de los consortes.

Es precisamente dentro de la gravedad en donde el problema de esta causa se ha centralizado ya que las injurias son sumamente variables, pues no solamente depende de factores externos, como lo es el sentido de las palabras, sino que depende de manera principal de factores internos de la persona, como podría ser educación, posición social e inclusive el grado de moralidad que tenga.

Sea considerado para que proceda la causal de injurias, que

(75) Montero Duhalt, Sara. ob.cit., pág. 233

éstas se fijan en la demanda de divorcio tal y como se proferieron, el lugar y tiempo en que acontecieron, a fin de que el demandado pueda defenderse de las imputaciones que se le hagan.

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

Esta causal la puede invocar cualquiera de los consortes.

El Código Penal se refiere a la calumnia como un delito que pueden cometer los particulares entre sí, al decir la fracción I del artículo 356 "Al que impute al otro un hecho determinado y calificado como delito por la Ley, si este hecho es falso, o es inocente la persona a quien se imputa."

Para que opere esta causal es necesario que exista una sentencia ejecutoriada que absuelva al acusado del delito que se le imputó, y que dicho delito mereciera una pena mayor de dos años.

Poco importa que la acusación verse sobre un delito grave o leve, bastará solamente que la acusación sea falsa y mayor de dos años la sanción por el delito cometido, para que el divorcio opere.

La acusación es en sí la más grande deslealtad que puede llevar a cabo un cónyuge a otro, quien no ha vacilado en hacer a su consorte víctima de las humillaciones más crueles, cuyas heridas no cicatrizan; porque engendran resentimiento, y odios tan profundos que nada puede desplazarlos, ante este extremo, la armonía del matrimonio estará rota y el restablecimiento de la vida común será imposible.

Hemos venido insistiendo en que dentro de los deberes fundamentales que el matrimonio impone a los cónyuges se encuentra el respeto y ayuda mutua y en esta fracción es precisamente ese deber el que se está infringiendo: por esta situación la Ley sanciona con el divorcio al esposo que falte a alguno de los supuestos analizados, otorgando el divorcio al cónyuge inocente previo el examen de las constancias de autos.

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

Para que se configure esta causal no basta la comisión misma del ilícito pues es necesario que la sentencia dictada haya causado ejecutoria y en la cual se determine que el cónyuge demandado es plenamente responsable del delito imputado haciéndose acreedor a una pena mayor de dos años de prisión.

La apreciación del delito infamante no la determina el Código Penal ni el Código Civil, por tal motivo el Juez de lo Familiar tendrá que analizar, estudiar y determinar si el delito imputado es infamante, toda vez, que hay delitos en los que existe sentencia declarada, ejecutoriada y la pena es mayor de dos años pero falta el elemento de infamia, como por ejemplo los delitos imprudenciales y en los cuales no puede decretarse el divorcio por esta causa.

Para la tratadista Sara Montero, la infamia se traduce como "descredito en el honor, la reputación, o el buen nombre de una persona." (76)

(76) Montero . Duhalt, Sara. ob. cit., pág. 235

Se excluye el delito político, porque generalmente éste tiene móviles totalmente diferentes a otra clase de delitos, ya que en éste se tiende a cambiar al orden político establecido y no va contra las bases de la vida social, siendo con frecuencia, desinteresados los actos.

Nuestros legisladores al incluir esta causal seguramente pensaron en liberar al cónyuge que no ha delinquido y a sus hijos de la censura popular, ya que los hechos delictuosos envuelven también a personas inocentes, que ninguna responsabilidad tienen en el hecho delictuoso, otorgando por consiguiente, al cónyuge acción para solicitar el divorcio, evitando con esto la influencia perniciosa del cónyuge demandado sobre el otro. Así mismo, término mayor de dos años como pena al cónyuge que cometió el delito, produce que desaparezca de hecho la vida común y por consiguiente, el incumplimiento de los deberes del matrimonio.

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

"Aquí el Código Civil se refiere al caso previsto por el Código Penal de 1871, en que no se sancionaba el delito de robo entre consortes y aún cuando plenamente hubiera robo, para los efectos del divorcio si ese robo por su cuantía, tratándose de una persona extraña, fuera sancionable con más de un año de prisión, si constituía una causa de divorcio, por lo que evidentemente estaba demostrando el propio legislador, cuando esta causal en 1928, fecha en que se promulgó el Código Civil vigente, que el delito debería apreciarse por el Juez Civil, para

los efectos exclusivamente del divorcio, por cuanto que no había conforme al Código Penal el delito de robo entre consortes."(77)

LAS QUE CONSTITUYAN HECHOS INMORALES.

Cuando se realiza dentro del matrimonio algún hecho de los previstos en las fracciones II, III y V del art. 267, en el cónyuge ofendido por ese hecho contrario a la modalidad, puede pedir el divorcio, ya que tal conducta afecta gravemente a los componentes de la familia, no sólo a la persona del cónyuge, sino al bienestar de los hijos tanto física como emocionalmente.

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

Esta causal por su naturaleza sólo puede ser ejercida por el marido.

Para encuadrar esta fracción deben de concurrir las siguientes circunstancias.

- a.- La concepción del hijo antes del matrimonio.
- b.- Que el alumbramiento del hijo sea durante el matrimonio.
- c.- La declaración judicial de ser ilegítimo dicho hijo.

De acuerdo con el artículo 324 del Código Civil, un hijo se reputará concebido antes de matrimonio si nace antes de que transcurran los ciento ochenta días contados a partir de la celebración del matrimonio nace un hijo, se considera hijo del matrimonio.

Esta acción no opera si el marido realiza lo siguiente:

(77) Rojina Villegas, Rafael. ob. cit., pág. 385

a.- Supo antes de casarse el estado de embarazo de su futura consorte.

b.- Levantó el acta de nacimiento.

c.- Tampoco opera esta acción cuando el hijo fué incapaz de vivir.

Esta causal se incluye por razones de moralidad ya que la mujer está obligada a confesarle a su prometido su estado de gravidez, pues de lo contrario se le atribuirá al esposo una falsa paternidad.

Fracción III.- "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 carnales con su mujer.

Esta causal puede ser invocada sólo por la mujer, y supone dos hipótesis; la primera cuando el marido incita a su mujer de modo directo y la segunda cuando autoriza de hecho tal conducta a cambio de alguna recompensa.

Primeramente la causal de divorcio consiste en el hecho de que el marido proponga a su mujer que lleve o ejercite la prostitución, independientemente de aceptar o no, la mujer puede demandar a su marido el divorcio.

En segundo lugar se considera causal de divorcio el hecho de que el marido reciba retribución por permitir que otro tenga o pueda tener relaciones carnales con su mujer. La retribución que se menciona aquí, no es necesariamente en dinero sino puede ser de diferente forma, como por ejemplo, el nombramiento de un ascenso en sus labores de trabajo, incluso puede ser gratuito. De

cualquier forma el marido que proponga o induzca a su mujer para ejecutar actos de naturaleza sexual, gratuita o comercial, quebrantará en todos sus aspectos los fines y deberes impuestos por el matrimonio.

Por otra parte, existe una contrapartida con el adulterio, ya que en éste el cónyuge que falta a la fidelidad que se debe recíprocamente la pareja, será el que motiva la causal de divorcio, mientras que en esta fracción el cónyuge que la origina es quien a parte de permitir la infidelidad de su esposa, provoca esta situación.

Señala Ricardo Couto que: "El marido debe a su mujer protección y amparo y de ningún modo falta más al cumplimiento de sus deberes que incitando a aquélla a la prostitución, la degeneración de la esposa llega a su más alto grado, cuando él mismo se hace autor de su propia deshonra, y sería iluso querer obligar a la mujer a hacer vida común con el hombre que la empuja al lodazal del vicio."(78)

El artículo 207 del Código Penal dice "Comete el delito de lenocinio:

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

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

(78) Couto, Ricardo. ob. cit. pág.318

III.-Al que rente, administre o sostenga directa o indirectamente prostíbulos, casa de cita o lugares de concurrencia expresamente dedicados a explotar la prostitución u obtenga cualquier beneficio con sus productos.

La ilicitud en el precepto citado y el de la fracción en análisis coinciden en el aspecto esencial, pero en el ámbito penal este comercio carnal lo puede ejecutar un tercero; en cambio en el aspecto civil sólo el marido puede caer en la causa que origina el divorcio pero no sólo cuando explote a su mujer mediante el comercio sexual sino también cuando haya una proposición para ejercer la prostitución.

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

Esta fracción ya fue analizada con anterioridad, en las causales que implican delitos y para su estudio es conveniente remitirnos al análisis que ya se realizó.

LAS QUE SE REFIEREN A DETERMINADOS VICIOS O ENFERMEDADES.

En estos casos se debe distinguir entre aquellas causales que se refieren a vicios, de aquellas que se refieren a enfermedades. En este último caso se puede optar entre el divorcio o la separación de personas, la cual no tiene efectos de divorcio para los cónyuges.

La causal que se refiere a los vicios es la descrita en la fracción XV, las que se refieren a las enfermedades, se contienen en las fracciones VI y VII del multicitado artículo 267 del

Código Civil.

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

Esta causal puede hacerla valer cualquiera de los cónyuges. En esta causal hay dos circunstancias: la primera es el hábito vicioso y la amenaza de la ruina de la familia; en segundo lugar el vicio que provoca una constante desavenencia conyugal. Se debe demostrar que el cónyuge demandado ha caído en los vicios y que tratándose de la embriaguez o del juego son habituales y en caso de uso de drogas enervantes este uso sea persistente e indebido ya que si los utiliza por prescripción médica no hay causa de divorcio. En cualquiera de estos supuestos se debe de amenazar con causar la ruina de la familia o constituir un continuo motivo de desavenencia conyugal.

Analizado cada uno de los supuestos de esta causal, tenemos que: el hábito de juego llevado al extremo generalmente conduce a la ruina económica; el hábito de embriaguez, convierte al individuo en un ser irresponsable que paulatinamente va minando su salud física y mental; los mismos argumentos valen para los que hacen uso indebido de drogas enervantes, que envenenan el organismo y degeneran la raza.

El maestro Rogina Villegas, en lo referente a esta causa, señala que "Puede simplemente tolerarse el vicio, sin amenazar la ruina de la familia y entonces no es causa de divorcio, pero si por el contrario amenaza causar la ruina de la familia, en este supuesto la ley toma en cuenta un motivo de interés público que

se impone al consentimiento expreso o tácito del vicio y como en el caso de las enfermedades, será ineficaz o inoperante aquella tolerancia en cuanto al vicio, sobre todo cuando existen hijos y cuando la ruina de la familia no sólo perjudicare a los cónyuges, sino fundamentalmente trascenderá a los hijos."(79)

La vigencia de esta causal se debe al alto interes que se tiene en salud de la familia y la sociedad mexicana en combatir el uso de enervantes y vicios que adquieren los sujetos, ya que la persona que contráe este funesto vicio es casi imposible que logre escapar de sus garras, arrastrando muchas veces a su familia y provocando la desavenencia conyugal, la ruina familiar o ambas.

Fracción VI.- "Padecer 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.

