

301809

16
2e)



UNIVERSIDAD DEL VALLE DE MEXICO

ESCUELA DE DERECHO
CON ESTUDIOS INCORPORADOS A LA
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

**ANALISIS DE LA IMPOTENCIA SEXUAL COMO
CAUSAL DE DIVORCIO PREVISTA EN LA
FRACCION VI DEL ARTICULO 267 DEL CODIGO
CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL**

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADA EN DERECHO
P R E S E N T A :
NORMA LILIA BONIFAZ NAGORE

PRIMER REVISOR
LIC. MARTIN MARTINEZ VARGAS

SEGUNDO REVISOR
LIC. LETICIA ARAIZA MENDEZ

TESIS CON MEXICO, D. F.
ALLA DE ORIGEN

1994



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.

DEDICATORIAS

A MIS PADRES

Antonio Bonifaz Valenzuela
Lilia Nagore Mejia.

*Que con su amor me formaron con su luz
me guiaron para escalar los peldaños de
mi vida con seguridad hacia mis metas.*

A MI HIJA.

Ingrid.

*Por tu gran tiempo y Comprensión que me haz dado, para poder lograr la
meta que me propuse.*

A MI ESPOSO.

*Gracias por tu ayuda, por tu
comprensión, por tu amor desinteresado
por ser la persona que eres.*

A MIS HERMANOS

Sergio, Grisell y Antonio

Los que siempre a mi lado han estado dandome lo mejor de mi carrera

A MI PROFESORA.

Profa. Leticia Araiza Méndez.

*Por su gran ayuda que me brindo
en mi camino, para mis logros y
metas con amor.*

A MIS QUERIDOS AMIGOS

Norma, Tere, Magi, Anival, Lorenzo.

Que con amor, aprecio y constancia, me alentaron a lo largo de mi carrera

A MIS SOBRINOS.

Giovana, Pamela, Daniela, Sergio, Christopher, Estefani.

Que son mi adoración.

A MIS PROFESORES.

Con respeto al Lic. Javier González del Valle Campoamor, Al Lic. Jorge Estudillo Amador y Lic. Martin Martinez Vargas. Por reconocimiento a su labor.

A MIS AMIGAS.

Alicia Vázquez y Adela González.

Gracias por su apoyo físico y moral que sin el no hubiera obtenido este trabajo.

INDICE

INTRODUCCION

CAPITULO I.

ANTECEDENTES HISTORICOS DEL MATRIMONIO.

1) En Roma	1
2) En España	6
3) En Francia	7

CAPITULO II.

ANTECEDENTES HISTORICOS DEL DIVORCIO

1) En Roma	13
2) En España	18
3) En Francia	22

CAPITULO III.

EL MATRIMONIO

1) El matrimonio en México	31
2) Concepto	33
3) Elementos de existencia y de validez del matrimonio	38
4) Efectos del matrimonio	55
4.1 Efectos entre conyuges.	55
4.2 Efectos en relación a los bienes	65
4.3 Efectos en relación a los hijos	68
5) Naturaleza jurídica del matrimonio.	71

CAPITULO IV

EL DIVORCIO

1) El Divorcio en México	79
2) Concepto	82
3) Noción jurídica del divorcio	85
4) Causales de divorcio señalados en el art. 267 del C.C. para el D.F. vigente.	89
5) Procedimiento para su obtención	92
6) Efectos del Divorcio	97
6.1 En relación con los conyuges.	97
6.2 En relación con los hijos.	97

CAPITULO V.

ANALISIS GENERICOS DE LA IMPOTENCIA SEXUAL DENTRO DEL MATRIMONIO.

1) Estudio de la Fracción VI del art. 267 del C.C. para el D.F.	101
---	-----

CAPITULO VI.

TESIS Y JURISPRUDENCIA SOBRESALIENTES.

1) Divorcio, Impotencia como causal de	109
Conclusiones.	114
Bibliografía.	117

INTRODUCCION

A través que transcurre el tiempo, nuestra sociedad dentro de su mismas necesidades de desarrollo, llega a crear un sin número de serios problemas de gran preocupación, punto importante para todo humano en el sentido de que tiene que estudiarlos comprenderlos y solucionarlos.

