

834
291



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

**EL DIVORCIO CIVIL Y LA NULIDAD
DEL MATRIMONIO EN EL
DERECHO CANONICO**

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
ALAN RODRIGUEZ JIMENEZ

DIRECTOR DE LA TESIS:

Dr. Francisco Huber Olea y Reynoso



**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

MEXICO, D. F.

1993

FACULTAD DE DERECHO
SECRETARIA GENERAL DE
EXAMENES PROFESIONALES



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.

**EL DIVORCIO CIVIL Y LA NULIDAD DEL MATRIMONIO
EN EL DERECHO CANONICO**

I N D I C E

INTRODUCCION..... 1

CAPITULO PRIMERO

ANTECEDENTES HISTORICOS

1.- El Matrimonio en la Antigüedad..... 5
 1.1. El Matrimonio como Sacramento..... 8

2.- El Divorcio en la Biblia.....9
 2.1 El Nuevo Testamento.....12

3.- El Matrimonio en el Derecho Romano.....20
 3.1. Evolución Histórica del Matrimonio Romano.....24
 3.2. Celebración de las Justae Nuptiae.....25
 3.3. Condiciones de Validez del Matrimonio Romano....27

**4.- Causas que dan origen a la disolución de las Justae
Nuptiae o Matrimonio Romano.....31**
 4.1. Divorcio en los Matrimonios con Manus.....34
 4.2. Divorcio en el Matrimonio Sin Manus.....35

5.- Divorcio en la época de los Emperadores Cristianos...37

6.- Divorcio en el Derecho Español.....39

7.- El Divorcio en la Legislación Mexicana.....42
 **Evolución Histórica de la Legislación Mexicana en
materia de Matrimonio y Divorcio.**

7.1. Ley Orgánica del Registro Civil, del 27 de enero de 1857.....	44
7.2. Circular del Ministerio de Justicia, que remite la Ley de Matrimonio Civil.....	46
7.3. Ley del Matrimonio Civil del 23 de julio de 1859.....	48
7.4. Ley del Registro Civil del 28 de julio de 1859.....	50
7.5. Ley sobre libertad de cultos del 4 de diciembre de 1860.....	51
7.6. Ley del Registro Civil del 1º de noviembre de 1865.....	51
7.7. Código Civil del 6 de julio de 1866.....	52
7.8. Código Civil del Distrito Federal y Territorios de Baja California de 1870.....	55
7.9. Código Civil del Distrito Federal y Territorios de Baja California de 1884.....	60
7.10. Ley del Divorcio de 1914.....	62
7.11. Ley sobre las Relaciones Familiares del 9 de abril de 1917.....	64
7.12. Código Civil del Distrito Federal y Territorios de 1928.....	69

CAPITULO II

EL DIVORCIO CIVIL

1.- Naturaleza Jurídica del Matrimonio.....	71
1.1. El Matrimonio como acto Jurídico.....	71
1.1.a Como acto Jurídico Condición.....	72
1.1.b Como acto Jurídico Mixto.....	72
1.2. El Matrimonio como contrato.....	73
1.2.a Como contrato Ordinario.....	73

1.2.b Como contrato de adhesión.....	75
1.3. El Matrimonio como Institución.....	76
1.4. El Matrimonio como estado jurídico.....	77
1.5. El Matrimonio como acto de poder estatal.....	78
2.- Naturaleza jurídica del Divorcio en cuanto al vínculo.....	79
2.1. Concepto de Divorcio.....	79
3.- Clasificación de los sistemas de Divorcio.....	81
3.1. El divorcio por separación de cuerpos.....	82
3.2. El Divorcio en cuanto al vínculo.....	83
4.- Clases de Divorcio.....	85
4.1. El Divorcio Voluntario de tipo administrativo...86	
4.1.1 Manera de llevar a cabo el Divorcio Voluntario de tipo administrativo.....	87
4.2. El Divorcio Voluntario de tipo Judicial.....	90
4.2.1 Personas que pueden solicitar el Divorcio Voluntario de tipo Judicial.....	92
4.2.2 Juez competente para conocer del Divorcio Voluntario de tipo Judicial.....	93
4.2.3 Partes en el Divorcio Voluntario de tipo Judicial.....	93
4.2.4 Procedimiento en el Divorcio Voluntario de tipo Judicial.....	94
4.2.5 Documentos que deberán acompañarse a la solicitud de Divorcio de tipo Voluntario Judicial.....	96
4.2.6 Requisitos del Convenio de Divorcio Voluntario de tipo Judicial.....	98
4.2.7 Oposición del Ministerio Público a la aprobación del convenio celebrado por los cónyuges en el Divorcio Voluntario	

de tipo Judicial.....	103
4.2.8 Alimentos del cónyuge en el Divorcio Voluntario de tipo Judicial.....	106
4.3. Divorcio Contencioso Necesario.....	107
4.3.1 Estudio sistemático de las causas de Divorcio.....	109
4.3.2 De las Causas de Divorcio en Particular..	111
Primera causa de Divorcio.....	111
Segunda causa de Divorcio.....	114
Tercera causa de Divorcio.....	116
Cuarta causa de Divorcio.....	118
Quinta causa de Divorcio.....	120
Sexta y Séptima causa de Divorcio.....	122
Octava causa de Divorcio.....	124
Novena causa de Divorcio.....	125
Décima causa de Divorcio.....	127
Décimo primera causa de Divorcio.....	129
Décimo segunda causa de Divorcio.....	133
Décimo tercera causa de Divorcio.....	135
Décimo cuarta causa de Divorcio.....	137
Décimo quinta causa de Divorcio.....	140
Décimo sexta causa de Divorcio.....	142
Décimo séptima causa de Divorcio.....	145
Décimo octava causa de Divorcio.....	145
4.3.3 Causa especial de Divorcio Contencioso Necesario contenida en el artículo 268 del Código Civil Vigente.....	146
5.- Presupuestos de la acción del Divorcio Necesario....	149

6.- Características de la acción de Divorcio.....	150
7.- Medidas Provisionales en el Juicio de Divorcio Necesario.....	153
8.- Efectos de la Sentencia de Divorcio.....	156

CAPITULO III

NULIDAD DE MATRIMONIO EN EL DERECHO CANONICO

1.- Definición de Derecho Canónico y su Diferencia en el Derecho Civil.....	160
2.- Definición del Matrimonio en el Derecho Canónico....	163
2.1. El Matrimonio como Contrato.....	164
2.2. El Matrimonio como Sacramento.....	165
2.3. El Matrimonio como Estado resultante del Contrato Sacramento.....	166
3.- Elementos esenciales del Matrimonio en el Derecho Canónico.....	166
4.- Clases de Matrimonio en el Derecho Canónico.....	167
4.1. Matrimonio simplemente contraído o rato.....	167
4.2. Matrimonio Rato y consumado.....	167
4.3. Matrimonio Inválido o putativo.....	168
5.- Los impedimentos del matrimonio en el Derecho Canónico.....	168
5.1. Los Impedimentos Dirimentes en General.....	169
5.2. Los Impedimentos Dirimentes en Particular.....	171
I Impedimento Edad.....	173

II	Impedimento Impotencia.....	176
III	Impedimento Existencia de Matrimonio anterior.....	178
IV	Impedimento Matrimonio entre bautizados y no bautizado.....	181
V	Matrimonio contraído por alguien que ha recibido orden Sagrada.....	183
VI	Matrimonio contraído por alguien vinculado al voto público, perpetuo de castidad.....	184
VII	Rapto de la mujer.....	185
VIII	Muerte del cónyuge causada por tercera persona con el propósito de casarse con el cónyuge que queda vivo..	189
IX	Matrimonio contraído por personas unidas por lazos de consanguinidad...	191
X	Matrimonio contraído por personas unidas por lazos de afinidad.....	195
XI	Impedimento de Pública Honestidad....	196
XII	Matrimonio contraído por personas unidas por parentesco legal proveniente de la adopción.....	198

6.- Del consentimiento Matrimonial.....199

6.1. Supuestos que invalidan el matrimonio por vicios en el Consentimiento.....199

6.1.a Error.....199

6.1.b Ignorancia.....203

6.1.c Fuerza o Miedo.....205

7.- De la separación de los cónyuges, mediante la disolución del vínculo.....211

7.1. Disolución del Matrimonio no consumado.....214

7.2. Disolución del Matrimonio en favor de la Fe....215

7.3. Disolución por Muerte.....	216
8.- De la separación permaneciendo el Vínculo.....	217

CAPITULO IV

UNICO: CONCLUSIONES.....	220
BIBLIOGRAFIA.....	231

INTRODUCCION

A lo largo de la historia de toda sociedad que ha enmarcado la evolución y progreso del hombre, pocos han sido los problemas ético sociales, que han acaparado en tan gran medida la atención de juristas, sociólogos, teólogos y religiosos, el divorcio es uno de ellos, por el fin último que persigue (disolución del vínculo matrimonial), dada la importancia de este fenómeno social las consecuencias que acarrea son básicamente de dos tipos: jurídico-social y ético religioso, es así como surge una *sui generis* dualidad reguladora en este contexto.

Por un lado tenemos al Estado que con su facultad potestativa regula al matrimonio y su disolución a través del Derecho Civil, por otro lado tenemos a la iglesia católica, que en virtud de la sacramentalidad del matrimonio lo considera indisoluble, y lo regula a través del Derecho Canónico.

La doctrina canónica en relación al vínculo matrimonial acepta que puede existir la disolución del mismo, sólo en los siguientes supuestos: Cuando el matrimonio es rato y no consumado, pues aunque se ha configurado

como sacramento no ha alcanzado su plenitud integradora: o cuando el matrimonio no es sacramento, se haya consumado o no, siempre que con su disolución se favorezca la fe.

Además surge la nulidad del matrimonio en el Derecho Canónico, que no es propiamente una disolución del vínculo, ya que se concreta a declarar nulo un acto que nunca se perfeccionó, ya sea porque se celebró en presencia de alguno de los impedimentos dirimentes mismos que analizaremos en la presente tesis e incluso haremos una comparación con los impedimentos previstos en nuestro Código Civil vigente para el Distrito Federal y Territorios Federales, que encuentren eco en la legislación canónica por la similitud existente entre unos supuestos y otros: o bien la nulidad puede operar por la presencia de vicios en el consentimiento mismos que también analizamos en el presente estudio.

Así pues, nos encontramos con dos figuras jurídicas: **EL DIVORCIO CIVIL** y la **NULIDAD MATRIMONIAL CANONICA**, que producen la misma consecuencia: Dejan a los cónyuges en aptitud de contraer nuevo matrimonio; convirtiéndose esta premisa en el vértice que enlaza a ambas legislaciones y que me motivó a realizar esta investigación, por el interés jurídico que despertó en mí este tema tan fascinante.

Creo conveniente mencionar, que será de gran utilidad y de sumo interés; estudiar la disolución del matrimonio desde dos enfoques distintos, puesto que aparte de reforzar nuestros conocimientos, ampliará nuestra visión y criterio jurídico al respecto. Además de que tendremos la oportunidad de constatar, que contrario a lo que muchos piensan, el Derecho Canónico no está en contraposición al Derecho Civil, prueba de ello es el canon 22 del código de Derecho Canónico, que establece que las leyes civiles a las que remite el Derecho de la Iglesia deben de ser observadas en Derecho Canónico con los mismos efectos. De lo anterior podemos concluir que todo lo bondadoso y justo de una legislación positiva, lo hace suyo la legislación canónica, mediante la canonización de la norma, de tal manera que las autoridades canónicas impondrán a los católicos la obligación de cumplir dicha norma en la medida en que sea compatible con el Derecho Canónico y sólo tendrá vigencia en el lugar donde se creó esa norma civil.

En vista de la dualidad jurídica que existe en relación con el matrimonio y su disolución hemos pretendido en la presente tesis, hacer un estudio tanto del Derecho Civil, así como de la nulidad del matrimonio en el Derecho Canónico, ya que estas figuras, tienden a solucionar los graves problemas que surgen, cuando la vida matrimonial se vuelve imposible y no queda esperanza alguna de reconciliación.

La finalidad de la presente tesis, es desentrañar la naturaleza jurídica del divorcio civil, haciendo una breve referencia a la institución del matrimonio como un antecedente y presupuesto necesario. En la segunda parte de la tesis veremos la nulidad matrimonial en el Derecho Canónico.

CAPITULO PRIMERO

ANTECEDENTES HISTORICOS

1.- EL MATRIMONIO EN LA ANTIGÜEDAD:

ISRAEL.

El amor entre el hombre y la mujer, de mutua atracción de dos seres que se unen, para así formar una pareja que sea principio y fundamento de una nueva familia, pertenece a los valores universales de la humanidad.

Este impulso proveniente de la naturaleza humana alcanza su forma y estabilidad en el matrimonio.

Esta alianza esponsal viene a ser una significativa expresión de la comunión de amor entre Dios y los hombres.

En el Cantar de los Cantares, el matrimonio aparece como un símbolo del amor entre Jahvé y su pueblo; se habla del amor como una realidad divina y humana, mostrando que la sexualidad constituye un elemento fundamental

de la Creación, un maravilloso don de Dios. En los relatos de la Creación se manifiesta, que la atracción sexual, el diálogo, la mutua ayuda, la comunión entre hombre y mujer son elementos constitutivos de la vida humana queridos por Dios. (Gen. 1,27-28).

En la tradición profética, el Señor es presentado como el esposo que toma a Israel por esposa, con un amor gratuito lo une a él con vínculos de amor **INDISOLUBLE** y lo conduce a la libertad (Jer. 2,2).

Estas imágenes cargadas de gran simbolismo hablan del amor humano, fiel y recíproco, sellado por el matrimonio, como una realidad capaz de revelar de algún modo el amor mismo de Dios.

Por esta razón, la palabra central de la revelación "Dios ama a su Pueblo" es pronunciada a través de las palabras vivas y concretas con que el hombre y la mujer se declaran su amor conyugal.

El matrimonio cristiano es el símbolo real de la nueva y eterna alianza, sancionada con la sangre de Cristo "El Espíritu Santo renueva el corazón y hace al

hombre y a la mujer capaces de amarse como Cristo nos amó".¹

Pablo en la carta a los efesios, compara el matrimonio con el amor de Cristo a la Iglesia. Se trata de la misma figura que emplean los profetas cuando asemejan el matrimonio con el amor de Yahvé para con Israel, he aquí el texto original de Pablo:

"Maridos, amen a sus mujeres como el Mesías amó a la Iglesia y se entregó por ella; quiso así consagrarla con su palabra, lavándola en el baño del agua, para prepararse una Iglesia radiante, sin mancha ni arruga ni nada parecido, una Iglesia Santa e Inmaculada. Así deben también los maridos amar a sus mujeres como a su propio cuerpo. Amar a su mujer es amarse así mismo; y nadie ha odiado nunca su propio cuerpo al contrario, lo alimenta y lo cuida, como lo hace el Mesías con la Iglesia porque somos miembros de su cuerpo."²

La comparación entre el matrimonio cristiano y la unión entre Cristo y la Iglesia no es artificial sino fruto del amor estable y definitivo. En este orden de ideas tenemos que el matrimonio para la Religión Católica, es mucho más que una elección hecha por tradición, es vocación y entrega, es consagración y misión. Así pues la Gracia del Sacramento Matrimonial, es para los esposos fuente y garantía de amor y de comunión mutuas; tan serio es este compromiso que Jesús declara

¹ Mejía Pereda Alejandro. "La Vida de la Iglesia". Ed. Progreso, S.A. México 1985, pág. 183.

² San Pablo 5a. Carta a los Efesios (25-30).

indisoluble el vínculo que los une.

El matrimonio en el Nuevo Testamento: "Es un Signo Sagrado por el que Cristo nos comunica el Espíritu Santo, signo que consiste en la promesa mutua y en la vida conforme a esta promesa". ³

1.1. EL MATRIMONIO COMO SACRAMENTO.

"Hablar de Sacramentos es referirse a vivencias profundas, al encuentro con realidades trascendentes: Se trata de aquellas cosas del mundo que, sin dejar de ser espacios temporales, nos remontan a lo invisible y eterno. Estas realidades, sean cosas, ritos, palabras o acontecimientos, se vuelven simbólicas y evocativas; revelan lo profundo y recuerdan lo sucedido. El Sacramento es portador de Valores Humanos y Divinos". ⁴

La importancia del matrimonio como Sacramento reside en la libre voluntad de pertenecerse mutuamente con amor y fidelidad hasta la muerte. Por ello, no es el Sacerdote el que casa a los contrayentes, sino ellos mismos al intercambiar ante el Ministro de la Iglesia el "Si quiero".

³ La Vida de la Iglesia. Ob. cit. pág. 183.

⁴ Idem.

La bendición del Sacerdote viene a confirmar que se trata de una promesa realizada en el "Señor".

En virtud de la sacramentalidad del matrimonio, los esposos quedan vinculados uno a otro en forma indisoluble.

Un punto básico de la tradición doctrinal es la consideración del matrimonio bajo el concepto de contrato jurídico. Al darse mutuamente el derecho sobre el propio cuerpo y aceptar tal ofrecimiento, se constituye la sociedad conyugal. Por otra parte, para los eclesiásticos el matrimonio entre cristianos es uno de los siete sacramentos; por eso, como el contrato y el sacramento son inseparables consideran que la Iglesia Católica es la única que tiene competencia sobre la Legislación Matrimonial y las causas matrimoniales de sus fieles. Además, la Iglesia Católica ha señalado los impedimentos matrimoniales que hacen nula la celebración del contrato y del sacramento, algunos de los cuales pueden ser dispensados por el Obispo del lugar, facultado por el Papa; como lo veremos en el capítulo correspondiente.

2.- DIVORCIO EN LA BIBLIA.

Ha quedado claro que en la

antigüedad el matrimonio era una Unión Indisoluble, el fundamento bíblico de esta afirmación lo encontramos en el libro del Génesis, que nos dice:

- 21 "Entonces Jehová Dios hizo caer en sueño profundo sobre el hombre, y mientras éste dormía tomó una de sus costillas y cerró la carne en su lugar;
- 22 Y de la costilla que Jehová Dios tomó del hombre, hizo una mujer y la trajo al hombre.
- 23 Dijo entonces el hombre:
Esto es ahora hueso de mis huesos
y carne de mi carne;
será llamada hembra,
porque del hombre fue ella tomada.
- 24 Por tanto, dejará el hombre
a su padre y a su madre
y se unirá a su mujer
y serán una sola carne". ⁵

De estos textos concluimos que, al formar hombre y mujer una sola carne no podrán separarse sin romper esa unidad. Sin embargo, en la legislación mosaica se autorizó y reglamentó el divorcio en cuanto al vínculo.

Moisés establece un sencillo procedimiento para el efecto de disolver el matrimonio, el cual consistía en entregar a la esposa el libelo de repudio y hacerlo saber a la familia de su cónyuge. Es preciso mencionar que Moisés no fue el primero en reglamentar y autorizar el Divorcio,

⁵ Gén. 2, 21-24.

sino que desde tiempos anteriores a él, esta institución ya había sido regulada, tal y como se desprende del contenido de los siguientes versículos del Deuteronomio:

1.- "Si un hombre toma a una mujer", y después de haber cohabitado con ella, viniere a ser mal vista de él por algún vicio notable, hará una escritura de repudio; y la pondrá en mano de la mujer y la despedirá de su casa.

2.- Y salida de su casa ella podrá ir y ser de otro marido.

3.- Y si éste también considere aversión a ella, y le diere escritura de repudio, y la despidiere de su casa, o bien si él viene a morir.

4.- No podrá el primer marido volverla a tomar por mujer, pues, queda mancillada y hecha abominable por parte del señor; no sufras que en un tal pecado sea contaminada la tierra, cuya posesión te ha de dar el Señor Dios tuyo".⁶

En el mismo libro del Deuteronomio se narra una extravagante institución matrimonial, que consistía en casar al hermano del marido muerto con su viuda, con el propósito de que continúe con el linaje de la familia del varón fallecido.

5.- "Si vinieren juntos dos hermanos,
y uno de ellos muriere sin hijos,
la mujer del difunto no se casará con ningún otro
que no sea el hermano de su marido, el cual
la tomará por mujer y dará sucesión a su hermano,

6.- Y al primogénito que de ella tuviere, le pondrá el nombre del otro hermano y será reputado por hijo de él, a fin de que no se borre su nombre en Israel.

7.- Mas si no quisiere recibir por mujer a la de su hermano, que por ley debe ser suya, irá dicha mujer a la puerta de la Ciudad donde está el juzgado, y querellándose a los ancianos dirá:

⁶ Deuteronomio 24, 1-4.

-El hermano de mi marido no quiere resucitar el nombre de su hermano en Israel, ni tomarme por mujer-.

8.- Al punto que harán citarlo y lo examinarán. Si respondiere: -No quiero tomarla por mujer-.

9.- Entonces se llegará a él la mujer en presencia de los ancianos, y le quitará del pie el calzado, y le escupirá en el rostro, diciendo:

-Así se ha de tratar a un hombre que no hace revivir el nombre de su hermano-.

10.- Y se le dará este nombre en Israel.

"La Casa del Descalzado". ⁷

2.1 EL NUEVO TESTAMENTO.

En el Nuevo Testamento las cosas cambian, Jesucristo condenó el divorcio, según se desprende de los textos Evangélicos de San Mateo, San Lucas y San Marcos, así como de la primera carta de San Pablo a los Corintios.

"La redacción definitiva de estos Evangelios fue hecha en Griego. El primero fue Marcos, hacia el año 60 en Roma. Probablemente fue conocido por Lucas y Mateo, que a continuación redactaron sus Evangelios; Mateo hacia el año 70 en Antioquía y Lucas hacia 80 tal vez en Corinto.

Estos Evangelios son llamados sinópticos, en razón de que si se disponen sus textos en

⁷ Deuteronomio 5-10.

columnas paralelas, pueden apreciarse inmediatamente con una mirada de conjunto (Sinopsis) dirigida a los tres, las muchísimas semejanzas que les unen entre sí, aunque no sean idénticos".⁸

"A la vez de las semejanzas se hallan también discrepancias, que no bastan con todo, para disipar la impresión de una identidad fundamental, lo que lleva en conjunto a pensar en una concordia discors".⁹ (Concordia discrepante).

Las semejanzas de los evangelios sinópticos provienen de la utilización de fuentes comunes. Sus diferencias proceden de su estilo personal y de los propósitos de sus escritos.

Los Evangelios de Mateo y Marcos tratan el tema con mucha semejanza, sin embargo de ambos sinópticos se desmenuza la idea básica de que Jesucristo considera al matrimonio como un vínculo indisoluble. En el pasaje al que nos referimos se hace alusión a la presencia de unos fariseos ante Jesús cuyo propósito era cuestionarlo

⁸ Mejía Pereda Alejandro "La Historia de la Salvación". Ed. Progreso, S.A. México 1985, pág. 133.

⁹ Ricciotti Giuseppe "Vida de Jesucristo". Traducción de Luis Miracle. Edición Primera. 1960, pág. 149.

respecto de la licitud o ilicitud del repudio de un hombre hacia una mujer.

"Y se llegaron a El los fariseos para tentarle y le dijeron: ¿Es lícito a un hombre repudiar a su mujer con cualquier motivo?".

San Mateo 19,3.

En la ley de Moisés se concedía el divorcio sólo a iniciativa marital, tal y como se desprende del siguiente texto:

"Si un hombre toma una mujer, y después de haber cohabitado con ella, viniere a ser mal vista de él por algún vicio notable, hará una escritura de repudio; y la pondrá en mano de la mujer y la despedirá de su casa".
Deuteronomio 24,1 Ob. Cit.

La facultad de repudio quedaba a cargo exclusivamente del varón, el cual si después de haber cohabitado con su mujer encontrara en ella algún vicio notable hará la escritura de repudio y se la dará.

"Los rabinos estaban orgullosos de esta facultad de divorcio y la consideraban un privilegio

concedido por Dios a Israel y no a los paganos" ¹⁰

Las escuelas rabínicas trataron el tema con anterioridad a Jesús y lo prolongaron con posterioridad a él.

El principal punto controvertido entre los rabinos era definir la razón suficiente para admitir el divorcio, razón aludida en las palabras "encontrare un vicio notable".

Hay dos grandes escuelas encabezadas por los maestros Precristianos: "Shamani e Hillel"¹¹

Para los shamanistas la razón aducida por la ley en sentido moral, el vicio notable aludía al adulterio, sólo en este caso quedaba autorizado el divorcio. Los Hillelianos en cambio interpretaban el concepto en sentido mucho más amplio, afirmando que un vicio notable sería aquel acto realizado por la mujer y que fuera inconveniente en la vida civil o familiar, aduciendo como ejemplo el que una mujer quemara la comida, razón suficiente para que el hombre recurriera al divorcio.

¹⁰ Ricciotti Giuseppe "Vida de Jesucristo. Ob Cit, pág. 523.

¹¹ Idem. Pág. 523

Giuseppe Ricciotti afirma que es casi imposible saber, si los fariseos que formularon la pregunta a Jesús eran Shamanistas o Hillelianos. Tomando como base el texto de Mateo- "¿Es lícito repudiar... POR CUALQUIER COSA?"- Se podría suponer que aquellos fariseos pugnaban por la escuela de los Hillelianos y su amplia doctrina. Por otro lado, tenemos que Marcos es más conciso en su evangelio:

"Vinieron entonces a El, unos fariseos y le preguntaron por tentarle".

¿Si es lícito repudiar a su mujer?
SAN MARCOS 10,2.

No alude a la causa del repudio, por lo que tomando como base este evangelio, podríamos suponer que los fariseos, que por tentarle cuestionan a Jesús son seguidores de la rigorista escuela Shamanista. Ante estas suposiciones surge el siguiente cuestionamiento:

¿Son tolerantes Hillelianos quienes quieren atraer a su escuela a Jesús, o son rigoristas Shamanistas los que esperan oír de Jesús una condenación de la doctrina relajada propuesta por sus opositores Hillelianos?

Jesús pasa por encima de Hillelianos y Shamanistas remontándose al origen de la cuestión al responder:

"¿No habéis leído que el Creador los hizo al principio varón y hembra?".

"Y dijo: Por eso dejará el hombre a Padre y a Madre y quedará unido a su mujer, y serán dos en una sola carne".

"Así que ya no son dos sino una sola carne. Lo que Dios pues, ha unido, no lo desuna el hombre".
SAN MATEO 19, 4-6.

A este respecto Marcos y Mateo,

palabras más, palabras menos, pero ambos aportan la misma idea. Con la contestación que dio Jesús queda perfectamente establecido que la institución del matrimonio estudiada desde sus orígenes anteriores a cualquier discusión humana es **INDISOLUBLE**.

En el evangelio de Mateo el problema con los fariseos sigue a través de la réplica:

¿Por qué, entonces mandó Moisés dar libelo de repudio y despedirla?.

SAN MATEO 19,7.

Ante el problema legal planteado, Jesús contestó:

"A causa de la dureza de vuestro corazón os permitió Moisés repudiar a vuestras mujeres: MAS DESDE EL PRINCIPIO NO FUE ASI".

SAN MATEO 19,8.

Con esta última apelación, Jesús se remontaba de nuevo a los orígenes de la cuestión, reafirmando la **INDISOLUBILIDAD** del matrimonio.

Al final del pasaje de Mateo relativo a cuestiones matrimoniales, tenemos la concesión que Jesús dá para divorciarse sólo en caso de adulterio.

"Pero yo os digo que cualquiera que despidiere a su mujer sino en caso de fornicación (Adulterio), y se casare con otra, este tal comete adulterio; y que quien se casare con la repudiada también lo comete".

SAN MATEO 19, 9.

La misma sentencia de Jesús se encuentra en Marcos y Lucas, sin embargo ellos no aluden a la concesión de la separación "sino en casos de fornicación".

"Cualquiera que desechare a su mujer y tomare otra, comete adulterio con ella. Y si la mujer se aparta de su marido y se casa con otro es adúltera".

"Cualquiera que repudia a su mujer y se casa con otra, comete adulterio y cométele también el que se casa con la repudiada por su marido".

SAN MARCOS 10, 11-12.

SAN LUCAS 16, 18.

No debemos pasar por alto a San Pablo el cual distingue claramente en su evangelio la separación de los cónyuges del "repudio de la mujer o "divorcio". Admite la posibilidad de una separación siempre y cuando no se contraigan segundas nupcias por parte de la mujer y rechaza totalmente la licitud del divorcio. Conceptos que se desprenden del siguiente pasaje.

"A los casados mando, no yo, sino el Señor que la mujer no se separe del marido, y si se separa permanezca sin casarse, o se reconcilie con el marido; y que el marido no repudie a la mujer".

SAN PABLO. 1a. Carta a los Corintios vers. 10 y 11.

Así pues, tenemos 2 grupos de

testimonios, uno es el de Mateo y el otro es el constituido por los testimonios de Marcos, Lucas y Pablo.

"Algunos críticos radicales han encontrado una contradicción, reconocen que la primitiva catequesis no admitía el divorcio, ni aún en caso de adulterio, según los testimonios acordes de Marcos, Pablo y Lucas, pero como en Mateo, se halla la concesión que parece admitir el divorcio -sólo en caso de adulterio-. En tal caso han resuelto la dificultad, mediante un método sencillo que considera aquella concesión como interpolada, suponiendo que en el texto de Mateo se habría añadido esa frase a las palabras de Jesús para satisfacer a las exigencias de los judíos convertidos al cristianismo, quienes no habrían estado dispuestos a renunciar al divorcio, en caso de infidelidad de la mujer. Ricciotti Giuseppe va en contra de esta teoría y afirma que es precisamente el texto de Mateo el que parece haber conservado mejor el conjunto de las palabras de Jesús".¹²

Los Fariseos al cuestionar a Jesús si es lícito repudiar a su mujer por cualquier causa, se refieren sin duda al divorcio hebreo. Jesús con su respuesta -sólo en caso de fornicación (adulterio)- se separa doblemente de la legislación hebrea.

¹² Idem. pág. 523.

a) En primer término porque en aquella legislación la mujer adúltera era condenada a muerte y no sometida al divorcio.

b) En segundo lugar porque no permite el marido que repudia a su mujer casarse con otra; o sea, que no queda DIVORCIADO, lo que está en perfecta armonía con la premisa "Lo que Dios unió, el hombre no lo separe".

De lo anterior, concluimos que los cristianos no conceden el DIVORCIO, sino la separación; y por ende podemos afirmar una vez más:

**QUE EL MATRIMONIO DESDE EL PUNTO DE VISTA BIBLICO ES
INDISOLUBLE.**

3.- EL MATRIMONIO EN EL DERECHO ROMANO:

Iniciaré tratando de establecer el concepto de matrimonio en el Derecho Romano, ya que es el supuesto jurídico necesario para posteriormente dar cabida a la disolución del mismo, mediante el divorcio.

En el Derecho Civil de Roma se denomina al matrimonio "*Justae Nuptiae*" o "*Iustum Matrimonium*". El varón toma el nombre de "*Vir*" y la mujer de "*Uxor*".

A lo largo de la historia del Derecho como ciencia reguladora de la conducta de los hombres; han sido 2 fundamentalmente, las finalidades de la unión matrimonial; una, la asistencia, cooperación y ayuda mutua en forma total y permanente que se deben los cónyuges; y otra, perpetuar la especie mediante la procreación y educación de los hijos creando nuevas generaciones.

Tomando en cuenta las 2 premisas anteriores podemos concluir que el matrimonio es:

"La unión legítima de un varón con una mujer para asistirse y ayudarse mediante la cooperación mutua, total y permanente de ambos cónyuges, con el propósito de perpetuar la especie a través de la procreación y educación de los hijos".

Por su parte Modestino define al matrimonio de la siguiente forma: "Nuptiae sunt conjunctio maris et feminae et consortium omni vitae, divini et humani juris communicatio" cuya traducción es:

"Las nupcias son la unión del hombre y la mujer, consorcio para toda la vida, participación del Derecho Divino y Humano".¹³

¹³ Lemus García Raúl, "Compendio de Der. Romano". Ed. Limsa, México, pág. 113.

Esta definición es criticada por algunos juristas que aseguran que no es aplicable a la sociedad Romana en sus distintas épocas, argumentando que en la época de Justiniano esta definición ya era obsoleta.

Justiniano define al matrimonio:

"Nuptiae autem sive matrimonium est viri et mulieris conjunctio, individuum consuetudinem vitae continens".

Traducción literal.

"Nupcias o matrimonio es la unión del varón y la mujer que implica una costumbre individual de la vida".¹⁴

Tenemos entonces que para Justiniano el matrimonio era la unión entre varón y mujer, para convivir en forma permanente e indisoluble. Justiniano al definir el matrimonio ya no hace alusión a la "*communicatio divini et humano juris*" entre los esposos, en razón de que bajo el Imperio, los lazos del matrimonio se fueron relajando con las costumbres del tiempo y el culto privado perdió su importancia. En Roma las relaciones entre el matrimonio y la religión fueron siempre poco vivas, aunque en realidad si existieron, prueba de ello es la *confarreatio* que era una forma de matrimonio sagrado; así como también, al lado de ella, existían otras formas de matrimonio desprovistas totalmente de carácter religioso como la

¹⁴ Idem. pág. 113.

coemptio y usus, las cuales analizaré en su momento.

En la época Republicana el matrimonio Sagrado había desaparecido completamente, hasta el punto de que en tiempos del Imperio fue preciso resucitarlo artificialmente por motivos de culto.

Durante toda la historia de la Roma pagana se usaron una serie de prácticas de tipo religioso o mágico para la celebración del matrimonio, pero radicaban fuera de la esfera del Derecho.

Concluyendo podemos decir que el Derecho Matrimonial moderno se constituye de normas etico-religiosas, mientras que el Romano es el marco externo, modelado por la vida jurídica práctica, que encierra a la institución del matrimonio, como un hecho, aunque condicionado por una tradición religiosa y ética.

Es innegable que las ideas cristianas ejercen cierta presión en muchos puntos del Derecho Matrimonial Romano, pero sin alterar sus raíces fundamentales. La reglamentación del matrimonio según los principios de la moral cristiana queda reservada casi exclusivamente al Derecho Canónico.