Pueden hacer valer esta causal cualquiera de los cónyuges.

Esta causal en análisis debe de contener, en cuanto a la enfermedad, las siguientes circunstancias: ser crónica y contagiosa, crónica y hereditaria, incurable y contagiosa o incurable y hereditaria.

En la actualidad debido a los avances de la medicina moderna, estas enfermedades son curables. En lo referente a cualquier otra enfermedad, esta debe contener las características antes transcritas.

(79) Rojina Villegas, Rafeel. ob.cit., pág. 479

El cónyuge sano puede optar por el divorcio vincular o la separación de cuerpos. Esta separación suspende la cohabitación que establece el artículo 277 del Código Civil. Los cónyuges pueden conservar su vínculo matrimonial con todas las obligaciones inherentes al mismo excepto la de cohabitación, lo cual sirve para proteger a la persona y a la salud del consorte sano.

Para solicitar el divorcio por estas enfermedades no hay término.

En segundo lugar tenemos contemplada en esta fracción a la impotencia incurable que sobrevenga después de celebrado el matrimonio.

Debemos entender por impotencia incurable una enfermedad que impide la relación sexual entre los cónyuges.

Generalmente se piensa que esta causal la puede hacer valer sólo la mujer, ya que la impotencia sólo concierne al hombre.

A este respecto la Suprema Corte de Justicia sostiene lo siguiente. "DIVORCIO. IMPOTENCIA COMO CAUSA DE. La impotencia a que se refiere la Ley, es la que consiste en la imposibilidad física de llevar a cabo el acto sexual, y la impotencia para la procreación, no es propiamente impotencia, sino esterilidad y como mera esterilidad, no constituye causa de disolución del matrimonio por que no imposibilita para la cópula. Es un error expresar que la causal de impotencia sólo la concede la Ley a la mujer por no ser posible que esta sea impotente para la cópula, puesto que la existencia de obstáculos vulvares o vaginales, puede ocasionar esta impotencia en el agente femenino de la

cópula." (80) De lo antes expuesto se desprende que la impotencia también se puede dar en la mujer.

La impotencia incurable que exista antes del matrimonio es un impedimento que origina la nulidad relativa del mismo y que debe pedirse dentro del término de sesenta días celebrado el matrimonio. (Art. 146 del Código Civil.)

Cuando la impotencia sobreviene después de celebrado el matrimonio, la Ley no distingue si la impotencia debe ser motivada por la edad o por alguna otra causa.

Puede suceder que la impotencia incurable sobrevenga por razones de edad, o cuando ya exista uno o varios hijos, por consiguiente sería injusto que dichos matrimonios llegarán a disolverse, dejando de lado uno de los fines como es la ayuda mutua que se deben los cónyuges. Considero que debe eliminarse la impotencia incurable que sobrevenga después de que existan hijos o cuando se llega a esta impotencia por razón de edad.

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

Esta causal la puede hacer valer cualquiera de los consortes.

Posteriormente se tiene que llevar a cabo el juicio de interdicción, en el que sea declarado en este estado de interdicción el cónyuge demandado.

(80) Semanario judicial de la federación, Sexta Epoca, cuarta parte, pág. 165

"Cuando el juicio de interdicción declarase que un cónyuge está incapacitado, el cónyuge sano tiene tres opciones; ser nombrado tutor legítimo de su consorte, pedir el divorcio basado en esta causal, o solicitar simplemente el divorcio-separación sin extinguir el vínculo matrimonial." (81)

Con los supuestos previstos en la fracción anterior el enfermo podía tener algún grado de culpabilidad de su propio estado, no siendo así en el caso de enajenación mental, en que generalmente el demandado está exento de culpa de su estado y por tanto puede resultar injusto que después de haber existido el matrimonio en toda su plenitud, al caer en estado de interdicción se agregue a esta desgracia una más, como lo es la destrucción del hogar con la decretación de divorcio. Para evitar esta ruptura del vínculo, se permite llevar a la práctica la separación de cuerpos.

Esta causal se estableció en razón del interés del cónyuge sano y el interés público en cuanto a procurar una descendencia sana.

LAS CONTRARIAS AL ESTADO MATRIMONIAL O QUE IMPLIQUEN INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES CONYUGALES.

Desde el momento en que se realiza un matrimonio, los que lo forman adquieren un nuevo estado para la sociedad. Esta nueva situación jurídica da origen a nuevas obligaciones que los cónyuges deben cumplir. Una de las obligaciones es la de llevar vida en común.

(81) Montero Duhalt, Sara. ob.cit., pag. 230

Hay actos que al romper la vida matrimonial y hacer cesar la vida en común, se encuentran dentro de las causales para promover el divorcio.

Al efecto podemos citar como contrarios al estado matrimonial que trae el incumplimiento de las obligaciones conyugales, los supuestos contenidos en las fracciones VIII, IX, X y XII, pudiéndose agregar dentro de esta clasificación la causal marcada con el número XVIII, toda vez que, como se analizará posteriormente, se afecta el estado matrimonial por la separación en que se incurre, implicando el incumplimiento de obligaciones. Así mismo el artículo 268 debe considerarse dentro de esta clasificación por las razones que expondré al analizarlo.

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

Esta causal la puede hacer valer cualquiera de los consortes.

Para que proceda se requiere en primer lugar que el abandono haya sido sin causa justificada, pues si el cónyuge se encuentra en condiciones de justificar su ausencia de los seis meses, no se podrá decretar el divorcio.

En segundo lugar el abandono debe ser material, o sea, ausencia del domicilio conyugal, por consiguiente, incumplimiento a uno de los deberes que impone el matrimonio como lo es el de vivir juntos en el domicilio conyugal.

El abandono debe ser voluntario, libre de amenazas o malos tratos por parte de uno los consortes. No opera esta causal cuando una voluntad forzada o provocada para ausentarse del

domicilio conyugal.

Para que exista separación en el sentido jurídico de la palabra, es preciso que los hechos que le haya precedido o que le sigan demuestren la firme intención de romper la vida común, no bastando, por lo tanto las simples ausencias, pues existe la posibilidad de que el cónyuge alejado vuelva al seno del hogar.

No importa que el cónyuge que deja la casa sin justo motivo siga cumpliendo con los demás deberes de sostenimiento del hogar, basta el hecho de haberse roto la cohabitación más de seis meses.

En caso de presentarse el abandono de la casa conyugal y el incumplimiento de alimentos y asistencia se estará dentro de la causal XII que se analizará posteriormente y puede configurarse el delito que señala el artículo 336 del Código Penal.

La fracción se refiere a la separación de la casa conyugal, ésto es, para que proceda la causal, es necesario que exista hogar conyugal por lo que no podrá invocarse si previamente los esposos no han establecido un domicilio en donde exista autoridad propia y libre decisión y por lo mismo no puede decirse que el demandado se haya ausentado de un domicilio conyugal que no existe.

Así lo ha determinado la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la tesis jurisprudencial número 150, visible a fojas 484 a 485, del Apéndice de Jurisprudencia de 1917 a 1965 del Semanario Judicial de la Federación, en la Tercera Sala, el cual establece: Divorcio. Abandono del domicilio conyugal cuando los cónyuges viven en calidad armoniosa. Para configurar la causal de divorcio consistente en el abandono del hogar conyugal, se precisa desde luego la existencia del abandono del hogar, y éste

no existe cuando los esposos viven en calidad de arrimados en el domicilio de los padres, de otros parientes o de terceras personas, en donde los conyuges carecen de autoridad propia y libre disposicion en el hogar, porque viven en casa ajena y carecen de hogar propio.

Los esposos tienen el deber de hacer vida en común, es decir, vivir bajo el mismo techo, y el incumplimiento de este deber se traduce en el abandono del hogar conyugal afectando la posibilidad física y espiritual de cumplir con los fines del matrimonio.

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

Cualquiera de los consortes puede hacer valer esta causal.

El cónyuge que abandona la casa por causa justificada debe de presentar su demanda antes de que transcurra un año, ya que al no solicitarlo corre el peligro de ser demandado.

Suponiendo que el cónyuge que se separó lo hizo por que si tenía justificación y no invoca el divorcio por no ser esta su intención; la Ley no sanciona este proceder sino su negligencia toda vez que se presume que la separación no tuvo otro fin, que el de quebrantar el deber de cohabitación, además que la separación constituye una situación contraria al estado matrimonial que no puede prolongarse indefinidamente, por eso faculta al cónyuge culpable a pedir el divorcio.

En efecto si el cónyuge que se separó no demanda el divorcio pasado un año desde esta separación, con causa justificada, el

otro consorte puede solicitarlo invocando esta fracción por las razones expuestas.

Se puede decir que el cónyuge que solicita el divorcio por esta fracción es el culpable, ya que dió causa a él. Pero como quedó acentado anteriormente, no se puede permitir que un matrimonio donde los consortes estén separados tenga esta situación en forma permanente, es por ello que procede el divorcio en contra del cónyuge que abandonó al otro, aunque lo haya realizado justificadamente, pues en este caso, tuvo el derecho y no lo hizo valer.

En esta causal también se tiene que demostrar o aprobar la existencia del domicilio conyugal.

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

Esta causal la puede hacer valer cualquiera de los dos consortes.

"El estado de ausencia y el de presunción de muerte no operan en forma autónoma como disolución del vínculo matrimonial, sino que el cónyuge que demanda tiene que probar con la sentencia que declara este estado, la causa de divorcio."(82)

Es bien cierto lo que nos manifiesta la jurista Sara Montero en lo referente a la interrelación que existe entre estos supuestos de estado de ausencia y presunción de muerte, toda vez que es necesario para que opere la presunción de muerte, que

(82) Montero Duhalt, Sara. ob. cit., pág. 231

primero que haya sentencia de declaración de ausencia.

Pero hay excepciones, cuando la ausencia se debe a circunstancias especiales, como inundación, participar en una guerra, naufragio. En estos supuestos no es necesario que se lleve a cabo la declaración de ausencia, ya que por el sólo transcurso de dos años se puede declarar la presunción de muerte.

Cuando la desaparición sea por consecuencia de un incendio, explosión, terremoto o catastrofe aérea o ferroviaria bastará el transcurso de seis meses a partir del acontecimiento trágico.

Por lo anterior, el cónyuge presente puede llevar a cabo la acción de divorcio, invocando esta causal, independientemente de que el cónyuge demandado haya tenido culpa o no en su ausencia.

Obedece esta causal a la certeza jurídica que se debe tener en las relaciones matrimoniales, ya que ninguna situación jurídica de este vínculo debe permanecer en la incertidumbre por mucho tiempo, pues impide la realización de los fines del matrimonio al suspenderse derechos y obligaciones del mismo.

Fracción XII.- "La negativa injustificada de los cónyuges a cumplir con las obligaciones señaladas en el artículo 164 sin que sea necesario agotar previamente los procedimientos tendientes a su cumplimiento, así como el incumplimiento, sin justa causa, por alguno de los cónyuges, de la sentencia ejecutoriada en el caso del artículo 169."