En esta circunstancia considero que es de vital importancia evolucionar uno mismo conforme a los cambios que nos llega a presentar nuestra sociedad y además tomar conciencia que el ritmo de vida nunca detiene su curso, sino al contrario, se impulsa cada día más y de esta forma crea mayor transformación. Es de suma importancia entender y estudiar esta desacelerada marcha social para poder así prevenir, y en su caso, dar solución a todo conflicto que pueda presentarse dentro de nuestra sociedad, y siendo aún más importante, los conflictos crecidos dentro de la familia, institución en la cual se refleja todo acontecer social y como consecuencia se generan problemas cada día más difíciles de entender y resolver, no obstante el principio, en ocasiones inquebrantable de considerar que el matrimonio es la única forma legal para crear una sociedad y como consecuencia la preservación de la especie.

El trabajo que a continuación me permito presentarles bajo el título "Análisis bajo la impotencia sexual como causal de divorcio, prevista en la fracción VI del Artículo 267 de Código Civil para el Distrito Federal", trata conflictos que a la fecha continúan desligando a la familia, debido al complejo entendimiento de esta causal conforme a derecho, acorde a nuestra realidad Social y la influencia lógica e indiscutible que tienen la moral y las buenas costumbres dentro de la vida familiar.

En el contenido de este trabajo trato de hacer un análisis del procedimiento y resultado de un juicio de divorcio por la causal de impotencia, no obstante existe seguridad dentro de mi idea que cualquier planteamiento o proyecto de regulación de este hecho así como las soluciones que se propongan, no estarán libres de objeción, pero de una cosa se tiene estar conciente adecuado procedimiento legal dentro de esta causal a las personas separadas dentro de su matrimonio, permanecerán disueltos de su pareja e hijos, personas quienes resienten en forma seria la disolución de todo matrimonio.

En cuanto a divorcio, considero que es digno de estudio y regulación sin que esto sea en detrimento de la familia, ya que esta es parte principal de toda sociedad y además en todos los sentidos. De igual forma estimo urgente que el legislador tome conciencia de esta realidad y proceda a darle un adecuado tratamiento legal.

Existe una gran responsabilidad dentro de cada uno de nosotros, en relación de sobrellevar, afirmar y defender los derechos y obligaciones de cada una de nuestras familias, mismas que crean a nuestra sociedad y es de vital importancia a mi consideración preservar por siempre la unión de cada familia para el bien de todos y principalmente nuestros hijos. No sin olvidar que una base firme dentro de toda familia es la convivencia en armonía para bienestar de todos aquellos quienes la componen.

CAPITULO PRIMERO

ANTECEDENTES HISTORICOS DEL MATRIMONIO.

1) EN ROMA.

Desde la antigüedad la celebración de las nupcias fue rodeada de solemnidades, algunas exigidas por la ley y otras por las costumbres.

En la ciudad de Roma, para que pudieran contraer enlace matrimonial, era necesario que los cónyuges gozaran del *Ius Conubii*, y por lo tanto la mujer debería de tener doce años y el hombre catorce años, dándose fundamental importancia a ser marido y mujer, situación que origino que los romanos designada con el nombre de *Afectivo Maritais*.

En los tiempos primitivos tenía ciertas formalidades el matrimonio en cuanto a su celebración. "Se conoció así la *Confarcatio*, que consistía en la división por parte de los esposos de una *Torta de Farro*, símbolo que significaba la iniciación de la vida en común, ceremonia que consistía en celebrarse ante diez testigos."¹

Se practico también la *Coemptio*, que era la venta realizada por quién tuviera potestad sobre la mujer misma, y ella ejercía potestad sobre éste, y el *Usus*, que es el matrimonio cuando la mujer ha sido poseída por el marido por el termino de un año sin interrupción, pudiendo ella evitarlo, dejando la casa conyugal por tres

¹ Enciclopedia Jurídica OMEBA, Industria Gráfica del libro S.R.L. Buenos Aires, 1979. Pág. 149

noches consecutivas. Estas formas de matrimonio se les denominaron matrimonios Cum Manu, por quedar la mujer bajo la potestad del marido.