3.1 EVOLUCION HISTORICA DEL MATRIMONIO ROMANO.

Distinguimos tres fases características:

A) MATRIMONIO CON MANUS.

En esta primera fase el matrimonio va acompañado de la manus, a tal grado que se confunden, en el sentido de que no hay matrimonio sin que la mujer caiga bajo la manus de su marido, dejaba de formar parte de su antigua familia para entrar en la de su marido, en la que ocupaba el lugar de una hija.

La Manus era una potestad idéntica a la patria potestad, la cual, adquiriría el marido sobre su mujer a través del matrimonio con Manus. A esta fase pertenece la célebre definición de Matrimonio que elabora Modestino, y que ya hemos abordado.

B) COEXISTENCIA DEL MATRIMONIO CON MANUS Y DEL MATRIMONIO SIN MANUS.

En el matrimonio sin manus la mujer no entra en la familia de su marido ni cae bajo su potestad, sigue siendo parte de su antigua familia y está bajo la potestad de su pater familias. Este matrimonio se originaba por la sola voluntad de los esposos sin implicar solemnidad alguna, se disuelve por el divorcio, el

cual, procede por la voluntad de cualquiera de los cónyuges o por mutuo consentimiento.

En el matrimonio sin Manus la autoridad pública no interviene; los esposos se casan y se divorcian, sin la necesidad de realizar manifestación alguna de su voluntad ante las autoridades. De tal suerte que el matrimonio Romano se parece más bien a la Unión Libre de nuestros días y no al matrimonio moderno propiamente dicho.

C) DESAPARICION DE LA MANUS.

En la tercera fase la Manus cayó en desuso, existiendo únicamente el matrimonio sin Manus.

3.2 CELEBRACION DE LAS JUSTAE NUPTIAE.

A) MATRIMONIO COM MANUS.

Formas de adquisición de la Manus.

1.- *Confarreatio*: Matrimonio Sagrado reservado a los Patricios, que consistía en la ofrenda a Júpiter de un pan de centeno, acompañado de palabras solemnes, en presencia de los esposos, de diez testigos y del gran Pontífice.

2.- *Coeemptio*: Matrimonio Plebeyo, desprovisto de formalidades religiosas, consistente en una venta ficticia de la mujer a su marido en presencia de 5 ciudadanos romanos púberes. Era un acto de transmisión de la potestad sobre la mujer, semejante a la compra efectiva de la misma, usual en el Derecho primitivo Germánico.

3.- *Usus*: Resultaba de la cohabitación continuada del hombre y de la mujer durante un año. La mujer podía evitar este resultado, separándose del lecho conyugal tres noches antes del fin de año.

A esta peculiar situación se le llamaba "*Usurpatio Trinocitii*". ¹⁵

B) MATRIMONIO SIN MANUS.

Esta forma de matrimonio estaba exenta de toda clase de formas jurídicas; sin duda iba acompañada de ciertas solemnidades y costumbres de aquella época, pero éstas no tenían carácter de obligatorio, en todo caso lo único que se tendría que hacer para que operara esta clase de matrimonio era que la mujer fuera conducida al

¹⁵ Foignet René Manuel. *Elementos del Derecho Romano*. Edit. José M. Cajiga. Puebla, México, 1948, pág. 51.

domicilio del marido.

3.3 CONDICIONES DE VALIDEZ DEL MATRIMONIO.

- 1.- Consentimiento de los futuros esposos.
- 2.- Consentimiento del Pater Familias.
- 3.- Edad de la Pubertad.
- 4.- *Connubium*.

1.- Consentimiento de los futuros esposos.

Este requisito en un principio no tuvo tanta importancia, ya que era suficiente con el consentimiento del Pater Familias, pero a medida que fue pasando el tiempo y los derechos del hijo se fueron reafirmando, se convirtió en requisito indispensable para la celebración y validez del matrimonio.

2.- Consentimiento del Pater Familias.

Era necesario para personas "*alieni iuris*" de cualquier edad. "Era una consecuencia de la Patria Potestad y no había de consultar a la madre".¹⁶ El nieto debía de obtener el consentimiento de su padre y además de su abuelo.

¹⁶ Idem., pág. 52.

Bajo Augusto, y en virtud de la Ley Julia, se permitía al hijo casarse con autorización del Magistrado, en caso de negativa injustificada del Pater Familias.

Más tarde bajo el Imperio se permitió al hijo casarse, cuando el Pater Familias estuviera imposibilitado para dar su consentimiento, o cuando estuviera ausente, loco o cautivo.

Los hombres "*Sui Iuris*" cualquiera que fuera su edad podían, en Roma, casarse sin necesitar el permiso de nadie. En cuanto a las mujeres *Sui Iuris* se les obligó a obtener el concenso de sus padres hasta los 25 años.

3.- Edad de la Pubertad.

"Pubertad es la edad en que las facultades físicas del hombre y de la mujer están suficientemente desarrolladas para permitirles realizar el principal objeto del matrimonio; tener hijos que perpetúen la familia". ¹⁷

¹⁷ Petit Eugen "*Derecho Romano*". Ed. Araujo, Buenos Aires, pág. 104.

En Roma la edad de la pubertad en la mujer era de 12 años cumplidos. En cuanto a los hombres hubo dos corrientes:

a) Una que establecía, en fijar de hecho, en cada caso particular la edad del varón mediante examen de su cuerpo, éste era un sistema primitivo;

b) La otra nace como una propuesta de los Proculeyanos, quienes consideraban como edad uniforme la pubertad en los varones los 14 años, dicha postura no tuvo resonancia, sino hasta Justiniano.

4.- El *Connubium*.

Es la actitud legal para contraer la "*Justae Nuptiae*". Requisito indispensable para tener derecho a él, es ser Ciudadano Romano. En un principio estaban privados del *connubium* los esclavos, bárbaros, peregrinos y latinos, bajo Justiniano y con motivo de la extensión de la ciudadanía, los únicos que no obtuvieron el *connubium* fueron los esclavos y los bárbaros.

En algunos casos ocurría que algunas personas teniendo el derecho absoluto de casarse, no lo pueden hacer validamente con otra persona determinada, pues el

Derecho Romano admite ciertas causas de incapacidades.

Existían dos clases de incapacidades:

a) **Incapacidades absolutas.**

Consistían un obstáculo para el matrimonio de una persona con otra persona. Estaban privados de *jus connubii*: los esclavos, los peregrinos, los latinos coloniales y los latinos junianos.

b) **Incapacidades relativas:**

Eran aquellas que consistían impedimento para celebrar matrimonio, entre dos personas determinadas, por circunstancias personales, basadas en relaciones de parentesco, de afinidad, o en consideraciones políticas, un ejemplo de estas últimas es que en un principio el matrimonio entre Patricios y Plebeyos estaba prohibido, posteriormente desapareció esta prohibición pero surgió otra de carácter político que impedía casarse a un Gobernador de Provincia con una muchacha de su Provincia.

Estos son en general los cuatro requisitos de fondo para la validez del matrimonio en Roma, sin

embargo Rene Foignet en su Obra Manual Elemental de Derecho Romano menciona un quinto requisito que es: La ausencia del matrimonio no disuelto, principio basado en la monogamia. Los Romanos observaron siempre la monogamia, como regla absoluta; por lo tanto, los futuros esposos debían uno y otro, estar libres de todo lazo matrimonial al momento de casarse. La mujer viuda o divorciada que volvía a contraer nupcias, debía conservar el estado de viudedad por un lapso de diez meses con el objeto de evitar la confusión del parto "*Turbatio Sanguinis*".¹⁸

Una vez establecida, a grandes rasgos la concepción jurídica del matrimonio en Roma, estamos en aptitud de analizar el Divorcio Romano, pues al tener una somera idea del matrimonio nos será más fácil el estudio de su disolución.

4.- CAUSAS QUE DAN ORIGEN A LA DISOLUCION DE LA JUSTAE NUPTIAE O MATRIMONIO ROMANO.

1.- De la muerte de uno de los cónyuges.

En este caso el varón podía casarse de nuevo inmediatamente, la mujer, en cambio, tenía que conservar el período de viudez por 10 meses.

¹⁸ Idem., pág. 106.

2.- De la pérdida de la libertad.

Cuando alguno de los esposos era reducido a la esclavitud, automáticamente perdía el *connubium*, figura jurídica que ya conocemos. Si alguno de los esposos caía en manos del enemigo haciéndolo prisionero, el matrimonio quedaba disuelto y no es reconstruido retroactivamente con el regreso del cautivo. Ante esta situación surge como interrogante obligada:

¿Qué sucedería si ambos cónyuges eran hechos prisioneros por el enemigo?

En este caso, si no ha cesado la cohabitación entre ellos, durante su cautiverio, y si regresan a un mismo tiempo, en tal circunstancia resulta evidente que no ha existido interrupción de hecho, por lo tanto la esclavitud es borrada, entendiéndose que el matrimonio no ha sido disuelto en ningún caso y los hijos concebidos o nacidos durante el cautiverio son legítimos.

3.- DIVORCIO.

En Roma, siempre y durante todas sus etapas históricas el matrimonio fue una institución jurídica

disoluble; es poco probable que en algún momento se llegará a considerar indisoluble, si acaso se llegó a dar, fue sólo para la concepción del Matrimonio Sagrado adquirido por la *confarreatio*, pero incluso en él, el divorcio era posible, por lo menos en tiempos de los cuales se poseen datos históricos, existiendo para ello un procedimiento especial que se funda en el principio del *contrarius actus*; es decir, todo matrimonio celebrado bajo el régimen de la *confarreatio* era disuelto por la *diaferratio*. Este era el único procedimiento válido para la disolución del Matrimonio Sagrado.

Así pues, tenemos que en un principio la mujer tenía sumamente limitado su derecho al divorcio, puesto que casi siempre estaba sometida a la Manus del marido; y en las uniones de este género la disolución de las mismas se reducía a un derecho de repudio que sólo el marido podía usar. Es solamente en el matrimonio sin Manus, los cuales eran muy raros, en los primeros albores de la cultura romana, donde ambos esposos tenían para este asunto iguales derechos.

En los primeros siglos apenas hubo divorcios, pero hacia el fin de la República, habiéndose relajado extraordinariamente las costumbres y siendo más rara la manus, la mujer iba viéndose cada vez menos impedida a provocar el divorcio, de tal forma que llegó a ser tan frecuente, como antes había sido raro, por tal motivo los historiadores

coinciden con los poetas de la época en condenar la facilidad con que se rompían los matrimonios.

La decadencia de las costumbres en esta materia fue muy grande, al extremo de que el Filósofo Séneca pudo decir "¿Qué mujer se sonroja actualmente de divorciarse, desde que ciertas damas no cuentan su edad por el número de los Cónsules, sino por el número de sus maridos? se divorcian para volverse a casar, se casan para divorciarse".¹⁹

4.1 DIVORCIO EN LOS MATRIMONIOS CON MANUS.

El divorcio según Cicerón estaba autorizado en la Ley de las 12 Tablas. Como ya quedó establecido, la mujer *in manus* no podía exigir el divorcio, ya que no tenía ningún medio para substraerse de la potestad del marido.

Por el contrario, el marido tenía la facultad de repudiar a su mujer, dando así, fin a la *manus*, cuando ésta se había adquirido por la vía de la *confarreatio*, era necesaria la ceremonia inversa la *diaferratio*.

Si la *manus* se había adquirido por

¹⁹ Pallares Eduardo. "El Divorcio en México". Ed. Porrúa, S.A. 6a. Edición México 1991, pág. 12

coemptio o por *usus*, podía darle fin el marido por la vía de la *remancipatio*.

El marido en la condición de titular del poder marital tenía la facultad arbitraria de repudio y ante esta situación la ética impuso ciertas limitaciones.

Cuando el matrimonio era libre ambas partes podían tomar la iniciativa para ejercitar el divorcio, no sólo el marido, de manera que si la mujer era menor, podía su padre reclamarla al marido, consumando así el divorcio, y cuando no estaba sujeta a potestad del padre, tenía libertad para abandonar a su marido.

4.2 DIVORCIO EN EL MATRIMONIO SIN MANUS.

El matrimonio *sin manus* era considerado como un estado de vida en el cual se habían situado los cónyuges por mutua voluntad y en pleno uso de sus facultades y derechos de modo que cuando terminaba este acuerdo por causa imputable a ambos, o por uno sólo, varón o mujer, el matrimonio terminaba, había divorcio, para cuya invocación tenían iguales derechos ambos cónyuges.

Había dos clases de divorcio para

el matrimonio sin *manus*.

a) El "*bona gratia*" o divorcio por mutuo consentimiento.

Para este tipo de divorcio no se requería ninguna formalidad, pues el desacuerdo disuelve, lo que en su momento el consentimiento había unido.

b) El divorcio por voluntad de uno de los esposos o *repudium*.

En este divorcio la mujer tiene este derecho, lo mismo que el varón, excepto la mujer manumitida y casada con su patrono, la cual no podía divorciarse de su patrón sin su consentimiento, esta norma estaba contenida en la Ley Julia de *Maritandis Ordinibus*.

"El *repudium* era una declaración simple de disolución del matrimonio alegada por cualquiera de los cónyuges".²⁰ Seguida de una separación real de los cónyuges, requisito indispensable, de tal suerte que si los esposos no realizaban esta separación o reanudaban la vida conyugal después de una suspensión temporal, la declaración del

²⁰ Jörs Paul "*Derecho Privado Romano*". Ed. Labor, Barcelona 1937, pág. 399.

divorcio no producía efectos. "La declaración se podía hacer personalmente o por medio de un mensajero, esta última era la forma más usada, hasta el punto de que las palabras *nuntium remittere*, adquirieron la significación de divorciarse." ²¹

En el Derecho clásico la forma escrita fue poco frecuente y no se convierte en un método usual, sino hasta el Derecho Postclásico, el cual exige para el divorcio el "*libellus repudii*" muy arraigado en el Derecho del Oriente.

5.- DIVORCIO EN LA EPOCA DE LOS EMPERADORES CRISTIANOS.

Al subir Justiniano al trono establece como causas legales para que el matrimonio pudiera disolverse, las siguientes:

- 1.- Que la mujer le hubiese encubierto maquinaciones contra el estado.
- 2.- Adulterio probado de la mujer.
- 3.- Atentado contra la vida del marido.
- 4.- Tratos con otros hombres contra la voluntad del marido o haberse bañado con ellos.
- 5.- Alejamiento de la casa marital sin voluntad del esposo.

²¹ Idem., pág. 400.

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

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

- 1.- La alta traición oculta del marido.
- 2.- Atentado contra la vida de la mujer.
- 3.- Intento de prostituirla.
- 4.- Falsa acusación de adulterio.
- 5.- Que el marido tuviera su amante en la propia casa conyugal o fuera de ella de un modo ostensible, con persistencia, no obstante las admoniciones de la mujer a sus parientes.

El propio Emperador prohibió el divorcio por mutuo consentimiento, pero su sucesor Justino hubo de restablecerlo porque la opinión pública se lo exigió. Justiniano al igual que todos los Emperadores Cristianos se limitaron a castigar con penas muy severas al esposo que repudiara a su cónyuge sin motivo grave y al que por su conducta hubiere motivado el divorcio.

De lo anterior concluimos que los Emperadores Cristianos, no suprimieron el divorcio pues ya estaba sumamente arraigado en las costumbres de la época, a pesar de los nuevos principios admitidos por el cristianismo en

materia de matrimonio, especialmente sobre la indisolubilidad del vínculo matrimonial, prevaleciendo en el Derecho Romano el carácter disoluble del matrimonio.

Sólo más tarde, en la Edad Media, el Derecho Canónico continúa con éxito la lucha contra el divorcio, declarando que el matrimonio, es indisoluble por naturaleza, pero permitiendo como remedio para situaciones inaguantables el "*divortium quoad torum et mensam, non quoad vinculum*" que se traduce: "Divorcio en cuanto a cama y mesa, pero no en cuanto al vínculo" ²², la declaración de nulidad, dispensa, por no haberse consumado el matrimonio y el privilegio Paulino, el cual consiste en la facultad que tiene el cónyuge no creyente, que se convierte al cristianismo, de disolver su matrimonio y contraer otro nuevo, si su consorte se niega a hacerse cristiano o a cohabitar pacíficamente con él.

6.- EL DIVORCIO EN EL DERECHO ESPAÑOL.

Las Siete Partidas se ocupan del divorcio en el título noveno, donde se encuentran, entre las más importantes, las siguientes leyes:

La Segunda, que autoriza el

²² Margadant S. Guillermo Floris. "El Derecho Privado Romano". Ed. Esfinge, S.A. de C.V. México 1986, pág. 213.

divorcio por causa del adulterio y ordena al marido que tiene conocimiento de este delito, que acuse a su mujer. Si no lo hace peca mortalmente. La acusación deberá presentarse ante el obispo o ante un Oficial suyo.

La ley tercera autoriza también la separación de los esposos cuando el matrimonio se celebró, no obstante existir un impedimento dirimente y también si los esposos son cuñados. En este caso se trata más bien de pedir la anulación del matrimonio y no el divorcio. Dentro de este supuesto la acción es pública, porque puede ejercitarla cualquier persona.

La ley cuarta prohíbe que pidan la acción mencionada las siguientes personas; El que se supiese que estaba en pecado mortal o que se le probase estarlo, a menos que le correspondiese hacerlo por parentesco. Tampoco se deberá oír al que lo hiciese con intención de utilizarse de alguna cosa de aquéllos a quienes acusa, ni el que hubiese recibido dinero u otra cosa por esta razón, siempre que se le pudiese probar.

"No debe llamarnos la atención el hecho de que en las leyes españolas no aparezcan, sino en algunas de ellas, normas relativas al divorcio. Esta omisión se explica fácilmente, si se toma en cuenta que todo lo concerniente al matrimonio y al propio divorcio pertenecía a la

jurisdicción eclesiástica y que la Iglesia, mediante Decretales, resolución de concilios y el Código Canónico, era la que reglamentaba esas materias. ²³

No obstante, hay algunas disposiciones en la legislación Civil Española que tratan al divorcio. Vamos a referirnos a las más importantes que precedieron a nuestras leyes y en parte estuvieron vigentes en México.

En el Fuero juzgo encontramos en el libro Tercero, sexto título, las siguientes disposiciones:

1.- "Se prohíbe que alguno se case con la mujer que dejó el marido a no ser que supiese que fue dejada por escrito o por testigos". (Esta ley demuestra que el matrimonio, en aquel entonces, era disoluble).

"Si violare la prohibición, y las personas unidas en el segundo matrimonio fuesen de calidad social, el señor de la ciudad, el vicario o el juez, deben dar conocimiento al de ese hecho".

"Si no son personas de alcurnia social, las citadas autoridades deben separarlos inmediatamente

²³ Pallares Eduardo. "El Divorcio en México". Ob. cit., pág. 16.

y poner a disposición del primer marido tanto a la mujer como al que se casó con ella, a no ser que el marido estuviese ya casado con otra para que hiciere con ellos lo que fuere su voluntad".

3.- "Si el marido abandona a su mujer sin motivo legal (contuerto) pierde la dote que recibió y no tiene derecho a ninguno de los bienes de su mujer. Además, si había enajenado lo que había recibido de la mujer, estaba obligado a devolverlo".

4.- "Si la mujer abandonada injustamente, le hubiera dado a su esposo algún bien, aunque fuera por escrito, tal donación no valdría (más cuanto diera la mulier por aquel escrito, todo deberá tornar a ella)". ²⁴

Esta ley demuestra que el matrimonio era susceptible a la disolución, y es hasta el Concilio de Trento cuando adquiere, con el carácter de imperativa, la indisolubilidad.

7.- EL DIVORCIO EN LA LEGISLACION MEXICANA:

El sistema jurídico de la Nueva España estaba inspirado en el derecho que imperaba en España,

²⁴ Idem, pág. 17.

situación sociológica y políticamente lógica pues en aquella época los países conquistadores marcaban la pauta de organización a sus colonias.

Así pues, tenemos que durante toda la colonia las normas que rigieron al matrimonio eran las españolas, las cuales tenían un arraigado tinte católico, circunstancia que se explica por sí sola, ya que su fuente principal era el Derecho Canónico. Por tal motivo, el matrimonio era indisoluble y el divorcio en cuanto al vínculo estaba prohibido, autorizándose únicamente la separación de cuerpos.

Después de la Independencia nuestros legisladores se aferraron a la idea de olvidarse del pasado y terminar de un tajo con todas aquellas normas que por su propia naturaleza eran ya inaplicables en nuestro territorio; en primer lugar, porque habían sido expedidas por un país distinto y lejano, ajeno a nuestras costumbres y tradiciones, y en segundo lugar, porque al nacer el México Independiente era necesario despojarse de las ataduras de los españoles, para poder así, iniciar el camino hacia el progreso.

Por estas razones, fueron desapareciendo paulatinamente las normas inspiradas en el Derecho Canónico y que regulaban al matrimonio.

Se respira una marcada tendencia antirreligiosa entre nuestros legisladores independientes, misma que con el tiempo se fue acentuando cada vez más, hasta culminar en el extremado laicismo de las leyes de Reforma, estableciéndose la separación Iglesia-Estado.

Se crea el matrimonio civil y automáticamente se despoja a la Iglesia de la competencia, que en este renglón, le había correspondido exclusiva y absolutamente.

Es así como surge la dualidad jurídica en esta materia y que impera hasta nuestros días.- Situación que en un principio no fue bien recibida por los ministros de la Iglesia, puesto que en todas partes veían el derecho divino; al grado de asegurar: "Que el movimiento y tendencias de la Reforma, predominaba un espíritu anticatólico, impío, ateo, pues comenzando por rehusar la obediencia del Papa, se acaba por negar y combatir todo vínculo moral con el ser Supremo". 25

EVOLUCION HISTORICA DE LA LEGISLACION MEXICANA EN MATERIA DEL MATRIMONIO Y DIVORCIO

7.1- Ley Orgánica del Registro Civil, del 27 de enero de 1857.

25 Vigil D. José M. "México a través de los Siglos" Tomo V. Cap. XII Ed. Cumbres. México 1977, pág. 229

Expedida durante el mandato de Ignacio Comonfort, Presidente sustituto de la República Mexicana, en uso de las facultades que le concede el artículo 30. del Plan de Ayutla reformado en Acapulco.

CAPITULO I

Organización del registro

Art. 1. Se establece en toda la República el registro del estado civil.

2.- Todos los habitantes de la República están obligados a inscribirse en el registro, a excepción de los ministros de las naciones extranjeras, sus secretarios y oficiales.

3.- El que no estuviere inscrito en el registro, no podrá ejercer los derechos civiles, y además sufrirá una multa desde uno hasta quince pesos. Se exceptúan los hijos que se hayen bajo la patria potestad, y todos los que según las leyes estén sujetos a tutela, quienes sólo serán responsables cuando no se inscriban después de haber entrado en el goce de sus derechos.

CAPITULO IV

DEL MATRIMONIO

65. Celebrado el sacramento ante el párroco y previas las solemnidades canónicas, los consortes se presentarán ante el oficial del estado civil a registrar el contrato de matrimonio.

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

72. El matrimonio que no esté registrado, no producirá efectos civiles.

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

77. Las declaraciones de divorcios y nulidades de matrimonio, se anotarán también en el registro de la misma manera que los matrimonios, y con referencia al registro de éstos, anotándose el nuevo acto al margen del primero. Este registro será un apéndice al libro de matrimonios, y formará parte de él al cerrarse el volumen de cada año.²⁶

Esta ley aún no marca un cambio radical en el régimen del matrimonio. En lo relativo al divorcio, en su artículo 77 no especifica las clases de éste, pero se infiere que se trata de la separación de cuerpos, ya que en esta época el matrimonio seguía siendo competencia exclusiva de la Iglesia y por lo tanto indisoluble.

7.2.- Circular del Ministerio de Justicia. Que remite la Ley de Matrimonio Civil.

"Excmo. Sr. Independientes ya los asuntos civiles del Estado de los negocios eclesiásticos: retirada al clero la facultad que el soberano le concedió para que mediante su intervención en el matrimonio, éste produjera sus efectos civiles, es obligación, y muy sagrada, de la sociedad que para todo debe bastarse así misma, determinar la solemnidad y condiciones con

²⁶ Dublán y Lozano "Legislación Mexicana Completa de las disposiciones expedidas desde la Independencia de la República", Edición oficial, México 1882, Tomo VIII, pág. 364 N° 4875.

que aquel contrato tan importante y trascendental, haya de celebrarse y hacerse constar en lo sucesivo, para que produzca los mismos efectos civiles. Tal es el objetivo de la ley que acompaño a V. E."

"El matrimonio, en su calidad de sacramento, ha llegado a ser en los fuertes pueblos oprimidos por la reacción, uno de los fuertes resortes que el clero ha desplegado para procurar la inobediencia a las leyes de la República. Mediante pretextos punibles ha negado las bendiciones de la Iglesia a muchas personas, por el sólo hecho de mostrarse fieles al juramento que prestaron a la Constitución y a las leyes."

"Con relación al divorcio, el gobierno, amparando siempre la esencia de la unión conyugal, ha señalado como causas suficientes para la separación temporal de los esposos, todas las que justamente hagan amarga, desesperada, e insoportable la vida común de los casados, ora sea porque se deshonren o infamen, ora porque se dañen en su salud física o en su sentimiento moral; sin embargo, ha prohibido expresamente, como es de su deber, la realización de otro enlace mientras viva alguno de los divorciados. Garantizado el lazo conyugal hasta en estos casos, ciertamente graves, la familia conservará el amparo que le dio la naturaleza, y que le consagró la sociedad."

"Finalmente, el gobierno, conforme al deber que tiene de respetar las conciencias, ha dispuesto que una vez celebrado el matrimonio civil, puedan después los esposos, si quieren, recibir las bendiciones de los ministros de su culto, sin que por recibirlas o dejarlas de recibir, el enlace realizado ceda o aumente su firmeza y validez."

"Con estas determinaciones, el gobierno cree que ha llenado la obligación de ocurrir prontamente a la más apremiante de las necesidades que resultan de la independencia de los asuntos civiles respecto de los negocios eclesiásticos."²⁷

De esta circular se desprende que en relación al divorcio siguió imperando la doctrina de la

²⁷ Idem, pág. 688 N^o 5056

Iglesia Católica; se continúa prohibiendo el divorcio en cuanto al vínculo, admitiéndose sólo la separación de cuerpos, situación jurídica que podríamos llamar divorcio no consumado.

7.3.- Ley del Matrimonio Civil del 23 de julio de 1859.

Ministerio de Justicia e Instrucción pública.- Excmo. Sr. el Excmo. Sr. presidente interino constitucional de la República, se ha servido dirigirme el decreto que sigue:

"El C. Benito Juárez, presidente interino constitucional de los Estados Unidos Mexicanos, a todos sus habitantes, hago saber: que, considerando:"

"Que por la independencia declarada de los negocios civiles del Estado, respecto de los eclesiásticos, ha cesado la delegación que el soberano había hecho al clero para que con sólo su intervención en el matrimonio, este contrato surtiera todos sus efectos civiles:"

"Que reasumiendo todo el ejercicio del poder en el soberano, éste debe cuidar de que un contrato tan importante como el matrimonio, se celebre con todas las solemnidades que juzgue convenientes a su validez y firmeza, y que el cumplimiento de éstas le conste de un modo directo y auténtico:"

He tenido a bien decretar lo siguiente:

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

2. "Los que contraigan el matrimonio de la manera que expresa el artículo anterior, gozan todos los derechos y prerrogativas que las leyes civiles les conceden a

los casados."

4. "El matrimonio civil es indisoluble; por consiguiente, sólo la muerte de alguno de los cónyuges es el medio natural de disolverlo; pero podrán los casados separarse temporalmente por alguna de las causas expresadas en el artículo 20 de esta ley. Esta separación legal no los deja libres para casarse con otras personas."

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

21. Son causas legítimas para el divorcio:

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

II. "La acusación de adulterio hecha por el marido a la mujer, o por ésta a aquél, siempre que no la justifiquen en juicio."

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

IV. "La inducción con pertinencia al crimen, ya sea que por el marido induzca a la mujer, o ésta a aquél."

V. "La crueldad excesiva del marido con la mujer, o de ésta con aquél."

"La enfermedad grave o contagiosa de alguno de los esposos."

VII. "La demencia de uno de los esposos, cuando ésta sea tal, que fundadamente se tema por la vida del otro. En todos estos casos el ofendido justificará en la forma legal su acción ante el juez de primera instancia competente, y éste, conociendo en juicio sumario, fallará inmediatamente que el juicio esté perfecto, quedando en todo caso a la parte agraviada el recurso de apelación y súplica."

23. "La acción de adulterio es común al marido y a la

mujer en su caso. A ninguna otra persona le será lícito ni aún la denuncia."

24. "La acción de divorcio es igualmente común al marido y a la mujer en su caso. Cuando la mujer intente esta acción o la de adulterio contra el marido, podrá ser amparada por sus padres o abuelos de ambas líneas."

30. "Ningún matrimonio celebrado sin las formalidades que prescribe esta ley, será reconocido como verdadero legítimo para los efectos civiles; pero los casados conforme a ella, podrán, si lo quieren recibir las bendiciones de los ministros de su culto."²⁸

Esta ley instituye al matrimonio el carácter de contrato civil, desligándola por completo de la competencia de la iglesia sigue declarando al matrimonio como una unión indisoluble y sólo autoriza al igual que las leyes anteriores, la separación de los esposos, lo que hemos tenido a bien denominar divorcio no consumado.

7.4 Ley del Registro Civil del 28 de julio de 1859.²⁹

Esta ley no establece nada nuevo en relación al matrimonio y a su disolución, si acaso sólo acentúa un poco más la dualidad jurídica inherente a la separación Iglesia-Estado.

²⁸ Idem. Pág. 688 N° 5056.

²⁹ Idem. Pág. 691 N° 5057.

7.5 Ley sobre libertad de cultos del 4 de diciembre de 1860.

"El excmo. Sr. presidente interino constitucional de la República se ha servido dirigirme el decreto que sigue:"

"El C. Benito Juárez, presidente interino constitucional de los Estados Unidos Mexicanos, a todos sus habitantes, hago saber:"

"Que en uso de las amplias facultades de que me hallo investido, he tenido a bien decretar lo siguiente:"

Art. 1. Las leyes protegen el ejercicio del culto católico y de los demás que se establezcan en el país, como la expresión y efecto de la libertad religiosa, que siendo un derecho natural del hombre, no tiene ni puede tener más límites que el derecho de tercero y las exigencias del orden público. En todo lo demás, la independencia entre el Estado por una parte, y las creencias y prácticas religiosas por otra, es y será perfecta e inviolable. Para la aplicación de estos principios se observará lo que por las leyes de la Reforma y por la presente se declara y determina."

20. "La autoridad pública no intervendrá en los ritos y prácticas religiosas concernientes al matrimonio. Pero el contrato de que esta unión dimana, queda exclusivamente sometido a las leyes. Cualquiera otro matrimonio que se contraiga en el territorio nacional, sin observarse las formalidades que las mismas leyes prescriben, es nulo e incapaz por consiguiente de producir ninguno de aquellos efectos civiles que el derecho atribuye solamente al matrimonio legítimo. Fuera de esta pena, no se impondrá otra a las uniones desaprobadas por este artículo, a no ser cuando en ellas intervinieren fuerza, adulterio, incesto o engaño, pues en tales casos se observará lo que mandan las leyes relativas a esos delitos."

"A pesar de los problemas suscitados entre Iglesia y Estado, el carácter de indisolubilidad del matrimonio aún no desaparece."

7.6.- Ley del Registro Civil del 1º de noviembre de 1865.

Esta ley fue expedida por Maximiliano, durante la corta vida de su Imperio.

En lo relativo al matrimonio establecía que los que hagan declaración de que son católicos, misma que se hará constar en el Registro de presentación, no están exentos por el acto civil de contraer matrimonio conforme a las prescripciones de la religión del Estado. Debiendo además cumplir con los requisitos que se exigen para el contrato civil.

7.7.- Código Civil de 6 de julio de 1866.

En relación con el matrimonio y el divorcio encontramos lo siguiente:

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

Art. 151.- "El divorcio no disuelve el matrimonio de manera que algunos de los divorciados pueda contraer otro matrimonio, o faltar a la fidelidad debida a su consorte; suspendiendo sólo algunas de las obligaciones civiles que se expresan en los artículos relativos de este Código."

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

1.- "Que no tengan contraído los cónyuges otro matrimonio anterior, o puramente civil o según cualquier culto."

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

Art. 205.- "El gobierno se reserva conceder el mismo favor que el artículo anterior concede a los matrimonios contraídos según la religión del Estado, a los que se contraigan con arreglo a las prescripciones de otros cultos que fueren reconocidos, si lo estimare conveniente.

Art. 207.- "En los matrimonios en que los dos cónyuges pertenezcan a una religión cuyos matrimonios estén autorizados conforme el artículo 205 por el Gobierno, y que permitan el divorcio en cuanto al vínculo, podrá verificarse éste conforme a las disposiciones de dicha religión."

Art. 208.- En general si los cónyuges cuyo matrimonio religioso haya sido reconocido por el Estado, pertenecen a distintos cultos, el divorcio se regirá por las reglas del culto con arreglo al que se contrajo el matrimonio; y si se hubiere celebrado conforme a los dos cultos, por el que sea más favorable a la indisolubilidad del matrimonio.³⁰

Según se desprende de los artículos anteriores, tenemos que durante el Imperio existió en México una doble reglamentación respecto al divorcio; por un lado se permitió el divorcio en cuanto al vínculo a los mexicanos que hayan contraído matrimonio bajo la declaración de profesar alguna religión que así lo permitiera, siempre y cuando esa religión estuviera reconocida por el Estado. Por otro lado, prohíbe el divorcio en cuanto al vínculo a los casados bajo el régimen de la religión católica.

³⁰ Boletín de las leyes. Tomo tercero. Pág. 169 y siguientes.

Nótese que en estas disposiciones se habla de matrimonios celebrados conforme a una religión, de lo que se induce que el vínculo al que se refieren las mismas, nace del matrimonio religioso. En este ámbito creemos que fue la Iglesia Católica la primera en establecer el vínculo como consecuencia del matrimonio, ya que como vimos al principio de este capítulo, para ella, el matrimonio es un contrato elevado a la categoría de Sacramento.