Cualquiera de los consortes puede hacer valer esta causal primeramente, veamos que nos dice el artículo 164, "Los cónyuges contribuirán económicamente al sostenimiento de hogar, a su alimentación y a la de sus hijos, así como a la educación de éstos en los términos que la ley establece, sin perjuicio de

distribuirse la carga en la forma y proporción que acuerden para este efecto según sus posibilidades. A lo anterior no está obligado el que se encuentre imposibilitado, para trabajar y careciere de bienes propios, en cuyo caso el otro atenderá íntegramente a esos gastos.

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

Del artículo transcrito se desprenden los deberes de los cónyuges de contribuir económicamente al sostenimiento del hogar, y a las cargas del mismo. Estos deberes se distribuirán de común acuerdo, en forma y proporción de sus posibilidades.

Si alguno de los consortes no cumple con estas obligaciones el otro podrá demandar el divorcio, independientemente de que pueda ejercitar la acción tendiente a ser efectivo ese cumplimiento.

Por otra parte, el artículo 168 dice: "El marido y la mujer tendrá en el hogar autoridad y consideraciones iguales; por lo tanto resolverán de común acuerdo todo lo conducente al manejo del hogar, a la formación y educación de los hijos y a la administración de los bienes que a éstos pertenezcan, en caso de desacuerdo el Jefe de lo Familiar resolverá lo conducente."

Es decir, cuando hubo sentencia declarada por el Jefe los cónyuges están obligados a cumplir con las obligaciones del artículo 164 y en segundo lugar el incumplimiento sin justa causa de la sentencia ejecutoriada por el Jefe Familiar en los supuestos del artículo 168.

Esta causal se debe principalmente a la inobservancia de uno

de los fines del matrimonio por parte de uno de los cónyuges, el cual consiste en el socorro mutuo, pues al negarse a proporcionar los alimetos entre ellos, se viola el fin citado, afectándose también los principio básicos del matrimonio como son la educación y alimentación de los hijos.

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

Esta causal la puede invocar cualquiera de los cónyuges.

Esta causal entró en vigor en 1984, tiene los aspectos siguientes.

La separación debe ser física y mayor de dos años, los cuales deben ser interrumpidos, ya que si ésta es temporal se quebrantará este requisito.

No es necesario, para invocar esta causal, señalar el por qué de la sepparación y si ésta fue justificada o injustificada.

Estuvo bien legislar en este sentido, cuando los consortes no tienen ya ningún interés en mantener unido el vínculo matrimonial y cada uno de los cónyuges cohabita en diferente lugar se rompe con las obligaciones y deberes del matrimonio así como los fines del mismo.

Por último el artículo 268 dispone: "Cuando un cónyuge haya pedido el divorcio o la nulidad del matrimonio por causa que no haya justificado o se hubiera desistido de la demanda o de la acción sin la conformidad del demandado, éste tiene a su vez el derecho de pedir el divorcio, pero no podrá hacerlo sino pasados tres meses de la notificación de la última sentencia o del auto que recayó al desistimiento. Durante estos tres meses los

cónyuges no están obligados a vivir juntos.

Esta causal la puede hacer valer cualquiera de los esposos.

Este artículo consagra tres causales: la primera es cuando un cónyuge no justifica ampliamente la causal que había invocado para que se decretara el divorcio, la segunda causal es haber pedido la nulidad del matrimonio por causa no justificada plenamente y la tercera causal, consiste en que la causa haya resultado insuficiente.

Como se ve, intención del demandante, es a todas luces tendiente a provocar la disolución, por lo que la Ley otorga al demandado la oportunidad de ser él quien ahora promueve el divorcio por la deslealtad y falta de respeto de su compañero. Además esta causal es justa ya que este proceder del actor es contrario al estado matrimonial porque se hacen a un lado los deberes mencionados, dejando un profundo sentimiento de rechazo en el cónyuge demandado.

CAPITULO IV.

EFFECTOS, DEBERES-OBLIGACIONES Y FINES DEL MATRIMONIO. NECESIDAD DE REFORMAR LA FRACCION XIII DEL ARTICULO 267 DEL CODIGO CIVIL VIGENTE PARA EL DISTRITO FEDERAL.

A) EFECTOS DEL MATRIMONIO

Los efectos del matrimonio los debemos entender o considerar conforme lo establecido en nuestro Código Civil vigente para el Distrito Federal, el cual los divide en tres grupos:

- 1.- Con relación a los cónyuges
- 2.- Con relación a los hijos.

3.- Con relación a los bienes.

Por lo que a continuación entraremos al estudio de cada uno de ellos.

1.- EN RELACION A LOS CONYUGES.

Siguiendo lo expresado por el tratadista Arturo Valencia, se deduce que los efectos que tiene el matrimonio entre los cónyuges, se caracterizan por ser de orden público y porque encuentran su objetivo en la realización de las altas finalidades del matrimonio. Dice este autor:

"I.- Son de orden público: Los derechos y obligaciones entre los consortes forman parte del orden público de la nación, de suerte que los cónyuges no pueden renunciar a ellos ni antes ni durante el matrimonio ni tampoco pueden modificarlo.

II.- Tienen por objeto realizar los altos fines del matrimonio, los derechos y obligaciones van enfocados a la realización de los fines morales y sociales que tiene éste." (83)

2.- EN RELACION A LOS HIJOS

En cuanto a este aspecto diremos que los efectos del matrimonio respecto a los hijos se aprecian desde los siguientes puntos de vista: a) Para atribuirles la calidad de hijos legítimos. b) Para legitimar a los hijos naturales mediante el subsecuente matrimonio de sus padres y c) Para originar la certeza en cuanto al ejercicio de los derechos y obligaciones que impone la patria potestad.

(83) Valencia Zea, Arturo. Derecho Civil. pág. 90 y 91.

A continuación se analizarán de una forma somera los efectos citados:

a) El matrimonio atribuye la calidad de hijos legítimos a los concebidos durante el mismo. El artículo 324 del Código Civil dispone: "Se presumen hijos de los cónyuges: I.- Los hijos nacidos después de ciento ochenta días contados desde la celebración del matrimonio; II - Los hijos nacidos dentro de los trecientos días siguientes a la disolución del matrimonio, ya provenga esta 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." En consecuencia, por virtud del matrimonio se tiene ya la certeza desde el punto de vista jurídico que los hijos de la mujer casada que hayan sido concebidos a partir de su enlace, serán hijos de su marido, no admitiéndose contra esta presunción otra prueba que la de haber sido físicamente imposible a éste tener acceso carnal con su mujer en los primeros ciento veinte días de los trecientos que hayan precedido al nacimiento.

b) La legitimación de los hijos naturales por el subsecuente matrimonio de sus padres, los artículos del 354 al 359 regulan esta importante consecuencia que en nuestro derecho sólo puede abstenerse por el matrimonio y no por un decreto del jefe del Estado como por ejemplo sucede en el derecho italiano o alemán.

Para que los hijos o el hijo goce de la cualidad de legitimado, con todos los derechos y obligaciones que se reconocen a los hijos legítimos, sus padres deberán reconocerlo expresamente antes de la celebración del matrimonio, en el acto mismo de celebrarlo o posteriormente a la consumación de él. El

reconocimiento debe ser hecho por ambos padres conjunta o separadamente. En el caso de que el hijo ya haya sido reconocido por el padre y en su acta de nacimiento constare el nombre de la madre no será necesario el reconocimiento de esta para que la legitimación surta todas sus consecuencias legales, tampoco será necesario el reconocimiento del padre si ya se expresó su nombre en el acta de nacimiento. El artículo 357 del ordenamiento en cita, permite que el reconocimiento de los los hijos naturales para los efectos de la legitimación, se llevará a cabo posteriormente al matrimonio de sus padres. Esta circunstancia en nada afecta la situación jurídica del hijo legitimado que tendría todos los derechos y obligaciones que la ley le otorga, no sólo desde el reconocimiento, sino desde que se celebró el matrimonio de sus padres.

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

una certeza en cuanto al ejercicio y atribución de la patria potestad respecto de los hijos legítimos.

3.- EN RELACION A LOS BIENES.

Haremos un somero estudio de estos efectos y al respecto y conforme al sistema regulado por el Código Civil vigente existen dos regímenes posibles en cuanto a los bienes, al celebrar un matrimonio: a) El de separación de bienes y b) El de sociedad conyugal. El artículo 98 fracción I del ordenamiento en cita, exige que con la solicitud de matrimonio se presente el convenio que los pretendientes deberán celebrar con relación a sus bienes presentes y futuros, en el convenio se expresará con toda claridad el régimen bajo el cuál se va a celebrar el matrimonio, en consecuencia la ley no presume ningún sistema, sino que es obligatorio convenirlo expresamente. El juez del registro civil no deberá proceder a la celebración del matrimonio si no se cumple con este requisito previo de fundamental importancia.

B) DEBERES-OBLIGACIONES DENTRO DEL MATRIMONIO.

Al hablar de deberes-obligaciones no se hace para que se analice como dos cosas distintas e diferentes, sino todo lo contrario, es decir, éstas se estiman como dos elementos inherentes tanto a la mujer como al hombre, con carácter personalísimo y en un plano de igualdad y reciprocidad. Por lo que al realizar el estudio correspondiente se mencionarán como: Deber-Obligación.

Entre cónyuges existe una relación interpersonal orientada a cumplir los fines del matrimonio, parte de esas relaciones

interpersonales son también jurídicas. El derecho toma sus normas de la propia naturaleza del hombre y del matrimonio las establece para ayudar a la pareja en su vida conyugal. Para ello, existen muchas normas que buscan el bien y la felicidad de ambos, pero también las hay de carácter obligatorio, por estar interesada la sociedad y el Estado en la promoción y permanencia del matrimonio como fundamento moral y legal de la familia.

En la vida matrimonial se conjuga una gran variedad de obligaciones. Observando que no todas las obligaciones tienen un contenido patrimonial-económico, es decir, no todas las obligaciones conyugales pueden ser valoradas en dinero, por ejemplo: La fidelidad conyugal no tiene valor como una mercancía que se adquiere por su precio y calidad; es decir es un deber invaluable que debe darse entre cónyuges y por cuya razón no puede valorarse en dinero.

Lo anterior nos permite distinguir los distintos aspectos de las relaciones conyugales, algunas son obligaciones de carácter económico que pueden valuarse, por ejemplo: los alimentos, que se determinan mediante una pensión en dinero. Otras obligaciones no tienen valor posible, puesto que son relaciones personales y que son de las más importantes en la relación interpersonal y jurídica de el matrimonio. De éstos deberes fundamentales parten las obligaciones económicas, que son accesorias o necesarias para poder darse con plenitud los deberes conyugales.

1.- VIDA EN COMUN.