Todas estas solemnidades fueron abandonadas con el tiempo, y comenzó a practicarse el matrimonio de solemne o por simple consentimiento, Sine Manu, que necesitaba además del consentimiento de los cónyuges, que la mujer fuera llevada a la casa conyugal realizándose así una tradición.

Es importante mencionar que el matrimonio romano ha sido en todos los tiempos monogámico.

"Etimológicamente la voz matrimonio deriva de los vocablos latinos Matrux y Munium, que significaban carga o gravamen para la madre, expresándose de este modo que es la mujer la que lleva el peso mayor, antes como después del parto".²

En otros países como Francia, Italia, e Inglaterra no reconocen la misma raíz etimológica donde se habla de Mariage, Matrimonio y Marriage, todas estas palabras son derivadas del marido.

Tratar de rastrear los orígenes del matrimonio sería un fracaso por los escasos elementos de certeza.

El matrimonio en la evolución del Derecho adoptó configuraciones de formas muy diversas, por lo que el matrimonio Justiniano es una copia del arcaico y

² IBIDEM. Pág. 147

este se integra por dos elementos esenciales, el físico que es la unión del hombre con la mujer, y significa la unión o comunidad de vida que se manifiesta exteriormente; la *Deductio* de la esposa *In Domun Mariti*. La *Deductio* inicia desde el momento en que viven juntos y esta relación es fija, que significa el momento en que el matrimonio se inicia; en este momento la mujer es puesta a disposición del marido, comparte la posición social del mismo, el poder del marido sobre la mujer puede interrumpirse, puede darse una absoluta paridad y una plena igualdad de derechos y deberes; pero es importante que el elemento físico no falte, que haya un estado de convivencia manifestado en la relación de la pareja, en poner a la mujer a disposición del marido. El otro elemento es el intelectual y psíquico, y es el factor espiritual que le da vida a el material o corporal del mismo modo que en la posesión, a ella se equipara el matrimonio en las fuentes romanas con frecuencia.

"El *Animus*.- Es el requisito que integra o complementa el *corpus*; este elemento espiritual es el *Afectivo Maritales*",³ o sea, la intención de quererse al marido y la mujer. La voluntad que tiene la pareja de crear y mantener la vida en común, de perseguir los fines de la sociedad conyugal, una voluntad que debe prolongarse en el tiempo, para que sea duradera y continua, renovándose porque sin esto la relación que existe pierde su valor, cuando estos dos factores concurren el matrimonio queda constituido si uno de ellos falta o desaparece no surge o se extingue el matrimonio, nada más es necesario a su existencia, no se requiere de formas determinadas, no precisa la intervención del estado ni el uso de escrituras o instrumentos nupciales. Es la sola voluntad del hombre y de la mujer que crea el vínculo matrimonial y de su voluntad depende que perdure.

³ RAFAEL ROJINA VILLEGAS, *Derecho Civil*, edit Porrúa. Tomo II. Pág. 201.

En el Derecho Romano el matrimonio sólo existía entre los libres, ya que la uniones entre esclavos, o entre libres y esclavos eran contubernio, aunque estas uniones terminaran por aplicarse ideas y reglas propias del matrimonio; se formaban no con una forma determinada, sino por la convivencia por el elemento intencional.

Pacchioni, escribe en unas páginas no recientes que el matrimonio es una relación Jurídica que nace de un contrato es decir del consentimiento de las partes, de quererse como marido y mujer y se concluye con formas solemnes, civiles o religiosas.

Para el pueblo romano el matrimonio era simplemente un hecho jurídico una relación social productora de consecuencias jurídicas, era la convivencia de un hombre con una mujer animada por la pareja, y esta se formaba por la convivencia, el matrimonio era una relación de hecho determinado con voluntad de unión y permanencia no es jurídicamente diferente de lo que es In Natura, ya que ellos elevaron el concepto social y ético del matrimonio a la esfera jurídica sin modificarlo, sin darle una disciplina civil.