Al caer el Imperio de Maximiliano y restaurarse la República, el Presidente Don Benito Juárez en lo relativo al matrimonio y el divorcio no estableció nada nuevo, únicamente se limitó a revalidar los matrimonios celebrados en el tiempo del Imperio.

A través del Decreto del 5 de diciembre de 1867 que decía:

Ministerio de Gobernación.- Sección 1ª

"El ciudadano presidente de la República se ha servido dirigirme el decreto que sigue:"

"Benito Juárez, presidente constitucional de los Estados Unidos Mexicanos, a sus habitantes, sabed:"

"Que en uso de las amplias facultades de que se halla investido, ha tenido a bien decretar lo siguiente:"

Art. 1.- "Se declaran revalidados para todos los efectos legales, los matrimonios celebrados en los lugares que estuvieron sometidos a la intervención

extranjera, o al llamado gobierno del imperio que pretendió establecer, en los casos siguientes:"

I.- "Los celebrados ante algún funcionario civil, conforme a las reglas establecidas por la intervención o el llamado imperio."

II.- "Los celebrados solamente ante algún ministro de cualquier culto, conforme a las reglas del mismo aún cuando en el lugar hubiese funcionario civil designado por la intervención o el llamado imperio."

3.- "En los casos de controversia sobre validez de aquéllos matrimonios, o declaraciones de nacimientos, conocerán los jueces que sean competentes según las leyes de la República, y decidirán conforme a las reglas que debieron observarse ante el funcionario civil de la intervención o el llamado imperio, o ante el ministro del culto." ³¹

7.8.- Código Civil del Distrito Federal y Territorio de Baja California de 1870.

Este Código Civil deroga todas las legislaciones anteriores relativas al matrimonio y entra en vigor el 10. de marzo de 1871, siendo Presidente Constitucional Don Benito Juárez.

Este Código fue inspirado en el Código de Napoleón. En cuanto al matrimonio le refuta la categoría de contrato civil con el objeto de formar una sociedad; y respecto al divorcio continúa prohibiéndolo en cuanto al vínculo.

³¹ Dublán y Lozano "Legislación Mexicana completa". Ob. Cit., pág. 688 No. 5056.

Artículos relativos a nuestra materia:

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

CAPITULO V.

EL DIVORCIO

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

Art. 240.- "Son causas legítimas de divorcio:"

"1a. El adulterio de uno de los cónyuges:"

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

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

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

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

"6a. La sevicia del marido con su mujer ó de ésta con aquél;"

"7a. La acusación falsa hecha por un cónyuge al otro."

Art. 241.- "El adulterio de la mujer es siempre causa de divorcio, salvo la modificación que establece el

artículo 245."

Art. 242.- "El adulterio del marido es causa de divorcio solamente cuando en él concurre alguna de las circunstancias siguientes:"

"1a. Que el adulterio haya sido cometido en la casa común;"

"2a. Que haya habido concubinato entre los adúlteros, dentro ó fuera de la casa conyugal;"

"3a. Que haya habido escándalo o insulto público hecho por el marido a la mujer legítima;"

"4a. Que la adúltera haya maltratado de palabra ó de obra, ó que por su causa se haya maltratado de alguno de esos modos a la mujer legítima."

Art. 243.- "Es causa de divorcio el conato del marido ó de la mujer para corromper a los hijos, ya lo sean éstos de ambos, ya de uno sólo de ellos. La connivencia debe consistir en actos positivos; sin que sean causa de divorcio las simples omisiones."

Art. 244.- "Cuando un cónyuge haya pedido el divorcio ó la nulidad del matrimonio, por causa que no haya justificado, ó que haya resultado insuficiente; así como cuando haya acusado judicialmente a su cónyuge, el demandado tiene derecho para pedir el divorcio; pero no puede hacerlo sino pasados cuatro meses de la notificación de la última sentencia. Durante estos cuatro meses, la mujer no puede ser obligada a vivir con el marido."

Art. 245.- "El adulterio no es causa precisa de divorcio, cuando el que intenta éste es convencido de haber cometido igual delito, ó de haber inducido al adulterio al que lo cometió. El juez, sin embargo, puede otorgar el divorcio, si lo cree conveniente, atendidas las circunstancias del caso."

Art. 246.- "Cuando ambos consortes convengan en divorciarse en cuanto al hecho y habitación, no podrán verificarlo sino ocurriendo por escrito al juez y en los términos que expresan los artículos siguientes: en caso contrario, aunque vivan separados, se tendrán como unidos para todos los efectos legales del matrimonio."

Art. 247.- El divorcio por mutuo consentimiento no tiene lugar después de veinte años de matrimonio, ni

cuando la mujer tenga más de cuarenta y cinco de edad."

Art. 250.- "La separación no puede pedirse sino pasados dos años de la celebración del matrimonio. Presentada la solicitud, el juez citará a los cónyuges a una junta, en que procurará restablecer entre ellos la concordia; y si no lo lograre, aprobará el arreglo provisorio con las modificaciones que crea oportunas; y no citará nueva junta hasta después de tres meses."

Art. 251.- "Pasados los tres meses, sólo a petición de alguno de los cónyuges, citará el juez otra junta, en que los exhortará de nuevo a la reunión; y si ésta no se lograre, dejará pasar aún otros tres meses."

Art. 252.- "Vencido este segundo plazo, si alguno de los cónyuges pidiere que se determine sobre la separación, el juez decretará ésta siempre que le conste que los cónyuges quieren separarse libremente."

Art. 257.- "La sentencia que pruebe la separación, fijará el plazo que ésta deba durar conforme al convenio de las partes, con tal que no exceda de tres años."

Art. 258.- "Si pasado este término, los consortes insisten en la separación, el juez procederá como está prevenido en los artículos 248 a 257, duplicando todos los plazos fijados en ellos."

Art. 259.- "Lo mismo se hará si concluido el término de la segunda separación, insisten en ella los consortes; pero en esta vez no se duplicarán ya los plazos. Lo dispuesto en este artículo se observará siempre que concluido el término de una separación, los consortes insistan en el divorcio."

Art. 260.- "Los cónyuges de común acuerdo pueden reunirse en cualquier tiempo."

Art. 262.- "El divorcio sólo puede ser demandado por el cónyuge que no haya dado causa a él, y dentro de un año después que hayan llegado a su noticia los hechos en que se funde la demanda."

Art. 263.- "La reconciliación de los cónyuges deja sin efecto ulterior la ejecutoria que declaró el divorcio. Pone también término al juicio, si aún se está instruyendo; pero los interesados deberán denunciar su nuevo arreglo al juez, sin que la omisión de esta noticia destruya los efectos producidos por la

reconciliación."

Art. 264.- "La ley presume la reconciliación, cuando después de decretada la separación ó durante el juicio sobre ella, ha habido cohabitación de los cónyuges."

Art. 265.- "El cónyuge que no ha dado causa al divorcio, puede aún después de ejecutoriada la sentencia, prescindir de sus derechos y obligar al otro a reunirse con él; más en este caso no puede pedir de nuevo el divorcio por los mismos hechos que motivaron el anterior, aunque sí por otros nuevos aún de la misma especie."

Art. 266.- "Al admitirse la demanda de divorcio, ó antes si hubiere urgencia, se adoptarán provisionalmente, y sólo mientras dure el juicio, las disposiciones siguientes:"

"1a. Separar a los cónyuges en todo caso;"

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

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

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

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

"6a. Dictar en su caso las medidas precautorias que la ley establece respecto de las mujeres que quedan en cinta."

Art. 267.- "En los juicios de divorcio son admisibles como testigos aún los parientes y domésticos de los cónyuges; quedando reservada al juez la calificación de la fe que deba darse a sus dichos, según las circunstancias."

Art. 268.- "Ejecutoriada el divorcio, quedarán los hijos ó se pondrán bajo la potestad del cónyuge no culpable; pero si ambos lo fuesen y no hubiere otro

ascendiente en quien recaiga la patria potestad, se proveerá a los hijos de tutor conforme a los artículos 546, 547, 555 y 556 en su respectivo caso."

Art. 269.- "Sin embargo de lo dispuesto en los artículos anteriores, los tribunales podrán acordar, a pedimento de los abuelos, tíos o hermanos mayores, cualquiera providencia que se considere benéfica a los hijos menores."

Art. 270.- "El padre y la madre, aunque pierdan la patria potestad, quedan sujetos a todas las obligaciones que tienen para con sus hijos."

Art.- 271.- "El cónyuge que diere causa al divorcio, perderá todo su poder y derechos sobre la persona y bienes de sus hijos, mientras viva el cónyuge inocente; pero los recobrará muerto éste, si el divorcio se ha declarado por las causas 3a, 5a y 6a señaladas en el artículo 240."

Art. 274.- "Ejecutoriado el divorcio, vuelven a cada consorte sus bienes propios; y la mujer queda habilitada para contraer y litigar sobre los suyos sin licencia del marido, si no es ella la que dio causa al divorcio."

Art. 275.- "Si la mujer no ha dado causa al divorcio, tendrá derecho a alimentos, aún cuando posea bienes propios, mientras viva honestamente."

Art. 278.- "En todo juicio de divorcio las audiencias serán secretas, y se tendrá como parte al Ministerio Público."

Art. 279.- "Ejecutoriada una sentencia sobre divorcio, el juez de primera instancia remitirá copia de ella al del estado civil, y éste al margen del acta del matrimonio pondrá nota, expresando la fecha en que se declaró el divorcio, y el tribunal que lo declaró."³²

7.9.- Código Civil del Distrito Federal y Territorio de Baja California de 1884.

Este Código deroga al Código de

³² Idem. Tomo XI, pág. 201 No. 6855

1870, y es promulgado el 31 de marzo de 1884.

Siendo Presidente Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos, Don Manuel González, sigue los lineamientos del Código anterior, como puede constatarse mediante una lectura sinóptica de ambas disposiciones.

El matrimonio sigue siendo un contrato civil y el divorcio en cuanto al vínculo sigue prohibido.

Agrega a las causales de divorcio contenida, en el Código de 1870, las siguientes:

Art. 227.-

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

2.- "El abandono del domicilio conyugal sin justa causa, o aún cuando sea con justa causa, si siendo ésta bastante para pedir el divorcio, se prolonga por más de un año el abandono, sin que el cónyuge que lo cometió intente el divorcio." (Esta causal está comprendida en el Código de 1870, pero es modificada en este Código).

3.- "La sevicia, las amenazas o las injurias graves de un cónyuge para con el otro". (El Código anterior sólo considera como causa de divorcio a la Sevicia).

4.- "La negativa de uno de los cónyuges a suministrar al otro alimentos conforme a la ley."

5.- "Los vicios incorregibles de juego o embriaguéz."

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

7.- "El mutuo consentimiento"³³ (Este también fue regulado por el Código de 1870, pero con la limitante de que no procedía después de 20 años de matrimonio, ni cuando la mujer tenga más de 45 años de edad. Véase artículo 247 del Código Civil para el Distrito Federal y Territorio de Baja California de 1870, transcrito anteriormente).

7.10. Ley de Divorcio 1914.

Expedida durante la gestión presidencial de Don Venustiano Carranza el 29 de diciembre de 1914 en el Estado de Veracruz, permitiendo por primera vez en México el divorcio en cuanto al vínculo o totalmente consumado.

Las razones y motivos de los nuevos cambios están contenidos en el considerando único de esta ley; cuyos párrafos principales a continuación transcribimos:

CONSIDERANDO

"Que 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 las cargas de la vida; que en esa virtud, se contrae siempre en

³³ Pallares, Eduardo. "El Divorcio en México", Ob. Cit., págs. 24, 25 y siguientes.

concepto de unión definitiva pues los cónyuges 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 puedan ser estos casos, la ley debe justamente atender a remediarlos, relevando a los cónyuges de la obligación de permanecer unidos durante toda su existencia, en un estado irregular contrario a la naturaleza y a las necesidades humanas..."

"Que lo que hasta ahora se ha llamado divorcio en nuestra legislación, o sea la simple separación de los consortes sin disolver el vínculo... 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..."

"Que por otra parte, el divorcio por consentimiento mutuo es un medio de cubrir las culpas graves de alguno de los cónyuges por medio de la voluntad de ambos para divorciarse, sin necesidad de dejar sobre las respectivas familias, o sobre los hijos, la mancha de una deshonra..."

"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 que es preciso reducirlo sólo a los casos en que la mala condición de los consortes es ya irreparable en otra forma que no sea su absoluta separación..."³⁴

Esta ley tuvo una corta vida pero es el antecedente de disposiciones actuales en lo relativo a la autorización de la disolución del matrimonio en cuanto al vínculo.

7.11 Ley sobre las Relaciones Familiares del 9 de Abril de 1917.

Expedida por el primer Jefe del Ejército Constitucionalista, el 9 de abril de 1917, es producto de la Revolución Mexicana y deroga todos los capítulos y títulos relativos al derecho de familia del Código Civil para el Distrito Federal y Territorio de Baja California de 1884.

CONSIDERANDO

"Que el cristianismo no influyó directamente sobre la organización de la familia, pues el derecho canónico aceptó las relaciones familiares establecidas

³⁴ Legislación Pre-Constitucional de la Revolución Mexicana, Editores Populares del Gobierno de Jalisco de 1959, pág. 31.

por el derecho romano, en todo aquello que no fue influido por el carácter de sacramento que se dio al matrimonio; carácter que lejos de disminuir la autoridad del marido sobre la mujer, la robusteció, cuando menos desde el punto de vista moral pues para comparar al marido con Cristo y a la mujer con la Iglesia, dio tanto poder a aquél, que los mismos teólogos llegaron a sostener que al celebrarse el matrimonio, el sacerdote oficiaba como testigo y no como ministro, pues el verdadero ministro era el contrayente".

"Que las legislaciones posteriores, aunque reconocieron al matrimonio como contrato, no llegaron a modificar las relaciones antiguas que producían por los aspectos políticos y religiosos con que fue considerado, sino antes bien al aceptar la idea canónica de la indisolubilidad del vínculo matrimonial, llegaron a darle, con relación a los bienes de los cónyuges, el carácter de una sociedad universal, duradera por tiempo ilimitado, que sólo dejaba de subsistir por voluntad expresa de los cónyuges y previa autorización judicial que no debía de otorgarse sino por causa grave, idea que no se compadece con el objeto actual del matrimonio, ya que siendo sus objetos esenciales la perpetuación de la especie y la ayuda mutua, no es de ninguna manera indispensable una indisolubilidad que, en muchos casos puede ser contraria a los fines de las nupcias; ni mucho menos una autoridad absoluta de uno sólo de los consortes, con perjuicio

de los derechos del otro, cuando en realidad lo que se necesita es una cooperación libre y espontánea de ambos, ya que los dos contribuyen en esferas insustituibles a los fines del matrimonio; y produciéndose, además, el absurdo de que mientras la Constitución del cincuenta y siete estableció en su artículo 5º la ineficacia de cualquier pacto que tuviera por objeto de pérdida, menoscabo o irrevocable sacrificio de la libertad del hombre, el Código Civil, por el sólo hecho de que la mujer celebrara su contrato de matrimonio, la incapacitaba por completo, privándola de su libertad hasta el grado de dejarla impedida para celebrar el convenio más insignificante, pasando por alto el precepto categórico del artículo constitucional citado".

"Que por lo que se refiere al divorcio, sólo tendrá que añadirse a los considerandos de la ley respectiva que a fin de que ésta o sirva para eludir las disposiciones legales de los diversos Estados de la República, o de algún país extranjero, se ha prevenido pues que no se podrá promover divorcio ante los jueces de Distrito y Territorios Federales, si los que lo solicitan no tienen cuando menos un año de domiciliados en la jurisdicción del juez correspondiente".

Art. 13.- "El matrimonio es un contrato civil entre un sólo hombre y una sola mujer que se unen con VINCULO DISOLUBLE para perpetuar su especie y ayudarse a llevar el peso de la vida".

Art. 75.- "El divorcio disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro".

Respecto a las Causales de Divorcio esta ley agrega a las contenidas, por el Código de 1884 las siguientes:

Art. 76.-

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

2.- "Ser cualquiera de los cónyuges incapaz para llenar los fines del matrimonio, o sufrir sífilis, tuberculosis, enajenación mental incurable, o cualquiera otra enfermedad crónica incurable, que sea, además, contagiosa o hereditaria". (El Código de 1884, sólo hacía mención a "enfermedad crónica o incurable que sea también contagiosa o hereditaria").

3.- "El abandono injustificado del domicilio conyugal por cualquiera de los consortes, durante seis meses consecutivos."

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

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

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

7.- "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 señalado en la ley una pena que no baje de un año de prisión".

Art. 81.- "Los cónyuges que pidan de conformidad su divorcio, deberán acompañar en todo caso a su demanda un convenio que arregle la situación de los hijos y la manera de liquidar sus relaciones en cuanto a los bienes."

Art. 82.- El divorcio por mutuo consentimiento no puede pedirse sino pasado un año de la celebración del matrimonio.

Presentada la solicitud, el juez de Primera Instancia del domicilio de los cónyuges remitirá extracto de ella al juez del Estado Civil del mismo lugar, para que éste la haga publicar en la tabla de avisos, y citará a los solicitantes a una junta, en la cual procurará restablecer entre ellos la concordia y cerciorarse de la completa libertad de ambos para divorciarse. Si no lograre avenirlos, se celebrarán todavía, con el mismo objeto, dos juntas más, que el juez citará a petición de ambos cónyuges."

"Esta petición no podrá hacerse sino después de transcurrido un mes desde la última junta celebrada. Entre una y otra junta deberá mediar, cuando menos, un mes."

Art. 85.- "Si el procedimiento de divorcio por mutuo consentimiento quedare en suspenso por más de seis meses, no podrá reanudarse sino volviendo a efectuarse las publicaciones en las tablas de aviso de la oficina del Juez del Estado Civil y las juntas de que habla el artículo 82."

Art. 88.- "El divorcio sólo puede ser demandado por el cónyuge que no haya dado causa a él, y dentro de seis meses después de que hayan llegado a su noticia los hechos en que se funde la demanda."

Art. 100.- Ejecutoriado el divorcio, se procederá, desde luego a la división de los bienes comunes, si los hubiere, y en todo caso se tomarán todas las precauciones necesarias para asegurar todas las obligaciones que queden pendientes entre los cónyuges o con relación a sus hijos."

Los consortes divorciados tendrán obligación de contribuir, en proporción a sus bienes, a la subsistencia y educación de los hijos varones hasta que lleguen a mayor edad, y de las hijas hasta que

contraigan matrimonio, aunque sean mayores de edad, siempre que vivan honestamente."

Art. 101.- "Si la mujer no ha dado causa de divorcio, tendrá derecho a alimentos mientras no contraiga otra vez nupcias y viva honestamente".

"El marido inocente sólo tendrá derecho a alimentos cuando esté imposibilitado de trabajar y no tenga bienes propios con qué subsistir".

"El cónyuge que deba pagar los alimentos podrá librarse de esa obligación entregando desde luego el importe de las pensiones alimenticias correspondientes a cinco años."

Art. 102.- "Por virtud del divorcio, los cónyuges recobrarán su entera capacidad para contraer un nuevo matrimonio, salvo lo dispuesto en el artículo 140 y cuando el divorcio se haya declarado por causa de adulterio, pues en este último caso, el cónyuge culpable no podrá contraer un nuevo matrimonio sino después de dos años de pronunciada la sentencia de divorcio."

Art. 106.- "No se podrá pedir divorcio voluntario, sin entablar demanda de divorcio ante el Juez de Primera instancia del Distrito Federal o de un Territorio, sino cuando los cónyuges tengan su domicilio en la jurisdicción de dicho Juez, por lo menos un año antes de la fecha de la misma demanda." ³⁵

En esta ley, queda plenamente aceptado el divorcio en cuanto al vínculo o divorcio plenamente consumado. Estableciendo que el matrimonio une con VINCULO DISOLUBLE a los cónyuges.

7.12 Finalmente tenemos el Código Civil para el Distrito Federal y Territorios Federales de 1928, promulgado bajo el

³⁵ Pallares Eduardo "El Divorcio en México" Ob. cit., pág. 28, 29 y siguientes.

Presidente Plutarco Elías Calles, que entra en vigor el 1º de octubre de 1932 y sigue vigente hasta nuestros días, mismo que por razones de método estudiaremos en el siguiente capítulo.

Así pues, hemos analizado en un riguroso orden cronológico las disposiciones legales mexicanas que han regido al matrimonio y al divorcio; desde su prohibición absoluta, autorizando solo la separación de los cónyuges, hasta el pleno reconocimiento legal del divorcio en cuanto al vínculo.

CAPITULO II
EL DIVORCIO CIVIL

1.- NATURALEZA JURIDICA DEL MATRIMONIO.

Los grandes juristas han coincidido en afirmar que existen varios puntos de vista en el estudio del matrimonio, y son:

- a) Como acto jurídico.
- b) Como contrato.
- c) Como institución.
- d) Como estado jurídico.
- e) Como acto del poder estatal.

1.1. EL MATRIMONIO COMO ACTO JURIDICO.

Al analizar el matrimonio como acto jurídico, debemos precisar la siguiente subdivisión:

- a) Como acto jurídico condición,
- b) Como acto jurídico mixto.

1.1.a Como acto jurídico condición:

Leon Duguit tratadista francés precisó la significación que tiene el acto jurídico condición. El Maestro Ignacio Galindo Garfias define el acto jurídico condición como "aquella situación creada y regida por la Ley, cuya creación tiene lugar, subordinada a la celebración de ese acto;" en este caso el matrimonio. ³⁶

Por virtud del matrimonio, se condiciona la aplicación de un estatuto que vendrá a regir la vida de los consortes en forma permanente. Es decir, "un sistema de derecho en su totalidad es puesto en movimiento por virtud de un acto jurídico que permite la realización constante de consecuencias múltiples y la creación de situaciones jurídicas permanentes". ³⁷

1.1.b Como acto jurídico Mixto.

Los actos jurídicos mixtos se distinguen por la intervención de particulares, así como la de funcionarios públicos, concurriendo ambos en un mismo acto,

³⁶ Galindo Garfias Ignacio. "Derecho Civil". Ed. Porrúa, S.A., Tercera Edición, pág. 476.

³⁷ Rojas Villegas Rafael. "Compendio de Derecho Civil". México. Antigua Librería Robledo 1964, pág. 282.

haciendo sus respectivas manifestaciones de voluntad.

El matrimonio es un acto mixto puesto que en él concurren la voluntad de los consortes y la voluntad del estado; esta última queda manifestada a través de la intervención que tiene el Oficial del Registro Civil. Este órgano del Estado desempeña una doble función, por un lado declarativa y por otro constitutiva, en base a esto, podríamos afirmar, que si en el acta respectiva se omitiera hacer constar la declaración que debe hacer el funcionario en cuestión y que constituye la unión de los consortes en Legítimo Matrimonio, éste no existiría desde el punto de vista jurídico.

1.2 EL MATRIMONIO COMO CONTRATO.

a) El matrimonio como contrato ordinario.

b) El matrimonio como contrato de adhesión.

1.2.a Como Contrato Ordinario.

Considerar al matrimonio como contrato ha sido la tesis tradicional, desde las Leyes de Reforma, expedidas por Juárez el 23 de julio de 1859, momento en

que dejó de ser un acto religioso para convertirse en contrato, en el cual existen todos los elementos esenciales y de validez de dicho acto jurídico. Particularmente se invoca como razón el hecho de que los contrayentes deben manifestar su consentimiento ante el Oficial de Registro Civil para unirse en matrimonio. Por consiguiente se considera que en este acto como en todos los contratos, es elemento esencial el acuerdo de las partes.

Esta posición doctrinaria ha sido blanco de severas críticas:

a) El objeto de los contratos siempre es una cosa o un derecho que se encuentra en el comercio. Si se juzgara al matrimonio como contrato, se entendería que el objeto del mismo sería la entrega recíproca de los cónyuges, lo cual no puede ser posible.

b) En el matrimonio al igual que en los contratos la voluntad de las partes es indispensable, pero en los últimos las partes dentro de los límites que establece la ley, fijan los derechos y obligaciones para cada una de ellas, mientras que en el matrimonio la voluntad estriba en aceptar el contraer nupcias con determinada persona, pero las partes a diferencia de los contratos "no pueden estipular condiciones y términos ni adicionar cláusulas o modalidades ni disciplinar las relaciones conyugales de modo contrario al

establecido en la ley; la libertad no surge sino cuando se trata de intereses patrimoniales, y aún en tal caso está muy limitada".³⁸

Así pues tenemos que los consortes son libres para establecer dentro de ciertos límites que marca la ley, el régimen matrimonial respecto de sus bienes. Pero no lo son en cuanto a la reglamentación del estado mismo del matrimonio.

1.2.b Como Contrato de Adhesión.

Como respuesta a las críticas anteriores se ha llegado a la posición de afirmar que el matrimonio es un contrato de adhesión, ya que participa de las características generales de éstos, toda vez que los consortes no son libres para estipular derechos y obligaciones distintos de aquellos que imperativamente determina la ley. En el matrimonio por razones de interés público, el Estado impone el régimen legal del mismo, de tal manera que los consortes simplemente se adhieren a ese estatuto, funcionando su voluntad sólo para el efecto de ponerlo en movimiento y aplicarlo, por lo tanto, a sujetos determinados.

³⁸ Idem.

Rafael de Pina opina "que la calificación de contractual atribuida al matrimonio civil se funda históricamente en un propósito manifiesto de diferenciación frente al matrimonio canónico".³⁹

1.3 EL MATRIMONIO COMO INSTITUCION.

"Una institución jurídica es un conjunto de normas de igual naturaleza que regulan un todo orgánico y persiguen una misma finalidad".

"Ihering explica que las normas jurídicas se agrupan constituyendo series de preceptos para formar verdaderos cuerpos que tienen autonomía estructura y funcionamiento propios dentro del sistema total del derecho positivo".⁴⁰

Bonnecase dice: "El matrimonio es una INSTITUCION formada de un conjunto de reglas de Derecho, esencialmente imperativas, cuyo objeto es dar a la unión de los sexos, y, por lo mismo, a la familia, una organización social y moral, que a la vez corresponde a las aspiraciones del momento

³⁹ Pina Rafael de. "Elementos del Derecho Civil Mexicano. Ed. Porrúa, S.A. México 1977, pág. 322.

⁴⁰ Rojina Villegas Rafael. "Compendio de Derecho Civil". Ob. cit., pág. 281.

y a la naturaleza permanente del hombre así como a las direcciones que le imprime el Derecho".

"El matrimonio es un acto solemne que produce una comunidad de vida entre un hombre y una mujer y crea un vínculo permanente, pero disoluble, bien por voluntad de los cónyuges, bien por disposición de la Ley". ⁴¹

Para el logro de las finalidades comunes que impone la institución, se organiza un poder que tiene por objeto mantener la unidad y establecer la dirección dentro del grupo, pues toda comunidad exige necesariamente tanto un poder de mando como un principio de disciplina social. En el matrimonio ambos cónyuges pueden convertirse en órganos del poder, asumiendo igual autoridad como ocurre en el sistema mexicano, o bien, puede descansar toda la autoridad exclusivamente en el marido.

1.4 EL MATRIMONIO COMO ESTADO JURIDICO.

Para Rojina Villegas el matrimonio constituye un estado jurídico entre los consortes, pues crea para los mismos una situación jurídica permanente que origina

⁴¹ Bonnacase Julián. "La Filosofía del Código de Napoleón aplicable al Derecho de Familia, traducción José Ma. Cajiga. Puebla, México 1945, pág. 204.

consecuencias constantes por aplicación del estatuto legal respectivo a todas y cada una de las situaciones que se van presentando durante la vida matrimonial.

1.5 EL MATRIMONIO COMO ACTO DE PODER ESTATAL.

La tesis sustentada por Antonio Cicu, establece que el matrimonio es simplemente un acto de poder estatal, puesto que es "indudable que en nuestro derecho no se tiene matrimonio sin la intervención del oficial del estado civil".⁴² Estas consideraciones ponen en claro la especial importancia que tiene el hecho de que la declaración de la voluntad de los consortes deba realizarse ante el oficial del Registro Civil, el cual la deberá recoger personalmente, para posteriormente realizar el pronunciamiento de la unión, y cualquier otra declaración o contrato realizado entre los esposos no tiene ningún valor jurídico. De lo anterior concluimos que la voluntad de los esposos en el matrimonio como acto de poder estatal, es solo la condición esencial para el PRONUNCIAMIENTO: es éste y sólo éste el que constituye al matrimonio.

⁴² Rojina Villegas. "Compendio de Derecho Civil". Ob. cit., págs. 287 y 288.

2.- NATURALEZA JURIDICA DEL DIVORCIO EN CUANTO AL VINCULO.

Una vez precisada la naturaleza jurídica del matrimonio, estamos en posibilidad de abordar de lleno al tema de nuestro principal interés: EL DIVORCIO; logrando así, una mejor comprensión de la naturaleza jurídica del mismo.

El divorcio puede ser estudiado desde diferentes puntos de vista: el moral, el filosófico, el religioso y el jurídico. Dada la naturaleza de este capítulo, lo trataremos principalmente, en su aspecto jurídico.

2.1 CONCEPTO DEL DIVORCIO.

Son muchos los juristas que se han esforzado por englobar todos los elementos del divorcio en una definición. He aquí algunos:

EDUARDO PALLARES: "El divorcio es un acto jurisdiccional o administrativo por virtud del cual se disuelve el vínculo conyugal y el contrato del matrimonio concluye, tanto con relación a los cónyuges como respecto de terceros". ⁴³

⁴³ Pallares, Eduardo. "El Divorcio en México". Ob. cit., pág. 36.

RAFAEL DE PINA: "La palabra divorcio, en el lenguaje corriente, contiene la idea de separación; en el sentido jurídico, significa extinción de la vida conyugal, declarada por autoridad competente, en un procedimiento señalado al efecto, y por una causa determinada de modo expreso". ⁴⁴

IGNACIO GALINDO GARFIAS: "El divorcio es la ruptura de un matrimonio válido, en vida de los esposos, decretada por autoridad competente y fundada en alguna de las causas expresamente establecidas por la Ley". ⁴⁵

BENJAMIN FLORES BARROETA: "El divorcio es la disolución del vínculo del matrimonio, en vida de los cónyuges, por una causa posterior a su celebración y que deja a los mismos cónyuges en aptitud de contraer nuevo matrimonio". ⁴⁶

Tomando como base las anteriores definiciones elaboramos la siguiente:

⁴⁴ Pina y Vara, Rafael de. "Elemento de Derecho Civil". Ob. cit., pág. 340.

⁴⁵ Galindo Garfias, Ignacio. "Derecho Civil". Ob. cit., pág. 575.

⁴⁶ Flores Barroeta, Benjamín. "Lecciones de Primer Curso de Derecho Civil". México, 1960, pág. 382.

"El divorcio es la instancia jurídica, a la cual, pueden concurrir los cónyuges, para el efecto de disolver el vínculo matrimonial que los une, bajo la jurisdicción de autoridad competente, mediante un procedimiento legal y fundada en alguna de las causales determinadas expresamente por la Ley; dejando a los cónyuges en aptitud de contraer nuevo matrimonio".

Del concepto de divorcio se infiere que el mismo consiste en la ruptura del vínculo conyugal, pero ésta sólo se obtiene mediante las formas y requisitos que la propia Ley determina.

Produce en consecuencia, tres efectos, el de la disolución del vínculo matrimonial, el de que la reciprocidad de todos los deberes que impone el matrimonio a los cónyuges, deja de existir y el de otorgar a los cónyuges la facultad de poder contraer nuevo matrimonio. A esta clase de divorcio se le denomina divorcio en cuanto al vínculo (vincular) o como hemos tenido a bien llamarlo en el capítulo anterior, divorcio plenamente consumado.

3.- CLASIFICACION DE LOS SISTEMAS DE DIVORCIO.

Existen dos grandes sistemas:

1.- El divorcio por separación de cuerpos.

2.- El divorcio en cuanto al vínculo.

3.1 EL DIVORCIO POR SEPARACION DE CUERPOS.

En el divorcio por separación de cuerpos (*divortium quoad torum et mensam, non quoad vinculum*) el vínculo matrimonial perdura, quedando subsistentes las obligaciones de fidelidad, de ministración de alimentos, e imposibilidad de nuevas nupcias; sus efectos son: la separación material de los cónyuges, quienes ya no estarán obligados a vivir juntos y, por consiguiente, a hacer vida marital.

Este tipo de divorcio fue el único regulado por nuestra legislación hasta la ley del Divorcio del 2 de diciembre de 1914 que fue la primera en regular el divorcio en cuanto al vínculo (véase capítulo I, Evolución Histórica de la Legislación Mexicana en materia de Matrimonio y Divorcio).

Este sistema es adoptado por nuestro Código Civil vigente en su artículo 277, al disponer que el cónyuge que no quiera pedir el divorcio fundado en las causas

enumeradas en las fracciones VI y VII del artículo 267 del Código Civil, (aquellos casos en que uno de los cónyuges sufra alguna enfermedad crónica o incurable, que sea además contagiosa o hereditaria, cuando después del matrimonio, padezca o bien cuando sufra enajenación mental incurable), el cónyuge sano, si no desea hacer valer estas causas para disolver el vínculo matrimonial, puede solicitar del juez competente la autorización para vivir separado de su consorte enfermo, y el juez podrá decretar esta separación, quedando subsistentes las demás obligaciones que derivan de la relación conyugal: el deber de fidelidad y de ayuda mutua. En este caso, los efectos de la sentencia que se pronuncie, son restringidos, se limitan al otorgamiento de una simple dispensa del cumplimiento del deber de cohabitación, sin disolver el vínculo matrimonial.

Para Rafael de Pina la separación de cuerpos no es un verdadero divorcio, pues mediante ella se crea simplemente una situación que si bien supone un relajamiento del vínculo matrimonial, no lo destruye, por lo que todas las obligaciones derivadas del estado de matrimonio subsisten, con exclusión de la relativa a la vida en común.⁴⁷

3.2 EL DIVORCIO EN CUANTO AL VINCULO.

⁴⁷ Pina y Vara, Rafael de. "Elementos del Derecho Civil". Ob. cit., pág. 340.