Se refiere al deber de los cónyuges de vivir juntos en el domicilio conyugal, lo que hará posible el cumplimiento de los

demás deberes-obligaciones, se trata de un deber entre iguales, complementario y recíproco, por lo que podríamos decir que es indiscutiblemente uno de los principales deberes-obligaciones, dado que solamente a través de él puede existir la posibilidad física y espiritual de cumplir los fines de el matrimonio. Es un deber recíproco e intransmisible de los cónyuges ya que deben de vivir juntos en el domicilio conyugal, entendiéndose a este como la casa en que los cónyuges han convenido establecer su morada. El Código Civil previene en su artículo 163 lo conducente y al respecto señala "Los cónyuges vivirán juntos en el domicilio conyugal. Los tribunales con conocimiento de causa podrán eximir de esta obligación a alguno de ellos, cuando el otro traslade su domicilio a país extranjero a no ser que lo haga en servicio público o social o se establezca en un lugar insalubre e indecoroso." La obligación no debe ser tan rígida ya que hay casos en que el marido elige un lugar lejano e insalubre, o en el cual el clima es nocivo para la mujer lo que provoca una injusticia para seguir al marido, lo mismo puede darse en el caso de que ella sea la que traslade su domicilio.

Cuando un cónyuge se niega sin razón a vivir con su consorte, no hay manera para obligarlo al cumplimiento.

Ahora bien, es necesario que se compruebe la existencia del domicilio conyugal, ya que en él los cónyuges deben actuar con autoridad propia e iguales condiciones y no ser considerados como arrimados, o vivir con los padres, amigos parientes, etcetera. El licenciado Agustín Verdugo dice "La vida comun mutua y continua asistencia de ambos cónyuges son una consecuencia natural del matrimonio. Las varias y graves obligaciones que este importa

seria cuando menos muy defectuosamente cumplidas, si un mismo hogar no obligará a los dos consortes, para que con toda la posible igualdad se repartiesen entre ambos los deberes y mutuamente se ayudasen."(84) Así también el maestro Couto al respecto de este deber-obligación nos dice " Donde no hay vida en común, no hay matrimonio más que en apariencia."(85)

2.- ALIMENTOS

Primeramente precisaremos en que consisten los alimentos y después quien tiene derecho a pedirlos.

De acuerdo a nuestra legislación el concepto de alimentos comprende : La comida, el vestido, la habitación y la asistencia en caso de enfermedad, pagar lo necesario por concepto de medicamentos, hospital, etc., así como el pago de los gastos necesarios por concepto de educación para los hijos, para proporcionarles algún oficio, arte o profesión, todo esto de acuerdo con las circunstancias y necesidades personales del acreedor alimentista, las que varían según su situación o posición económica y social, sin llegar al lujo, pero teniendo en cuenta la posibilidad del que debe darlos, se excluye como obligación alimentaria proveer de capital a los hijos para ejercer el oficio, arte o profesión a que se hubiere dedicado el o los hijos.

Debe agregarse que la institución de los alimentos no fué

(84) Verdugo, Agustín. PRINCIPIOS DE DERECHO CIVIL. pag. 97

(85) Couto, Ricardo. op. cit. pág 191.

creada por el legislador para enriquecer al acreedor, o para darle una vida holgada y dedicada al ocio, sino que simplemente para que viva con decoro y pueda atender a su subsistencia.

Para determinar la cuantía de los alimentos, a la que tiene derecho un cónyuge, debe tomarse en cuenta que ésta debe cubrir lo necesario y ser proporcional, debe guardarse una proporción entre lo que el cónyuge necesitado requiere, según sus circunstancias para atender su subsistencia y por el otro lado las posibilidades económicas del cónyuge que debe dar los alimentos. La ley al respecto señala que los alimentos han de ser proporcionales a las posibilidades del que debe darlos y a las necesidades de quien debe recibirlos.

Tiene derecho a solicitar alimentos cualquiera de los cónyuges, puesto que es una obligación recíproca, lo que significa que independientemente del tiempo y la edad, cuando un cónyuge los necesite el otro debe responder y proporcionar la pensión alimenticia. Durante la vida conyugal, ambos consortes contribuirán al sostenimiento del hogar, a su alimentación y a la de sus hijos, así como a la educación de éstos, sin perjuicio de la libertad para distribuirse la carga en la forma y proporción que acuerden para este efecto según sus posibilidades.

Debe considerarse como aportación el trabajo femenino en el hogar, independientemente de que en la actualidad se observa que con mayor frecuencia ambos trabajan fuera del hogar, generalmente es el hombre el que abandona el mismo o viviendo ahí se desatiende totalmente o parcialmente del sostenimiento económico del hogar. El incumplimiento de esta obligación puede constituir un delito. El Código Penal para el Distrito Federal castiga como

delito el abandono de personas y lo sanciona con pena de prisión de un mes a cinco años, privación de los derechos familiares y pago de la reparación del daño de las cantidades no suministradas oportunamente al familiar que hubiere acusado.

3.- RELACION SEXUAL.

Uno de los deberes conyugales es el relativo a la relación sexual.

Este deber que tienen los cónyuges es recíproco y bilateral: ambos tienen el deber y el derecho, y por lo tanto, cualquiera de ellos tiene derecho a pedirlo al otro cónyuge, así como el deber de cumplir.

La ley no da una definición de débito conyugal o relación sexual, simplemente expresa que ambos consortes están obligados a contribuir cada uno por su parte a los fines del matrimonio.

Rafael de Pina da una definición de Débito Matrimonial "obligación de los cónyuges de mantener una relación sexual para contribuir a la reproducción de la especie." (86)

Esta definición nos parece acertada ya que se habla de las relaciones carnales entre esposos, y no de las simples relaciones sexuales que pueden llevar a cabo personas que no se encuentran en ese estado civil.

Los dos cónyuges tienen desde el principio igual derecho e igual obligación en orden a los actos propios de la vida conyugal. Este derecho-obligación se traduce en la facultad de

(86) De Pina, Rafael. ELEMENTOS DE DERECHO CIVIL MEXICANO, pág.150

exigir el débito conyugal.

En algunas definiciones tanto de la Doctrina como de la Ley se señala la perpetuación de la especie como fin principal del matrimonio y en esta virtud, debe de entenderse que cada conyuge esta facultado a exigir el débito carnal, libre de obstrucciones artificiales, es decir, con la posibilidad de engendrar la prole que la naturaleza ha dado al hombre y a la mujer.

Alberto Pacheco afirma "cuando artificialmente se ha interrumpido el proceso biológico sexual, o se ha hecho imposible engendrar por manipulaciones a ella dirigidas, y se busca por lo tanto sólo el placer sexual en el acto matrimonial, se está equiparando en alguna forma, al matrimonio con la prostitución, ya que en esta se busca sólo el placer y no se tiene ningún interés en la prole.(87)

Por otra parte el débito conyugal no sólo es una función biológica, sino también una función jurídica para cumplir cada uno de los esposos con los fines del matrimonio, el cual es reciproco y permanente y por lo tanto complementario, irrenunciable, intransmisible y personalísimo.

Dentro del amor conyugal está la parte del débito conyugal que es una característica esencial del matrimonio. El amor conyugal comprende tanto el aspecto espiritual y moral, así como el aspecto moral que se traduce en la relación sexual de los consortes.

La relación erótica de los cónyuges debe ser recíproca y no

(87) Pacheco Escobedo, Alberto. LA FAMILIA EN EL DERECHO CIVIL MEXICANO. pag. 143.

en forma de coacción; toda vez que la relación íntima de la pareja es el resultado de un amor prematrimonial y matrimonial, en donde las parejas deben tener comunicación sexual, respeto, atenciones recíprocas y diálogos en todos sentidos, de tal forma que el incremento del amor sea mayor día con día. En el mismo se debe la comprensión y atención en las relaciones espirituales y sexuales.

El incumplimiento del débito conyugal puede acarrear como sanción, el divorcio al configurarse como una injuria grave. No podría haber dentro del derecho una sanción que obligue al cónyuge a dar cumplimiento a la relación sexual del otro cónyuge, es decir, al cumplimiento de la relación íntima. Sólo los cónyuges deben decidir y resolver sus problemas sexuales.

Es por esto que debe existir una plena y amplia comunicación sexual entre ellos, sin que el hombre caiga en el machismo y la mujer en la sumisión del marido, ya que en la actualidad el hombre y la mujer son y serán iguales ante la Ley y la sociedad.

Este deber como ya se dijo está comprendido dentro del amor conyugal. Esta relación sexual debe entenderse como una forma más personalizante, más unitiva de mutua entrega. Es un deber permanente y complementario entre los cónyuges que son iguales, y se exige por reciprocidad.

Este débito carnal que se da en la intimidad exige respeto mutuo de los conyuges. Es la parte del amor conyugal que se expresa con la unión genito-sexual que es exclusiva del matrimonio, y sus efectos unitivos y procreativos no pueden ser separados de esta relación amorosa. A través de esta relación sexual la pareja puede cumplir algunos de los fines del

matrimonio: en la relación sexual se expresa el amor conyugal, el fin procreativo está íntima e inseparablemente vinculado en esta relación y ambos promueven a la pareja en su aspecto familiar y conyugal.

En el matrimonio cristiano el débito carnal adquiere especial importancia. "El amor cristiano es una alianza por la que el varón y la mujer constituyen entre sí un consorcio de toda la vida, ordenado por su misma índole natural a la generación y educación de la prole."(88) En el Derecho Canónico se encuentran descritos los dos fines del matrimonio: el bien de los cónyuges, que comprende el débito carnal dentro de la relación amorosa conyugal y la ayuda mutua, y por otro lado la generación y educación de la prole.

Así mismo, el Código del Derecho Canónico, expresa que "los actos con los que los esposos se unen íntima y castamente entre sí son honestos y dignos, y ejecutados de manera verdaderamente humana significan y favorecen el don recíproco en que se enriquecen mutuamente en un clima de gozosa gratitud."(89)

4.- FIDELIDAD.

Este debe nacer con la celebración del matrimonio y perdura durante la vida del vínculo matrimonial que une a los cónyuges, que comprende no sólo la abstención de realizar actos sexuales con persona distinta del, otro cónyuge, sino también el

(88) Código de Derecho Canónico. Ediciones Paulinas. S.A., Mexico, 1983. pág. 132.

(89) IBIDEM.

cumplimiento de la promesa y el compromiso diario y permanente entre los consortes a tenerse fidelidad.

Debemos entender por fidelidad: La lealtad que deben guardarse los cónyuges en todos los aspectos del estado matrimonial, deber que es recíproco, intransmisible, intrasigible e irrenunciable.

La fidelidad es una abstención de actos que afectan de manera directa a uno de los cónyuges en sus sentimientos internos y externos durante su vida matrimonial. Es un concepto de contenido moral que protege la dignidad y el honor de los consortes, además protege la monogamia, base de la familia en México. La fidelidad es como los contratos de buena fe, en donde se debe confiar en las partes que lo celebran.

Como ya lo mencionamos, la fidelidad no solo implica la abstención de actos sexuales extramatrimoniales, sino que desde el punto de vista moral y atendiendo a las condiciones sociales, culturales y personales de los cónyuges, comprende la abstención de todos aquellos hechos que aun cuando no lleguen a la consumación de un adulterio y no conduzcan a las relaciones eróticas, entre un cónyuge con tercera persona, puede constituir una violación a la lealtad que se juraron ellos mismos en cuanto esos hechos o actos, revelen que sea roto o lesionado gravemente la unidad que debe existir entre los consortes.