El pueblo romano considero que el Derecho Romano fundo el instituto matrimonial en la intención de quererse el marido y la mujer con la voluntad de mantener vida en común y el "Honor matrimonial"; (que según Albertario es el hacer a la mujer participe del rango y de la dignidad del marido)".⁴

⁴IBIDEM. Pág. 202.

La *Affectio Maritalis* vendrá a ser la voluntad continua del varón y de la mujer para estar unidos en matrimonio; la convivencia de la pareja constituiría la base material y visible de la unión.

"Conocida es la definición de Modestino en la cual señala que *Sunt Coniunctio Maris et Feminae Consortium Omnis Vitae Divini et Humani Iuris Communicatio*. Lo que significa la nupcias son la unión del varón y de la mujer, consorcio de toda la vida, comunión en el Derecho Divino y Humano."⁵

"Más famosa es aún la definición de Justiniano en las *Institutas*, *Nuptias Autem Sive Matrimonium est Vitae Mulieris Coniunctio Indivisa Consuetudine Vitae Continens*. Que significa nupcias o matrimonio es la unión del varón y de la mujer que contiene el propósito de vivir en comunidad indisoluble."⁶

Por lo que los juristas de aquella época, señalan dos aspectos importantes del matrimonio; como la comunión total o sea, todas las cosas divinas y humanas deben ser llevadas en conjunto por marido y mujer; y en segundo lugar destaca el vínculo jurídico en que se hacia consistir el matrimonio.

Los juristas del Derecho Romano de la época clásica entendían que el matrimonio es una institución jurídica. En este sentido de vínculo que produce derechos y obligaciones define "Las siete partidas; el matrimonio como ayuntamiento

⁵ ALBERTO PACHECO ESCOBEDO. La familia en el Derecho Civil Mexicano, edit. Panorama. Primer curso. Pág. 59.

⁶ *IBIDEM*. Pág. 59.

de marido e de mujer, hecho con tal intención de venir siempre en uno e de non de departir, guardando lealtad cada uno de ellos al otro, e non se yuntando el varón a otra mujer, ni ella a otro varón, viviendo ambos lados ".⁷

Max Kaser ha demostrado que en el antiguo Derecho Romano; su objeto es resolver si una persona le corresponde poder sobre otra persona y cosa. El matrimonio romano no produce modificaciones en la distribución de cosas o personas en las monarquías domésticas.

El padre conserva la patria potestad sobre su hija casada con otro romano. La mujer sui iuris cuando celebra un matrimonio simple, conserva el poder sobre sus cosas.

2) EN ESPAÑA

España sanciona su propio Código Civil en 1889 y en su artículo 42 establece que hay dos formas de matrimonio en esta Ley, se reconoce el canónico y el civil.

Durante la época de la colonización Española el matrimonio se hallaba primeramente regido por las disposiciones legales vigentes en la metrópoli; y Posteriormente fueron dictándose reales cédulas y también por ordenanzas que contemplaron situaciones especiales y acomodaron dicha legislación a las necesidades de los pueblos americanos.

⁷ IBIDEM Pág. 59, 60.

La legislación Hispánica nutrió sus raíces principalmente en los Derechos Romanos y Canónico y en el instituto matrimonial, su regulación siguió los pasos de la reglamentación de la iglesia católica.

España es uno de los países que obligan a la gente católica a la celebración de las nupcias ante la iglesia, permitiéndose solamente a las personas no católicas el matrimonio civil.

"La regulación de matrimonio en España entra en la legislación comparada y presenta caracteres fundamentales; Es monogámico, es permanente, es excepcionalmente disoluble, es civil."⁸

España nutrió sus raíces fundamentales en el Derecho Romano, en el canónico así como en el Germánico. En 1867 los matrimonios mixtos entre españoles y mujeres negras o mulatas cortaba la libertad matrimonial de manera indirecta.

3) EN FRANCIA

En los siglos XVI a XVIII, se empezó a crear una Legislación Civil en relación al matrimonio no Religioso; que habría de promulgarse en la regulación de las nupcias llevadas a cabo en la Revolución Francesa.