La principal característica del divorcio en cuanto al vínculo (*divortium quoad vinculum*) es la disolución del vínculo matrimonial, otorgando capacidad a los cónyuges para contraer nuevas nupcias. Dentro de este sistema se incluye el Divorcio Necesario y al Divorcio Voluntario.

El Divorcio Vincular Necesario se decreta por las causales señaladas en las fracciones I a XVIII del artículo 267 del Código Civil vigente. Las causas consagradas en dichas fracciones -las cuales analizaremos en su momento- por su gravedad dan origen al divorcio en cuanto al vínculo, aun en contra de la petición del cónyuge culpable y a petición del inocente.

Dentro del Divorcio Vincular Necesario, encontramos al divorcio remedio y el divorcio sanción. El primero se admite para los casos en que la acción se funde en la enfermedad crónica incurable, que sea además contagiosa o hereditaria padecida por el otro cónyuge (artículo 267 fracciones VI y VII). Es una medida de protección para el cónyuge sano y los hijos.

El divorcio sanción, es aquel que se funda en las fracciones I, II, III, IV, V, VII, IX, X, XI, XII, XIII, XIV, XV y XVI del artículo 267 del Código Civil, causales que señalan un acto ilícito o bien un acto en contra de

la naturaleza del matrimonio.

La fracción XVII del artículo 267 del Código Civil, señala también como causa de divorcio, el mutuo consentimiento, dando lugar al Divorcio Voluntario.

4.- CLASES DE DIVORCIO.

Debemos reconocer que hoy en día, el Divorcio representa un verdadero y alarmante problema. Cada vez son más los matrimonios inconformes que recurren a éste, viendo en él la salida más fácil a sus desavenencias conyugales.

Este problema es difícil de resolver por medios exclusivamente legislativos; Rafael de Pina en su Obra Elementos del Derecho Civil, opina; "que las leyes sobre esta institución deberían ser reformadas convenientemente para que, en lo posible, se impida la destrucción caprichosa del vínculo matrimonial, con ofensa de la moral y agravio de los derechos de los hijos (cuando los haya). Porque, evidentemente, la práctica del divorcio, en algunos países, revela, con una generalidad lamentable, la infracción de deberes morales fundamentales y una vergonzosa interpretación de los fines de esta institución. ⁴⁸

⁴⁸ Idem., pág. 342.

El Código Civil vigente en su artículo 266 reprodujo el artículo 75 de la Ley de Relaciones Familiares, que a la letra dice: "El Divorcio disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro".⁴⁹

En nuestra legislación vigente, debemos distinguir tres formas distintas de Divorcio, dos de las cuales se encontraban ya reglamentadas en la Ley de Relaciones Familiares, que son: Divorcio Necesario, Divorcio Voluntario de tipo Judicial y la introducción de un nuevo sistema denominado: Divorcio Voluntario de tipo Administrativo. Analizaremos cada uno de estos sistemas, conforme a la Legislación Vigente.

4.1 DIVORCIO VOLUNTARIO DE TIPO ADMINISTRATIVO.

Este sistema es introducido en nuestra legislación por el Código Civil vigente, este se logra por medio de un procedimiento simplificado en extremo y por ende facilita la disolución del matrimonio por mutuo consentimiento. La exposición de motivos del proyecto del Código en cuestión, en su parte relativa, indica "que si bien es cierto que es de interés general y social el que los matrimonios sean

⁴⁹ Pallares Eduardo. "El Divorcio en México". Ob. cit., pág. 28.

instituciones estables y de difícil disolución; lo es también, el que los hogares no sean focos de continuos disgustos y desavenencias, y si están en juego los sagrados intereses de los hijos, y en forma alguna se perjudican derechos de terceros, debe disolverse el vínculo matrimonial con toda rapidez, y con esto la sociedad no sufrirá perjuicio alguno. Por el contrario, será de interés general el disolver una situación establecida sobre desavenencias, incongruente con el espíritu y la naturaleza de la institución matrimonial".⁵⁰

El divorcio por mutuo consentimiento, sea judicial o administrativo, no puede iniciarse sino después de un año de la celebración del matrimonio.

4.1.1 MANERA DE LLEVARLO A CABO.

Como ya dijimos, es un procedimiento muy sencillo, según lo previene el artículo 272, que dice:

"Cuando ambos consortes convengan en divorciarse y sean mayores de edad, no tengan hijos y de común acuerdo hubieren liquidado la sociedad conyugal, si bajo

⁵⁰ Rojina Villegas, Rafael. "Compendio de Derecho Civil". Ob. cit., pág. 351.

ese régimen se casaron, se presentarán personalmente ante el juez del Registro Civil del lugar de su domicilio, comprobarán con las copias certificadas respectivas que son casados y mayores de edad y manifestarán de una manera terminante y explícita su voluntad de divorciarse".

El juez del Registro Civil después de identificar a los consortes, hará constar la solicitud de divorcio en un acta que levantará al efecto y citará a los cónyuges para que se presenten a ratificar esa solicitud a los quince días. Si los consortes hacen la ratificación al juez del Registro Civil los declarará divorciados, levantando el acta respectiva y haciendo la anotación correspondiente en la del matrimonio anterior.

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

La reconciliación de los cónyuges pone fin a este procedimiento, y en este caso, los cónyuges no podrán solicitar el divorcio por mutuo consentimiento, sino después de transcurrido un año desde su reconciliación.

La Ley considera a este divorcio como un acto personalísimo, por lo tanto está implícitamente prohibido efectuarse por medio de un representante legal o de un apoderado.

A diferencia del Divorcio Voluntario Judicial, en el cual los jueces de primera instancia desempeñan un papel activo, al procurar, por medio de consejos, (juntas de avenencia), que los cónyuges no se divorcien, en los divorcios ante el juez del Registro Civil éste tiene funciones meramente pasivas consistentes en levantar el acta en la que se haga constar la comparecencia y la declaración de la voluntad de los cónyuges de querer divorciarse. Si se cumplen todos los requisitos que establece la ley para que proceda este tipo de divorcio y una vez ratificada su voluntad de continuar con el divorcio, los declarará divorciados procediendo a anotar la disolución del vínculo en el acta respectiva de matrimonio.

La función del juez del Registro Civil en el divorcio administrativo, se reduce a dar fe de la voluntad de los cónyuges de divorciarse, y declarar el divorcio, ejercitando una potestad que le otorga el Estado, disuelve el matrimonio.

"El papel pasivo del juez del Registro Civil, se explica porque, no habiendo hijos de por

medio, ni conflicto de intereses pecuniarios procedentes del matrimonio, tanto la sociedad como el Estado carecen de interés en que el vínculo conyugal subsista, y consideran al divorcio como la rescisión de un contrato".⁵¹

El código exige que los cónyuges demuestren con la copia certificada relativa su mayoría de edad, pero no exige prueba alguna respecto de los otros tres requisitos; el concerniente a su domicilio, el de no haber procreado hijos, y por último, el que han ya liquidado la Sociedad Conyugal. En la práctica, se admiten como verdaderas las declaraciones que a este respecto hagan los cónyuges, sin exigirles el requisito previo de la protesta de decir verdad.

4.2 DIVORCIO VOLUNTARIO DE TIPO JUDICIAL.

Cuando no se llenan los requisitos enunciados en el numeral anterior para que sea procedente el Divorcio Voluntario de tipo Administrativo, y se tiene la voluntad de disolver el matrimonio, existe un Divorcio Voluntario de tipo Judicial, el cual se decreta por sentencia, dictada por el juez de lo Familiar de primera instancia, la cual disolverá el vínculo matrimonial y la sociedad conyugal, en caso de existir.

⁵¹ Pallares Eduardo. "El Divorcio en México". Ob. cit., pág. 40.

En el Divorcio Voluntario de tipo Judicial, no se plantea disputa alguna sobre las causas que dan origen a la ruptura del vínculo matrimonial, ya que ambos cónyuges han convenido en divorciarse. Ante esta afirmación podría interpretarse que el procedimiento necesario para obtener el divorcio por mutuo consentimiento es el de la jurisdicción voluntaria. Eduardo Pallares dice al respecto:

"Para demostrar que es un verdadero juicio, parto del principio de que la jurisdicción voluntaria se caracteriza porque en ella no hay cuestión entre partes, según expresamente lo previene el Código. Ahora bien, el Divorcio Voluntario no hay cuestión entre los dos esposos, porque presupone que se han puesto de acuerdo en disolver el vínculo conyugal y en lo concerniente al convenio que someten a la aprobación judicial. Si no la obtienen, el juez no puede decretar el divorcio, porque es condición de este punto la validez del propio convenio declarada y reconocida por sentencia firme".

"No obstante lo anterior, existe una cuestión entre partes porque, según ordena la Ley, lo es también el Ministerio Público, que debe examinar la validez del convenio y dar su aprobación o negarla. Por tanto, la cuestión entre partes en el Divorcio Voluntario de tipo Judicial, no es

la disolución del vínculo conyugal, sino la validez del convenio que los dos esposos someten al dictamen del Ministerio Público y a la aprobación del Juez".

"Este punto contencioso, es la materia propia de dicho juicio, por lo cual el procedimiento no debe incluirse en la Jurisdicción Voluntaria, sino en la contenciosa. En realidad, la cuestión entre partes concierne a los intereses económicos, a la educación y ejercicio de la patria potestad respecto de los hijos, intereses éstos, que afectan directa o indirectamente a la sociedad e incluso al Estado". ⁵²

4.2.1 PERSONAS QUE PUEDEN SOLICITARLO.

Según lo previenen los artículos 272, último párrafo del Código Civil, y 674 del Código de Procedimientos Civiles, deben divorciarse por mutuo consentimiento ante la autoridad Judicial los cónyuges mayores o menores de edad que no se encuentren en estado de interdicción, tengan hijos, y hayan concertado el convenio que exige el artículo 273 del Código Civil de cuyas estipulaciones se hablará más adelante. Es necesario también; como ya se dijo, que tengan un año de casados.

⁵² Idem, pág. 44 y 45.

4.2.2 JUEZ COMPETENTE PARA CONOCER DEL DIVORCIO VOLUNTARIO DE TIPO JUDICIAL.

El juez competente para conocer de este tipo de divorcio, es el del domicilio conyugal. Esta es una regla general, aún en los casos donde el convenio de divorcio concierna a bienes raíces pertenecientes a los cónyuges, será juez competente el del domicilio conyugal y no el de la ubicación de dichos inmuebles. Esto es, porque en el divorcio voluntario de tipo judicial, la cuestión principal que se demanda del órgano jurisdiccional, es la disolución del vínculo conyugal y no que se aprueben las estipulaciones relativas a los inmuebles. La acción que se ejercita es la de divorcio concerniente de manera exclusiva al Derecho de familia, y no una acción inmobiliaria, en cuyo caso el juez competente sería Civil o en su defecto de Arrendamiento Inmobiliario.

De lo anterior se infiere que el juez competente para conocer del divorcio voluntario de tipo judicial es, el juez de lo Familiar en turno, en cuya jurisdicción se encuentra el domicilio conyugal.

4.2.3 PARTES EN EL DIVORCIO VOLUNTARIO DE TIPO JUDICIAL.

Lo son ambos cónyuges y el Agente del Ministerio Público adscrito al juzgado Familiar en el que se

ventila el juicio, el cual interviene para velar por los derechos e intereses morales y patrimoniales de los hijos menores de edad e interdictos, así también como para que se cumplan debidamente las leyes relativas al matrimonio y al divorcio.

Si los dos cónyuges o alguno de ellos es menor de edad, se necesitará de la intervención de un tutor, ya que éste, es necesario para los emancipados menores de edad que intervienen en negocios judiciales, siendo este el caso del divorcio voluntario de tipo JUDICIAL. En tal supuesto el papel del tutor se reduce a la revisión de las estipulaciones del convenio que sirve de base al divorcio voluntario. Es aquí donde es necesaria la intervención del tutor para proteger debidamente los derechos del menor y las obligaciones de todo orden que contrae.

Es pertinente aclarar que el tutor no tiene facultad para intervenir en la declaración de la voluntad del menor al que representa, respecto de la disolución del vínculo conyugal, ya que esta manifestación sólo puede ser hecha por el cónyuge por ser un acto personalísimo del que está necesariamente excluida la representación del tutor.

4.2.4. PROCEDIMIENTO EN EL DIVORCIO VOLUNTARIO DE TIPO JUDICIAL.

El procedimiento del divorcio por mutuo consentimiento, en la vía judicial se sujeta en la tramitación que establecen los artículos 674 y siguientes del Código de Procedimientos Civiles.

Los cónyuges interesados en promover su divorcio por mutuo consentimiento, deberán presentar ante el juez competente una solicitud de divorcio anexando a la misma el convenio que definirá la situación de los hijos menores o incapacitados y de la mujer, asimismo deberá contener el importe de los alimentos que un cónyuge deba dar al otro, mientras dure el procedimiento; y las medidas necesarias para asegurar estos.

Presentada la solicitud y el convenio, el juez de lo Familiar citará a los cónyuges y al Agente del Ministerio Público adscrito al juzgado, a una primera junta de avenencia que se efectuará después de los ocho y antes de los quince días siguientes, en la que el juez exhortará a los interesados a procurar su reconciliación.

Si hay avenimiento entre los cónyuges, éstos deberán desistirse de la acción intentada, el juez dará el juicio como asunto total y definitivamente concluido, y obviamente el vínculo conyugal no quedará disuelto.

Si los cónyuges insisten en divorciarse, el juez citará de nueva cuenta a las partes a la celebración de una segunda junta, que se efectuará, después de los ocho y antes de los quince días contados a partir de la celebración de la primera junta. Se exhortará por segunda vez a los cónyuges para que desistan de su propósito. Si a pesar de la nueva exhortación que haga el Tribunal a los cónyuges y oyendo al Agente del Ministerio Público persistiere la intención de divorciarse, el juez previa opinión del Ministerio Público estudiará el convenio y si ambos estimaren que en el convenio quedan bien garantizados los derechos de los hijos menores o incapacitados, el juez dictará sentencia declarando disuelto el vínculo matrimonial y aprobará el convenio presentado.

4.2.5 DOCUMENTOS QUE DEBERAN ACOMPAÑARSE A LA SOLICITUD DE DIVORCIO VOLUNTARIO DE TIPO JUDICIAL.

Los documentos que deberán anexarse al escrito inicial, o sea, la solicitud de divorcio son los siguientes:

a) Copia certificada del acta de matrimonio de los cónyuges que pretenden divorciarse. Este documento es absolutamente necesario, porque lógicamente y jurídicamente el divorcio presupone la existencia del matrimonio, y es el acta de matrimonio la prueba idónea, única

e irrefutable para acreditar el mismo.

b) Copia certificada de las actas de nacimiento de los hijos, procreados en el matrimonio. Son también necesarias porque el juicio de Divorcio Voluntario de tipo Judicial, presupone que los peticionarios han procreado hijos durante el matrimonio, o de lo contrario, los cónyuges habrían recurrido al Divorcio Voluntario de tipo Administrativo.

c) El convenio que exige el artículo 273 del Código Civil, así como el inventario y avalúo de los bienes que integran la sociedad conyugal que va a liquidarse por virtud del divorcio. Es necesario que se anexasen a la solicitud de divorcio porque constituyen la materia propia del Divorcio Voluntario de tipo Judicial, dicho en otras palabras, estos documentos conforman las cuestiones jurídicas sobre las que ha de resolver el juez al pronunciar su sentencia.

Todos los documentos anteriormente mencionados, deberán ser presentados ante el juez al momento de solicitar el divorcio; y si llegara a faltar alguno de ellos, el juzgador se reservará a dar entrada a la solicitud y mediante una prevención verbal hará del conocimiento de los cónyuges la omisión efectuada. El juez no dictará el auto admisorio hasta que los cónyuges no cumplan con el requisito de presentar toda la documentación a la que hemos hecho mención.

4.2.6 REQUISITOS DEL CONVENIO DE DIVORCIO VOLUNTARIO DE TIPO JUDICIAL.

El convenio es un verdadero contrato de derecho público, porque tanto el Estado como la Sociedad, están interesados en que se otorgue conforme a las leyes que rigen el matrimonio y el divorcio, cuenta habida de que existen los intereses de los hijos menores y los derechos de los cónyuges derivados del matrimonio, todo lo cual concierne a la institución de la familia.

La ley obliga a los consortes a incluir en el convenio, diversas estipulaciones sin las cuales carece de validez y eficacia jurídicas; o sea, que los consortes no tienen plena libertad para otorgarlo fuera de las prescripciones legales.

Una vez que el convenio ha sido aprobado por el juez mediante sentencia ejecutoriada, el incumplimiento del mismo por alguna de las partes, no da lugar a la rescisión para obtener a través de ella que las cosas vuelvan al estado que tenían antes de haberse celebrado. Por el contrario, el divorciante que haya sido víctima del incumplimiento del convenio, tiene el derecho de pedir que se cumpla el convenio y aun de lograr su ejecución forzosa por la vía judicial. De lo anterior queda claro que la violación o

incumplimiento del convenio por alguna de las partes o por ambas, nunca nulifica el divorcio, ni logra que los divorciados vuelvan a estar unidos por el matrimonio.

Para hacer cumplir los preceptos legales relativos al convenio, el Ministerio Público es parte en el juicio de divorcio voluntario de tipo judicial, porque la función específica que está encomendada es precisamente la de intervenir para ese fin.

Así pues, tenemos que el convenio que se debe acompañar a la solicitud de divorcio voluntario judicial tiene que cubrir en todas sus partes todas las exigencias que la ley establece, y para tal efecto el artículo 273 del Código Civil dispone:

"Los cónyuges que se encuentren en el caso del último párrafo del artículo anterior (es decir, tengan hijos, o tengan bienes comunes) están obligados a presentar al juzgado un convenio en el que se fijen las siguientes cláusulas:

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

II. El modo de subvenir a las necesidades de los hijos, tanto durante el procedimiento como después de ejecutoriado el divorcio.

III. La casa que servirá de habitación a la mujer durante el procedimiento.

IV. La cantidad que a títulos de alimentos un cónyuge deba pagar al otro durante el procedimiento, la forma en que debe dar el pago y la garantía que debe dar

para asegurarlo.

V. La manera de administrar los bienes de la Sociedad Conyugal durante el procedimiento y la de liquidar dicha sociedad después de ejecutoriado el divorcio, así como la designación de liquidadores. A este efecto se acompañará un inventario y un avalúo de todos los bienes muebles o inmuebles de la sociedad.

Con fundamento en el artículo anterior, Eduardo Pallares clasifica a las estipulaciones que deba contener el convenio en los siguientes grupos:

1.- ESTIPULACIONES RELATIVAS A LOS CONSORTES.

Son los siguientes:

a) Aquellas en que fije la casa donde deba habitar la esposa durante la tramitación del juicio;

b) La que determine la cantidad que por concepto de alimentos deba pagar un cónyuge al otro, sea que se trate de la mujer o del marido;

c) La estipulación relativa a la manera de administrar los bienes de la sociedad conyugal durante el procedimiento y hasta que sea liquidada; así como el modo de liquidarla y el nombramiento de los liquidadores.

2.- ESTIPULACIONES RELATIVAS A LOS HIJOS.

a) Fijar el monto de la pensión alimenticia que corresponda a los hijos, así como la manera de garantizar su pago. Hipoteca, fianza, o algún otro modo que establezca la Ley.

b) La guarda y custodia de los hijos. A este renglón, es conveniente mencionar que la Patria Potestad que tienen los padres sobre los hijos es irrenunciable, por tal motivo los cónyuges al redactar su convenio deberán acordar respecto de quien tendrá la guarda y custodia de los hijos, entendiéndose con esto que ambos cónyuges seguirán ejerciendo la Patria Potestad sobre sus hijos. De tal suerte que cuando en alguna de las cláusulas exista esa condición indebida, impuesta por un cónyuge al otro, el convenio no debe ser aprobado por el juez.

La pérdida de la Patria Potestad, es sólo una sanción en el Divorcio Necesario contra el cónyuge culpable, y es en el único caso en que el cónyuge inocente la ejercerá exclusivamente. Pero en el Divorcio Voluntario de tipo Judicial, la Ley parte de que no hay causa imputable a ninguno de los consortes, sino simplemente que es voluntad de ellos, disolver el vínculo. Entonces no hay razón jurídica que

justifique la pérdida de la Patria Potestad en el divorcio por mutuo consentimiento ejercitado ante autoridad judicial.

3.- ESTIPULACIONES RELATIVAS A LA SOCIEDAD CONYUGAL.

a) Designar a la persona que deba administrar los bienes de la sociedad durante el procedimiento.

b) Acordar respecto de la disolución de la sociedad.

c) Nombramiento de liquidador o liquidadores.

Mientras se decreta el divorcio, el Juez de lo Familiar que conoce del asunto, autorizará la separación provisional de los cónyuges y dictará las medidas necesarias para asegurar la subsistencia de los hijos a quienes hay obligación de dar alimentos (artículo 275 del Código Civil).

Ejectuoriada la sentencia que decreta el divorcio, se enviará copia de la misma al Juez del Registro Civil que levantó el acta de matrimonio, para los efectos del levantamiento del acta de divorcio y la anotación correspondiente al margen del acta de matrimonio que ha quedado disuelto, (artículo 291 del Código Civil y 682 del Código de

Procedimientos Civiles).

4.2.7 OPOSICION DEL MINISTERIO PUBLICO A LA APROBACION DEL CONVENIO CELEBRADO POR LOS CONYUGES EN EL DIVORCIO VOLUNTARIO DE TIPO JUDICIAL.

De lo que previene el Estatuto Legal del Ministerio Público, en México, contenido en los preceptos constitucionales que se refieren a esta institución y en las Leyes Orgánicas del Ministerio Público Federal y la Ley Orgánica del Ministerio Público del Distrito y Territorios Federales se infiere que son facultades y obligaciones de los agentes adscritos a los Tribunales del Orden Civil las siguientes:

"Tendrán la intervención que las leyes señalen, debiendo desahogar las vistas y traslados, formular los pedimentos e interponer los recursos que procedan, dentro de los términos legales".⁵³

Según el Código de Procedimientos Civiles, el Ministerio Público únicamente puede oponerse a la aprobación del convenio, cuando éste contenga estipulaciones contrarias a los derechos, necesidades y bienestar de los hijos

⁵³ Pina y Vara Rafael de. "Instituciones de Derecho Procesal Civil". Ed. Porrúa. México 1964, pág. 121.

menores de edad e interdictos.

A la oposición del Ministerio Público deberá recaer un auto dictado por el juez del conocimiento y en el cual se dará vista a los cónyuges para que modifiquen el convenio de acuerdo con lo solicitado por dicho funcionario.

"El Juez no está obligado a someterse a las exigencias del Ministerio Público, relativas al convenio, pero debe cuidar que éste no viole ninguna de las leyes de orden público concernientes a la familia". ⁵⁴

"En el Divorcio Voluntario que se tramita en la vía Judicial la intervención del Juez y del Ministerio Público, cuando hay hijos, además de la función de comprobar la identidad de los consortes y la firmeza de su voluntad de divorciarse, cumple la función importante de garantizar el interés de los hijos de los que pretenden divorciarse y cerciorarse de que en la disolución de la sociedad conyugal, la distribución de los bienes que la constituyen no reporte ventajas o provechos injustificados para ninguno de los divorciados". ⁵⁵

⁵⁴ Pallares Eduardo. "El Divorcio en México". Ob. cit., págs. 52 y 53.

⁵⁵ Galindo Garfias, Ignacio. "Derecho Civil". Ob. cit., pág. 591.

La sentencia que decreta el Divorcio Voluntario Judicial, es apelable en el efecto devolutivo. La que lo niegue es apelable en ambos efectos (artículo 681 del Código de Procedimientos Civiles). La apelación puede ser interpuesta por cualquiera de los cónyuges que pretenda divorciarse o por el Ministerio Público.

Es obvio que los cónyuges en el divorcio por mutuo consentimiento en la vía Judicial, no puede apelar de la sentencia que decreta la disolución del vínculo matrimonial, pero podrán interponer el recurso de apelación contra la sentencia que niegue el divorcio y contra aquella sentencia que en sus puntos resolutivos modifique una o varias de las cláusulas del convenio presentado por ellos, tanto sobre la situación y guarda de los hijos como respecto de la liquidación de la sociedad conyugal o sobre alimentos.

El Agente del Ministerio Público, adscrito al Juzgado del conocimiento podrá apelar de la resolución judicial que decreta o niegue el divorcio y que resuelva sobre los puntos relativos a la situación y guarda de los hijos, así como respecto de la liquidación y disolución de la sociedad conyugal.

4.2.8 ALIMENTOS DEL CONYUGE EN EL DIVORCIO VOLUNTARIO DE TIPO JUDICIAL.

Como ya lo dijimos es el artículo 273 del Código Civil en su fracción IV el que establece la obligación que a título de alimentos un cónyuge deba pagar al otro durante el procedimiento. Sin embargo este precepto no habla del marido como obligado a dar alimentos a la esposa durante el procedimiento del Divorcio Voluntario Judicial, ni viceversa. Al respecto Rojina Villegas establece que "según las reglas generales podrá haber cónyuge deudor y cónyuge acreedor, y un cónyuge estar necesitado por carecer de bienes y de trabajo, y el otro estar en condiciones por tener bienes o por recibir ingresos en virtud de su trabajo, de dar alimentos, y entonces podrá ser el hombre, podrá ser la mujer, quien respectivamente asuma la calidad de cónyuge deudor o cónyuge acreedor".⁵⁶

De lo anterior se concluye que tratándose de Divorcio Voluntario de tipo Judicial, ninguno de los cónyuges una vez pronunciada la Sentencia de Divorcio tiene derecho a exigir alimentos al otro. Sólo el Divorcio Necesario el cónyuge culpable está obligado a dar alimentos al inocente.

⁵⁶ Rojina Villegas, Rafael. "Compendio de Derecho Civil". Ob. cit., pág. 356.

Por consiguiente es lícito que en el convenio de divorcio voluntario se pacten alimentos de un cónyuge para el otro, pero no es un requisito del convenio, por eso el artículo 273 fracción IV, como ya quedó establecido sólo se limita a estipular alimentos de un cónyuge para el otro durante el procedimiento. Por todo esto llegamos a la conclusión de que es perfectamente lícito que cualquiera de los cónyuges en el Divorcio Voluntario de tipo Judicial, se obligue en el convenio respectivo a proporcionar alimentos al otro, si está en condiciones de hacerlo.

4.3 DIVORCIO CONTENCIOSO NECESARIO.

El Divorcio Contencioso Necesario, es aquel, al que recurre el cónyuge inocente, cuando el otro, con su conducta, se sitúa en una o varias de las causas enumeradas por el artículo 267 del Código Civil (con excepción de la fracción XVII), o en el supuesto del artículo 268 del mismo ordenamiento. El principio de la limitación de las causas para invocar el divorcio, considera únicamente como causas de Divorcio Contencioso Necesario, las que limitativa y numéricamente enuncian los artículos mencionados. Otra regla fundamental que rige el uso de las causas de divorcio es el principio de la aplicación restrictiva de las mismas, ya que la H. Suprema Corte de Justicia ha establecido a través de la Jurisprudencia que las causas de divorcio son autónomas, en el

sentido de que es "ilegal vincularlas entre sí, completando o combinando lo que unas dicen con lo que otras ordenan. Está prohibido interpretarlas extensivamente y aplicarlas a casos diferentes de los que de manera expresa supone cada norma".⁵⁷

Es de advertir que en este tipo de divorcio, sólo uno de los cónyuges quiere divorciarse, pues en otra forma, los divorciantes recurrirán al Divorcio Voluntario en cualquiera de sus dos modalidades: Administrativo o Judicial, según sea el caso. Sin embargo, la sola voluntad de uno de los cónyuges no es eficaz para producir el divorcio; nuestro derecho no ha llegado aún al repudio unilateral para disolver el matrimonio. Normalmente la Voluntad divorcista es la del cónyuge inocente o sano, pero hay casos en que el solicitante del divorcio es el culpable".⁵⁸ (como en el caso de la fracción IX del artículo 267 del Código Civil, la cual analizaremos en su momento).

La autoridad competente para conocer del Divorcio Contencioso Necesario, es el Juez de lo Familiar del domicilio conyugal o en caso de abandono de hogar, el del domicilio del cónyuge abandonado.

⁵⁷ Pallares Eduardo. "El Divorcio en México". Ob. cit., págs. 60 y 61.

⁵⁸ Pachecho Escobedo, Alberto. "La Familia en el Derecho Civil Mexicano". Ed. Panorama. México 1985, págs. 160 y sig.

4.3.1 ESTUDIO SISTEMÁTICO DE LAS CAUSAS DE DIVORCIO.

Las causas de Divorcio Contencioso Necesario pueden definirse como aquellas circunstancias que permiten obtenerlo con fundamento en una determinada legislación y mediante el procedimiento previamente establecido al efecto.

Estas causas se encuentran taxativamente señaladas en los Códigos Civiles o en las leyes especiales dictadas para regular esta institución.

Consentini las agrupó en la forma siguiente:

I. Causas de orden criminológico, conexas a un hecho castigado más o menos severamente, por la Ley.

II. Causas de orden eugénico, ligadas a ciertas ineptitudes físicas para la vida conyugal (alcoholismo, abuso de estupefacientes y de excitantes, enajenación mental incurable, enfermedades crónicas, contagiosas y hereditarias, impotencia).

III. Causas indeterminadas, admitidas por algunas legislaciones para abarcar todos aquellos casos de grave perturbación de la vida familiar, que sería difícil precisar de una manera categórica y concreta.

IV. Causas de orden puramente individual (incompatibilidad de caracteres, consentimiento mutuo).⁵⁹

⁵⁹ Pina y Vara Rafael de. "Elementos de Derecho Civil". Ob. cit., pág. 342.

De acuerdo con el Código Civil vigente, Eduardo Pallares hace la siguiente clasificación de las causas de Divorcio.

Pueden dividirse en los siguientes grupos:

I. Causas en las que los Tribunales gozan de cierta facultad discrecional para decretar el divorcio o abstenerse de hacerlo, teniendo en cuenta la gravedad de los hechos que la Ley considera como causas. Por ejemplo, cuando se trata de injurias graves, sevicia, calumnias, abandono del hogar sin oír causa justificada, etc.

II. Las contrarias a las anteriores, en las que los tribunales no tienen esa facultad discrecional. Ejemplo, el adulterio, el abandono de hogar por más de un año, la falta del pago de los alimentos, la promoción de un juicio improcedente, etc.

III. Las causas que implican un hecho culpable, e incluso la comisión de un delito, por parte del cónyuge demandado; tales como el adulterio, la incitación a cometer un delito, la corrupción de la mujer, etc. En sentido opuesto hay causas que no tienen esa naturaleza jurídica. Así, por ejemplo, padecer algunas de las enfermedades que especifican las fracciones VI y VII del artículo 267.

IV. Aquellas fundadas en el incumplimiento de las obligaciones matrimoniales, de modo especial las relativas a suministrar alimentos al otro cónyuge y a sus hijos, y la de vivir en el domicilio conyugal. En oposición a estas causas pueden señalarse aquellas que sin constituir el incumplimiento de las obligaciones matrimoniales, revelan una condición de inmoralidad tal del cónyuge culpable, que es del todo necesario disolver el matrimonio para evitar su influencia perniciosa en la vida de los hijos o del otro consorte.

V. Finalmente, hay otras causas que deben producir la disolución del matrimonio, sea por motivos de honor o porque ponen al cónyuge que ha incurrido en ellas, en la imposibilidad de continuar cumpliendo sus obligaciones familiares. Así son las que consignan las fracciones XIV y XV.⁶⁰

4.3.2 DE LAS CAUSAS DE DIVORCIO EN PARTICULAR.

El artículo 267 del Código Civil para el Distrito y Territorios Federales de 1928 enumera las siguientes:

I. "El adulterio de cualquiera de los cónyuges debidamente probado."

En esta causal la Voluntad divorcista es la del cónyuge inocente, ya que la Ley considera al adulterio como una falta lo suficientemente grave como para trastornar seriamente la vida conyugal, dando al inocente la facultad, si lo desea, de acabar con el matrimonio.

"Para que proceda el divorcio por causa de adulterio, no es necesario que se reúnan los requisitos que exige el Código Penal (que se realice el acto sexual con escándalo o en el domicilio conyugal), basta la comprobación de la existencia de esas relaciones sexuales, en cualquier

⁶⁰ Pallares Eduardo. "El Divorcio en México". Ob. cit., págs. 62 y 63.

circunstancia, para tener por prueba la causa de divorcio"⁶¹

El Código Penal vigente no define el delito de adulterio y únicamente lo sanciona. Tampoco lo hace el Código Civil, esta omisión de la ley se suple con el concepto gramatical y tradicional: "Relación sexual establecida entre personas de distinto sexo cuando una de ellas, al menos, se encuentra unida a otra por el vínculo de matrimonio civil"⁶²

De la definición anterior se desprende que no hay adulterio en los actos contra natura (Sodomia y bestialidad) aunque existan los demás elementos de la definición; y tampoco lo hay entre personas que se unen sexualmente que sólo están casadas por vínculos religiosos con un tercero, esta es, a mi juicio una gran laguna jurídica, creada por la omisión de nuestros legisladores, al no tomar en cuenta dichos supuestos como causas de divorcio; a pesar de su gravedad.

El Código Civil vigente a diferencia de los Códigos de 1870 y 1884 lleva a cabo la equiparación en el adulterio del hombre y el de la mujer, o sea; que cualquiera de los cónyuges puede ser sujeto activo o pasivo

⁶¹ Galindo Garfias, Ignacio "Derecho Civil" Ob. cit. pág. 598

⁶² Pina y Vara Rafael de "Diccionario de Derecho" Ed. Porrúa. México 1980 Novena Edición pág. 62.

del adulterio.

Para demandar el divorcio invocando esta causal, no se requiere que exista sentencia en el orden penal para tipificar el delito de adulterio, por lo tanto el cónyuge ofendido puede ejercitar la acción de divorcio, sin presentar querrela para que se sancione penalmente ese acto.