Después de la exposición de cada uno de ellos los deberes más importantes y esenciales que deben llevar los cónyuges durante su vida matrimonial, es importante decir que los deberes conyugales son: El conjunto de actos materiales y morales, compuestos por la vida en común, cohabitación, relación sexual y

fidelidad, los cuales permiten mantener la armonía y la felicidad a los cónyuges dentro del vínculo matrimonial que los une.

En la legislación actual se establece la igualdad y reciprocidad de derechos y deberes entre los cónyuges. Así ambos están obligados a contribuir, cada uno por su parte, a los fines del matrimonio, consistentes en la perpetuación de la especie y ayuda mutua. Los dos decidirán de mutuo acuerdo el número y espaciamiento de sus hijos.

Del estudio hasta estos momentos realizados se deduce que los fines del matrimonio son la procreación de la especie y la ayuda mutua.

Como se recordará el Código Civil de 1884 definía al matrimonio como "la sociedad legítima de un sólo hombre y una sólo mujer que se unen con vínculo indisoluble para perpetuar su especie y ayudarse a llevar el peso de la vida." Así mismo la Ley sobre Relaciones Familiares lo define como un contrato civil con vínculo disoluble pero conserva como fines la perpetuación de la especie y la ayuda mutua para llevar el peso de la vida

En el Código Civil vigente, se mencionan a éstos fines a través de lo dispuesto en los artículos 182 que establece que "son nulos los pactos que los esposos hicieron contra las leyes o los fines naturales del matrimonio." Así mismo, el artículo 142 señala "cualquier condición contraria a la perpetuación de la especie o a la ayuda mutua que se deben los conyuges, se tendrá por no puesta."

De lo anterior se consideran como fines a la perpetuación de la especie, y en lugar de ayudarse a llevar el peso de la vida, se menciona la ayuda mutua, palabras estas que se significan lo

mismo.

5.- ANALISIS DE LOS ARTICULOS 162 AL 169 DEL CODIGO CIVIL VIGENTE PARA EL DISTRITO FEDERAL.

El Código para el Distrito Federal en sus artículos 162 al 169 establece los efectos jurídicos del matrimonio: éstos artículos se encuentran ubicados en el capítulo tercero denominado de los derechos y obligaciones que nacen del matrimonio.

A continuación se hará un análisis somero de dichos artículos:

Artículo 162.-"Los cónyuges están obligados a contribuir cada uno por su parte a los fines del matrimonio y a socorrerse mutuamente.

Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de sus hijos. Por lo que toca al matrimonio, éste derecho será ejercido de común acuerdo por los cónyuges."

En este precepto se establece por un lado el deber de asistencia mutua y de contribución a los fines del matrimonio y por el otro, el derecho a decidir sobre el número y espaciamiento de los hijos.

La ayuda mutua o socorro mutuo se descompone en aspectos materiales y espirituales. Dentro de los materiales esta necesariamente la obligación de proporcionarse recíprocamente alimentos, es decir los cónyuges deben ayudarse mutuamente procurándose los medios para substituir. El aspecto espiritual abarca la satisfacción de todas las necesidades íntimas del

cónyuge. de tal manera que le permitan una vida digna en todo sentido, es decir ambos cónyuges deberán presentarse consejo, apoyo moral, dirección, confianza, mutuo auxilio, consideración, respeto, sobre todo afecto, en otras palabras amor.

En lo referente al segundo párrafo del artículo en análisis, por su gran contenido social, se elevó a precepto constitucional, estando regulado por el artículo 4º párrafo segundo de nuestra Carta Magna que a la letra dice "Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamento de sus hijos.

Es sin duda alguna, una decisión bilateral por demas íntima de los consortes, el número y espaciamento de los hijos, tomando en cuenta para ésto, sus posibilidades generales, así como las metas a seguir y que vayan encaminadas al perfecto entendimiento conyugal y finalidades del matrimonio.

El artículo 163 del ordenamiento jurídico antes mencionado establece "Los cónyuges vivirán juntos en el domicilio conyugal. Se considera domicilio conyugal el lugar establecido de común acuerdo por los cónyuges, en el cual ambos disfrutan de autoridad propia y consideraciones iguales.

Los tribunales con conocimiento de causa podrán, eximir de aquella obligación a alguno de los cónyuges, cuando el otro traslade su domicilio a país extranjero, a no ser que lo haga en servicio público o social o se establezcan en lugar insalubre o indecoroso.

De esta forma el legislador establece el deber de cohabitación que significa vivir juntos o habitar juntos en una misma casa.

A través del cumplimiento de éste deber recíproco los cónyuges tienen la posibilidad de establecer la comunidad íntima que fundamenta la unión de pareja. Es pues la cohabitación el elemento material que permite alcanzar los fines del matrimonio. Pensamos que el deber de cohabitar juntos es el principal efecto del matrimonio en relación a los cónyuges.

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

Los derechos y obligaciones que nacen del matrimonio serán siempre iguales para los cónyuges independientemente de su aportación económica para el sostenimiento del hogar."

Si el establecimiento de una comunidad íntima de vida requiere, para su desarrollo y expansión, de un hogar y éste a su vez necesita de sustento económico para cumplir efectivamente sus funciones, debemos concluir que dicho hogar deberá ser sostenido por quienes lo fundaron, es decir, por los cónyuges. Esta aportación debe ser suficiente para cubrir las necesidades del hogar, así como para la manutención de la pareja y de los hijos.

El artículo 165 del Ordenamiento Jurídico en estudio establece "Los cónyuges y los hijos, en materia de alimentos,

tendrán derecho preferente sobre los ingresos y bienes de quien tenga a su cargo el sostenimiento económico de la familia y podrán demandar el aseguramiento de los bienes para hacer efectivos estos derechos."

Por medio de este derecho de preferencia se pretende garantizar el sustento de la familia frente a cualquier vicisitud. Además de que en caso de no poder garantizar los alimentos, se podrá invocar la causal de divorcio correspondiente.

El artículo 168 de Código Civil para el Distrito Federal, establece: "El marido y la mujer tendrán en el hogar autoridad consideraciones iguales; por lo tanto resolverán de común acuerdo todo lo conducente al manejo del hogar, a la formación de los hijos y a la administración de los bienes, que a éstos pertenezcan. En caso de desacuerdo, el Juez de lo familiar resolverá lo conducente."

Este precepto fortalece el establecimiento de una comunidad de vida pues en la medida en que marido y mujer se relacionan en un plano de igualdad en todos los asuntos relativos al hogar, esa comunidad será más sólida y efectiva, para la convivencia íntima y la realización de los fines que ambos cónyuges proyectaron al unirse en matrimonio.

En caso de desacuerdo, el Juez de lo Familiar tratará de resolver el problema que se le plantee, de la mejor forma posible procurando la igualdad de condiciones y el bienestar matrimonial, ya que como se mencionó anteriormente los efectos conyugales son de orden público y por lo mismo se tratará a toda costa el buen funcionamiento y desempeño de los cónyuges y del matrimonio

ante la sociedad.

El artículo 169 de Ordenamiento Jurídico citado dice: "los cónyuges podrán desempeñar cualquier actividad excepto las que dañen la moral de la familia o la estructura de ésta. Cualquiera de ellos podrá oponerse a que el otro desempeñe la actividad de que se trate y el Juez de lo Familiar resolviera sobre la oposición."

Este artículo nos menciona la relación igualitaria entre los cónyuges, en lo referente a la actividad de ambos hacia a fuera del núcleo familiar. El artículo en cita establece diferencia entre actividades remuneradas o no, sencillamente señala los límites de esa libertad, los cuales son el daño a la moral o aquellas que afecten a la estructura de la familiar.

De los artículos antes comentados se desprende que los efectos del matrimonio en relación a los cónyuges son:

- 1.- Vida en común.
- 2.- Mutuo auxilio
- 3.- La igualdad en decisión
- 4.- El débito conyugal
- 5.- La aportación económica
- 6.- 6.- La fidelidad
- 7.- La cohabitación.

Resulta importante que el matrimonio se exija sobre bases firmes en los aspectos sentimentales, económicos y sociales para llegar a un buen funcionamiento de los fines del matrimonio .

Esto da por consecuencia que los cónyuges hallen la superación en todos los aspectos como dos personas que forman una sola y hagan a un lado el egoísmo, el individualismo, la envidia

y el orgullo, pues el matrimonio es una institución formada para conseguir juntos una infinidad de objetivos que van encaminados a la superación económica, cultural, social, educativa y política de los cónyuges, así como a la ayuda mutua y procreación para perpetuar la especie.

Pero cuando los fines u objetivos, son rotos por alguno de los consortes o por común acuerdo, al darse cuenta que entre ellos existen desavenencias conyugales, y deciden de una manera unilateral o bilateral la separación, se produce el rompimiento del vínculo matrimonial que los mantenía unidos.

Dentro del equilibrio de deberes conyugales que permitían tener unidos a los consortes se encuentran los tutelados por el derecho en materia matrimonial, tales como: el deber de cohabitación, el deber de ayuda mutua y el deber de fidelidad. Estos deberes son considerados como los fines inmediatos del matrimonio en sus dos grandes especies; el religioso y el civil. Los deberes que nacen del matrimonio deben ser asimilados por los consortes, tanto jurídico como moralmente. Estos deberes deben ser una meta para que los cónyuges alcancen la felicidad de ellos mismos como una sola persona, es decir deben de estar concientes de lo que trae consigo el matrimonio; los derechos, las obligaciones y las finalidades del matrimonio, deben estar presentes en las mentes de los contrayentes al celebrar el matrimonio, para evitar posteriores desavenencias por el desacuerdo en los efectos del matrimonio y las infracciones cometidas al mismo.

Jorge M. Magallón Ibarra, dice "de la celebración del matrimonio se deriva un estado matrimonial, comprendiendo como

tal a aquel conjunto de derechos y obligaciones que nacen del matrimonio mismo: del cual los efectos del mismo en relación con la persona de los conyuges son: a) Intrínsecos (íntimos de la relación) y personalísimos como la cohabitación, débito conyugal y la fidelidad. b) Extrínsecos, como la ayuda mutua y la asistencia."(90)

Galindo Garfias manifiesta que "se habla no de obligaciones propiamente dichas sino de deberes jurídicos, no de derechos subjetivos, sino de potestades, en la medida en que la regla de conducta, permisiva o prohibitiva que deben observar los cónyuges deriva directamente del ordenamiento jurídico, ya para inferir válidamente en la esfera de acción de éste último."(91)

C) FINES DEL MATRIMONIO.

Como ya se ha señalado, el matrimonio es un compromiso público y permanente de vida conyugal, que trae como consecuencia el vínculo como una comunidad conyugal. Los novios se comprometen a vivir como cónyuges y al hacerlo se se unen y establecen una comunidad de vida conyugal, la cual tiene fines naturales que la legislación civil toma en cuenta, los fines referidos no son invención del legislador, sino que están en la misma naturaleza del hombre y del matrimonio.

(90) Magallón Ibarra, Jorge M., INSTITUCIONES DE DERECHO CIVIL, pag. 299

(91) Galindo Garfias, Ignacio, DERECHO CIVIL, pág. 135

Es importante conocer cuales son los fines, pues de esa manera puede ajustarse la vida conyugal para dar respuesta y lograr los fines que la propia naturaleza del matrimonio exige.