⁸ ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA, OBCIT Pág. 152.

En el siglo XVIII, en la constelación intelectual brillaban las estrellas más luminosas Rousseau, Voltaire y Montesquieu, quienes abrieron camino preparando una revolucionaria transformación para el futuro de Europa.

Partiendo de que el hombre es un ser racional y libre se consideraba al matrimonio como un contrato, y así como había libertad para formarlo había libertad para rescindirlo. En Francia se veía al matrimonio como un Contrato Civil en 1791.

En 1792 se admite el divorcio absoluto por mutuo consentimiento y aún contra la voluntad de uno de los cónyuges por incompatibilidad de caracteres. Esta situación no fue duradera; después de una década Portalis sostuvo que el hombre estaba asociado con la naturaleza por medio del matrimonio y que estaba asociado con la naturaleza por medio del matrimonio y que las nupcias llevaban un carácter de permanencia para un doble fin para organizar la familia y perpetuar la especie.

El Código de Napoleón, admitió el divorcio en casos excepcionales, manteniendo la secularización del matrimonio, pero en 1816 lo suprimió cuando cae Napoleón.

"En Francia durante el siglo XVI, se difundió una Teoría Teológica-Jurídica que separaba dentro de el matrimonio, el Contrato de Sacramento: la regulación del contrato es competencia exclusiva del Estado, pero es supuesto para recibir el sacramento del matrimonio."⁹

⁹ RAFAEL ROJINAS VILLEGAS.- ORCIT. Pág. 205.

"En el Tratado de Derecho Civil de Ennecceros, Kipp y Wolf, se expresan las causas que permitieron crear un concepto Laico sobre la Institución del Matrimonio".¹⁰ Por lo que esta obra considera que la reconquista del matrimonio y de la Jurisdicción en el matrimonio nace de tres factores; Protestantismo, las ideas de la Iglesia Galicana y las del Derecho Natural.

Influyo el protestantismo al ser rechazado el matrimonio como sacramento.

Los Reformadores así como Lutero rechaza la naturaleza sacramental del matrimonio como una cosa externa, mundana como el vestido y la comida sujeta a la autoridad secular en relación a la importancia moral y religiosa del matrimonio. El protestantismo, exige que el estado ordene con el espíritu evangélico el matrimonio.

En el siglo XVI y subsecuentes las ordenaciones territoriales eclesiásticas fueron dictadas por los soberanos aconsejados por los teólogos. El derecho matrimonial desenvuelto en ellas se apoyan en ideas unitarias que se basan en la doctrina evangélica. La Jurisdicción en las causas matrimoniales es atribuida a las autoridades territoriales y Juristas Eclesiásticos.

Es aplicado y reconocido como derecho Supletorio el Derecho Matrimonial Canónico, siempre y cuando no choque con la Doctrina Evangélica.

En los siglos XVI, XVIII, los teóricos niegan como Lutero la naturaleza sacramental del matrimonio y toman del Galicanismo, el concepto de

¹⁰ IBIDEM Pág. 205.

matrimonio como contrato civil; Influidos así en la Legislación Revolucionaria y Napoleónica de Francia se determinó la atribución de las causas matrimoniales a tribunales puramente seculares, también se dieron facilidades para el Divorcio.

El sistema civil obligatorio es el que se impone a todos los ciudadanos a la celebración del matrimonio civil, considerando nulo o inexistente cualquier unión puramente privada o religiosa, su origen se debe a la Revolución Francesa.

"En la celebración del matrimonio hay dos variedades que se imponen, es previo al matrimonio religioso, el matrimonio civil, y el otro se deja en libertad a los contrayentes para celebrar la ceremonia religiosa antes o después del acto civil; el primer criterio es de la Iglesia al Estado y el segundo criterio de independencia recíproca en los poderes religioso y temporal".¹¹

En el Derecho Francés, la falta de solemnidades no da lugar a la inexistencia si no a la nulidad absoluta del matrimonio.