Es por ello que la fracción I del artículo 267 sólo exige la prueba del adulterio, pero no la condena penal previa, contra el cónyuge demandado declarándolo responsable del delito de adulterio.

La prueba de esta causa es muy difícil de producirse directamente, por lo cual sólo se logra en muchos casos mediante presunciones graves, cuya calificación queda al prudente arbitrio del Juez. Debido a esto, en la práctica es más acertado demandar el divorcio por injurias graves y no por adulterio o por las dos cosas a la vez, considerando como tales injurias la conducta seguida por el adúltero con su cómplice, sin olvidar el principio de la explicación respectiva de las causas de divorcio, explicado anteriormente. En ningún caso tratándose de adulterio, es admisible la prueba presuncional.

Para terminar con el análisis a

esta causal es pertinente dejar en claro, que el adulterio sólo existe como acto consumado, de tal manera que las muestras de amor que realice uno de los esposos con tercera persona, aunque se lleven a cabo públicamente y con notorio deshonor del otro cónyuge, no constituye esta causal de divorcio.

El cónyuge inocente puede invocar el divorcio dentro de los seis meses siguientes, contados a partir del día siguiente en que se tuvo conocimiento del acto en que hace consistir el ilícito de su cónyuge (artículo 269 del Código Civil).

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

La voluntad divorcista es la del cónyuge inocente, ya que el legislador considera que en forma indirecta, este supuesto trastorna seriamente la vida conyugal.

Evidentemente no hay delito alguno en que la mujer oculte a su futuro marido, que se encuentra embarazada respecto de un hijo de quien no es padre éste; pero si hay un grave hecho inmoral, porque ello demuestra una deslealtad absoluta, tanto antes del matrimonio, como en el momento de celebrarlo, y esta deslealtad de la mujer, de no revelar a su futuro marido que se encuentra encinta, y que

evidentemente implica además una injuria, es la que trató de regular el legislador en esta causal.

Pueden ser declarados ilegítimos los hijos concebidos antes del matrimonio, si nacen dentro de los 180 días contados a partir de la celebración del matrimonio (Art. 328).

Los hijos nacidos después de ese período de 180 días, se presuponen hijos del matrimonio; contra esta presunción no se admite otra prueba que la de haber sido imposible físicamente al marido tener acceso carnal con su mujer en los primeros 120 días de los 300 que han procedido al nacimiento. (Artículo 324 Fracción I).

Aunque la mujer declare que el hijo nacido después de 180 días no es de su esposo, no se podrá desconocer la paternidad del marido, alegando adulterio de la madre, a no ser que el nacimiento se le haya ocultado o que el marido demuestre que durante los diez meses que proceden al nacimiento no tuvo acceso carnal con su esposa (artículo 326).

La acción de desconocimiento de la paternidad sólo puede ser intentada por el marido dentro del término que señala el artículo 330, o sea el de "60 días contados desde el nacimiento, si está presente el marido; desde

el día en que llegó al lugar, si estuvo ausente; desde el día en que descubrió el fraude, si se le ocultó el nacimiento."

La acción del divorcio invocando esta causal, únicamente puede ser intentada después de que se obtenga por el marido sentencia ejecutoria que declare la ilegitimidad del hijo, lo que en la práctica da lugar a un juicio que dura aproximadamente dos años, dado el exceso de trabajo de nuestros Tribunales.

Aunque la ley no lo dice, es conforme a la lógica y a la justicia, que el término de seis meses dentro del cual debe intentarse la acción de divorcio para evitar su caducidad, no comienza a correr, tratándose de esta causal, sino a partir de la fecha en que cause ejecutoria la sentencia que declare al hijo ilegítimo.

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

La voluntad divorcista es la del inocente, que en este caso siempre será la mujer, ya que implica un acto ilícito voluntario realizado por el varón.

La degradación moral, que se

revela en el marido, pone en relieve la imposibilidad de que el matrimonio llene la función que esta llamado a cumplir; la formación física y moral de la prole, esta causal opera de modo absoluto.

La acción de divorcio invocando esta causal, no requiere que previamente se declare al marido penalmente responsable del delito de lenocinio, al efecto creo conveniente transcribir la definición de dicho delito; "del latín lenociniumleno; alcahuete. Acción de alcahuete y su oficio". ⁶³

Lenocinio: "El infame comercio de prostitución de mujeres". ⁶⁴

Esta causa se refiere a los lenones, pero se restringe al marido que explota especialmente a su cónyuge, obligándola a tener comercio carnal con otras personas, a diferencia de la legislación penal que es mucho más amplia y califica de lenón a todo aquel que habitual o accidentalmente explote el cuerpo de otra persona por medio del comercio carnal. (Art. 207 Fracción I del Código Penal).

⁶³ Diccionario Enciclopédico Quillet. Ed. Cumbre, S.A. México, D.F. 1976, 6a. Edición, Tomo V, pág. 390.

⁶⁴ Fallares, Eduardo "El Divorcio en México". Ob. cit., pág. 68.

Según se infiere de la redacción de la causal que se analiza y especialmente donde dice; "cuando se pruebe que ha recibido dinero o cualquier remuneración con el objeto expreso de permitir que otro tenga relaciones carnales con su mujer", para que el lonocinio sea causa de divorcio, es necesario que el marido reciba en cambio de la prostitución de su esposa, una recompensa, que no es indispensable que se traduzca en dinero.

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

La Voluntad divorcista es la del cónyuge inocente.

Incitar a la violencia significa tanto como provocarla; pero la causal sólo se produce si la provocación tiene por objeto inducir a la persona a cometer un delito. El peligro que entraña esta incitación, por la intimidad de la vida que existe entre los cónyuges, es motivo grave y suficiente para disolver el vínculo.

El divorcio demandado con fundamento en esta causal, se da cuando uno de los cónyuges mueva al otro a cometer un delito contra terceras personas, ya sea el de lesiones, homicidio, plagio, pero también puede ser

que tengan por objeto la comisión de un delito sexual como podría ser la violación.

La causa de divorcio que se analiza es independiente de la responsabilidad penal en que puede incurrir el cónyuge provocador si el otro, a instancias suyas, comete el delito.

A mi parecer esta causal presenta una doble problemática; por un lado, el hecho de que uno de los cónyuges induzca al otro a cometer un delito, se traduce en una conducta totalmente reprobable del cónyuge provocador; por otro lado; si el cónyuge inducido ejecutare el delito, éste también ha incurrido en una conducta igualmente indigna, haciéndose ambos acreedores a las penas que establezca el código de la materia por la comisión de ese delito, ante este supuesto cabe el siguiente cuestionamiento: ¿Existe en realidad cónyuge inocente? En mi particular punto de vista, en el caso que se plantea no hay cónyuge inocente para el juzgador penal, sin embargo para el juez civil y con fundamento en la causal que analizamos, el cónyuge inocente y por ende al que le corresponde el derecho de demandar la acción de divorcio es el cónyuge inducido.

Luego entonces estaríamos en presencia tanto de la causal de divorcio como de un delito, por

ende serían competentes para conocer del asunto, tanto el juez Civil como el Penal y cada uno de ellos estudiará el caso conforme a la ley correspondiente partiendo de la acción reclamada.

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 la corrupción".

La Voluntad divorcista es la del cónyuge inocente.

De todas las causas de divorcio que enuncia la Ley, tal vez sea ésta la más repugnante, la más culpable, la que demuestra mayor depravación. Suele suceder que en aquéllos casos de extrema miseria los padres se ven obligados a consentir en la prostitución de sus hijos, hecho éste que la pobreza explica, pero de ninguna manera justifica.

"Es indiferente que estos actos tiendan a la corrupción de los hijos de ambos o los de uno de ellos. La tolerancia en la corrupción, ha de consistir en actos positivos y no en simples omisiones". ⁶⁵

Tan grave y peligrosa es esta causa como la prostitución de la mujer o la incitación a la

⁶⁵ Galindo Garfias Ignacio "Derecho Civil". Ob. cit., pág. 599.

comisión de un delito hecha por un cónyuge al otro, es por eso que en el supuesto jurídico que describe la causal analizada nos encontramos ante la misma dualidad de competencia (Civil y Penal) que se presenta en la causal anterior, misma que ha quedado explicada; ya que los cónyuges al mal aconsejar a sus menores hijos con el fin de que realicen una conducta ilícita cometen el delito de corrupción de menores, regulado por el Código de la materia. De tal suerte que esta causal está relacionada con el delito mencionado, pero no se identifica con él porque no es necesario que se realicen todos los actos que constituyen ese delito, para que se produzca la causal.

La causal puede consistir en actos positivos que produzcan la corrupción de los hijos o en actos negativos que impliquen necesariamente la tolerancia de los progenitores respecto del estado de inmoralidad y corrupción en que vivan los hijos. Por ejemplo, sucede con frecuencia que los padres simulan desconocer los actos de prostitución de alguna de sus hijas, cuyo dinero aceptan para cubrir los gastos familiares. "Sin embargo, cabe anotar que la Ley no exige que la tolerancia de los padres sea interesada o produzca la explotación de las malas costumbres de sus hijos. Probablemente el legislador pensó que basta que ella exista para que sea procedente la acción de divorcio".⁶⁶

⁶⁶ Pallares Eduardo "El Divorcio en México". Ob. cit., pág. 75.

Es evidente que el comportamiento de uno de los cónyuges que encuadre en el supuesto que describe esta causal desvirtúa la función del matrimonio y contradice en su raíz la razón de ser de la subsistencia del vínculo matrimonial. Esta causal es absoluta.

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".

En el caso de estas causales la voluntad divorcista es de cualquiera de los cónyuges mediando una causa objetiva. "En estos supuestos no hay acto ilícito que de lugar al divorcio, sino causas objetivas, consideradas por el legislador como constitutivas de grave trastorno para la vida conyugal".⁶⁷ Dichas causas objetivas son provocadas por circunstancias naturales que están fuera de control de los cónyuges.

Respecto de esta causal cabe decir que tanto la sífilis como la tuberculosis, gracias al avance de la ciencia, hoy día son curables mediante el uso de antibióticos, siempre y cuando la enfermedad no esté muy avanzada. En cuanto a las enfermedades mentales, cabe objetarse

⁶⁷ Pacheco Escobedo Alberto "La Familia en el Derecho Civil Mexicano". Ob. Cit. Pág. 161.

a la norma que se comenta, que además de la locura existen otras que hacen la vida en común imposible, no obstante lo cual el legislador no las enuncia, como causas de divorcio, tal y como acontece en muchos casos de histeria.

Como lo explicamos en su momento, los matrimonios que se encuentren en los casos descritos, por las causales analizadas y que no quieran romper el vínculo que los une, el cónyuge sano puede solicitar al juez competente la autorización para vivir separado de su consorte enfermo y el juez decretará la separación, dejando subsistentes las demás obligaciones que derivan de la relación conyugal.

Para que la impotencia sea causa de divorcio según lo establece la fracción VI se requieren dos requisitos; primero que sea incurable y segundo que sobrevenga después de celebrado el matrimonio. "En cambio la impotencia incurable que exista antes del matrimonio, es un impedimento que origina la nulidad relativa del mismo; que debe pedirse dentro del término de sesenta días de celebrado el matrimonio, y que si no se ejercita, ya no podrá después ni invocarse como nulidad, ni tampoco como causa de divorcio dando por resultado que por no hacerse valer esa impotencia incurable para la cópula y anterior al matrimonio, dentro del término antes señalado, se

convalide éste y, además, no sea causa de divorcio". ⁶⁸

Esta causal también tiene relación con la materia Penal ya que se considera delito el hecho de tener relaciones sexuales a sabiendas de padecer un mal venéreo, puesto que se pone en peligro la salud de la persona sana; "en este caso cuando se trata de cónyuges sólo podrá procederse por querrela del ofendido". ⁶⁹

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

La interpretación literal de esta causal nos conduce a la conclusión de que el sólo hecho de que uno de los cónyuges se separe de la morada conyugal basta para pedir el divorcio, sin embargo, "La H. Suprema Corte de Justicia ha establecido la jurisprudencia de que, por separación del hogar conyugal, no ha de entenderse el hecho material de salir de ella y no volver a la vida en común. Afirma que consiste en que uno de los cónyuges rompa sus relaciones matrimoniales con el otro y deje de cumplir las obligaciones que derivan del vínculo matrimonial, sea porque no suministre alimentos, no cuide de sus hijos, ni los asista en casos de enfermedad y se

⁶⁸ Rojina Villegas Rafael "Compendio de Derecho Civil" Ob. cit., pág. 383.

⁶⁹ Pallares Eduardo "El Divorcio en México". Ob. cit., pág. 75

desatención de sus deberes familiares". 70

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".

En el caso de esta causal la voluntad divorcista es la del cónyuge culpable, la ley mostrándose especialmente liberal a favor del divorcio, otorga al cónyuge autor de una conducta ilícita el derecho de pedir el divorcio.

Esta causal tiene razón de ser, porque el cónyuge que se separa, aunque tenga una razón suficiente para hacerlo, su conducta no basta para disolver el vínculo matrimonial, puesto que sería tanto como admitir la disolución de la vida en común y por ende del vínculo que los une, por la simple determinación de uno de los cónyuges. El legislador otorgó la acción para pedir el divorcio al cónyuge abandonado o culpable, con el propósito de que la situación jurídica tanto de los cónyuges como la de los hijos no permanezca en estado de incertidumbre por más tiempo del que él considere pertinente para que los cónyuges analicen su situación y traten de resolver sus desavenencias. Así pues, llegamos a la conclusión de que la norma es justa, puesto que el cónyuge que

70 Idem., pág. 77.

abandonó el hogar por una causa grave nacida por la mala conducta del otro, tuvo el tiempo suficiente para pedir el divorcio necesario y si transcurrido ese término no accionó la maquinaria jurídica mediante la demanda correspondiente, entonces dicha acción pasa a manos del cónyuge culpable. Todo esto porque como es sabido, la ruptura del vínculo jurídico conyugal, sólo puede tener lugar por una resolución de autoridad competente, ante la cual deberá hacerse valer la causa que dio lugar a la separación de hecho.

Por último es pertinente dejar en claro, que cuando los cónyuges no tienen morada conyugal por cualquier circunstancia, no se puede invocar esta causal, puesto que la misma presupone la existencia de una casa habitación a la cual atribuyan el carácter de hogar conyugal, trátase de vivienda pequeña, de un departamento o de una residencia lujosa. Al decir que no tengan morada conyugal no me refiero a que vivan en la calle, sino que como comúnmente sucede que vivan en la casa de los padres de alguno de los cónyuges, o de algún familiar o de un amigo.

Esta afirmación se infiere de la tesis jurisprudencial número 150 que a la letra dice:

DIVORCIO. ABANDONO DEL DOMICILIO CONYUGAL CUANDO LOS CONYUGES VIVEN EN CALIDAD DE ARRIMADOS.

Para configurar la causal de divorcio consistente en

el abandono del hogar conyugal, se precisa desde luego la existencia 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 cónyuges carecen de autoridad propia y libre disposición en el hogar, porque viven en casa ajena y carecen de hogar propio.

Sexta época, cuarta parte:
Vol. XV, pág. 213 A.D. 6798/57.
Juan Francisco Ruiz
Unanimidad de 4 votos.

Nota: Esta tesis también es aplicada a la causal marcada con la fracción VIII del artículo 267 del Código Civil.

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".

La Voluntad divorcista es de cualquiera de los cónyuges mediando causa objetiva. En este caso, obviamente el cónyuge con derecho a la acción del divorcio es el que está presente.

La declaración de ausencia legalmente pronunciada, no produce por sí sola, el efecto de disolver el vínculo conyugal. Por tal motivo la fracción que se comenta prevé la posibilidad de disolver el vínculo matrimonial por medio del divorcio, reconociendo como causa de él, la declaración de ausencia o la presunción de muerte legalmente pronunciada.

En cuanto a la declaración de

ausencia cabe decir que está contemplada en el artículo 669 del Código Civil, el cual establece que únicamente procede cuando han pasado dos años desde el día en que se haya nombrado representante interino del ausente.

La Presunción de muerte según el artículo 705 del Código Civil se dá cuando han transcurrido seis años de la declaración de ausencia y a petición de la parte interesada.

Cuando la ausencia se dá en casos especiales, como por ejemplo, tratándose de personas que han desaparecido en una inundación, un naufragio, incendio u otro siniestro semejante o bien que han tomado parte en una guerra, no se requiere que se lleve a cabo la declaratoria de ausencia, "sino que por el sólo transcurso de dos años se puede declarar la presunción de muerte del ausente, habrá causa de divorcio, aún sin necesidad de que se haya declarado la ausencia. En cambio, cuando la ausencia no se deba a esas causas, tiene primero que hacerse la declaración de ausencia, y después vendrá la correspondiente de presunción de muerte. Bastará con que se llegue a declarar la ausencia, para que conforme a la fracción X exista ya la causa de divorcio". ⁷¹

⁷¹ Rojas Villegas, Rafael. "Compendio de Derecho Civil". Ob. cit., pág. 381.

Esta causa de divorcio, se funda en la culpa del cónyuge cuyo paradero, se ignora, porque aparte de que es un abandono de los deberes conyugales, la desaparición del consorte ausente o presuntivamente muerto, ha provocado una situación grave de incertidumbre, cuyo mantenimiento, el derecho no puede tolerar en perjuicio del otro cónyuge, de los hijos y aún de los terceros.

El cónyuge que funda su acción invocando esta causal, sólo está obligado a probar que se ha pronunciado una resolución judicial que declara legalmente ausente o presuntivamente muerto a su consorte. Esta causal opera de un modo absoluto.

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

Para poder comprender esta causal con mayor facilidad es necesario definir literalmente la palabra sevicia, amenaza e injuria.

SEVICIA: "Acto de crueldad extrema, realizado con refinamiento por una persona contra otra, pudiendo consistir en obras o en palabras".⁷²

AMENAZA: "Anuncio, traducido en palabras o actos, de un mal que ha de recaer sobre persona o personas determinadas, formulando directa o indirectamente

⁷² Pina y Vara Rafael de. "Diccionario de Derecho". Ob. cit., pág. 431.

contra ellas". ⁷³

INJURIA: "Expresión proferida o acción ejecutada por una persona como manifestación de desprecio contra otra, con el fin de causarle una ofensa". ⁷⁴

Tal y como se desprende de cada una de las definiciones de los supuestos que el legislador encuadró en la causal que se analiza, es necesario que en la conducta del cónyuge agresor quede de manifiesto el menosprecio y rencor que siente por su consorte. Por lo tanto, la sevicia, las amenazas o las injurias han de ser cometidas por un cónyuge contra el otro, y no a los miembros de la familia del cónyuge ofendido. El legislador no consideró causas de divorcio dichos actos, no obstante la gravedad de esas acciones e incluso su naturaleza salvaje e inhumana.

Recordemos que con fundamento en el principio de aplicación restrictiva de las causas de divorcio, es imposible vincularlas entre sí, con el propósito de combinarlas, obteniendo así una causal que el legislador no consideró como suficiente para invocar el divorcio; por ende, no procede la aplicación analógica, porque cuando una ley enumera los casos en que debe ser aplicada, se impone una interpretación restrictiva de la norma jurídica.

⁷³ Idem., pág. 74.

⁷⁴ Idem., pág. 299.

La realización de cualquiera de los hechos a que alude la fracción en cita, no es causa absoluta de divorcio. Están sujetos a la apreciación del juez, quien deberá tomar en cuenta la educación y la cultura de los cónyuges y el medio social en que viven. Por ejemplo, en el caso de las injurias, cuando éstas se hacen verbalmente, hay que tomar en cuenta para determinar su gravedad e incluso su existencia, la clase social de las personas de que se trate, sus costumbres y el lenguaje habitual que usen, ya que este último cambia mucho de acuerdo con la educación y el medio en que se vive, puesto que se dá el caso de que determinadas palabras en personas de refinada educación pueden constituir una injuria, pero no tienen tal naturaleza en los medios sociales inferiores, donde con demasiada frecuencia y naturalidad el lenguaje utilizado es bastante vulgar.

En este caso, el juez no sólo está autorizado para calificar la gravedad de los hechos, sino que está obligado a estudiar en su sentencia, si esos actos o palabras injuriosas, revelan una falta de consideración de un cónyuge hacia el otro y por lo tanto, la ruptura efectiva de la armonía conyugal.

Para calificar la procedencia de la causal, debe darse a conocer al juez, los actos precisos, las

palabras concretas, las actitudes o hechos injuriosos específicos o las amenazas proferidas por el cónyuge a quien se imputa su realización. Afirmación que se desmenuza de la siguiente Tesis Jurisprudencial.

DIVORCIO. LAS INJURIAS, DEBEN SEÑALARSE EXPRESAMENTE EN LA DEMANDA.

"Es necesario que en la demanda de divorcio se expresen concretamente los actos constitutivos de las injurias, ya que esos actos deben advertirse con las pruebas del juicio; no hacerlo impediría a la demandada el derecho de defensa, al no establecer concretamente los elementos de la litis y privaría al juzgador de calificar si los actos invocados como injuria son bastantes por su gravedad para fundar el divorcio; no pudiendo dejar a la prueba testimonial tal comprobación, porque ocasionaría que sus autores depusieran sobre hechos concretos que no fueron objeto de debate entre las partes, y no es conveniente dejar a los testigos la determinación de las injurias, porque sería substituirlos al actor".

Directo 1868/1955, Amelia de la Cerda de la Garza. Resuelto el 3 de febrero de 1956, por unanimidad de 5 votos. Ponente: Sr. Mtro. Medina Srio. Lic. Carlos Reyes Galván.

Finalmente, cabe decir, que para que proceda esta causal es necesario lo siguiente: que los actos sean graves; que no bastará, por regla general, un sólo acto que encuadre en cualquiera de los tres supuestos (injuria, sevicia o amenaza) para que se produzca la acción de divorcio, y como ya quedó dicho, los actos deben proferirse contra el otro cónyuge y no hacerse a sus parientes.

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".

Art. 164.- "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 e independientes de su aportación económica al sostenimiento del hogar".

Art. 168.- "El marido y la mujer tendrán 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 Juez de lo Familiar resolverá lo conducente".

Para el supuesto que describe esta causal la voluntad divorcista es la del cónyuge inocente, puesto que la ley consideró hecho suficiente para trastornar seriamente la vida conyugal el descrito en la fracción XII del artículo 267 del Código Civil, por lo tanto otorga al cónyuge inocente la facultad de acabar con el matrimonio, si así lo desea.

La causal prevista en esta fracción comprende no sólo el caso de la negativa de uno de los

cónyuges a contribuir económicamente al sostenimiento del hogar, sino también comprende la negativa de dar apoyo y comprensión a los hijos en lo que respecta a su formación y educación tanto moral como escolar.

El artículo 164 deja en libertad a los cónyuges para que de común acuerdo establezcan la forma en que cada uno cooperará para el sostenimiento del hogar, pero el mismo precepto es muy claro al ordenar de manera tajante, que el cónyuge que se encuentre imposibilitado para trabajar y careciere de bienes propios no está obligado a cooperar, en cuyo caso esta obligación recaerá íntegramente en el otro cónyuge. De tal suerte que en el caso de un matrimonio en donde un cónyuge no coopera al sostenimiento del hogar por padecer alguna enfermedad grave que le impida trabajar, el cónyuge sano tendrá que absorber todos los gastos y no podrá pedir el divorcio invocando esta causal.

Para pedir el divorcio con fundamento en la fracción XII no es necesario que se haya intentado con anterioridad, obtener el pago de los alimentos mediante un procedimiento judicial.

Esta causal comprende también, el caso de rebeldía o desacato de cualquiera de los cónyuges a la sentencia ejecutoriada pronunciada por el Juez competente, para

resolver el desacuerdo que haya surgido entre los esposos en lo que se refiere al manejo del hogar, a la educación de los hijos o a la administración de los bienes de éstos.

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

Dicha acusación por su propia naturaleza, demuestra que entre los cónyuges ha terminado todo lazo de amor y de respeto mutuo, circunstancia tal, que hace la vida en común imposible de sostener por la gravedad de dicha conducta.

En materia Penal comete el delito de calumnia:

1. "Todo aquel que impute a otro un hecho determinado y calificado de delito por la ley, si este hecho es falso, o es inocente la persona a quien se imputa".

2.- "Al que presente denuncias, quejas o acusaciones calumniosas, entendiéndose por tales aquellas en que su autor imputa un delito a persona determinada, sabiendo que ésta es inocente o aquel no se ha cometido".

3.- "Al que, para hacer que un inocente aparezca como un reo de un delito, ponga sobre la persona del calumniado, en su casa o en otro lugar adecuado para ese fin, una cosa que pueda dar indicios o presunciones de responsabilidad".⁷⁵

⁷⁵ Código Penal para el Distrito Federal. Editorial Porrúa, S.A. México, D.F. 1992, artículo 356.

Los códigos de 1870 y 1884, reconocieron esta causa de divorcio, pero como ya se dijo en el primer capítulo, bastaba con que hubiese una acusación falsa hecha por un cónyuge contra el otro. Como la fracción que contenía dicha causal era omisa respecto de la gravedad del delito falsamente imputado, se interpreta, que se podía pedir el divorcio invocando esta causa, aún cuando fuera por un delito que tuviere cualquier pena. En cambio, el Código Civil vigente en un afán del legislador de proteger la institución del matrimonio, dificulta a los cónyuges la facultad de recurrir al divorcio invocando esta causal, exigiendo que la acusación sea grave, por imputar calumniosamente un cónyuge al otro, un delito que merezca una PENA MAYOR DE DOS AÑOS DE PRISION.

Al analizar esta causal, surge el siguiente cuestionamiento: ¿Para pedir el divorcio invocando esta causal, es necesario que previamente se siga el juicio penal, se pronuncie sentencia y se declare inocente al cónyuge acusado por el delito que le fue imputado por su consorte? La respuesta la encontramos en la tesis jurisprudencial número 151, que a continuación transcribimos.

TESIS 151.

"DIVORCIO, ACUSACION CALUMNIOSA COMO CAUSAL DE.

Para que exista la causal de divorcio por acusación

calumniosa, no es necesario que ésta dé lugar a la instrucción de un proceso y al pronunciamiento de una sentencia absolutoria del acusado, porque es posible que la acusación se archive por el Ministerio Público y no se consigne a la autoridad judicial, y sin embargo, puede ser calumniosa para los efectos del divorcio, lo que apreciará en cada caso el Juez Civil, tomando en cuenta que la imputación que hace un cónyuge al otro de haber cometido un delito que merezca pena mayor de dos años de prisión, se haya hecho a sabiendas de que es inocente, que esté inspirada en el propósito de dañarlo en su reputación, y en la consideración social que merece, circunstancias todas ellas reveladoras de la existencia de una odiosidad y de una falta de estimación entre los cónyuges que hace imposible la vida en común".

SEXTA EPOCA, CUARTA PARTE: Vol. LXVII, pág. 53, A.D. 111/61. Francisco Souza Díaz. 5 votos.

Según se desprende de la tesis anterior, no es necesario para que opere esta causal, contar con una sentencia que habiendo causado ejecutoria absuelva al cónyuge acusado, pero sí se necesita por lo menos, la existencia de una averiguación previa seguida ante el Ministerio Público correspondiente, aunque dicho funcionario no haya consignado al inculcado al Juez Penal competente.

Es una causa absoluta de Divorcio.

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 de prisión".

En primer término debemos decir, que la naturaleza infamante del delito, es difícil de determinar. Por lo tanto, es pertinente cuestionar ¿Qué debe entenderse por delito infamante? Los diccionarios la definen como: descrédito, deshonra, vileza en cualquier línea, acción infame, palabra sumamente injuriosa.

Desde un punto de vista jurídico la infamia se define: "Deshonra imborrable, permanente, producida por ciertas penas, calificadas por ello de infamantes, como las de mutilación, azotes, etc., en quienes eran condenados a sufrirlas". ⁷⁶

De lo anterior se infiere que un delito infamante podría ser aquel que tenga alguna o todas las características mencionadas (vileza, descrédito, deshonra, etc.). Utilizo la palabra podría, puesto que no me atrevo a afirmarlo, ya que el Código Penal no establece ninguna norma de la cual se desprenda una definición de esa clase de delitos. Sin embargo, el legislador ha considerado como delitos infamantes los enumerados en el artículo 95 de nuestra Carta Magna (que enumera los requisitos necesarios para ser electo ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación), fracción IV "robo, fraude, falsificación, abuso de confianza u otro que LASTIME

⁷⁶ Pina y Vara Rafael de. "Diccionario de Derecho". Ob. cit., pág. 298.

SERIAMENTE LA BUENA FAMA EN EL CONCEPTO PUBLICO, inhabilitará para el cargo cualquiera que haya sido la pena". Además, a este respecto, existe la siguiente tesis jurisprudencial aplicable al caso:

"HABER COMETIDO UNO DE LOS CONYUGES UN DELITO INFAMANTE, COMO CAUSAL DE DIVORCIO.

No obstante que el concepto de infamia ha perdido la importancia que antes tenía, deben considerarse como delitos infamantes, con fundamento en el artículo 95 de la Constitución General de la República, los que esa norma enuncia, y además el de traición,⁷⁷ a la patria, de mayor gravedad que los anteriores.

SEXTA EPOCA, CUARTA PARTE: Vol. XLI, pág. 56.

Concluyendo, podemos decir, que para calificar la infamia de un delito debemos tomar en cuenta, si por su naturaleza, o por las circunstancias en que se cometió, ponen de manifiesto la notoria vileza, deshonra o perversidad del cónyuge a quien se le imputan los hechos, como por ejemplo, el caso de un homicidio brutalmente perpetrado. En caso contrario, no se consideraría infamante el homicidio imprudencial en riña, en que el homicida hubiere sido provocado y por ende actuado en defensa propia. De lo anterior se infiere que para el primer caso sí operaría el divorcio con fundamento en esta causal, no así en el segundo supuesto.

⁷⁷ Tesis citada por Galindo Garfias Ignacio. "Derecho Civil". Ob. cit., pág. 605.

Esta causal opera en forma absoluta.

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

El juego a que se refiere esta causal, debe ser entendido como aquel que se practica consuetudinariamente y que tiene como base la apuesta, es decir, todos aquellos juegos de azar, ya que por su propia naturaleza, son los que, por las pérdidas económicas que producen, causan la ruina de la familia. Sin embargo, es pertinente aclarar que la Corte ha establecido que sólo en aquellos casos en que el juego de azar se realice con demasiada frecuencia, a tal grado que el cónyuge jugador descuide absolutamente su trabajo, descuidando con esto, toda actividad tendiente a adquirir lo necesario para el sostenimiento del hogar, el cónyuge inocente podrá pedir el divorcio invocando la causal que se analiza.

Lo anterior se infiere de la siguiente Tesis Jurisprudencial:

HABITO DEL JUEGO COMO CAUSA DE DIVORCIO. LEGISLACION DE NUEVO LEON.

Quando se alega como causa de divorcio el hábito del juego, deberá probarse "que el demandado tuviese realmente el hábito del juego, que no puede consistir en otra cosa que en un vicio y la reiterada práctica

del juego a que se dedique la persona, de tal manera que no ejecute otras actividades tendientes a adquirir lo necesario para el sostenimiento del hogar y de su familia, ni mucho menos se demostró que además de existir dicho hábito por parte del demandado, con esa conducta o actos ejecutados al practicarse el juego, amenaza causar la ruina de la familia, ni tampoco que como consecuencia de ese hábito o vicio, viviera el matrimonio en una continua desavenencia conyugal, pues no basta que existan desavenencias conyugales aisladas o en una o varias ocasiones sino que debe haber una mortificación o continua desavenencia en el hogar entre los cónyuges, que realmente haga imposible la vida entre ellos y su familia".⁷⁸

SEXTA EPOCA, CUARTA PARTE. Vol. XIV, pág. 167.

Continuando con nuestro comentario, debemos decir que el vicio de la embriaguez con el tiempo se convierte en una enfermedad muy grave, de tal modo que al que la padece lo convierte en un ser débil de carácter y además inútil e incapaz de cumplir con sus obligaciones familiares. Agréguese a lo anterior que el ejemplo que el ebrio consuetudinario da a sus hijos, es pésimo, porque con frecuencia los menores al crecer se entregan también a dicho vicio y además crean problemas a la sociedad como el pandillerismo y embarazos a temprana edad, entre otros.

Respecto del uso indebido de drogas enervantes, es censurable el criterio del legislador en cuanto a que establece la limitación consistente en que dicho uso únicamente será causa de divorcio cuando amenace producir la

⁷⁸ Pallares Eduardo. "El Divorcio en México". Ob. cit., pág. 232 y 233.

ruina de la familia u origine frecuentes desavenencias conyugales. En mi opinión, creo que el adicto a las drogas no puede cumplir ni como esposo ni como padre, más aún si aparte de consumirlas trafica con ellas, aparte de ser incapaz de cumplir con sus obligaciones de familia pone en peligro hasta la vida de sus miembros, por dichas razones debería suprimirse la mencionada condición.