Estos fines son: La ayuda mutua y la perpetuación de la especie.

1.- AYUDA MUTUA.

La ayuda mutua no se refiere sólo a situaciones de emergencia aislada, sino a todo momento y durante toda la vida del matrimonio.

Este deber nace del matrimonio y es recíproco. El Código Civil de 1884 y la Ley de Relaciones Familiares hablan de "ayudarse a llevar el peso" y ya al tratarse de las finalidades del matrimonio se emplea el término socorrerse mutuamente.

Al hablar de una comunidad íntima de vida permanente, permite una gran flexibilidad a la pareja para fijar sus propios objetivos e inquietudes al contraer nupcias; al mismo tiempo hace hincapié en el aspecto psicológico-afectivo de la relación y no en el mero hecho fisiológico de la procreación. Des esta manera es más sencillo comprender el sentido del saber de ayuda o socorro mutuo a que hace referencia el artículo en comento.

La ayuda o socorro mutuo se descompone en aspectos, materiales y espirituales. Dentro de los materiales se encuentra necesariamente, la obligación de proporcionarse alimentos, es decir, los cónyuges deben ayudarse mutuamente a procurarse los medios para ayudarse a vivir sana y felizmente en todos los aspectos materiales, como pueden ser entre otros: el vestigo, la alimentación, etc...

En el aspecto espiritual se abarca la satisfacción de todas las necesidades afectivas y morales que permitan la convivencia digna en todos los sentidos, es decir, ambos cónyuges deberán presentarse: consejo, apoyo moral, dirección, respeto y sobre todo afecto que nosotros lo traducimos en el amor conyugal que debe existir dentro del estado de matrimonio.

A través de ellos se pretende lograr como objetivo del matrimonio, la integración de los cónyuges, porque se comprende el aspecto material, sino también el asistencial o moral que deben darse los cónyuges tanto en casos normales como de enfermedad o de dificultades. Por este deber los conyuges se promueven humanamente en todos los aspectos: en lo material y en lo espiritual, en lo económico y en lo cultural, en su formación y en su proyección personal según su sexo.

En la época actual el respeto a la persona del otro cónyuge es un deber que nace del matrimonio y se da reciprocamente y complementariamente. El respeto a la persona se encuentra y promueve en el matrimonio y está relacionado estrechamente con la ayuda mutua. Hay disposiciones dentro de la legislación que se orientan al respeto de la dignidad humana, y en especial a la dignidad de los cónyuges, la buena fe se presume siempre en el matrimonio. El ataque a la dignidad de alguno puede ser causa de divorcio, como podría ser la calumnia hecha por un cónyuge en contra del otro, a sabiendas de su inocencia del delito por el cual se le calumnia, las injurias o las amenazas graves del otro.

En conclusión este fin se manifiesta en dos aspectos: el material y el moral, así como la reciprocidad de los cónyuges al

recibir la ayuda y socorro mutuo. Esta finalidad del matrimonio es correlativa de los conyuges, está presente en todo momento de la vida matrimonial, en virtud de que no se puede dar en forma aislada y ocasional, pues el matrimonio es la unión de dos personas de sexo diferente para perpetuar la especie y ayudarse mutuamente, en toda la vida matrimonial, ya que de lo contrario se podrán provocar graves desavenencias conyugales. Además es esencial esa finalidad para la realización integral de los consortes y la realización moral de los miembros de la familia.

2.- PERPETUACION DE LA ESPECIE.

Este es un fin natural y evidente del matrimonio y reconocido por todos independientemente de su ideología.

Este fin está orientado a la perpetuación de la especie y es tan importante que a semejanza del anterior, cualquier condición contraria, se tendrá por no puesta. Se recalca la importancia de este fin al expresar que serán nulos los aspectos que los esposos hicieren en contra de las leyes y los fines naturales del matrimonio. De ésto se desprende que los cónyuges no podrán pactar sobre la procreación o no procreación de un hijo ya que se estará en contradicción de lo expresado por el artículo 147 del Código Civil vigente que reza "cualquier condición contraria a la perpetuación de la especie o a la ayuda mutua que se deben los cónyuges se tendrá por no puesta."

El Derecho a la libre procreación debe ser ejercicio de común acuerdo de los consortes, para cumplir con este fin del matrimonio: caso contrario es indudable que puede dar lugar a serios conflictos entre los cónyuges ya que si alguno de ellos

se niega a tener descendencia, provocaría desavenencias conyugales.

D) CONCEPTO LEGAL Y ETIMOLOGICO DE LAS PALABRAS: ACUSAR, CALUMNIAR Y PRISION.

1.- ETIMOLOGIA DE LA PALABRA ACUSAR.

La palabra acusar proviene del Latín *acusare*, de *ad.* a. y *causa* que de acuerdo con el diccionario de la lengua española etimológicamente significa:

"Acusar.- tr. imputar a uno algun delito de culpa, vicio o cualquier cosa vituperable.//2.-denunciar,delatar.//3.-notar,tachar.//4.-reconvenir, censurar.//5.-manifestar, revelar, descubrir."(92)

2.- ETIMOLIGIA DE LA PALABRA CALUMNIAR.

La palabra Calumniar según la Real Academia de la Lengua Española, significa: Calumniar.(del latín *calumniari*) tr. atribuir falsamente a alguno palabras, actos o intenciones deshonorosas//2.- ant. vengar o reparar agravios//3.- Der. imputar a una persona falsamente la comisión de un delito de los que dan lugar a procedimiento de oficio:siempre que la imputación se haga fuera del proceso en que se persiga el delito imputado.(93)

3.- ETIMOLOGIA DE LA PALABRA PRISION.

La palabra Prisión al igual que los otros conceptos etimológicos mencionados anteriormente es contemplado por la

(92) DICCIONARIO LEXICO HISPANO.Tomo I. pág. 33

(93) IBIDEM.pág. 267

Real Academia de la Lengua Española. la cual le otorga el siguiente significado: Prisión 1.- (del latín prehebsio, omis) F: Acción de prender, asir o coger//2.- cárcel o sitio donde se encierra y asegura a los presos //3.- atadura con que están presos las leyes de caza//4.- ant.toma ocupación de una cosa//fig. cualquier cosa que ata o detiene físicamente//6.- der. pena de privación de la libertad inferior a la reclusión y superior al arresto//7.- pl. grillos, cadenas y otros instrumentos con que en las cárceles se aseguran a los delincuentes//De Estado. cárcel en que se encierran los reos de Estado//9.- Mayor. Lo que dura desde seis años y un día hasta doce años//Menor. La de seis meses un día hasta seis años//Preventiva. Der. la que sufre el procesado durante la sustanciación del juicio//Reducir a uno a prisión// Fr. Der. encarcelable.(94)

4.- CONCEPTO LEGAL DE LA PALABRA ACUSAR.

Legalmente la palabra acusar es el acto en cuya virtud se imputa ante el Tribunal competente la comisión de un delito a una persona que en sumario aparece como presunto responsable. Cuando se trata de poner en conocimiento del Juez de su instrucción la posible existencia de un delito y de su autor, el acto se llama denuncia vgr. acción penal.

5.- CONCEPTO LEGAL DE LA PALABRA CALUMNIAR.

En el Código Penal Mexicano, el delito de calumnia se

(94) DICCIONARIO LEXICO HISPANO. Tomo II. pág. 1159

encuentra ubicado en el título relativo a los delitos contra el honor y regulado en el artículo 356; a diferencia de otros países que lo consideran como un delito en contra de la administración de justicia ya que consideran que el bien jurídico que se protege no es el honor, sino prevalentemente un interés jurídico que la sociedad tiene en que la recta administración de justicia no se vea entorpecida por acusaciones o imputaciones engañosas.

De la lectura del artículo 356 del Código Penal se desprende que la imputación del delito sea falsa, y esta falsedad debe ser objetiva y subjetiva: la falsedad objetiva es la imputación de un delito, sin que éste se haya cometido por la persona; la falsedad subjetiva se da cuando existe el ánimo doloso, es decir, cuando se tiene conocimiento y voluntad de que se está cometiendo un hecho injusto. Por lo que el tipo de calumnia se puede integrar con la imputación, denuncia o queja de hechos, a sabiendas de la falsedad de los mismos en que se funda, o de la inocencia de la persona a quien se hace la delictiva atribución.

Del artículo 356 también se pueden establecer las formas de realización de la calumnia: verbales o escritas: formales y reales. Las primeras se desprenden de la fracción del mencionado artículo ya que la imputación puede hacerse mediante palabras proferidas en presencia o ausencia del sujeto pasivo o mediante escritos dirigidos a éste o comunicados a terceras personas, pues dentro de la especialidad entran los diversos modus operandi. Las formales se contemplan en la fracción segunda, cuando se hace mediante la presentación de denuncia, queja o acusación calumniosa, entendiéndose por tales aquellas en que el autor imputa un delito a persona determinada, sabiendo que ésta es

inocente o que en sí no se ha cometido el hecho delictuoso. La calumnia real descrita en la fracción tercera consiste desde el punto de vista fáctico en poner sobre la persona calumniada, en su casa o en otro lugar una cosa que pueda dar indicios o presunciones de responsabilidad.

La consumación y la tentativa de la calumnia se puede establecer con base en las formas de como se presenta éste delito. Existe consumación si la calumnia es verbal y es oída por el sujeto pasivo o por tercera persona. Escrita en cuando una u otra persona lea la imputación falsa. En el artículo 356 en la parte en que se marca la forma de calumnia formal, ésta se consuma cuando se está frente a un organismo judicial presentando la denuncia, teniendo el carácter de falsa, con respecto de la calumnia real se dará la consumación cuando engendre en contra de su persona indicios o presunciones de responsabilidad.

Es configurable la tentativa en todas las formas de calumnia, habiendo dificultad respecto de la verbal cuando ésta no es oída por alguna persona o por la persona a quien se el imputa el hecho delictivo.

De lo anterior podemos decir que la principal característica de la calumnia es la falsa imputación de un delito, pero sin embargo debe ocurrir otros aspectos importantes que la hacen diferente de los otros delitos que la Ley señala como los delitos contra el honor.

Por otra parte es necesario enfatizar que esa falsedad sea conciente y voluntaria por la persona que realiza la imputación de un delito, además de que esta imputación debe ser a persona directa y los hechos también deben ser concretos y determinados.

6.- CONCEPTO LEGAL DE LA PALABRA PRISION.

Segun el Código Penal la prisión consiste en la privación de la libertad corporal, cuya duración puede ser de tres días hasta cuarenta años. Para algunos autores la palabra prisión comprende toda clase de establecimientos relacionados con el Derecho Penal. Por ejemplo para Cuello Calón, la prisión, es el establecimiento penal en donde se recluyen a los condenados y en donde permanece en mayor o menor grado privados de su libertad y sometidos a un régimen de vida, y por lo común sujetos a la obligación de trabajar.

Para Goffman, es aquella organización en donde los sujetos que en ella viven están sometidos a un sola autoridad y que en mayor o menor grado están separados del mundo circundante, además de que sus necesidades y procesos vitales están bajo la administración de un reglamento interno.