Hasta el siglo XVIII, el estado reconocía plena validez a los matrimonios celebrados en el rito religioso. En Francia a fines del siglo el estado solo aceptó los matrimonios celebrados de acuerdo con la Ley Civil.

Bonnecase en su obra; La filosofía de Código de Napoleón aplicada a el Derecho de la Familia, afirma que es falsa la tesis contractual, hace un estudio del matrimonio desde todos los puntos de vista, reconoce que los trabajos preparatorios

¹¹ *IBIDEM* Pág. 207

del Código Napoleón, resultando que los redactores no lograron negarse a quitar de la creación la idea del matrimonio contrato, cuando vieron que había diferencias.

"Rousseau dice que el matrimonio es la más excelente y antigua de todos los contratos aún considerándolo en el orden civil es la más excelente, porque la sociedad civil está más interesada en él. Es el más antiguo porque fue el primero en los contratos que celebraron los hombres".¹² Inmediatamente después que Dios creó a Eva, de una de las costillas de Adán y que la hubo presentado a nuestros dos primeros padres, celebrando un contrato de matrimonio.

Bonnetcase considera que el matrimonio como contrato no cumple con las reglas que caracterizan, no existe autonomía de la voluntad por lo que se refiere a sus efectos y disolución. Este autor acepta la idea de Planiol, de que la función del Registro Civil es constitutiva en el acto matrimonial y el acto no puede celebrarse como los demás contratos en cualquier lugar, sino que debe otorgarse en el domicilio de alguno de los contrayentes".¹³ Por lo que el matrimonio debe anunciarse públicamente, el código en relación al matrimonio prevé medidas de protección del consentimiento de voluntad distintas de las que tienen los contratos en general.

En conclusión diremos que el matrimonio nada tiene en común con el contrato en cuanto a su formación y a su objeto no se aprovecha de la riqueza ni de los servicios susceptibles de valoración pecuniaria.

¹² IBIDEM Pág. 207

¹³ IBIDEM. Pág. 218

Bonnecase comenta que los comentarios del Código Napoleón tuvieron un error al juzgar la naturaleza del matrimonio. Aubry y Ram afirman que el Código Civil había hecho de el matrimonio un contrato. Los modernos Civilistas precisan que el matrimonio no es un contrato, estos autores lo distinguen filosóficamente y lo examinan conforme al Código Civil, y los comentaristas del Código Napolén en el siglo XIX mostrarqn indecisión al exponer su tesis del matrimonio contrato.

"Pianiol comenta que el matrimonio es un contrato por el cual el hombre y la mujer establecen entre si una unión que la ley sanciona y no se puede disolver voluntariamente".¹⁴

Colin y Capitant.- Establecen que el contrato civil en el que el hombre y la mujer se unen con el fin de vivir en común protegiéndose, y que el marido debe dar la ayuda necesaria como jefe del hogar.

¹⁴ IBIDEM Pág.218

CAPITULO SEGUNDO

ANTECEDENTES HISTORICOS DEL DIVORCIO

1) EN ROMA

El régimen que imperaba en Roma, a partir de la fundación de la ciudad, hasta la ley de las doce tablas, en relación con el divorcio, se particulariza por la dificultad con que se disolvía (por *diffarreatio*), el matrimonio por *confarreatio* (matrimonios entre patricios) diciéndose que el primer matrimonio de este tipo sometido a disolverse se realizó en el año 232 a.C.

La Institución del Divorcio fue aceptado y reglamentado legalmente a pesar de que no concordaban con las costumbres primitivas muy rígidas en este punto.