En cualquiera de los tres supuestos que enuncia la decimoquinta causa de divorcio, el juez, es quien debe calificar si esos hábitos han perturbado tan gravemente la armonía matrimonial que hagan imposible la convivencia de los cónyuges. De lo anterior se infiere que el "interés jurídico que se pretende garantizar en el matrimonio, es la seguridad de la vida del hogar, base indispensable para que esta institución pueda realizar cumplidamente la función social y moral que le está encomendada". ⁷⁹

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

"En esta fracción el Código Civil se refiere al caso previsto por el Código Penal de 1871, en el

⁷⁹ Galindo Garfías Ignacio. "Derecho Civil". Ob. cit., pág. 605.

que no se sancionaba el delito de robo entre consortes y aún cuando penalmente no hubiera robo, para los efectos del divorcio, si ese robo por su cuantía, tratándose de una persona extraña, fuere sancionable con más de un año de prisión, si constituía una causa de divorcio, por lo que evidentemente estaba demostrando el propio legislador, cuando elaboró esta causal en 1928, 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. En los demás casos, por ejemplo, lesiones entre cónyuges, sí implicaban un delito para los efectos del Código Penal, y, por consiguiente, ya no estaban regulados por esa fracción XVI sino por la XIV. En la actualidad, ya el Código Penal vigente, tipifica el delito de robo entre consortes si el ofendido se querrela, por lo tanto ya no es aplicable la fracción XVI a este caso, que en vigor ha perdido toda posibilidad de ser aplicada, ya que tendremos que referirnos al delito que cometiera un cónyuge contra el otro, en los términos de la fracción XIV, para el caso de que este delito tenga una pena superior a dos años de prisión".⁸⁰

Del párrafo anterior extraído literalmente del Compendio de Derecho Civil de Rojina Villegas se induce que la causal en cita ya no es aplicable en la

⁸⁰ Rojina Villegas Rafael. "Compendio de Derecho Civil". Ob. cit., pág. 376 y 377.

actualidad bajo ninguna circunstancia, dicha afirmación es censurable ya que "el Código Penal vigente sí considera un delito que no es punible cuando lo ejecuta un cónyuge en contra del otro, ese delito es el robo de infante", el cual no es castigado cuando lo comete la persona que ejerza la patria potestad sobre el infante" ⁸¹ como lo previene la fracción VI del artículo 366 del Código Penal, que a la letra dice:

Art. 366. Se impondrá pena de seis meses a cuarenta años de prisión y de doscientos a quinientos días de multa, cuando la privación ilegal de la libertad tenga el carácter de plagio o secuestro en alguna de las siguientes formas:

Fracción VI. Si el robo de infante se comete en menor de doce años, POR QUIEN SEA EXTRAÑO A SU FAMILIA, Y "NO EJERZA LA TUTELA SOBRE EL MENOR".

Cuando el delito lo comete un familiar del menor que no ejerza sobre él la Patria Potestad ni la tutela, la pena será de seis meses a cinco años de prisión.

De la simple lectura de esta fracción, se deduce que no hay robo de infante cuando quien tiene en su poder al menor es cualquiera de los cónyuges, ya que son éstos los únicos que ejercen la Patria Potestad sobre sus hijos. En el supuesto de que un cónyuge se separe del otro y se lleve consigo al hijo menor de doce años y no permita que el

⁸¹ Pallares Eduardo. "El Divorcio en México". Ob. cit., pág. 94.

cónyuge abandonado vea a su hijo, estaríamos en presencia de un singular caso, en el que irrefutablemente procedería el divorcio con fundamento en la fracción XVI del artículo 267 del Código Civil Vigente. Cometido este hecho, no procederá el ejercicio de la acción penal; pero el cónyuge abandonado puede demandar el divorcio.

En este caso el Juez Civil deberá examinar si tal hecho, ha llegado a tipificar un delito, cuyo análisis no se llevará al cabo para aplicar la sanción penal, sino para decretar el divorcio.

XVII. "El mutuo consentimiento".

Esta causal se refiere a la disolución del vínculo matrimonial por la simple decisión de los cónyuges, que de común acuerdo han tomado, para lo cual recurrirán al Divorcio Voluntario, ya sea Administrativo o Judicial, los cuales ya hemos abordado con anterioridad en este capítulo.

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 cualesquiera de ellos".

Esta causal, no tiene mayor dificultad, puede ser invocada por cualquiera de los cónyuges y

opera cuando los consortes han vivido separados por más de dos años, cuando esto sucede es evidente que ha desaparecido la posibilidad de que exista en la comunidad conyugal la debida protección entre los esposos, para la realización de los fines del matrimonio; la ayuda y colaboración mutua entre los consortes.

Cuando los consortes han vivido separados durante tanto tiempo, se puede decir, que están divorciados de hecho, pero no de derecho, entonces, al recurrir ante un Juez Familiar de primera instancia con el propósito de disolver el vínculo matrimonial que los une, lo único que persigue el cónyuge actor es legalizar su situación jurídica mediante la sentencia judicial ejecutoriada que decreta el divorcio en cuanto al vínculo, y así estar en posibilidad de contraer nuevas nupcias, si así lo desea.

4.3.3. CAUSA ESPECIAL DE DIVORCIO CONTENIDO EN EL ARTICULO 268 DEL CÓDIGO CIVIL

Art. 268: "Cuando un cónyuge 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."

Esta causal de divorcio tiene una

naturaleza especial, porque el legislador no la incluyó entre las que enuncia el artículo 267, y además, fijo un término dilatorio para poder iniciar legalmente el juicio de divorcio fundado en ella.

Causal absoluta de divorcio, que se funda exclusivamente en el pronunciamiento absolutorio, dictado por el juez que conoció de la acción de divorcio intentada contra el cónyuge ahora actor.

La razón de esta causa de divorcio, estriba en el hecho, de que entre los cónyuges se ha dado una situación indiscutible de distanciamiento, que impide la continuación armoniosa del matrimonio, esto es lógico, ya que un juicio de divorcio, aunque la acción intentada con el cónyuge demandante no haya prosperado, siempre es molesto por todas las consecuencias jurídicas que trae consigo durante la tramitación del mismo, y por lo tanto forzosamente crea rencor y desavenencias mutuas entre los consortes. De tal suerte, que si al momento de dictar sentencia el juzgador considera que el cónyuge actor no probó su acción y el demandado sí acreditó sus excepciones y defensas absolviéndolo de las prestaciones reclamadas, es este último el beneficiario de la acción que le concede el artículo 268, correspondiéndole a él el derecho de demandar la disolución del vínculo matrimonial invocando esta causal, pero no podrá hacerlo sino hasta pasados tres meses de

la notificación de la última sentencia absolutoria.

Pienso que la Ley, estableció el término de tres meses con el propósito de que durante ese lapso el cónyuge facultado para demandar el divorcio fundándose en esta causa, medite si rompe el vínculo conyugal demandando al que no obtuvo sentencia favorable en un primer juicio.

Ha sido objeto de discusión en nuestros Tribunales cuál sentencia es la que deba considerarse última para el efecto de que comience a correr el plazo de los tres meses que la Ley señala con el carácter de moratorio, para que pueda iniciarse la demanda de divorcio que se funde en la causal que se analiza. Al respecto el jurista Eduardo Pallares opina:

a) "Si el cónyuge culpable no interpone el recurso de amparo contra el fallo que declara improcedente la acción de divorcio, ésta será la que debe estimarse como última e irrevocable sentencia;"

b) "Si interpone dicho recurso, si no logra un fallo favorable que lo ampare, será sentencia última la que haya causado ejecutoria en el juicio promovido;"

c) "Por el contrario, si es

amparado, el fallo que en acatamiento de lo ordenado por la Suprema Corte, o en su caso por el Tribunal Colegiado de Circuito, dicte la autoridad responsable, es la sentencia que en definitiva pone término al juicio".⁸²

5.- PRESUPUESTOS DE LA ACCION DEL DIVORCIO NECESARIO.

1.- Que exista de un matrimonio válido;

2.- Que la causal o causales invocadas se encuentren contenidas en cualquiera de las enumeradas taxativamente por los artículos 267 y 268 del Código Civil;

3.- Que dicha acción se ejercite dentro de los seis meses siguientes a aquél en que el cónyuge inocente tuvo conocimiento del hecho culposo del otro cónyuge generador de la acción;

4.- Que la persona que lo promueva, sea capaz y esté legitimada procesalmente para accionar;

5.- Que se haga valer ante el juez

⁸² Idem., pág. 96.

competente, (Juez de lo Familiar del domicilio conyugal o en su caso de abandono de hogar, el del domicilio del cónyuge abandonado);

6.- Que no haya mediado por parte del cónyuge inocente perdón expreso o tácito;

7.- Que el escrito de demanda se ajuste a los preceptos legales.

6.- CARACTERISTICAS DE LA ACCION DE DIVORCIO.

1.- Es ordinaria civil porque dá lugar a un juicio de esta naturaleza.

2.- Pertenece a las acciones del estado civil, porque mediante ella, se disuelve el matrimonio y los cónyuges divorciados quedan en aptitud de contraer otro nuevo en los plazos que fija la Ley.

3.- El fin de la acción de divorcio es obtener la disolución del vínculo conyugal, o la simple separación del lecho y de habitación, cuando ésta proceda. También se obtiene mediante ella, que se imponga al cónyuge culpable las sanciones que la Ley ordena.

4.- Es una acción sujeta a caducidad. "La caducidad es extinción de una acción, de una facultad jurídica o de una obligación, por el transcurso del que determine la Ley, sin que se pueda evitar esa extinción interrumpiendo el plazo o suspendiéndolo". ⁸³ Es esta característica la que la distingue de la prescripción, cuyos plazos pueden ser interrumpidos o suspendidos en los términos que señala la ley.

De tal manera que para evitar que se extinga la situación jurídica sujeta a caducidad, hay que hacer valer el derecho o la acción dentro del término señalado por la Ley; que para el caso de divorcio es dentro de los seis meses contados a partir del día en que el cónyuge inocente haya tenido conocimiento de los hechos en que funde su demanda. (Artículo 278 del Código Civil).

5.- Es Personalísima, ya que sólo puede intentarse por la persona facultada por la Ley. Para el caso del divorcio la persona facultada por la Ley será el cónyuge agraviado o inocente.

6.- Se extingue por la reconciliación entre los cónyuges, o el perdón expreso o tácito.

⁸³ Rojas Villegas Rafael "Compendio de Derecho Civil" Ob. cit., pág. 389.

(Artículos 279 y 280 del Código Civil).

7.- Es susceptible de renuncia y de desistimiento. "Solamente pueden renunciarse las causas de divorcio ya consumadas, son susceptibles de renuncia todas las causas enumeradas en el artículo 267, exceptuando la locura incurable, las enfermedades crónicas o incurables que sean además contagiosas o hereditarias, y la impotencia incurable que sobrevenga después de celebrado el matrimonio".⁸⁴

El desistimiento implica intrínsecamente una renuncia pero de la acción ya intentada. Es decir, hay renuncia cuando el cónyuge inocente no ejercita el derecho de exigir el divorcio, absteniéndose de presentar la demanda. El desistimiento se da cuando una vez presentada la demanda y sin importar el estado procesal en que se encuentre el juicio -siempre y cuando no se haya dictado la sentencia correspondiente- la parte actora prescinde de la acción intentada, manifestando su deseo de que se suspenda el procedimiento.

8.- Se extingue por la muerte de cualquiera de los cónyuges.

9.- La acción de divorcio sólo se

⁸⁴ Idem., pág. 394 y 395.

otorga al cónyuge que no dio causa al mismo. (Artículo 278 del Código Civil).

7.- MEDIDAS PROVISIONALES EN EL JUICIO DE DIVORCIO NECESARIO.

El Juez al admitir la demanda de divorcio, debe ordenar que se adopten ciertas medidas cautelares de naturaleza provisional, mientras se tramita el divorcio, que atañen a la persona de los cónyuges, y de los hijos, y en cuanto a los bienes de los consortes respecto de las obligaciones de naturaleza patrimonial entre los esposos y en relación con los hijos.

Las medidas provisionales que deben tomarse, están contenidas en el artículo 282 del Código Civil y son las siguientes:

a) Proceder a la separación de los cónyuges de conformidad con el Código de Procedimientos Civiles;

b) Señalar y asegurar los alimentos que debe dar el deudor alimentario al cónyuge acreedor y a los hijos;

c) Las que se estimen convenientes para que los cónyuges no se puedan causar perjuicios en sus

respectivos bienes ni en los de la Sociedad Conyugal en su caso;

d) Dictar, en su caso, las medidas precautorias que la Ley establece respecto a la mujer que quede encinta;

e) Poner a los hijos al cuidado de la persona que de común acuerdo hubieren designado los cónyuges, pudiendo ser uno de éstos. En defecto de ese acuerdo, el cónyuge que pida el divorcio propondrá la persona en cuyo poder deben quedar provisionalmente los hijos.

Salvo peligro para el normal desarrollo de los hijos, los menores de siete años deberán quedar al cuidado de la madre.

Merece la pena comentar que cuando la mujer queda encinta, deberá avisarlo al Juez dentro del término de cuarenta días, para que este a su vez se lo comunique al marido (artículo 1638 del Código Civil; aplicable por analogía al juicio de divorcio según Eduardo Pallares en su Obra EL DIVORCIO EN MEXICO).

La mujer está obligada a dar este aviso, para efectos de que el marido pueda ejercitar los derechos que le dá la Ley para tal efecto, como son: "Pedir al

juzgado que nombre un médico o una partera para que se cercioren del parto, y así poder constatar legalmente la realidad del mismo, la identidad del hijo y de su viabilidad, es decir que para efectos legales se entiende que ha nacido el feto que desprendido totalmente del seno materno, vive 24 horas o es presentado vivo al Registro Civil. ⁸⁵

Lo anterior para evitar anomalías como podrían ser: la suposición de parto, la sustitución del infante o que se haga pasar por viable al hijo que nazca.

En el supuesto de que la mujer no dé aviso al Juez dentro del término establecido (40 días) entonces tendrá que demostrar que el hijo es de su cónyuge por los medios probatorios del derecho.

"Si el hijo nace después de que los esposos han sido separados y la mujer no ha dado aviso de su preñez, el marido no pudo ejercitar los derechos que se le conceden, y por lo tanto no nace en él la obligación de pagar alimentos porque no se considera legalmente probado para él la realidad del parto, la identidad del hijo ni su viabilidad". ⁸⁶

⁸⁵ Pallares Eduardo. "El Divorcio en México". Ob. cit., págs. 113 y 114.

⁸⁶ Idem., pág. 114.

8.- EFECTOS DE LA SENTENCIA DE DIVORCIO.

La sentencia que decreta la disolución del vínculo matrimonial, produce efectos en relación con la persona de los consortes que se divorcian, respecto de la situación de los hijos y en cuanto a los bienes de los consortes.

En cuanto a la persona de los cónyuges que se divorcian, el artículo 266 del Código Civil dispone que el divorcio disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro. De la misma manera el artículo 289 establece que si bien los cónyuges recobran su capacidad para contraer nuevo matrimonio, el cónyuge que ha dado causa al divorcio no podrá volver a casarse, sino después de dos años a partir de la fecha en que causó ejecutoria la sentencia que decretó el divorcio. De acuerdo con este mismo precepto los cónyuges que hayan obtenido su divorcio por mutuo consentimiento no podrán contraer nuevo matrimonio sino después de un año de ejecutoriada la sentencia que decretó la disolución del vínculo.

El Juez tomando en consideración las circunstancias del caso, y entre ellas la capacidad para trabajar de los cónyuges y su situación económica, sentenciará

al culpable al pago de alimentos en favor del inocente, en tanto viva honestamente y no contraiga nuevas nupcias (artículo 288 del Código Civil).

En cuanto a los hijos cabe decir que son siempre los más afectados en todo juicio de divorcio, cualquiera que sea la causa de éste y cualquiera que sea la edad de aquellos.

En efecto, cuando son menores de edad o continúan viviendo con sus padres, sin oírlos y sin posibilidad alguna de defensa, se les deja sin hogar y queda modificada gravemente para ellos su posibilidad de educarse y formarse.

La sentencia de divorcio fijará la situación de los hijos conforme al artículo 283 del Código Civil, el cual otorga al Juez amplias facultades para resolver todo lo relativo a la situación jurídica de los hijos; puede condenarse a uno o a ambos de los divorciantes a perder la Patria Potestad, "sin que ello implique que se les dispensa de la obligación de alimentarlos, pues ésta deriva de la filiación"⁸⁷ y no del matrimonio que ya no existe. La obligación alimentaria termina con la mayoría de edad del hijo, a menos que

⁸⁷ Pacheco Escobedo Alberto. "La Familia en el Derecho Civil Mexicano". Ob. cit., pág. 163.

éste se encuentre en estado de necesidad. (Ultimo párrafo del artículo 287 y 311 del Código Civil).

"En cuanto a los bienes, el cónyuge culpable pierde en favor del cónyuge inocente, todo lo que le hubiere dado o prometido por su consorte u otra persona, en consideración al matrimonio (donaciones antenuptiales o donaciones entre consortes). El cónyuge inocente conservará lo recibido y podrá reclamar lo pactado en su provecho. (Artículo 286 del Código Civil".⁸⁸

El cónyuge culpable, además debe pagar al cónyuge inocente los daños y perjuicios que le produzca el divorcio.

Es efecto de la sentencia de divorcio, según lo dispone el artículo 197 del Código Civil, la disolución de la sociedad conyugal, la cual debe ser puesta en liquidación de acuerdo con las bases que establezca la sentencia de divorcio. (Artículo 287 del Código Civil, primera parte).

El Juez que conoció del asunto, una vez ejecutoriada la sentencia que declaró disuelto el vínculo matrimonial, deberá enviar copia certificada de la misma

⁸⁸ Galindo Garfias Ignacio. "Derecho Civil". Ob. cit., pág. 612.

al Juez del Registro Civil ante quien se celebró el matrimonio para que levante el acta correspondiente y, además para que publique un extracto de la resolución, durante 15 días en las tablas destinadas al efecto. (Artículo 291' del Código Civil).

CAPITULO III

NULIDAD DEL MATRIMONIO EN EL DERECHO CANONICO.

1.- DEFINICION DE DERECHO CANONICO Y SU DIFERENCIA CON EL DERECHO CIVIL.

Para comenzar este capítulo, creo conveniente establecer que se entiende por Derecho Canónico, así como mencionar las características que lo distinguen del Derecho Civil, con el objeto de sentar las bases fundamentales que nos permitirán una mejor y más sencilla comprensión del tema, toda vez que este es desconocido para la mayoría de las personas que conforman la sociedad civil.

El Derecho Canónico toma su nombre de la palabra griega canon, que en latín significa regula; y por tanto suena lo mismo que derecho regular, es decir:

"Colección de cánones o reglas establecidas por la Iglesia, para dirigir las acciones del pueblo cristiano, en orden a la felicidad sobrenatural".⁸⁹

⁸⁹ Donoso Justo "Instituciones de Derecho Canónico Americano". Librería de Rosa, Bouret y Cía. París 1852. Tomo I, pág. 29.

Otra definición a mi parecer más completa y sencilla de comprender es la que dá el Obispo de León Dr. Francisco Gómez Salazar y es la siguiente:

"Conjunto de leyes, que sancionadas por la Iglesia mediante las personas dotadas en ella de potestad legislativa, determinan los derechos y deberes de la sociedad cristiana, y dirigen las acciones de los fieles al fin propio de la misma Iglesia"⁹⁰

Adentrándonos en el análisis de la definición anterior podemos encontrar las siguientes conclusiones:

a) Se dice "conjunto de leyes", lo cual no es nada nuevo, pues son estas palabras las utilizadas para definir el derecho como ciencia reguladora de la conducta del hombre en sociedad.

b) Encontramos la diferencia del Derecho Canónico con el Derecho Civil en las palabras "sancionadas por la Iglesia mediante las personas que tienen en ella potestad legislativa" puesto que de esta frase inferimos que son las autoridades eclesiásticas las únicas con competencia legal y divina para poder aplicar las leyes que integran al

⁹⁰ Gómez Salazar Francisco "Instituciones del Derecho Canónico". Imp. de Herreros de Minón 1891, León. Tomo I, pág. 23.

Derecho Canónico.

c) El objeto del Derecho Canónico, lo encontramos en la frase: "que determinan los derechos y obligaciones de la sociedad cristiana" ya que estas palabras, responden de manera clara y precisa al cuestionamiento ¿Para qué sirve el Derecho Canónico?

d) Las últimas palabras de la definición que nos ocupa: "dirigen las acciones de los fieles al fin propio de la misma Iglesia, expresan su materia, que son las leyes, los fieles y las acciones de éstos; su forma, que es la rectitud de los actos de los fieles cristianos, mediante la dirección de los cánones o leyes de la Iglesia; y su fin, que es la bienaventuranza eterna de los fieles como consecuencia de la sana instrucción y de las buenas obras". ⁹¹

Del análisis anterior se infiere que la principal diferencia entre el Derecho Canónico con el Derecho Civil radica, en que para el primero lo más importante son las cosas espirituales y sagradas; y para el segundo ocupan un primer rango las cuestiones sociales y humanas.

Así pues, el Derecho Canónico encuentra sus raíces en la facultad que el poder divino le

⁹¹ Idem., pág. 23 y 24.

otorga a la Iglesia Católica para legislar en materia espiritual sagrada y humana; y el Derecho Civil tiene su fundamento en la facultad que otorga el pueblo de un Estado libre y soberano a sus gobernantes para legislar dentro del ámbito político-social de la comunidad.

Los eclesiásticos afirman que el Derecho Canónico se propone la felicidad y eterna bienaventuranza de los hombres, y el Civil la felicidad y bienestar temporal.

2.- DEFINICION DE MATRIMONIO EN EL DERECHO CANONICO.

"El nombre de matrimonio viene de las palabras latinas a matrismunere, indicando que los principales oficios de él pertenecen a la madre; pues, según Gregorio IX, el niño más necesita de los cuidados maternos que de los paternos". ⁹²

Diversos son los nombres que se han dado al matrimonio a lo largo de la historia.

"Llámase conjungium, o sea la unión de dos bajo un mismo yugo; connubium, del verbo latino

⁹² Cadena y Eleta José "Tratado Teórico y Práctico de Procedimientos Eclesiásticos en materia Civil y Criminal". Librería de D. Gregorio del AMO Madrid 1894., pág. 43.

nubo o velo, para indicar el velo con que antiguamente se cubría la cabeza de la esposa en señal de sujeción, de obediencia y de humildad; y también consortium, porque el varón y la mujer corren la misma suerte en su común sociedad"⁹³

El matrimonio puede considerarse como Contrato, como Sacramento y como Estado resultante del Contrato-Sacramento.

2.1.- EL MATRIMONIO COMO CONTRATO.

"Es el convenio en virtud del cual el hombre y la mujer, se unen de una manera estable para la procreación y educación de los hijos, remedio de la 'concupiscencia'⁹⁴ y mutuo auxilio en las necesidades de la vida"⁹⁵

El matrimonio como contrato puramente natural, para los canonistas, sólo puede existir entre dos infieles y, según la costumbre más común, entre un bautizado y un infiel.

⁹³ Idem. Pág. 43.

⁹⁴ Concupiscencia: Apetito y deseo de los bienes terrenos.

⁹⁵ Cance Adriano y Arquer Miguel de "El Código de Derecho Canónico Comentado". Ed. Litúrgica Española, S.A. Barcelona 1934. Pág. 612.

2.2.- EL MATRIMONIO COMO SACRAMENTO.

"Es un signo sensible instituido por nuestro Señor Jesucristo, para santificar la unión legítima entre el varón y la mujer bautizados. Elevado a la dignidad de Sacramento el mismo contrato matrimonial entre Cristianos, no puede existir contrato matrimonial válido entre ellos, que a la vez no sea sacramento, por consiguiente toda otra unión entre cristianos, que no sea la unión sacramental, es un concubinato condenado por la Iglesia. Así pues, el sacramento del matrimonio no es una cosa accesoria al contrato; no consiste en la bendición nupcial, sino que el mismo contrato es el sacramento". ⁹⁶

Según la opinión más acertada entre los canonistas, la materia próxima de este sacramento consiste en las palabras de los contrayentes, por las cuales expresan la concesión mutua de derechos sobre sus cuerpos, y la forma, en estas mismas palabras en cuanto indican la aceptación de estos derechos. Los mismos contrayentes son los ministros del sacramento; el sacerdote no es más que el testigo necesario para la celebración del contrato y el ministro de los sacramentales (bendiciones litúrgicas).

⁹⁶ Idem, pág. 612.

El efecto del matrimonio, en síntesis, es el vínculo conyugal PERPETUO E INDISOLUBLE que une a los esposos.

2.3.- EL MATRIMONIO COMO ESTADO RESULTANTE DEL CONTRATO SACRAMENTO.

"El matrimonio como estado es el vínculo conyugal o unión legítima, permanente y exclusiva entre el varón y la mujer, que resulta del contrato matrimonial, cual unión tiene por fin principal la generación y educación de los hijos y por fin secundario el mutuo auxilio de los cónyuges y el remedio de la concupiscencia".⁹⁷

3.- ELEMENTOS ESENCIALES DEL MATRIMONIO EN EL DERECHO CANONICO.

Los elementos esenciales del matrimonio en el Derecho Canónico son dos; la unidad y la indisolubilidad.

a) LA UNIDAD del matrimonio supone la unión exclusiva de un sólo varón con una sola mujer; excluye la poliandria simultánea (unión de una sola mujer con varios hombres), la cual, según el unánime parecer de los teólogos es

⁹⁷ Idem, pág. 613.

contraria al derecho natural, ya que hace incierta la paternidad y la poligamia simultánea (unión de un sólo varón con varias mujeres).

b) LA INDISOLUBILIDAD, supone la unión perpetua de los cónyuges; excluyendo el DIVORCIO propiamente dicho.

4.- CLASES DE MATRIMONIO EN EL DERECHO CANONICO.

4.1.- MATRIMONIO SIMPLEMENTE CONTRAIDO O RATO.

Es el matrimonio entre bautizados, todavía no consumado por las relaciones conyugales (Canon 1061 1er. párrafo del Código de Derecho Canónico).- C.D.C.

4.2.- MATRIMONIO RATO Y CONSUMADO.

Es el matrimonio que se da cuando entre los cónyuges ha mediado el acto conyugal que los hace una misma carne; si los cónyuges han vivido juntos después de la celebración del matrimonio, se presupone la consumación, a no ser que se demuestre lo contrario. (Canon 1061, 2o. párrafo) - C.D.C.-

4.3.- EL MATRIMONIO INVALIDO O PUTATIVO.

Es aquél que se ha contraído de buena fe, a lo menos por una de las partes, hasta que la invalidez se hace cierta para ambas (Canon 1061 3er. párrafo) - C.D.C.-

5.- DE LOS IMPEDIMENTOS DEL MATRIMONIO EN EL DERECHO CANONICO.

De una manera general se puede decir que los impedimentos son obstáculos para la constitución VALIDA O LICITA del matrimonio; ésta es la idea que se desprende del Código de Derecho Canónico, según el cual todos los que están libres de impedimento pueden contraer matrimonio, y basta que uno de los dos contrayentes tenga impedimento para que el matrimonio sea inválido o ilícito.

"No se han de llamar impedimentos las cuestiones que constituyan un obstáculo para la celebración válida o lícita del matrimonio, que pueden provenir de un vicio del consentimiento o de defecto de forma en la celebración"⁹⁸

"Para contraer matrimonio es preciso considerar primero si hay alguna cosa que lo anule o

⁹⁸ Idem. Pág. 630.

irrite, o concurren circunstancias que no sean honestas y laudables. Los impedimentos que hacen nulo el matrimonio se llaman dirimentes, los que se oponen a su honestidad y decencia impiedentes. Estos últimos prohíben que se celebre el casamiento; más si a pesar de eso llega a celebrarse, no tiene eficacia para invalidarle; no así los dirimentes, que no sólo prohíben que se efectúe, sino que después de celebrado lo destruyen y dejan sin efecto alguno"⁹⁹

5.1.- LOS IMPEDIMENTOS DIRIMENTES EN GENERAL.

El impedimento dirimente inhabilita a la persona para contraer matrimonio validamente.

A lo largo del desarrollo histórico del Derecho Canónico, se ha utilizado el término impedimento, para designar un conjunto de figuras que constituían obstáculos por parte de la persona para la validez o la licitud del matrimonio. De ahí la fundamental división entre impedimentos impiedentes (afectaban a la licitud, pero no a la validez), y dirimentes (afectaban a la validez. "Esta clasificación de los impedimentos en la actualidad es inoperante, ya que el código vigente promulgado por su Santidad Juan Pablo II el 25 de enero de 1983 y que substituye al código

⁹⁹ Devoti Juan "Instituciones Canónicas" Librería de rosa, A. Bouret y Cía. Paris 1852. Pag. 161.

de Derecho Canónico de 1917, suprime los impedimentos impeditivos o prohibentes"¹⁰⁰ Con lo cual deja de ser estrictamente necesario el calificativo "dirimentes"; esta clasificación tenía todo su sentido en el régimen jurídico anterior. Ahora, si estamos ante un impedimento, estricto sensu, éste afecta a la validez del matrimonio, de lo contrario no se trataría de un impedimento en sentido legal.

Es competencia exclusiva de la autoridad suprema de la Iglesia Católica declarar auténticamente cuando el Derecho Divino prohíbe o dirime el matrimonio.

De igual manera sólo la autoridad suprema tiene el derecho a establecer otros impedimentos respecto a los bautizados (Canon 1075). El Código de Derecho Canónico faculta el ordinario del lugar para dispensar ciertos impedimentos de Derecho eclesiástico a sus propios fieles, cualquiera que sea el lugar en el que residen y a todos los que de hecho moran en su territorio.

Hay sólo dos impedimentos que únicamente pueden ser dispensados por la Sede Apostólica; mismos que están contenidos en el Canon 1078; y son:

¹⁰⁰ Lombardía Pedro y Arrieta Ignacio. "Código de Derecho Canónico". Edición anotada. Ediciones Paulinas, S.A. México, Segunda Edición. 1984. Pág. 636.

1.- El impedimento que proviene de haber recibido las sagradas órdenes o del voto público perpetuo de castidad en un instituto religioso de Derecho pontificio.

2.- El impedimento de crimen contenido en el Canon 1090.

Canon 1090: 1. "quien con el fin de contraer matrimonio con una determinada persona, causa la muerte del cónyuge de ésta o de su propio cónyuge, atenta invalidamente ese matrimonio."

2. "También atenta invalidamente el matrimonio entre sí quienes con una cooperación mutua, física o moral, causaron la muerte del cónyuge."

El **Canon 1078** en su parágrafo 3o. establece que nunca se concede dispensa del impedimento de consanguinidad en línea recta o en segundo grado de línea colateral.

5.2.- DE LOS IMPEDIMENTOS DIRIMENTES EN PARTICULAR.

Para una mejor y más completa comprensión del tema, he considerado indispensable que al tratar las causas de nulidad, nos referiremos tanto al Derecho Canónico como al Civil, pues si bien el epicentro de este capítulo es la legislación canónica es imposible pasar por alto a nuestra legislación civil.

El propósito de dar este enfoque al tema que nos ocupa, es obtener una visión más profunda y consciente sobre la disolución del matrimonio. No es posible

sólo solucionar el aspecto civil dejando pendiente el religioso, pues se crearían graves conflictos de conciencia entre los católicos. Por tales consideraciones es necesario tener conocimientos de ambos derechos.

En materia civil el artículo 235 del código relativo nos dice: "Son causas de nulidad de un matrimonio:

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

II. "Que el matrimonio se haya celebrado concurriendo alguno de los impedimentos enumerados en el artículos 156";

III. "Que se haya celebrado en contravención a lo dispuesto en los artículos 97, 98, 100, 102 y 103."

La idea fundamental del artículo anterior descansa en la base de que las nulidades no sólo se basan en los impedimentos, sino que también encuentran fundamento en el error respecto a la persona, y el haber omitido algunas de las formalidades o solemnidades necesarias para la celebración.

En el Derecho Canónico, el canon 1058 establece:

"Pueden contraer matrimonio, todos aquéllos a quienes

el Derecho no se lo prohíbe".

El obstáculo puede provenir del Derecho natural, del canónico o del civil. El primero tiene una mayor amplitud, pues la prohibición o impedimento es aplicable a todos los hombres, mientras que el Derecho Canónico afecta solamente a los bautizados y el civil a los que no han recibido el bautismo (desde el punto de vista del Derecho Canónico).

A continuación desarrollaré el estudio individual de cada uno de los impedimentos dirimientes en el Derecho Canónico, haciendo mención del impedimento, equivalente, cuando lo haya, en el Derecho Civil.

I. IMPEDIMENTO DE EDAD.

Se encuentra contenido en el canon 1083 que a la letra dice:

1.- "No puede contraer matrimonio válido el varón antes de los dieciséis años cumplidos, ni la mujer antes de los catorce, también cumplidos."

2.- "Puede la conferencia episcopal establecer una edad superior para la celebración lícita del matrimonio."

"Este impedimento presume que a partir de los dieciséis años en el hombre y catorce en la mujer,

cada uno de los contrayentes tiene capacidad suficiente para prestar su consentimiento eficiente y no ignorar que el matrimonio "es una comunidad permanente entre un varón y una mujer, ordenada a la procreación de los hijos, con alguna cooperación sexual" (Canon 1096). Esta nulidad es absoluta como todas las del Derecho eclesiástico." ¹⁰¹

Los canonistas consideran al impedimento de edad como una circunstancia emanada del Derecho humano, por tal motivo autorizan su dispensa misma que puede ser otorgada por el ordinario del lugar, no sólo en casos verdaderamente graves dentro de los cuales podría suponerse el embarazo de la mujer o alguna razón de bien común.

De lo anterior concluimos que este impedimento, cuando no ha sido dispensado opera de manera absoluta, en consecuencia cuando los contrayentes no cumplen con el requisito de edad establecido por el canon en cita y celebran nupcias, este matrimonio será nulo. "Este impedimento eclesiástico cesa automáticamente al llegar a la edad núbil. Sin embargo, si el matrimonio se celebró antes de alcanzar la edad establecida en el parágrafo primero del canon 1083, cumplida ésta, el matrimonio no se convalida automáticamente". ¹⁰²

¹⁰¹ Chávez Ascencio Manuel F. "La familia en el Derecho" Editorial Porrúa, S.A. 2a. Edición. México 1990., pág. 341.

¹⁰² López Alarcón Mariano y Navarro Rafael "Curso de Derecho matrimonial canónico y concordado". Madrid 1984, pág. 99.

Desde el punto de vista civil, para contraer matrimonio es necesario cumplir, igual que en el Derecho Canónico con el requisito de edad, el cual es exactamente el mismo que en el Derecho Canónico, dieciséis años en el varón y catorce en la mujer; de igual forma este impedimento en materia civil también puede ser dispensado, el artículo 148 del Código Civil vigente otorga esta facultad al Jefe del Departamento del Distrito Federal, o los Delegados según sea el caso; y sólo procederá la dispensa cuando exista una causa grave y justificada, que como ya lo hemos dicho bien puede ser causa gravísima, el embarazo.