A lo anterior podemos agregar que es un sitio en donde se ejecuta la sentencia de un sujeto condenado con pena privativa de libertad corporal, por haber cometido un delito. Los juristas por ello señalan que la pena de prisión debe tener como límite máximo la culpabilidad del sujeto.

Por lo tanto la finalidad de la pena de prisión según la política criminológica moderna es preventivo-especial, esto es, tiende a evitar que el sujeto reincida en la comisión de un ilícito, surgiendo de ello una segunda finalidad, de prevención general; pues al sancionar al delincuente se refuerza la intimidación de la colectividad y se ejemplifica a los demás para que se abstengan de violar las normas preestablecidas.

E) CONSECUENCIA JURIDICO-SOCIALES DE LA ACUSACION CALUMNIOSA.

1.- CONSECUENCIAS PSICOLOGICAS.

La omnipresencia de una o de otra forma de matrimonio en la historia, en todas las sociedades del mundo, lo confirma como una necesidad humana. El vínculo matrimonial se considera generalmente como la mejor forma de asegurar una crianza metódica de los hijos y de ésta forma la continuación de la especie. En la mayoría de las sociedades el matrimonio también conlleva beneficios económicos, proporciona una división ordenada de los quehaceres y una unidad de consumo y trabajo manejable. Implica una posibilidad disponible y regulada para la actividad sexual. Y en una sociedad altamente móvil y fragmentada como en la que vivimos, el matrimonio provee idealmente un lugar de seguridad donde cada miembro de la pareja puede reposar tranquilo, con el conocimiento de que su pareja será una fuente casi constante de amistad, afecto y compañerismo. Sin embargo las altas tasa de separación y divorcios existentes atestiguan la dificultad de llegar a ese ideal.

Davidoff, señala " si bien es cierto, que un divorcio es traumático para todos los miembros de la familia y causa un dolor intenso en la mayoría de las personas, el malestar empeora de manera notable antes de desvanecerse el vínculo matrimonial. Por lo general crea tensión y pobreza de un sólo golpe, justo después del divorcio la mayoría de los individuos se sienten muy solitarios, deprimidos y enajenados. Al mismo tiempo ansian un vínculo personal profundo y se consideran incompetentes para

ello."(95)

De lo anterior es notable que el divorcio en si mismo ocasiona desequilibrio emocional y frustración en los cónyuges, considerando que ésto puede acresentarse debido a la causa por la cual se da el divorcio. Así el ser calumniado por aquella persona, que representaba para su cónyuge esa fuente constante de amistad, y afecto, es decir aquella persona en la que depositó sus más íntimos y sinceros sentimientos, es la que hoy se a treve a calumniar a su cónyuge a sabiendas de que tal hecho afectará cien por ciento su estado matrimonial, ya que con ésto se pierde todo respeto y posibilidad de rescatar el lazo amoroso o afectivo que se dió en la relación conyugal.

El divorcio también ocasiona en si mismo inseguridad en los cónyuges para poder reestablecer una nueva relación amorosa. Judith y Wallerten, en Davidoff , señalan que "tardan de dos años a dos años y medio o más los adultos en recuperar la estabilidad luego del divorcio. Sin embargo por otro lado mantener una relación donde ya no hay afecto ocasiona pleitos, discusiones y tal vez hasta agresiones físicas constantes lo cual a la larga llega a acusar estragos psicológicos que perturban el desarrollo emocional de ambos cónyuges y sus descendientes, ya que como se mencionó se llega a esta decisión cuando por alguna de las partes se ha acabado ese lazo de afecto, respeto y confianza."(96)

El cónyuge que ha calumniado a su pareja es por que ya no

(95) Davidoff.L. Linda. INTRODUCCION A LA PSICOLOGIA. pág. 384

(96) IBIDEM. pág. 235

siente ningún respeto por su élla , así el cónyuge calumniado al solicitar el divorcio es obio que es por que ha perdido la confianza y tal vez el afecto que sentia hacia su pareja.Ya que cuando un cónyuge deja de representar para el otro ese objeto en el cual podemos depositar nuestra confianza y sentimientos más íntimos el matrimonio deja de ser aquel lugar que provee seguridad a cada miembro debido a las calumnias o calumnia levantada en contra de alguno de los cónyuges por el otro cónyuge ocasionando ésto más tensión que un divorcio. debido a que el odio, discordia e ira o alguna otra razón puede prolongarse durante años en un matrimonio legalmente intacto. Por el contrario un divorcio a la postre puede crear un ambiente hogareño más armonios y positivo.

El que un divorcio se de por causa de una calumnia es más difícil de superar para el cónyuge calumniado, pero más difícil es mantener el matrimonio. Bohannon en Papalia, señala "que la decisión de separarse puede ser algo positivo que representa crecimiento y madurez, una nueva forma de auto comprensión y de comprensión de las propias necesidades, así como una nueva apreciación de lo que se debe hacer para que un matrimonio funcione . El ajuste personal después de la separación depende en gran parte de los sentimientos hacia sí mismo."(97)

2.- CONSECUENCIAS SOCIALES

La idea del honor podemos decir que se descompone en tres elementos distintos. 1.- El sentimiento de la propia dignidad;

(97) Papalia, Diane. DESARROLLO HUMANO.pág. 415

- 2.-La estima o la buena opinión que los otros tienen de nosotros
- 3.-La potencia inherente a una reputación de procurar ciertas ventajas materiales.

Está bien establecido por la mayoría de los autores que tratan los delitos contra el honor que este concepto reconoce dos aspectos uno interno o subjetivo y otro externo u objetivo; honor subjetivo es el juicio que los demás se forman de nuestra propia dignidad.

Filiangieri citado por Teodosio González, nos hace una clara explicación de lo que él considera como una reputación, lo cual reproducimos con el objeto de tratar de presizar las consecuencias sociales que trae consigo el delito de la calumnia y al respecto dice : "el hombre solitario o aislado no podría tener noción de estas ideas, que nacen sólo al contacto con sus semejantes; pero cuando se hizo esposo, padre o patron, comenzó, a sentir la preocupación de aquella estimación, que le suministraban esas condiciones y que le hacía más dulce el combinado placer del amor, de la obediencia y el respeto. Formada la ciudad y hecho ciudadano, esta preocupación tomó cuerpo con la aparición de nuevas causas que hacían más precioso ese bien la sólo conciencia del propio mérito, resultó ya para su corazón agitado por pasiones sociales, un sentimiento demasiado tranquilo y oculto, para contentar sus ansias. Sin la estimación de los demás y de sí mismo no le proporciona placer alguno y está muy lejos de compensar los sacrificios que demanda la práctica de la virtud abandonando la pues la actividad meramente pasiva el hombre hizo desde entonces esfuerzos muchas veces extraordinarios para determinar en su favor la opinión pública, no contentándose

solamente con merecerla. Por este camino llegó el hombre a preferir la apariencia de la virtud a la virtud misma y subordina su existencia y valor moral, a la opinión de los otros hombres. De aquí la importancia que el hombre atribuye a la consideración pública y a la medida del mal que le deriva de privárceles de ese bien tan codiciado por él. "(98)

Así el honor que es el mayor valor que cada uno incorpora a su personalidad con la observancia del deber mismo que se traduce estrictamente por la estimación, es decir, por el reconocimiento que sus coasociados, hacen de su existencia, así como la reputación adquirida en el ejercicio de un quehacer íntegro la personalidad; humana es una especie de propiedad que pertenece a cada individuo, que hace parte de su patrimonio y a veces como capital precioso y considerable, tanto más querido y respetable, en cuanto que no es hijo de la herencia ni de la casualidad, sino el resultado de los esfuerzos y merecimientos propios.

De aquí que la honra no sea un bien jurídico de inmenso valor intrínseco, sino también la más fuerte preocupación moral del hombre. El hombre honesto tiene a su honra como el bien supremo, a menudo le vemos exponer sus más valiosos intereses, sacrifica sus afecciones más caras, inmola su vida misma, para vindicar su honor a sus semejantes; aun más en muchos llega a constituir una ofuscación criminal, pensando que no hay medio válido para ser respetar el honor conculcado, pudiendo ser esto a través de la comisión de un ilícito.

(98) González, Teodosio. DERECHO PENAL. pág. 120

De ahí que todas las legislaciones antiguas y modernas hayan puesto bajo su amparo el honor y la reputación del hombre, medida exigida al poder social, no sólo por el valor intrínseco que representa la vida moral del hombre, sino también porque así se evita una infinidad de delitos a los cuales estaría tentado a cometer en pos de una preocupación tan fuertemente arraigada en su corazón. Es así que la acusación calumniosa es la más grave e infamante de las injurias que puede un cónyuge proferir a su pareja; ese cónyuge no ha vacilado en hacer a su consorte víctima de las humillaciones más crueles cuyas heridas no cicatrizan nunca porque engendran resentimiento y odio que nada puede desplazarlos.

3.- CONSECUENCIAS JURIDICAS

Finalmente entraremos al estudio de las consecuencias jurídicas respecto al cónyuge calumniado y así diremos retomando parte de lo anteriormente escrito que éste al ser denunciado por su cónyuge calumniador, es sometido a la práctica de un proceso penal en su contra en el cual y durante las fases o etapas que integran a este, mismas que van desde la denuncia o querrela, integración de la averiguación previa, consignación y radicación de la misma ante el juzgado penal, hasta la sentencia dictada por el Juez; el cónyuge calumniado tratará de probar su inocencia, puesto que además de estar en investigación la comisión o no del delito que le es imputado por su cónyuge calumniador, el calumniado puede desde el inicio del proceso, dependiendo del delito que le sea imputado, estar en peligro de perder su libertad aunque sea en forma temporal y con el temor de

que esa pérdida de su libertad pueda ser definitiva y dado que es uno de los valores intrínsecos del ser humano que se defiende hasta el último momento. Por otro lado también está en juego su honor que viene a ser uno más de los valores que el ser humano atesora de manera incalculable, así pues las consecuencias jurídicas, no son más que el ser sometido penosa y moleestamente a la práctica de un proceso penal en contra del cónyuge calumniado, por un delito que nunca cometió y esto a sabiendas del cónyuge calumniador.

Una vez que se dicte la sentencia mediante la cual sea absuelto o en su caso desde la averiguación previa, por no haber sido integrada ésta al faltar algún elemento puede hasta entonces el cónyuge calumniado ejercitar su acción y derecho en contra del cónyuge calumniador precisamente por la comisión del delito de calumnia a través de un proceso penal y con fundamento en lo dispuesto por el artículo 356 del Código Penal vigente para el Distrito Federal y así mismo demandar el divorcio con apoyo en lo dispuesto por el artículo 267 frac. XIII de Código Civil también vigente para el Distrito Federal, independientemente de la penalidad de prisión que esté establecida para el delito por el que haya sido denunciado.

F) NECESIDAD DE REFORMAR LA FRACCION XIII DEL ARTICULO 267 DEL CODIGO CIVIL VIGENTE PARA EL DISTRITO FEDERAL.