En la antigua Ley de Rómulo *ius divortendente* esto, el divorcio solamente era autorizado en el adulterio, provocación o aborto o abandono del hogar. En cambio otro tipo de divorcio se castigaba con la pérdida de los bienes del marido, en la primera época de Roma el marido tenía poder absoluto sobre la mujer, y este por su propia voluntad tenía el derecho a repudiar a su mujer sin informarle a ella de su decisión; por lo que nos explica "Pacchioni que *repudime* era el acto con el cual el marido, que tenía a la mujer in manu, elegía de su propia autoridad la disolución matrimonial con ella contratado".¹⁵

Pavón nos explica como se modifico esta situación con la evolución del Derecho en la época en que el matrimonio era "sine manu, en cuyo tiempo el divorcio era posible de una parte o de la otra, esto es: o de parte del marido o del padre en cuya

¹⁵ Enciclopedia Jurídica OMEBA.-OBCIT. Pág. 42

potestad el marido se encontrase o de parte de la mujer sui juris, o del padre en la potestad del cual estuviese en esta situación." ¹⁶

Ortolan nos dice que los romanos no tenían las mismas ideas que tenemos nosotros en relación con el matrimonio y el divorcio. Por lo que el matrimonio siendo un contrato se realizaba por el consentimiento de las partes, seguido de una tradición ; y de esta misma forma se disolvía, porque se decía que lo que se ligaba se podía desligar (guoniam quidquid ligatur solubile est). Por lo que a principios de Roma fue aceptado en las Doce Tablas el Divorcio, sus disposiciones no son desconocida y ha sido que por más de quinientos años no se atrevió ningún marido a repudiar a su mujer.

No hay información que nos pudiera indicar que los romanos abusaron del divorcio en los últimos años de la República, en donde se relajaron las costumbres en las familias; los títulos de Vir y de Uxor perdieron su dignidad, y la duración del matrimonio no excedió de su consulado.

Séneca y Juvenal satirizaron la ligereza de las costumbres y la facilidad que la gente principalmente la de alta alcurnia, apelaban al repudio y al divorcio.

El Pater Familia; era el que tenía derecho de la vida y de la muerte de cada uno de los miembros de la comunidad por lo que podía tener decisiones inapelables en cuanto al matrimonio con la generalización de los matrimonios libres, la potestad que el ejercía pasó al marido por lo que surge la oración que Aulio Gelio

¹⁶ **IBIDEM.** Pág. 42

puso en boca del severo Catón: "A menos de divorcio, el marido es juez de su mujer, en vez de sensor sobre ella tiene un imperio absoluto. Si ella hace algo deshonesto o vergonzoso, si ha bebido vino, si ha faltado a la fe conyugal él la condena y la castiga... Si sorprendiese a tu mujer en adulterio, podrías impunemente matarla sin juicio. Si tu cometieres adulterio, ella no se atrevería a tocarte con el dedo: así es la ley".¹⁷

En la segunda época en Roma de las Doce Tablas al advenimiento del Imperio, hubo una profunda depresión moral en la familia romana, se relajó la vida de la familia, se declinó la seriedad de las costumbres, el matrimonio perdió rigor jurídico, se degeneraron las relaciones entre los sexos y la disciplina anterior trajo consigo sociedades secretas de bacanales, la inclinación del celibato fue su natural consecuencia, hubo aumento de esterilidad y de adopción, la tutela se eludía por el matrimonio fingido, hay independencia de la mujer en cuanto a su fortuna, no usándolo frecuentemente sino como Lugo, se quiso corregir por la lex Oppia, pero se suprimió cuando las mujeres aparecieron en el foro, los divorcios se hicieron más frecuentes.

En el año 17 de la era actual promulgo el emperador un edicto de representación del adulterio con el nombre de Lex Julia de Fundotalis et Adulteris, que contiene bienes dótiles, matrimonio, celibato, paternidad y sanciona el adulterio, dicho edicto expresa "Nadie en lo sucesivo cometa un adulterio o un estupro".¹⁸

¹⁷IBIDEM. Pág. 43

¹⁸IBIDEM. Pág. 43

Ortolán nos dice que en las leyes de Augusto Julia y Poppea realizadas en el año 9 d. C. unas Constituciones Imperiales arreglaron el divorcio, fijaron las causas, castigaron los divorcios que se habían hecho sin motivo. El divorcio solo podía ser realizado por consentimiento de los esposos o por voluntad de uno sólo

En el divorcio sin causa justificada por cualquiera de los esposos que los hubiera provocado, tenían la pérdida de ciertos derechos pecuniarios, realizándose de este divorcio en presencia de siete testigos, después que uno de los esposos que lo hubiera provocado, enviará el acta de repudio. El marido después de la separación podía contraer matrimonio, en cambio la mujer no podía hacerlo hasta después de un año bajo la pena de infamia.