Cuando se celebra el matrimonio y alguno o ambos cónyuges no cumplen con el requisito de edad establecido por la Ley, sin haber obtenido la dispensa correspondiente, estaremos entonces ante la presencia de un impedimento legal para la celebración del matrimonio, tal y como lo preceptúa la fracción I del artículo 156 del Código Civil. Para el Derecho civil este acto estará investido de nulidad relativa, por cuanto que el matrimonio queda convalidado en los términos del artículo 237 del Código Civil, y "dejará de ser causa de nulidad: I Cuando haya habido hijo; II cuando aunque no los haya habido, el menor hubiere llegado a los dieciocho años; y ni él ni el otro cónyuge hubieran intentado la nulidad.

II. IMPEDIMENTO DE IMPOTENCIA

Canon 1084 I. "La impotencia antecedente y perpetua para realizar el acto conyugal, tanto por parte del hombre como de la mujer, ya absoluta ya relativa, hace nulo el matrimonio por su misma naturaleza."

2. "Si el impedimento de impotencia es dudoso, con duda de Derecho o de hecho, no se debe impedir el matrimonio ni, mientras persista la duda declararlo nulo."

3. "La esterilidad no prohíbe ni dirime el matrimonio, sin perjuicio de lo que se prescribe en el canon 1098"; el cual establece lo siguiente:

Quien contrae el matrimonio engañado por dolo provocado para obtener su consentimiento, acerca de una cualidad del otro contrayente, que por su naturaleza puede perturbar gravemente el consorcio de vida conyugal, contrae invalidamente".

Respecto a este canon cabe señalar que la impotencia es un impedimento de Derecho divino natural, por tal razón no es dispensable.

"Desde el punto de vista jurídico, la impotencia es la incapacidad para realizar el acto conyugal; es decir, la incapacidad de realizar la cópula con todos sus elementos esenciales, tal y como están configurados por la naturaleza. En cambio con el término esterilidad se designan aquéllos defectos que imposibilitan la generación, pero sin

afectar el acto conyugal, esta última constituye impedimento".¹⁰³

El canon en cuestión enumera claramente los tres requisitos para que la impotencia se constituya en impedimento, ocupando el primer término el hecho de que ésta se dé antes de la celebración del matrimonio, en segundo lugar tiene que ser perpetua, es decir, incurable por medios ordinarios, lícitos y no peligrosos para la vida o gravemente perjudiciales para la salud y por último tiene que ser cierta, de tal manera que de existir duda respecto de su padecimiento no se debe impedir el matrimonio ni declararlo nulo mientras no haya absoluta certeza de su existencia.

Es bien sabido que nuestro Código Civil vigente contempla a la impotencia como causa de divorcio siempre y cuando sobrevenga después de celebrado el matrimonio y que sea incurable; si no se reúnen estos requisitos, entonces estamos en presencia de un impedimento que origina la nulidad relativa del matrimonio, con la salvedad de que en la legislación civil se establece un término fatal de sesenta días, dentro de los cuales debe ejercitarse dicha acción, sentenciando que en caso de no hacerlo dentro del término establecido, no podrá después, ni invocarse como causa de nulidad ni como causa de divorcio (artículo 246 del Código Civil).

¹⁰³ Lombardía Pedro y Arrieta Ignacio "Código de Derecho Canónico". Edición anotada. Op. cit., pág. 644.

III. IMPEDIMENTO DE EXISTENCIA DE MATRIMONIO ANTERIOR.

Canon 1085: 1. "Atenta invalidamente el matrimonio quien está ligado por el vínculo de un matrimonio anterior, aunque no haya sido consumado."

2. "Aún cuando el matrimonio anterior sea nulo o haya sido disuelto por cualquier causa, no por eso es lícito contraer otro, antes de que conste legítimamente y con certeza la nulidad o disolución del precedente."

Al analizar los elementos esenciales del matrimonio canónico nos referimos a la unidad, la cual supone la unión de un sólo varón con una sola mujer, ante este supuesto el Derecho Canónico organiza un sistema legislativo que, en síntesis, prohíbe el matrimonio a las personas que han contraído otro anterior válido y mientras éste perdure. A esta prohibición técnicamente se denomina impedimento de ligamen o de vínculo.

"La razón de ser del impedimento estriba en la igualdad que toda relación de justicia y que en la relación jurídica matrimonial se traduce en la idea de que sólo en el matrimonio monógamo se da una relación de valores iguales y equivalencia de bienes". ¹⁰⁴

El impedimento que nos ocupa

¹⁰⁴ Mariano López Alarcón y Rafael Navarro. "Curso de Derecho Matrimonial Canónico y Concordado." Op. cit., pág. 104.

encuentra su fundamento en el Derecho natural que exige la singularidad del matrimonio, desechando de plano a la poligamia (unión de varias mujeres con un sólo hombre) y a la poliandria o poliviria (unión de varios hombres con una sola mujer), en tales supuestos no existe la relación de valores iguales ni la equivalencia de bienes ya que el cónyuge único sea el varón sea la mujer, se entregaría parcialmente a sus múltiples consortes, mientras que éstos a su vez se entregarían totalmente al cónyuge único. Por estas razones el legislador canónico no sólo obliga a los estrictamente sujetos al Derecho Canónico, sino también a los bautizados.

Este impedimento no puede cesar, lógicamente, por dispensa. Cesa por la muerte de uno de los cónyuges, cuando ésta no puede ser plenamente comprobada por el cónyuge vivo, no puede considerarse que éste queda desligado, en tal supuesto opera lo dispuesto por el canon 1707, que a la letra dice: "Cuando la muerte de un cónyuge no pueda probarse por documento auténtico, eclesiástico, civil, el otro cónyuge no puede considerarse libre del vínculo matrimonial antes de que el Obispo diocesano haya emitido la declaración de muerte presunta."

Para que pueda emitirse dicha declaración el mismo canon señala los requisitos que deben cumplirse, entre los cuales destacan: la realización de

investigaciones y las declaraciones de testigos, pues no basta que la ausencia del cónyuge se prolongue por mucho tiempo; en los casos de duda y sumamente complicados, se requiere consultar a la Santa Sede.

En síntesis, para que este impedimento opere basta la existencia de un matrimonio anterior, es decir, que subsista el vínculo matrimonial sin que haya sido disuelto, independientemente de la consumación o la no consumación de dicho matrimonio. Como ya lo hemos visto, la consumación del matrimonio lo hace indisoluble; pero desde el momento en que se expresa el consentimiento para contraer nupcias se engendra el vínculo conyugal y legalmente está celebrado el contrato, que tiene como una de sus propiedades esenciales la unidad, es decir, que no puede haber más de un matrimonio.

En el Derecho Civil también encontramos el impedimento que nos ocupa, el Código Civil vigente lo consagra en la fracción X del artículo 156, la cual considera como impedimento para celebrar el contrato de matrimonio al "matrimonio subsistente con persona distinta de aquélla con quien se pretenda contraer."

En este supuesto estamos en presencia de un caso sumamente especial pues la nulidad que se

produce a raíz de este impedimento es una de las pocas nulidades absolutas que se dan en el Derecho familiar.

Es el artículo 248 del Código Civil el que enumera las condiciones necesarias para que la nulidad fundada en el impedimento de existencia de matrimonio anterior produzca sus efectos. Dada la importancia de dicho precepto legal a continuación se transcribe:

"El vínculo de un matrimonio anterior, existente al tiempo de contraerse el segundo, anula éste, aunque se contraiga de buena fe, creyéndose fundadamente que el consorte anterior había muerto. La acción que nace de esta causa de nulidad puede deducirse por el cónyuge del primer matrimonio, por sus hijos o herederos y por los cónyuges que contrajeron el segundo. No deduciéndola ninguna de las personas mencionadas, la deducirá el Ministerio Público."

IV. IMPEDIMENTO DE MATRIMONIO ENTRE BAUTIZADO Y NO BAUTIZADO.

Canon 1086.

1. "Es inválido el matrimonio entre dos personas, una de las cuales fue bautizada en la Iglesia católica o recibida en su seno y no se ha apartado de ella por acto formal, y otra no bautizada".
2. "No se dispense este impedimento si no se cumplen las condiciones indicadas en los CC. 1125 y 1126."
3. "Si al contraer el matrimonio, una parte era comúnmente tenida por bautizada o su bautismo era dudoso, se ha de presumir conforme al canon 1060, la validez del matrimonio, hasta que se pruebe con certeza que uno de los contrayentes estaba bautizado y el otro no".

Para una mejor comprensión de este impedimento creo conveniente transcribir los cánones a que nos remiten los párrafos segundo y tercero del canon que nos ocupa:

Canon 1125 "Si hay una causa justa y razonable el ordinario del lugar puede conceder esta licencia; pero no debe otorgarla si no se cumplen las condiciones que siguen":

1. "que la parte católica declare que está dispuesta a evitar cualquier peligro de apartarse de la fe, y promete sinceramente que hará cuanto le sea posible para que toda la prole se bautice y se eduque en la Iglesia católica";

2. "que se informe en su momento al otro contrayente sobre las promesas que debe hacer la parte católica, de modo que conste que es verdaderamente consciente de la promesa y de la obligación de la parte católica";

3. "que ambas partes sean instruidas sobre los fines y propiedades esenciales del matrimonio, que no pueden ser excluidos por ninguno de los dos."

Canon 1060 "El matrimonio goza del favor del Derecho; por lo que en la duda se ha de estar por la validez del matrimonio, mientras no se pruebe lo contrario".

Como se desprende de la simple lectura de los canones anteriores el impedimento de disparidad de cultos puede ser dispensado, bajo la premisa de que el no bautizado tiene el Derecho fundamental y humano de contraer matrimonio.

"La razón de ser de este impedimento descansa en el siguiente razonamiento: Desde la

perspectiva del Derecho Canónico, el no bautizado se encuentra bajo la condición de infiel, misma que resulta incompatible con el matrimonio canónico en razón del peligro que engendra para la fe de la parte católica y de los hijos; y al ser la fe un bien superior obliga a los canonistas a tutelarla. Por ello el legislador eclesiástico, teniendo en cuenta esta razón de fondo, crea este impedimento matrimonial"¹⁰⁵

Este impedimento, por razones obvias, no tiene aplicación en el Derecho Civil.

V. IMPEDIMENTO DE ORDEN SAGRADO.

Canon 1087 "Atentan invalidamente quienes han recibido las órdenes sagradas".

"Este impedimento origina la invalidez del matrimonio de los ordenados in sacris, es decir, de aquéllos aspirantes al sacerdosio que han recibido las órdenes sagradas del subdiaconado, diaconado y también a los que llegaron al presbiterado. Este impedimento lleva aneja la obligación del celibato, impuesta a dichos clérigos sin el intento de plantear la cuestión de, si tal mandato es de rango

¹⁰⁵ Fornés Juan. "Derecho matrimonial canónico". Editorial tecnos Madrid. 1990. Pág. 69.

eclesiástico tan sólo, o no". ¹⁰⁶

El canon en estudio es muy claro en el sentido de que todo aquél que haya recibido órdenes sagradas, sin excepción alguna y sin importar el grado de las mismas no puede contraer matrimonio. "El ordenado que atente contra este principio será removido del oficio eclesiástico, e incurre en la pena de suspensión; y si una vez amonestado no rectifica, puede ser castigado con otras penas que pueden llegar hasta la disminución del estado clerical". ¹⁰⁷

Este impedimento es dispensable, pero está reservado al Romano Pontífice.

Este impedimento es inoperante en el Derecho Civil.

VI. IMPEDIMENTO DE VOTO PUBLICO, PERPETUO DE CASTIDAD.

Canon 1080 "atentan invalidamente el matrimonio quienes están vinculados por voto público perpetuo de castidad en un instituto religioso".

¹⁰⁶ Alonso Alija Honorio y Belarmino. "La nulidad y disolución del matrimonio, sus causas hoy y otras nuevas en el futuro". 2a. Edición. Gráficas Ugrina Madrid 1974, pág. 136.

¹⁰⁷ Lombardía Pedro y Arrieta Ignacio. "Código de Derecho Canónico". Ob. cit., pág. 648.

"Un voto es público cuando el legítimo superior eclesiástico lo acepta en nombre de la Iglesia, por lo cual quien emite un voto de esta naturaleza no sólo adquiere un compromiso de conciencia frente a Dios, sino también un compromiso de cara a la comunidad eclesial. De ahí que tal voto dé origen a un impedimento matrimonial de carácter dirimente". ¹⁰⁸

El voto perpetuo como su nombre lo indica es aquél que perdurará para toda la vida.

Para que el voto realizado sea válido, debe de emitirse bajo una promesa libre a Dios y no bajo la presión psicológica que engendra el miedo grave e injusto o con dolo, en estas circunstancias el voto realizado, no es válido.

Este impedimento puede ser dispensado, pero sólo por el Romano Pontífice. No opera en el Derecho civil.

VII. IMPEDIMENTO DE RAPTO DE LA MUJER.

Canon 1089 "No puede haber matrimonio entre un hombre y una mujer raptada o al menos retenida con miras a

¹⁰⁸ González del Valle José María. "Derecho Canónico matrimonial" 3a. Edición Universidad de Navarra. Pamplona 1986, pág. 166.

contraer matrimonio con ella, a no ser que después la mujer, separada del raptor y hallándose en lugar seguro y libre, elija voluntariamente el matrimonio".

Los requisitos para la existencia de este impedimento son los siguientes:

1.- Secuestro o retención violenta de una mujer por parte de un varón. "Esta figura se califica por dos hechos alternativos violentos: El traslado de la mujer contra su voluntad de un lugar donde se encuentra libre y segura a otro donde pasa a estar sometida al poder del varón o la retención contra su voluntad allí mismo donde la mujer se encuentra". ¹⁰⁹

2.- El secuestro o retención ha de ser realizado por el varón precisamente con la intención de contraer matrimonio con la mujer raptada.

"La cesación de este impedimento tiene algunas peculiaridades fundamentalmente por la aludida interferencia de datos consensuales."

"Ante todo es un impedimento de Derecho eclesiástico y temporal. Por lo primero puede cesar por

¹⁰⁹ López Alarcón Mariano y Navarro Rafael. "Curso de Derecho Matrimonial Canónico y concordado". Ob. cit., pág. 114.

dispensa; por lo segundo puede cesar por sí mismo".

"Respecto a la dispensa, conviene advertir que normalmente no suele concederse, salvo excepcionálísimos supuestos, que son más bien figuras de laboratorio con escasa incidencia práctica". ¹¹⁰

Sería ilógico pensar en que este impedimento podría ser dispensado subsistiendo el rapto, para que el impedimento deje de existir es necesario que la mujer separada de su raptor y puesta en un lugar seguro y libre, exprese su voluntad de continuar casada con el raptor.

El canon que analizamos es muy claro en relación a las personas, es decir, que para que se configure el impedimento de rapto, es requisito indispensable que la mujer sea la raptada, ante esta circunstancia surge como interrogante obligada: ¿Qué pasaría si el raptado fuera el varón?. Según la acertada opinión de los canonistas Mariano López Alarcón y Rafael Navarro "el rapto de varón por parte de la mujer con fines matrimoniales puede conducir obviamente a la nulidad del matrimonio, pero por la causa prevista en el canon 1103, es decir, por fuerza o por miedo, lo cual no significa que dicho canon no pueda operar también en supuestos de rapto de la

¹¹⁰ Idem, pág. 115.

mujer". 111

Para una mejor comprensión, es conveniente precisar que el canon 1103 considera como miedo invalidante al consentimiento específicamente viciado por miedo grave, extrínseco e indeclinable. Si a este miedo le falta alguno de los requisitos citados no podrá hablarse de relación entre rapto y miedo en sentido estrictamente jurídico y habrá que fundamentar el caso en el impedimento de rapto contenido en el canon 1089.

En materia civil este impedimento se da entre el raptor y la raptada y dura mientras ésta no sea restituida en lugar seguro donde libremente pueda manifestar su voluntad. Se trata de la falta de libertad necesaria para la expresión del consentimiento (artículo 156 fracción VII del Código Civil).

El artículo 245 del Código Civil también es aplicable ya que enumera los casos en que el miedo o la violencia serán casos de nulidad del matrimonio, y éstos son:

I. "Que uno u otro importen peligro de perder la vida, la honra, la libertad, la salud o una parte

111 Idem, pág. 115.

considerable de los bienes";

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

III. "Que uno u otro hayan subsistido al tiempo de celebrarse el matrimonio".

"La acción que nace de estas tres causas de nulidad, producen nulidad relativa y sólo pueden deducirse por el cónyuge agraviado dentro de los sesenta días desde la fecha en que cesó la violencia o intimidación".

VIII. IMPEDIMENTO DE CRIMEN.

Canon 1090.

1 "Quién, con el fin de contraer matrimonio con una determinada persona, causa la muerte del cónyuge de ésta o de su propio cónyuge, atenta invalidamente ese matrimonio".

2 "También atentan invalidamente el matrimonio entre sí quienes con una cooperación mutua, física o moral causaron la muerte del cónyuge".

El impedimento de crimen tutela aquellos supuestos en los que media la efectiva muerte del cónyuge.

"En concreto, las figuras son tres:" ¹¹²

a) "Conyugicidio propiamente dicho, es decir dar muerte al propio cónyuge".

b) "Conyugicidio impropio, es decir, dar muerte al cónyuge de aquel con quien se pretende contraer matrimonio".

¹¹² Fornés Juan. "Derecho Matrimonial Canónico". Ob. cit., pág. 82.

c) Conyugicidio con cooperación mutua"; es decir, "que exista cooperación física o moral entre las personas que posteriormente atentan el matrimonio".¹¹³

"Los elementos configuradores del impedimento son tres:"¹¹⁴

a) "Que los sujetos -uno o los dos, según los supuestos- causen la muerte del cónyuge mediante su acción directa o por medio de terceras personas".

b) "Que se produzca la muerte efectiva del cónyuge".

c) "Que la acción se haya realizado con el fin de contraer matrimonio".

Este impedimento al ser de Derecho eclesiástico es susceptible de dispensa, la cual está reservada exclusivamente al Romano Pontífice.

Desde el punto de vista civil es la fracción VI del artículo 156 la encargada de tutelar al crimen de cónyuge como impedimento de matrimonio que produce nulidad relativa, a mayor abundamiento, transcribo la norma mencionada, que textualmente dice:

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

¹¹³ Mariano López Alarcón y Rafael Navarro. "Curso de Derecho Matrimonial Canónico y Concordado". Ob. cit., pág. 117.

¹¹⁴ Lombardía Pedro y Arrieta Ignacio. "Código de Derecho Canónico". Ob. cit., pág. 652.

Por su parte, el artículo 244 del Código Civil enumera las personas con Derecho a hacer valer la acción de nulidad proveniente del atentado contra la vida de alguno de los cónyuges para casarse con el que quede libre, otorgándoles dicha facultad o derecho a los hijos del cónyuge víctima del atentado, o por el Ministerio Público con la única salvedad de que dicha acción debe ser intentada dentro de los seis meses, contados desde que se celebró el nuevo matrimonio.

IX. IMPEDIMENTO DE CONSANGUINIDAD.

Canon 1091.

1 "En línea recta de consanguinidad, es nulo el matrimonio entre todos los ascendientes y descendientes, tanto legítimos como naturales".

2 "En línea colateral es nulo hasta el cuarto grado inclusive".

3 "El impedimento de consanguinidad no se multiplica".

4 "Nunca debe permitirse el matrimonio cuando subsiste alguna duda sobre si las partes son consanguíneas en algún grado de línea recta o en segundo grado de línea colateral".

Al impedimento contenido en este canon se le da el nombre de impedimento de consanguinidad; el cual es definido como "la prohibición de contraer matrimonio entre parientes unidos por lazos de sangre en determinados

grados". ¹¹⁵ (Padres e hijos, hermanos, primos, etc.).

La terminología empleada en este canon exige algunas precisiones conceptuales para entender mejor el sistema de computación del parentesco de sangre en el Derecho Canónico.

Para tal efecto cito una vez más a Mariano López Alarcón y Rafael Navarro, quienes en su obra "Curso de Derecho Matrimonial Canónico y Concordado", apuntan lo siguiente:

Como indica el Canon 108 "la consanguinidad se computa por líneas y grados", nociones que presuponen a su vez el concepto de tronco o estirpe. Por este último habrá que entender las personas o persona de los cuales proceden los consanguíneos. Línea, será la serie de personas que proceden unas de otras de forma sucesiva; grado, la medida de distancia entre las personas consanguíneas y el tronco común".

A su vez, el propio Canon 108 distingue la línea recta de la colateral. La primera, es la relación natural existente entre las personas situadas en una misma línea: hijo, padre, abuelo, etc.; la segunda, la relación natural existente entre dos personas situadas en líneas distintas pero confluyentes en un mismo tronco (hermanos, primos, tíos, sobrinos, etc.)". ¹¹⁶

Una vez entendida la terminología

¹¹⁵ Mariano López Alarcón y Rafael Navarro. "Curso de Derecho Matrimonial Canónico y Concordado". Ob. cit., pág. 118.

¹¹⁶ Idem., pág. 120.

y sistema canónico familiar, el cual es igual al civil puesto que ambos toman su base del Derecho Romano, podemos resumir los rasgos fundamentales del canon que estudiamos en las siguientes premisas:

a) Es siempre impedimento el parentesco en línea recta (padres, hijos: etc.).

b) En colateral hasta el cuarto grado inclusive (primos hermanos).

c) La dispensa corresponde al ordinario, pero no se dispensa nunca en línea recta ni en segundo grado de línea colateral (hermanos); por exclusión en los demás casos, si hay dispensa.

d) El impedimento no se multiplica. "Esta situación, que afecta únicamente al parentesco en línea colateral, se produce, por ejemplo, cuando el tronco común de los consanguíneos está constituido por personas a la vez consanguíneas".

"En la práctica, la actual prescripción del Canon 1091 parágrafo 3, acerca de que el impedimento no se multiplica, parece que deberá traducirse en el sentido de que si las personas tuviesen entre sí relaciones de parentesco (por razón de unos antecedentes generacionales complejos), sólo deberán obtener dispensa de aquella relación de parentesco que las sitúe en mayor grado de proximidad." ¹¹⁷

En materia civil la norma análoga a la contenida por el canon 1091, es la que contempla la fracción III del artículo 156 de nuestro Código Civil que textualmente transcribe:

¹¹⁷ Fornés Juan. "Derecho Matrimonial Canónico". Ob. cit., pág. 86.

Art. 156. "Son impedimentos para celebrar el contrato de matrimonio:"

III. "El parentesco de consanguinidad legítima o natural, sin limitación de grado en la línea recta, ascendente o descendente. En la línea colateral igual, el impedimento se extiende a los hermanos y medios hermanos".

"En la colateral desigual, el impedimento se extiende solamente a los tíos y sobrinos, siempre que estén en el tercer grado y no hayan obtenido dispensa".

Este impedimento se refiere a la consanguinidad, y es sin limitación de grado en línea recta ascendente o descendente. En la línea colateral igual se extiende a los hermanos y medios hermanos y no puede ser dispensado.

En la colateral desigual, el impedimento se extiende solamente a los tíos y sobrinos, siempre que estén en tercer grado y no hayan obtenido dispensa. En este caso, en los términos del artículo 241 del Código Civil, se trata de una nulidad relativa, porque si después de obtenida la dispensa, ambos cónyuges reiteran su consentimiento por medio de un acta ante el Juez del Registro Civil, quedará revalidado el matrimonio y surtirá todos sus efectos legales desde el día que primeramente se contrajo.

Pero el matrimonio entre consanguíneos en línea recta, ascendente o descendente y colateral igual entre hermanos y medios hermanos, genera la nulidad absoluta. El Código Civil no hace referencia a esta nulidad, la que se estima como absoluta al no estar comprendida dentro del artículo 241, que sólo trata de la nulidad relativa por el impedimento de consanguinidad que pudiendo ser dispensado no lo fue. Si no se limitan las características de la nulidad absoluta por algún artículo en especial y debido a la tradición, esta nulidad se confirma como absoluta". 118

118 Chávez Asencio Manuel F. "La Familia en el Derecho" Ob. cit., pág. 343.

X. IMPEDIMENTO DE AFINIDAD.

Canon 1092. "La afinidad en línea recta dirime el matrimonio en cualquier grado".

El impedimento de afinidad, "es la prohibición de contraer matrimonio entre el varón y los consanguíneos de la mujer y viceversa (padrastra e hijastra, suegro y nuera, suegro y yerno, etc.)" ¹¹⁹

El supuesto que regula este canon no se extiende a la línea colateral, de modo que los cuñados, por ejemplo, ya no entran en el radio de acción de este impedimento.

La dispensa de este impedimento corresponde a lo ordinario, al no estar reservada en el Canon 1078.

En materia civil el artículo aplicable es el 156 fracción IV; que establece:

Art. 156.- Son impedimentos para celebrar el contrato de matrimonio:

IV. "El parentesco de afinidad en línea recta, sin

¹¹⁹ Mariano López Alarcón y Rafael Navarro. "Curso de Derecho Matrimonial Canónico y Concordado". Ob. cit., pág. 118.

limitación alguna".

La acción de nulidad que nace de este impedimento, con fundamento en el artículo 242 del Código Civil puede ejercitarse por cualquiera de los cónyuges, por sus ascendentes y por el Ministerio Público.

En el Derecho Civil el impedimento de afinidad produce nulidad absoluta, toda vez que no puede caer dentro de lo previsto por el artículo 241 del Código Civil, al no ser dispensable y, como consecuencia, puede ser invocado en todo tiempo y no hay convalidación posible". ¹²⁰

XI. IMPEDIMENTO DE PUBLICA HONESTIDAD.

Canon 1093. "El impedimento de pública honestidad surge del matrimonio inválido después de instaurada la vida en común, o del concubinato notorio o público y dirime el matrimonio en el primer grado de línea recta entre el varón y la consanguíneas de la mujer y viceversa".

A la pública honestidad se le ha tenido a bien llamar, entre los canonistas, cuasiafinidad por la cierta semejanza que tiene con el parentesco de afinidad.

Hay sólo dos situaciones que pueden dar origen a este impedimento y son las siguientes: ¹²¹

¹²⁰ Chávez Asencio Manuel F. "La Familia en el Derecho". Ob. cit., pág. 344.

¹²¹ Mariano López Alarcón y Rafael Navarro. "Curso de Derecho Matrimonial y Canónico y Concordado". Ob. cit., pág. 123.

1. "Existencia de un matrimonio inválido entre dos personas después de instaurada la vida en común. No basta la simple celebración del matrimonio que resultó nulo sino que es necesario el establecimiento entre ambas partes de la efectiva convivencia. A estos efectos, por matrimonio inválido hay que entender aquel que tiene apariencia de matrimonio canónico, es decir, en el que se ha dado un cierto consentimiento a través de una solemnidad formal, pero que queda en mera apariencia por la existencia de alguna causa invalidante".

2. "Concubinato público o notorio. Por concubinato la unión establece de hecho entre el varón y la mujer. La nota de público cualificará dicha unión cuando esté divulgada de hecho o en trance de divulgación; la de notorio, hace referencia tanto a la notoriedad de derecho como a la de hecho, es decir, si ya es conocido públicamente o existe en tales circunstancias que no será posible su ocultación."

Dado alguno de los dos presupuestos analizados, el impedimento de pública honestidad abarcará el primer grado de línea recta entre el varón y los consanguíneos de la mujer y viceversa (con el padre o la madre, el hijo o la hija de la otra parte).

Al ser un impedimento de Derecho eclesiástico, sólo cabe su cese por dispensa, la cual puede concederla el ordinario del lugar. Dispensa, que no será concedida si hay duda de si los que desean contraer matrimonio son consanguíneos en algún grado de línea recta o en segundo grado en línea colateral, precaución a la que obliga el parágrafo 4 del canon 1091.

Este impedimento no es contemplado

en materia civil.

XII. IMPEDIMENTO DE PARENTESCO LEGAL PROVENIENTE DE LA ADOPCION.

Canon 1094. "No pueden contraer válidamente matrimonio entre sí quienes estén unidos por parentesco legal proveniente de la adopción, en línea recta o en segundo grado de línea colateral".

"El impedimento de parentesco legal, es el que existe entre quienes están vinculados entre sí, bien como hermanos, bien como ascendentes o descendentes, pero no en virtud del parentesco que nace de la sangre, sino del parentesco legal que nace de la adopción."¹²²

Como claramente lo estipula el canon en cuestión, el impedimento de parentesco legal sólo surge en la línea recta (padre o madre adoptante con el adoptado; adoptado con cónyuge viudo del padre o madre adoptante) y en el segundo grado en línea colateral adoptado e hijo del adoptante. La dispensa de este impedimento la puede otorgar el ordinario del lugar.

En materia civil el artículo 157 del Código de la materia establece:

"El adoptante no puede contraer matrimonio con el adoptado o sus descendientes, en tanto que dure el

¹²² González del Valle José María. "Derecho Canónico Matrimonial". Ob. cit., págs. 164 y 165.

lazo jurídico resultante de la adopción".

En relación a este impedimento podemos concluir que la nulidad que reviste al mismo es absoluta, toda vez que el legislador no señaló plazo de prescripción o estableció la posible convalidación. Además debemos observar que en relación a los matrimonios ilícitos pero no nulos, el artículo 264 del Código Civil, sólo se refiere a los casos previstos en los artículos 158 y 159 y excluye la adopción, que es un parentesco y debe seguir las reglas de los otros parentescos por consanguinidad y afinidad que producen nulidades absolutas. Como en nuestro país sólo se reglamenta la adopción simple o menos plena, el parentesco se reduce al adoptante y adoptado, pero en materia matrimonial, el impedimento se extiende a los hijos del adoptado.¹²³ (Artículos 157 y 402 del Código Civil).

6.- DEL CONSENTIMIENTO MATRIMONIAL.

A continuación analizaremos la nulidad matrimonial proveniente de defectos en el consentimiento, bajo el mismo contexto que hemos estado utilizando, es decir, estudiaremos el tema desde el punto de vista canónico haciendo una breve referencia a los supuestos equivalentes -cuando los haya- contenidos en la legislación civil.

6.1 SUPUESTOS QUE INVALIDAN EL MATRIMONIO POR VICIOS EN EL CONSENTIMIENTO.

6.1.a. ERROR.

¹²³ Chávez Asencio Manuel F. "La Familia en el Derecho". Ob. cit., pág. 345.

Canon 1097.

1 "El error acerca de la persona hace inválido el matrimonio".

2 "El error acerca de una cualidad de la persona, aunque sea causa del contrato, no dirime el matrimonio, a no ser que se pretenda esta cualidad directa y principalmente".

Consiste el error en un defecto del acto del entendimiento por el que se tiene un juicio falso o estimación equivocada de un objeto. Trata este canon el error de hecho, llamado así porque su objeto es la persona misma del otro contrayente o bien sus cualidades.

El párrafo primero del canon en cuestión señala que el error acerca de la persona invalida el matrimonio. Surge dicha figura cuando el contrayente, queriendo casarse con una persona cierta y determinada, se casa por error con otra distinta.

"Siendo las propias personas de los contrayentes, en sus dimensiones conyugales, el objeto del consentimiento y siendo el vínculo la unión conyugal entre dichas personas, el error acerca de la persona misma del otro contrayente afecta de manera substancial al objeto del consentimiento, que en realidad no existe, por lo que por

Derecho natural, tampoco hay matrimonio". ¹²⁴

El párrafo segundo del canon en estudio es muy claro en el sentido de que el error que nace de las cualidades de la persona sólo invalida el matrimonio cuando tal cualidad falsamente estimada, haya sido directa y principalmente pretendida. De tal forma "que una cualidad puede no sólo mover el propósito de contraer, sino incluso convertirse en parte específica del mismo acto de contraer, cuando el contrayente queriendo en el acto directa y principalmente la cualidad, que estima falsamente que el otro posee, determina con su voluntad actual que sólo está consintiendo en tanto y en cuanto existe tal cualidad". ¹²⁵

Así pues, cuando el contrayente pretende una cualidad en forma directa y principal, misma que no posee su consorte, la convierte en el objeto de su consentimiento, y al no existir objeto, obviamente el acto es nulo.

En materia civil el error como causa de nulidad del matrimonio está contenido en la fracción I del

¹²⁴ Lombardía Pedro y Arrieta Ignacio. "Código de Derecho Canónico". Ob. cit., pág. 659.

¹²⁵ Idem, pág. 660.

artículo 235 del código de la materia que la letra dice:

Art. 235.- "Son causas de nulidad de un matrimonio:

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

El error a que se refiere el artículo anterior dá origen a la nulidad relativa atento a lo dispuesto por el artículo 236 que previene la acción de nulidad que nace del error, sólo puede producirse por el cónyuge engañado; pero si éste no denuncia el error inmediatamente que lo advierte, se tiene por ratificado el consentimiento y queda subsistente el matrimonio, a no ser que exista otro impedimento que lo anule.

El legislador no fija un plazo determinado; sólo dice que el error debe ser denunciado inmediatamente, y esto puede dar lugar a conflictos sobre lo que significa este término. Al respecto el Maestro Manuel F. Chávez Ascencio opina "que el término 'inmediatamente', se refiere a una acción inmediata, de tal forma que si hay una convivencia conyugal, ésta sana a la nulidad relativa de que se trata por convalidación del acto jurídico conyugal, y aceptación de la

comunidad conyugal por quien pudo haber iniciado la acción". 126

Otro problema teórico que se presenta en el Derecho Civil, es si el error acerca de la persona con quien se contrae matrimonio produce nulidad relativa o inexistencia; al respecto Rojina Villegas expresa: "Desde el punto de vista estrictamente teórico, el error sobre la identidad de la persona debería motivar la inexistencia del matrimonio, pues impide que el consentimiento se forme, dado que éste no se otorgó para celebrar el acto con la persona con quien realmente se celebró, sino que dicha voluntad se expresó bajo supuesto totalmente distinto; es decir, para contraer matrimonio con otra persona. Por lo tanto faltó el consentimiento y cabría aplicar el artículo 2224, para considerar inexistente el matrimonio, pero ante la disposición expresa del artículo 236 debe concluirse que en nuestro Derecho se trata de nulidad relativa". 127

6.1.b. IGNORANCIA.