El hecho de proponer una reforma específica al artículo 267 en su fracción XIII del Código Civil vigente para el Distrito Federal, es con la finalidad de buscar una mayor facilidad para lograr el divorcio de quien en un momento determinado se ve

denunciado por su cónyuge de la comisión de un delito cualquiera de los contemplados por el Código Penal para el Distrito Federal.

Así la razón de proponer que se debe dejar de tomar en cuenta la penalidad del delito que se impute al calumniado para efectos de poder solicitar el divorcio es a razón de que si los fines principales o básicos de cualquier pareja unida en matrimonio son entre otros la confianza, el mutuo auxilio, ayuda, fidelidad, consideración, respeto y en fin todos aquellos actos u omisiones que estén encaminados a fortalecer la unión de la pareja, esa unión aunque utópica debe de existir siempre en el matrimonio, pero cuando uno de los cónyuges sin tomar en cuenta estos fines o propósitos acusa, denuncia o comete actos u omisiones tendientes a provocar un daño de la naturaleza de la calumnia contra su cónyuge, es que en realidad a este cónyuge calumniador, ya no le interesa como pareja el cónyuge calumniado.

Actualmente nuestra legislación civil en el Distrito Federal considera que sólo por delito que merezca pena de prisión mayor de dos años, podrá el cónyuge ofendido por el delito de calumnia entablar formal demanda de divorcio, por considerar que por aquellas calumnias de delitos que tengan señalada pena menor que la mencionada anteriormente no es razón o causa grave para demandar el divorcio necesario.

Consideramos que aunque el matrimonio es una institución orden público, además de ser la célula de la sociedad y a la que se le debe de proteger hasta lo imposible para lograr su subsistencia entre los cónyuges, es menester tomar en consideración el hecho de haber sido calumniado por cualquier delito alguno de los cónyuges por su pareja, esto demuestra la

inasistencia de afecto alguno por parte de aquel cónyuge que sin importarle el grado, de penalidad, porque el afecto o cariño, son situaciones que no se pueden cuantificar sino que con el simple ademán de falta de éste se llega a provocar en la persona que recibe estos afectos, un descontrol sentimental de culpa, menosprecio, en fin provoca situaciones de confusión, no cuantitativas sino cualitativas; esto es que se terminan esos factores de consideración, cariño, respeto, confianza, elementos necesarios para la existencia de una buena relación matrimonial. Quien calumnia su cónyuge denota que no tiene ya ningún sentimiento hacia a su pareja al cual se atrevió a calumniar, al no existir estos sentimientos, sino todo lo contrario, es más fácil o probable que se le trate con desprecio por parte de su cónyuge calumniador y si en un momento dado, no se dan estas causales que le sirvan de base al calumniado para demandar el divorcio, no podrá ser posibles seguir unido a una persona que señale, denuncie o provoque una calumnia, pues consideramos que por mínima que sea la pena señalada al delito imputado por el que sea calumniado, estando conciente en todo momento el cónyuge calumniador de la inocencia, consideramos que esta es una causa suficiente para tomar la decisión de la separación de su cónyuge, porque de no hacerlo significaría en un futuro un peligro constante para la seguridad ya sea esta física, moral o emocional, porque en un matrimonio en donde han desaparecido los elementos esenciales para la subsistencia del vínculo matrimonial, significa que también han desaparecido otros elementos como lo es el respeto que se debe dar y recibir como

pareja y persona; y si alguien considera o asevera que sin esos elementos puede seguir existiendo ese vinculo matrimonial, aún cuando alguno de los cónyuges haya sido calumniado por su pareja, por la presunta responsabilidad de la comisión de un delito que tenga señalada una pena menor de dos años, y que solo se presume que pueden desaparecer de dicha pareja los fines y elementos necesarios en el matrimonio, cuando es calumniado por delito con pena mayor de dos años, entonces consideramos que para quien acevere ésto no tiene importancia y más aún están demás las obligaciones y fines del matrimonio.

CONCLUSIONES.

Después de haber realizado la presente investigación hemos llegado a las siguientes conclusiones:

PRIMERA.- Es en el Concilio de Trento (siglo XVI) donde por primera vez se regula toda la materia matrimonial, adquiriendo el matrimonio el carácter de acto formal e indisoluble.

SEGUNDA.- Es el triunfo de la Revolución Francesa, en donde se rompe el dogma cristiano de la indisolubilidad del matrimonio.

TERCERA.- Entre nosotros el matrimonio originalmente fué una unión indisoluble, admitiéndose sólo la separación de cuerpos en ciertos casos. Es hasta 1914 con la Ley de Divorcio Vincular que se reconoce la disolución del vínculo matrimonial, con lo que se deja o permite a los conyuges contraer nuevas nupcias.

CUARTA.- Uno de los fines del matrimonio es la ayuda mutua, socorro y respeto, cuando ésto no se da o ya no es posible que se de puede otorgarse el divorcio.

QUINTA. - En el Código Civil vigente las causales de divorcio se encuentran señaladas limitativa y no ejemplificativamente por lo que cada causal tiene carácter autónomo, de manera que no pueden involucrarse unas con otras ni aplicarse por analogía de razón. No existen por lo tanto las causales de divorcio que aquéllas preestablecidas por el legislador.

SEXTA.- El divorcio puede ser necesario o voluntario, las causales de divorcio se clasifican en: las que implican delito.

ias que constituyen hechos inmorales. las que se refieren a vicios o enfermedades y las contrarias al estado matrimonial lo que implica incumplimiento de obligaciones conyugales.

SEPTIMA.- El divorcio no es un mal necesario como se ha afirmado, porque debidamente substanciado, es el medio benéfico y eficaz para liberar de la injusticia a los cónyuges inocentes. Consideramos que la calumnia de uno de los cónyuges hecha contra del otro por delito que merezca pena de prisión , deberá tomarse en consideración como causal de divorcio, sin tomar en cuenta la penalidad impuesta al delito por el cual se denuncie o se calumnie.

BIBLIOGRAFIA.

DOCTRINA .

1.- ALBA. Carlos H. Estudio Comparado entre el Derecho Azteca y el Derecho Positivo Mexicano. Edición del Instituto Indigenista Interamericano. México 1949.

2.- BENGER, Mario. El Principio de Causalidad en la Ciencia Moderna. trad. Hernán Rodríguez. Ed. Universitaria Buenos Aires 1972.

3.- BONECASE, Julien. La Filosofía del Código de Napoleón Aplicada al Derecho de Familia. 2ª edición , vol. II.

4.- COLIN Y H. Capitant. Curso Elemental de Derecho Civil. 3ª edición, Tomo I Madrid 1952.

5.- COUTO, Ricardo. Derecho Civil. Ed. Era Vasconia. Tomo I, México 1919.

6.- CHAVERO, Alfredo. México a través de los Siglos. Ed. Cumbre. Tomo I, México 1958.

7.- DAVIDOFF L., Linda. Introducción a la Psicología. Ed. Diana, México 1985.

8.- DE PINA, Rafael. Derecho Civil Mexicano. Ed. Porrúa, 10ª edición. México 1980.

9.- FERNANDEZ Clérigo, Luis. El Derecho de Familia en la Legislación Comparada. Ed. Uthea. México 1947.

10.- GALINDO Garfias, Ignacio. Derecho Civil. Ed. Porrúa, México 1975.

11.-- GARCIA, Trinidad. Apuntes de Introducción al estudio del Derecho. Ed. Porrúa, México 1980.

12.- GONZALEZ, Teodosio. Derecho Penal. Asunción 1928.

13.- IBARROLA, Antonio D. Derecho de Familia . Ed. Porrúa, México 1978.

14.- JOSSERAN, Luis. Derecho Civil, trad. de Eligio Sánchez Larios y José M. Cajica. Ed. Cajica, México 1946.

15.- MAGALLON Ibarra, Jorge M. Instituciones de Derecho Civil.
Ed. Porrúa, Tomo III, México 1968.

16.-- MATEOS Alarcón, Manuel. Estudios sobre el Código Civil del D.F. de 1870 con anotaciones de las Reformas del Código de 1884. Ed. Librería de valdez y Cuevas, México 1885.

17.- MAZEAUD, Henri Leann. et. al. Lecciones de Derecho Civil, tra. Luis Alcalá- Zamora y Castillo, Ed. Ediciones jurídicas Europa- América, Vol. IV, Buenos Aires 1959.

18.- MONTERO Duhalt, Sara. Derecho de Familia. Ed. Porrúa, 3ª edición, México 1987.

19.- ORTIZ Urquidí, Raúl. Oaxaca Cuna de la Codificación Iberoamericana. Ed. Porrúa, México 1974.

20.-- PACHECO Escobedo, Alberto. La familia en el Derecho Civil Mexicano. Ed. Porrúa, México 1984.

21.-- PAPALIA, Diane. Desarrollo Humano. Ed. Mc. Graw. México 1988.

22.-- PETTIT, Eugene. Tratado Elemental de Derecho Romano. Ed. Albatros. Buenos Aires 1954.

23.-- PLANIOL, Marcel. Tratado Elemental de Derecho Civil. Ed. Cajica. Tomo II. México 1964.

24.-- ROJINA Villegas, Rafael. Compendio de Derecho Civil. Ed. Porrúa, 20ª edición. México 1984.

25.-- SANCHEZ Medal, Ramón. Los Grandes Cambios en el Derecho de Familia de México. Ed. Porrúa. México 1979.

26.- VERDUGO, Agustín. Principios de Derecho Civil. Edición de tipografía Alejandro Marquez, Tomo II. México 1987.

27.- ZURITA, Alonso de. Historia de México. Ed. Salvador Chávez. México 1960.

L E G I S L A C I O N .

1.- Código Civil Español. Ed. Reus. 5ª edición, Madrid 1954.

2.- Código Civil para el Distrito Federal. Ed. Porrúa. 59ª edición. México 1992.

3.- Código de Derecho Canónico. Edición Bilingüe comentada por los profesores de Derecho Canónico de la Universidad

Pontificia de Salamanca, Biblioteca de Autores Cristianos, 4ª edición, Madrid 1984.

4.-- Código Penal para el Distrito Federal. Ed. Porrúa, 49ª edición, México 1992.

5.-- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Ed. Porrúa, 89ª edición, México 1992.

6.- Ley sobre Relaciones Familiares. Anotada por el Lic. Andrade Manuel. Ed. Aduanera de México. México 1959.

O T R A S F U E N T E S .

1.- ATWOOD, Roberto. Diccionario Jurídico. Ed. Librería Bazón, México 1978.

2.- Enciclopedia Jurídica Omega. Ed. Bibliográfica Argentina Tomo IV. Buenos Aires 1976.

3.- Enciclopedia Universal Ilustrada Europa- Americana. Ed. Espasa Calpe. Tomos XII, XIII, XVIII.

4.- ESCRICHE, Joaquín. Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia. Ed. Porrúa. México 1979.

5.- Nueva Enciclopedia Larousse. Ed. Planeta, TomosII y V. Madrid España.

6.- OSORIO, Manuel. Diccionario De Ciencias Políticas y Sociales. Prol. Dr. Carbanellas. Ed. Heliasta, Buenos Aires 1974.

7.- Semanario Judicial de la Federación, Sexta Epoca.