CANON 1096.

1 "Para que pueda haber consentimiento matrimonial, es necesario que los contrayentes no ignoren al menos que

¹²⁶ Chávez Ascencio Manuel F. "La Familia en el Derecho". Ob. cit., pág. 366.

¹²⁷ Rojina Villegas Rafael. "Derecho Civil Mexicano". Tomo II, Derecho de Familia, antigua Librería Robredo. México 1962, pág. 291.

el matrimonio es un consorcio permanente entre un varón y una mujer, ordenado a la procreación de la prole mediante una cierta cooperación sexual".

2 "Esta ignorancia no se presume después de la pubertad".

Los canonistas consideran indispensable que toda persona al contraer matrimonio tenga conocimiento de lo que significa este acto, así como de las responsabilidades inherentes a la vida conyugal; es decir, que estén conscientes de los alcances jurídicos, morales y sociales que entraña la solemnidad de las nupcias. "Ello significa que faltando un conocimiento mínimo del matrimonio, más que vicio o anomalía del consentimiento, lo que hay es imposibilidad de existencia del consentimiento, por falta de su presupuesto intelectual previo". ¹²⁸

Es evidente que la legislación canónica no exige a los contrayentes un conocimiento basado en un saber discursivo y conceptual, culto, ni mucho menos técnico; basta con que estén conscientes que el matrimonio es un consorcio permanente entre un varón y una mujer ordenado a la procreación de la prole mediante una cierta cooperación sexual.

Por su parte, en materia civil no

¹²⁸ Lombardía Pedro y Arrieta Ignacio. "Código de Derecho Canónico". Ob. cit., pág. 658.

existe norma alguna que considere a la ignorancia como causa invalidante del matrimonio.

6.1.c. FUERZA O MIEDO.

Canon 1103. "Es inválido el matrimonio contraído por violencia o por miedo grave proveniente de una causa externa, incluso el no inferido de propio intento, para librarse del cual alguien se vea obligado a elegir el matrimonio".

Ante todo conviene distinguir la violencia del miedo. "La violencia o fuerza física, es una coacción material sobre una persona para obtener su consentimiento". ¹²⁹

La violencia debe ser físicamente irresistible y opera sobre la expresión externa del consentimiento.

"El miedo es aquella consternación de ánimo del sujeto causada por la presión psicológica o coacción moral, para librarse de las cuales el sujeto se ve obligado a elegir el matrimonio".

"Por coacción moral entendemos la

¹²⁹Chávez Ascencio Manuel F. "La Familia en el Derecho". Ob. cit., pág. 373.

presión psicológica que, mediante la amenaza el agente ejerce sobre el paciente. La coacción moral y el miedo se relacionan en términos de causa efecto. En consecuencia, mientras la violencia opera sobre la expresión externa del consentimiento, la coacción moral y su efecto, el miedo, actúan sobre el interior psicológico del contrayente y vician la génesis del consentimiento". ¹³⁰

En relación al miedo, la doctrina canónica contempla al miedo grave y al miedo reverencial.

a) **MIEDO GRAVE.**

El mal que da origen al miedo grave según los canonistas, puede ser un mal grave de modo absoluto y un mal relativamente grave. Es absolutamente grave aquel mal que, de ordinario sirve para amedrentar a una persona normal de las que no se intimidan con facilidad, por ejemplo: La muerte, la mutilación, la ruina económica. En cambio, es relativamente grave cuando intimida a una persona concreta y puede no afectar en la misma forma a otras. En este caso, habrá que tomar en cuenta la edad, la salud, la pusilanimidad y otras características singulares de la persona afectada. Para la nulidad del matrimonio basta con el miedo relativamente grave,

¹³⁰ Lombardía Pedro y Arrieta Ignacio. "Código de Derecho Canónico". Ob. cit., pág. 667.

pero analizando a la persona del contrayente y la importancia de las amenazas que éste hubiere sufrido.

"El miedo debe ser antecedente a la celebración del matrimonio y debe haber una relación de causalidad. El miedo debe ser la causa o motivo de la celebración. Debe ser, además ineludible lo que significa no haber otro medio de evitar que el mal se realice".¹³¹ Es pertinente mencionar que para que se pueda invocar el miedo grave como causa de nulidad matrimonial, además de ser antecedente debe de ser también concomitante a la celebración del matrimonio, tal y como lo ha expresado en sus múltiples ponencias en los procesos de nulidad matrimonial el Dr. Francisco Huber y Olea.

b) **MIEDO REVERENCIAL.**

Se trata de un caso práctico o supuesto de hecho de miedo que por su notable frecuencia, ha acabado obteniendo una arraigada configuración doctrinal y jurisprudencial.

Designa el temor a un mal en cuya peculiar gravedad y externidad, juega papel principal la

¹³¹ Chávez Ascencio Manuel F. "La Familia en el Derecho". Ob. cit., pág. 374.

relación de subordinación y de reverencia que existen entre el superior, que infiere, y el inferior, que lo padece.

Las notas características del temor reverencial, son: Que debe mediar una relación de subordinación por la que el inferior debe respeto, honra o reverencia a un superior, entre los cuales se señalan: Padres e hijos, tutor y pupilo, relación laboral y de mando, etc., que exista un temor fundado a incurrir en la indignación grave y duradera del superior sino se acepta el matrimonio. Y que la coacción se ejerza por el superior a través de aquellos medios que usa o tiene por ser el superior y que causen un estado de efectiva opresión en el ánimo del inferior". ¹³²

El miedo reverencial es causa de nulidad, sólo en ciertas y determinadas circunstancias, por lo tanto la simple vergüenza a desobedecer, o a la indignación pasajera de los padres no se considera causa invalidante.

Para que proceda el miedo reverencial invalidante es necesario probar tres cosas:

1.- El hecho externo y tangible de la coacción.

¹³² Idem., pág. 374.

Este es relativamente fácil de probar, tomando en consideración los hechos que normalmente pueden ser observados; es decir, se pueden oír o ver los actos de coacción o violencia que el contrayente o algún tercero han hecho al otro contrayente. Lo ideal sería la confesión del contrayente que coaccionó, pero es evidente que ésta sólo se consigue en casos excepcionalísimos; por lo que, cuando no se cuenta con la confesión del sujeto activo, las declaraciones de testigos sobre el carácter y amenazas habidas antes de la celebración del matrimonio, así como la naturaleza violenta del contrayente, son elementos de prueba de gran importancia.

2.- El hecho interno del miedo producido en el ánimo y en influjo del miedo de la prestación del consentimiento.

La única forma de poder probar este segundo elemento es la confesión del contrayente coaccionado, porque nadie mejor que él conoce su interior, sin embargo la sola declaración no es prueba plena, ya que al tratarse de un elemento subjetivo no puede ser objeto de una prueba directa, pues es obvio que no pudo haberse observado por alguna persona que posteriormente pudiera fungir como testigo.

3.- La celebración del matrimonio.

Se debe probar la relación existente entre el miedo y la celebración del matrimonio, es decir, la causalidad.

En síntesis podemos afirmar que el miedo reverencial de suyo es un miedo leve, que encuentra sustento en el simple temor de causar en los padres o en el superior, según sea el caso, un disgusto permanente, mismo que por su magnitud se traduzca a una perspectiva de vida futura negativa e incómoda en el seno familiar si el sujeto pasivo no contrae matrimonio con la persona que le ha sido impuesta por el sujeto al cual se le debe *honoris reverenci*.

Según el Dr. Francisco Huber y Olea el miedo reverencial es leve en el fuero externo, sin embargo puede llegar a resultar grave y entonces en el fuero interno adquiere la característica de cualificado.

En materia civil se previene como impedimento la fuerza o miedo grave y el artículo 245, fija los alcances del miedo y la violencia como causa de nulidad del matrimonio. Procede sólo si concurren las siguientes circunstancias:

- I. Que uno u otro importen peligro de perder la vida, la honra, la libertad, la salud o una parte

considerable de los bienes;

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

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

El último párrafo nos dá la clave de que esta nulidad es relativa, pues la acción que nace de estas causas, sólo puede deducirse por el cónyuge agraviado dentro de los 60 días, desde la fecha en que cesó la violencia e intimidación.

La legislación civil no contempla al miedo reverencial como causa de nulidad matrimonial.

7.- De la separación de los cónyuges mediante la disolución del vínculo matrimonial en el Derecho Canónico.

Oportunamente se trató la propiedad esencial de la indisolubilidad, que es propia de todo matrimonio canónico. Este principio no puede ser derogado, ni bajo apariencia de declaración de nulidad, ni por los cónyuges unidos canónicamente que recurren al divorcio civil, ni por los que han obtenido la separación de cuerpos que es un estado en el que permanece el vínculo.

"El Concilio de Trento declaró que

la Iglesia no yerra cuando ha enseñado o enseña, según la doctrina evangélica y apostólica, que el vínculo del matrimonio no puede ser disuelto a causa de adulterio de uno de los cónyuges; ante esta opinión, la cual es considerada como verdad próxima fidei, cercana al dogma, Pío XI manifiesta: Si la Iglesia no se ha equivocado ni se equivoca cuando dio y da esta enseñanza, es entonces absolutamente seguro que el matrimonio no puede ser disuelto, ni siquiera por causa de adulterio, y es igualmente evidente que las otras causas de divorcio que podrían aducirse, mucho más débiles, tienen menos valor aún y no pueden ser tomadas en consideración".¹³³

Hay que distinguir entre la indisolubilidad intrínseca y la indisolubilidad extrínseca. Según la primera los cónyuges no pueden disolver el matrimonio por su propia y exclusiva voluntad, ni de mutuo acuerdo, ni a instancia de uno de ellos concurra o no, causa para solicitarlo; la indisolubilidad intrínseca es absoluta, no admite ninguna excepción, porque el acto humano por el cual los esposos se dan y se reciben mutuamente crea un vínculo que está fundado en la voluntad de Dios. Por tal motivo la decisión de disolver el vínculo escapa a la voluntad de los cónyuges.

La indisolubilidad extrínseca

¹³³ López Alarcón Mariano y Navarro Rafael. "Curso de Derecho Matrimonial Canónico y Concordado". Ob. cit., pág. 280.

excluye toda posibilidad de disolución por parte de la autoridad. Esta indisolubilidad es absoluta en el matrimonio canónico cuando es rato y consumado el cual no puede ser disuelto por ninguna potestad humana, es decir, el matrimonio que es sacramento y ha sido consumado es absolutamente indisoluble.

En este aspecto los canonistas reconocen que no tienen ninguna potestad para disolver el vínculo en el matrimonio, sacramento consumado extendiendo esta prohibición a las autoridades civiles.

Algunos canonistas consideran tres únicas posibilidades de disolución del vínculo:

a) Cuando es rato y no consumado, porque no ha alcanzado la plenitud integradora;

b) Cuando el matrimonio no es sacramento, se haya consumado o no, siempre que con su disolución se favorezca la fe;

c) La muerte de uno de los cónyuges que trae consigo la disolución natural del matrimonio.

Sin embargo hay un segundo grupo

de connotados canonistas que considera como causa de disolución además de las ya mencionadas anteriormente; a la circunstancia *sui generis*, que nace cuando el matrimonio está viciado por nulidad, toda vez que estamos ante un acto informe, carente de sentido, inoperante jurídicamente y por lo mismo incapaz de producir consecuencias de Derecho. (Ponencia sustentada por el Dr. Francisco Huber y Olea).

7.1. DISOLUCION DEL MATRIMONIO NO CONSUMADO.

Cuando el matrimonio es rato pero no consumado es posible la disolución, a través del ejercicio por el Romano Pontífice de su potestad vicaria: "Potestad propia solo de Dios, (que actúa como causa principal), y vicaria por parte del Romano Pontífice (que opera como causa instrumental)".¹³⁴

Los supuestos que deben concurrir para que el Romano Pontífice disuelva el vínculo matrimonial en el caso que nos ocupa son:

1.- Debe tratarse de un matrimonio entre bautizados, o entre parte bautizada y parte no bautizada.

¹³⁴ Fornés Juan. "Derecho Matrimonial Canónico". Ob. cit., pág. 197.

2.- Que exista una justa causa para la validez del acto de disolución (pueden ser justas causas: impotencia sobrevenida después de la celebración del matrimonio, grave aversión entre las partes sin esperanza de reconciliación, etc.).

3.- Es indispensable la existencia del hecho de inconsumación, entendiéndose por consumación al tenor del canon 1061 la realización de modo humano, del acto conyugal apto para engendrar prole, aunque el matrimonio se ordena por su propia naturaleza.

7.2 DISOLUCION DEL MATRIMONIO EN FAVOR DE LA FE.

Cuando el matrimonio no es sacramental puede producirse legítimamente la disolución de dicho matrimonio, siempre que concurra la justa causa del favor de la fe del cónyuge de un tercero.

Casos concretos en favor de la fe son la recepción del bautismo o la conversión, la conservación de la fe previendo situaciones peligrosas para ella, práctica y crecimiento de la vida cristiana". ¹³⁵

¹³⁵ Mariano López Alarcón y Rafael Navarro. "Curso de Derecho Matrimonial Canónico". Ob. cit., pág. 287.

Corresponde únicamente al Romano Pontífice la potestad de disolver el vínculo matrimonial en favor de la fe.

A la disolución del vínculo matrimonial en favor de la fe se le conoce como Privilegio Paulino y puede concretarse en los siguientes puntos:

1.- Matrimonio entre no bautizados.

2.- Bautismo de uno de ellos.

3.- Separación del que queda sin bautizar, misma que puede ser física (se aleja de la morada conyugal); o moral (sigue viviendo en el domicilio conyugal pero su comportamiento va en contra de las buenas costumbres y de la naturaleza misma del matrimonio).

7.3. DISOLUCION POR MUERTE.

Quando el matrimonio es rato y consumado no se disuelve más que por la muerte.

En realidad estamos ante una causa de extinción natural del matrimonio, más que ante una disolución

propia mente dicha.

Esta causa de extinción no plantea mayor problema, salvo en el caso de que no se tengan los elementos de convicción que prueben fehacientemente el fallecimiento del otro cónyuge.

En el Derecho Canónico no hay presunción legal de muerte como en el Derecho Civil por ausencia prolongada del cónyuge, sino que es necesario un procedimiento investigador, no judicial sobre la presunta muerte del cónyuge, a través del cual el Obispo diocesano debe llegar a la certeza moral sobre la muerte del cónyuge y declarar que ésta ha sucedido".¹³⁶ Este procedimiento está regulado por el Canon 1707, el cual analizamos con detenimiento al tratar el impedimento de ligamen o de vínculo, por lo que puede darse por reproducido cuanto entonces se dijo al respecto.

8.- DE LA SEPARACION PERMANECIENDO EL VINCULO.

La separación conyugal es una institución típica del Derecho Canónico. Desde el punto de vista jurídico, la separación supone una suspensión de los derechos y deberes conyugales, permaneciendo el vínculo.

¹³⁶ Fornés Juan "Derecho Matrimonial Canónico". Ob. cit., págs. 196 y 197.

El Canon 1151 establece: "Los cónyuges tienen el deber y el derecho de mantener la convivencia conyugal A NO SER QUE LES EXCUSE UNA CAUSA LEGITIMA". Esto es, si por alguna razón desaparece esa causa legítima de separación, los derechos y deberes conyugales retoman toda su vigencia.

Surge como interrogante obligada:

¿Cuáles son las causas legítimas de la separación?, al respecto el canonista Juan Fornés opina: "En el matrimonio, además de los derechos y deberes conyugales en sentido estricto, existen los principios informadores de la vida matrimonial, o sea las directrices generales del comportamiento de los cónyuges. Estos principios son cinco": ¹³⁷

- 1.- Los cónyuges deben guardarse fidelidad;
- 2.- Debe tenderse al mutuo perfeccionamiento material o corporal;
- 3.- Debe tenderse al mutuo perfeccionamiento espiritual;
- 4.- Los cónyuges deben vivir juntos; y
- 5.- Debe tenderse al bien material y espiritual de los hijos habidos.

Contestando al cuestionamiento planteado, son causas legítimas de separación, aquéllas conductas que lesionan gravemente alguno de esos principios. Por consiguiente, las causas legítimas de separación pueden

¹³⁷ Idem. Ob. cit., pág. 189.

resumirse en estos cuatro capítulos: adulterio, grave detrimento espiritual del cónyuge o de los hijos, grave detrimento corporal del cónyuge o de los hijos y abandono malicioso."

La separación puede ser perpetua o temporal; la única que puede dar lugar a una separación perpetua es el adulterio". ¹³⁸

¹³⁸ Idem. Ob. cit., pág. 190.

CAPITULO IV

CONCLUSIONES

1.- El divorcio civil es la instancia jurídica que disuelve, por autoridad competente, mediante un proceso legal y en los casos señalados expresamente por la ley, un vínculo matrimonial válido; dejando a los cónyuges en aptitud de contraer nuevo matrimonio.

2.- El divorcio civil produce tres efectos:

- a) Disuelve el vínculo matrimonial.
- b) Pone fin a la reciprocidad de los deberes que impone el matrimonio a los cónyuges.
- c) Otorga a los cónyuges divorciados la facultad de contraer nuevas nupcias.

3.- Nuestra legislación regula la separación de cuerpos, la cual opera cuando uno de los cónyuges padece alguna de las enfermedades enumeradas en las fracciones.

VI y VII del artículo 267 del Código Civil vigente para el Distrito Federal y Territorios Federales, si el cónyuge sano no desea hacer valer estas causas para disolver el vínculo matrimonial, puede solicitar al juez competente la autorización para vivir separado de su consorte enfermo, decretando dicha autoridad la separación, pero subsistirán las demás obligaciones que derivan de la relación conyugal: la fidelidad y ayuda mutua.

La separación de cuerpos no es un verdadero divorcio, relaja el vínculo matrimonial pero no lo destruye, por tal motivo los cónyuges separados no pueden contraer nuevas nupcias.

4.- Existen en la legislación Mexicana tres tipos de divorcio que disuelven el vínculo matrimonial:

- a) El Divorcio Voluntario de tipo Administrativo.
- b) Divorcio Voluntario de tipo Judicial.
- c) Divorcio Contencioso Necesario.

5.- Los elementos esenciales del matrimonio en el Derecho Canónico son:

- a) Unidad. Unión exclusiva de un sólo varón con una sola mujer.

b) Indisolubilidad: Unión Perpetua de los cónyuges, excluyendo el divorcio propiamente dicho.

6.- La doctrina en el Derecho Canónico, en relación con la indisolubilidad es la siguiente:

a) El matrimonio válido rato y consumado intrínseca y extrínsecamente indisoluble, ya que no puede ser disuelto por ninguna potestad humana, ni por causa alguna fuera de la muerte.

b) Hay disolución del vínculo matrimonial cuando el matrimonio es rato y no consumado, pues aunque se ha configurado como sacramento no ha alcanzado su plenitud integradora.

c) Existe también la disolución del vínculo matrimonial cuando el matrimonio no es sacramento, se haya consumado o no siempre que con su disolución se favorezca la fe.

De lo anterior podemos concluir, que el matrimonio, según el Derecho canónico, no es absolutamente indisoluble, ya que existen varios supuestos en que puede y de hecho y de Derecho ha sido disuelto por los

tribunales eclesiásticos.

7.- Ante la regulación del Derecho Canónico, para la disolución del vínculo matrimonial, surge la nulidad del matrimonio para aquellos casos en que se descubre la existencia de uno de los llamados impedimentos dirimentes que no son otra cosa, que obstáculos para la celebración válida del matrimonio. En estos casos, obtenida la sentencia de nulidad, los esposos quedan en aptitud de contraer nuevas nupcias ante la Iglesia Católica. En este orden de ideas, la nulidad canónica matrimonial, viene a hacer las veces de un divorcio para los católicos, ya que por ella quedan en libertad de contraer nuevas nupcias; sin embargo, la nulidad canónica matrimonial, nunca podrá considerarse como un verdadero divorcio, ya que a diferencia de éste, la nulidad nunca tiende a romper un vínculo matrimonial válido sino que se concreta, según la doctrina de los canonistas, a declarar la inexistencia de ese vínculo matrimonial, por haber faltado uno de los elementos esenciales para su formación o por haber existido un impedimento dirimente que impidió su configuración.

En las subsecuentes conclusiones pretenderé exaltar las similitudes y diferencias entre los impedimentos regulados tanto por el Derecho Civil como por el Derecho Canónico y en los casos que así lo ameriten aportaré una opinión muy personal.

8.- Como lo hemos estudiado, el impedimento de edad es regulado por ambos derechos con gran similitud; aunque de cualquier forma resaltan a la luz sus diferencias, las cuales las encontramos en el tipo de nulidad aplicable para cada legislación, ya que para el Derecho Canónico la nulidad es absoluta y para el Derecho Civil es relativa, amén de que para el primero no hay convalidación automática del matrimonio cuando éste se celebró antes de la edad permitida y los cónyuges han llegado a la edad establecida, no así para el segundo donde el matrimonio celebrado en estas circunstancias queda convalidado en los términos del artículo 237 del Código Civil.

9.- Con relación a la impotencia concluimos que ambos enfoques tanto el civil como el canónico han coincidido en afirmar que la impotencia incurable constituye un obstáculo infranqueable, para el normal desarrollo de la vida conyugal.

10.- Dada la gravedad de la conducta que existe al configurarse el supuesto jurídico que encuadra al impedimento de existencia de matrimonio anterior, tanto el Derecho Civil como el Canónico, condenan severamente este proceder, con la nulidad absoluta del segundo matrimonio.

11.- Civilistas y Canonistas coinciden en darle al rapto la categoría de impedimento para celebrar matrimonio válido, debido a que el consentimiento emanado por el cónyuge raptado está viciado por el miedo que engendra la violencia necesaria para poder consumar el rapto.

12.- El Derecho Canónico contempla al crimen como un impedimento que produce la nulidad absoluta (como todos los impedimentos de Derecho Eclesiástico).

Sin embargo, este impedimento puede ser dispensado, la razón de la dispensa que otorgan los canonistas a este impedimento, siendo el mismo un acto reprobable y hasta inhumano, descansa en los principios regidores de la Iglesia Católica como lo son el amor y el perdón al cual se hace acreedor una persona arrepentida, no obstante en la práctica es sumamente difícil que se llegue a otorgar la dispensa correspondiente, según lo analizamos en su momento.

En materia civil como ya quedó establecido también es tutelado el crimen de cónyuge para casarse con el que queda libre, como un impedimento, que a diferencia del Derecho Canónico produce nulidad relativa. Para finalizar el comentario personal relativo a este impedimento; me permitiré hacer una pequeña reflexión respecto del contenido del artículo 244 de nuestro Código Civil; que a la letra dice:

"La acción de nulidad proveniente del atentado contra la vida de alguno de los cónyuges para casarse con el que quede libre, puede ser deducida por los hijos del cónyuge víctima del atentado, o por el Ministerio Público, dentro del término de seis meses, contados desde que se celebró el nuevo matrimonio".

Dada la gravedad y el tinte mounstruoso que encierra el supuesto contenido en el artículo en cuestión, desde mi particular punto de vista no estoy de acuerdo con su parte final "...dentro del término de seis meses, contados desde que se celebró el nuevo matrimonio". Considero que establecer un término específico dentro del cual deba ser ejercitada la acción de nulidad correspondiente, no tiene razón de ser y menos aún si este término empieza a correr desde el momento en que se celebró el nuevo matrimonio, por las siguientes razones:

a) En primer término, las investigaciones policíacas necesarias para encontrar a las personas de las cuales se sospecha que hayan tenido un motivo para realizar el crimen, así como las averiguaciones previas y el proceso penal corespondiente requieren de mucho tiempo, que en nuestros Tribunales puede ser hasta de más de dos años para obtener sentencia.

b) Una vez dictada la sentencia que condene a la persona por homicidio del cónyuge para casarse

con el que quedó libre, tendremos el elemento legal idóneo para poder probar la nulidad del matrimonio contraído por el homicida con el cónyuge superstite; para entonces y en el entendimiento de que dicho matrimonio se realizó antes de que se hiciera el proceso penal contra el sujeto activo del delito que se analiza; el término de seis meses que establece el artículo que nos ocupa, ya habrá fenecido y por ende, ni los hijos del cónyuge víctima del atentado ni el Ministerio Público estarán en posibilidad de intentar la acción de nulidad aplicable a ese nuevo matrimonio.

c) Por tales consideraciones, pienso que la existencia del término de seis meses contados desde que se celebró el nuevo matrimonio, beneficia al cónyuge o cónyuges homicidas para el caso de que ambos hayan estado de acuerdo en el homicidio para poder así contraer nuevas nupcias.

El beneficio a que me refiero es aquel que obtienen los nuevos cónyuges, si pasa dicho término, porque en tal supuesto el matrimonio celebrado entre los implicados del crimen ya no podrá ser declarado nulo por nada ni por nadie.

Aunque los implicados en dicho crimen -el cual realizaron con el objeto de contraer nuevo matrimonio entre ellos- sean castigados con todo el rigor de la

ley penal; la existencia del multicitado término de seis meses, en cierta forma protege a ese matrimonio contraído en tan monstruosa forma.

Por todo lo anterior, sugeriría que desapareciera del artículo 244 del Código Civil el párrafo siguiente: "...Dentro del término de seis meses, contados desde que se celebró el nuevo matrimonio". O en su defecto que se corrigiera la redacción del mismo para quedar como sigue: "Dentro del término de seis meses, contados a partir del día en que se tuvo conocimiento pleno de que el homicidio fue perpetrado con el fin último de contraer nuevo matrimonio con el cónyuge superstite".

Por su parte, la acción de nulidad que nace del impedimento de crimen en el Derecho Canónico puede ser ejercitada por los hijos, herederos o por el promotor de justicia, no existe término para ejercitarla y no opera la prescripción cuando el acto se comete con dolo. Por lo que considero más justa la tutela que hace el Derecho Canónico a este respecto.

13.- Respecto al impedimento de afinidad, tenemos que los civilistas la tutelan con mayor rigor ya que dicho impedimento produce nulidad absoluta, no es dispensable, puede ser invocado en todo tiempo y no hay

convalidación posible. En tanto que los canonistas, al respecto, dan un poco de flexibilidad a su legislación, considerando como impedimento solamente a la afinidad en línea recta no extendiéndolo a la línea colateral y además de poder ser dispensado, esta facultad ni siquiera está reservada como en otros casos al Romano Pontífice, sino que dicha dispensa puede ser otorgada por el ordinario del lugar tal y como lo estudiamos en su momento.

14.- En materia canónica la causa de nulidad emanada del impedimento de parentesco legal es más amplia, puesto que la legislación eclesiástica comprende la adopción plena, por la cual se genera el parentesco entre el adoptado, el adoptante y sus familiares; en síntesis para el Derecho Civil sólo hay dos casos en los que opera este impedimento: a) cuando el adoptante contrae matrimonio con el adoptado y b) cuando el adoptante celebra matrimonio con los hijos del adoptado; produciéndose nulidad absoluta sólo en el caso de que el matrimonio se haya celebrado cuando el lazo jurídico resultante de la adopción no haya cesado. Por otro lado, la legislación canónica no contempla esta salvedad, pero la substituye con la dispensa que puede ser otorgada por el ordinario del lugar; aunque dicho impedimento abarca a más casos que los contemplados por la ley civil, debido a que el Canon 1094 considera nulo al matrimonio celebrado por personas unidas por la adopción en línea recta (padre o madre adoptante con el

adoptado, adoptado con cónyuge viudo del padre o madre adoptante) y en segundo grado de línea colateral (adoptado e hijo del adoptante).

15.- En relación al error como causa invalidante del matrimonio, analizando conjuntamente a la legislación civil y a la canónica podemos concluir, que en este aspecto nuestro Código Civil es más restringido ya que sólo considera al error en la persona como causa de nulidad, y por su parte el Código de Derecho Canónico aparte del error en la persona, considera la posibilidad de declarar nulo el matrimonio por la falsa apreciación de las cualidades que cree uno de los contrayentes que el otro posea.

Así pues, para el Derecho Canónico, cuando el contrayente pretenda una cualidad en forma directa y principal, misma que no posee su consorte, la convierte en el objeto de su consentimiento, y al no existir objeto, obviamente el acto es nulo.

BIBLIOGRAFIA**ALONSO ALIJA HONORIO**

La Nulidad y disolución del Matrimonio, sus causas hoy otras nuevas en el futuro.
2a. Edición
Ed. Gráficas Uguina
Madrid 1974.

ARRILLAGA BASILIO JOSE

Recopilación de leyes, decretos, bandos, reglamentos, circulares y providencias de los Supremos Poderes y otras autoridades de la República Mexicana.
México, D.F., 1860.

**AUSEJO SERAFIM DE
BIBLIA SAGRADA**

O.F.M.
Barcelona, 1965.

BONNECASE JULIAN

La Filosofía del Código de Napoleón aplicable al Derecho de Familia.
Traducción José Ma. Cajiga
Puebla, México, 1945.

CADENA Y ELETA JOSE

Tratado Teórico Práctico de Procedimientos Eclesiásticos en Materia Civil y Criminal.
Ed. Gregorio del Amo
Madrid, 1894.

CALVARIO DOMINGO

Instituciones de Derecho Canónico
Ed. Vicente Salva
París, 1846.

CANADIAN AURELIO

Instituciones de Derecho Privado
Ed. Uteha
México, 1961.

CANCE ADRIANO Y ARQUER MIGUEL DE

Código de Derecho Canónico comentado.
Ed. Litúrgica Española, S.A.
Barcelona, 1934.

DEVOTI GIOVANNI ARZ

Instituciones Canónicas
Ed. Rosa A. Bournet
París, 1852.

DICCIONARIO ENCICLOPEDICO QUILLET TOMO V

Ed. Cumbre, S.A.
6a. Edición
México, D.F., 1976.

DONOSO JUSTO

Instituciones de Derecho Canónico
B. Heisen, 1909.

DUBLAN Y LOZANO

Legislación Mexicana completa de las disposiciones expedidas desde la Independencia de la República.
Edición Oficial
México, 1882.

FOIGNET RENE MANUEL

Elementos de Derecho Romano
Editorial José M. Cajiga
Puebla, México, 1948.

FORNES JUAN

Derecho Matrimonial Canónico
Editorial Tecnos
Madrid, 1990.

FLORES BARROETA BENJAMIN

Lecciones de Primer Curso de Derecho Civil
México, 1960.

GALINDO GARFIAS IGNACIO

Derecho Civil
Ed. Porrúa, S.A.
3a. Edición.

GOMEZ SALAZAR FRANCISCO

Instituciones de Derecho Canónico
León Herederos de Miñón, 1891.

GONZALEZ JUAN ANTONIO

Elementos de Derecho Civil Mexicano
Ed. Trillas
México, 1942.

JÖRS PAUL

Derecho Privado Romano
Editorial Labor
Barcelona, 1937.

LEMUS GARCIA RAUL

Compendio de Derecho Romano
Editorial Limas.

LOMBARDIA PEDRO Y ARRIETA JUAN IGNACIO

Código de Derecho Canónico
Edición Anotada
Ed. Paulinas
México, 1984.

LOPEZ ALARCON MARIANO

Curso de Derecho Matrimonial Canónico y Concordado
Madrid, 1984.

MARGADANT S. GUILLERMO FLORIS

El Derecho Privado Romano
Ed. Esfinge, S.A. de C.V.
México, 1986.

MEJIA PEREDA ALEJANDRO
La Historia a la Salvación
Ed. Progreso, S.A.
México, 1985.

MEJIA PEREDA ALEJANDRO
La Vida de la Iglesia
Ed. Progreso, S.A.
México, 1985.

MORALES JOSE IGNACIO
Derecho Romano
Editorial Trillas
México, 1987.

MUÑOZ LUIS
Derecho Civil Mexicano
Ediciones Modelo
México, 1971.

PACHECO E. ALBERTO
La Familia en el Derecho Civil Mexicano
Ed. Porrúa
México, 1985.

PALLARES EDUARDO
Apuntes de Derecho Procesal Civil
Ed. Botas
México, 1964.

PALLARES EDUARDO
El Divorcio en México
Ed. Porrúa, S.A.
6a. Edición
México, 1991.

PETIT EUGENE
Derecho Romano
Traducción de Manuel Rodríguez Carrasco
Editorial Araujo
Buenos Aires, 1943.

PINA RAFAEL DE
Elementos de Derecho Civil Mexicano
Ed. Porrúa, S.A.
México, 1956.

PINA RAFAEL DE
Instituciones de Derecho Procesal Civil
Ed. Porrúa, S.A.
México, 1964.

PINA RAFAEL DE
Diccionario de Derecho
Ed. Porrúa, S.A.
9a. Edición
México, 1980.

PRAT FERDINAND S.J.
Jesucristo, su vida, su doctrina, su obra.
Ed. Jus
México, 1948.

RICCIOTTI GIUSEPPE
Vida de Jesucristo
Traducción de Luis Miracle
Edición Primera
1960.

ROJINA VILLEGAS RAFAEL
Compendio de Derecho Civil
Ed. Antigua Librería Robredo
México, 1964.

ROJINA VILLEGAS RAFAEL
Derecho Civil Mexicano
Porrúa, Tomo I
México, 1976.

ROMERO DE GARCIA FERNANDO
Diario de los Debates del Congreso Constituyente
Imprenta Cámara de Diputados
México, 1922.

RUGGIERO ROBERTO DE
Instituciones de Derecho Civil
Ed. Fondo Hilario Medina
Madrid, 1931.

VIGIL M. JOSE D.
México a través de los Siglos
Tomo V
Ed. Cumbres
México, 1977.

LEGISLACION

Código Civil del Imperio
Boletín de Leyes del Imperio Mexicano
México, 1865.

Código Civil para el Distrito Federal y Territorios Federales de
1870.

Código Civil para el Distrito Federal y Territorios Federales de
1884.

Ley de Relaciones Familiares de 1917.

Código Civil para el Distrito Federal y Territorios Federales de
1928.

Legislación Preconstitucional de la Revolución Mexicana.
Ediciones Populares del Gobierno de Jalisco, 1959.

Código de Derecho Canónico de 1983 (Codex Iuris Canonici).

Código Penal vigente para el Distrito Federal.