En el Derecho Justiniano tenemos el Divorcio por mutuo consentimiento, el repudio o divorcio unilateral por culpa del otro cónyuge, el divorcio unilateral, sin causa y finalmente el *divortium bona gratia* que significa divorcio por causa no imputable ni a uno ni a otro de los cónyuges, por lo que respecta al divorcio por mutuo consentimiento y el divorcio unilateral estos dos son lícitos.

Con el cambio de los emperadores romanos al cristianismo tubo una serie de trabas "El divorcio, porque no era posible que desapareciera por completo por tener tan profundamente esta institución en las costumbres romanas.

El matrimonio Civil por *Confarreatio* para poderlo disolver requería de solemnidades y estas se encontraban en la ley del *contrarius actus*.

"Las formas especiales para este divorcio eran creadas por los pontífices y consistían en una ofrenda a Júpiter (Dios del matrimonio), acompañado de verba".¹⁹

Se cree que los sacerdotes tenían la posibilidad de negarse a officiar la ceremonia cuando no existiera causa de divorcio reconocida por el derecho sacro.

Cuando las legislaciones modernas reaccionando contra el principio de la indisolubilidad absoluta, provocó que se volviera el divorcio, pero únicamente por causas determinadas, a reserva de distinguir sobre el número y naturaleza de las causas que pueda justificarlo.

"Los emperadores cristianos no suprimieron el divorcio que había echado profundas raíces en las costumbres, pero sí procuraban hacerlo más difícil obligando a precisar las causas legítimas de repudiación".²⁰

"Por otra parte numerosas constituciones señalaron, para casos de divorcio infinidad de penas más o menos graves contra el esposo culpable, o contra el autor de una repudiación sin causa".²¹

¹⁹ RAFAEL ROJINAS VILLEGAS. OBCIT Pág. 388

²⁰ IBIDEM. Pág. 412

²¹ IBIDEM. Pág. 412

Con la influencia cristiana se limitó la repudiación más no se desconoció en sí. Los emperadores querían limitar el abuso del divorcio a través de esta forma indirecta, sancionando al que repudiara sin causa.

El matrimonio se disuelve por la muerte de uno de los cónyuges, en el Derecho Romano, se admite además de esta causa natural, el divorcio o ruptura por voluntad de los interesados.

2) ESPAÑA.

"En la antigua legislación española encontramos en el Fuero Juzgo, la Ley II que permite el divorcio por adulterio de la mujer, mediante la autorización del obispo, y en la ley III autoriza al cristianismo o cristiana para separarse de la mujer o del marido con quién estaba casada antes por otra ley no cristiana".²²

El fuero Juzgo en colaboración con el elemento eclesiástico hacen desaparecer el repudio, admite el divorcio y fija como causa el adulterio y este debía hacerse ante un juicio ante un tribunal civil competente produciendo los efectos necesarios para la disolución en favor del cónyuge ofendido.

El divorcio por adulterio proviene de la interpretación que la iglesia le da al evangelio de San Mateo.

²²IGNACIO GALINDO GARFIAS.-Derecho Civil Edit. Purrua. Primer curso.
Pág. 580

"En España encontramos el Fuero Juzgo y en las partidas. En la ley I, Título VI, lib. III, del Fuero Juzgo leemos: la mujer que fuere dexada del marido, ninguno non se case con ella, si non sopiere que la lexo certamientre por escrito, o por testimonio". La ley VI Tit V, Lib III dispone: Todavía si el marido es tal que yaze con los barones o si quisier que faga su muier adulterio con otro, no querendo ella, o si lo permetió."²³ Mandamos que la mujer pueda casar con otro si se quisiere; De lo anteriormente escrito se puede comprender que el Divorcio por adulterio era concedido en tiempos históricos de España.

La legislación Española que influyo en los Códigos y leyes de otras naciones se inspiro en disposiciones de las Partidas relacionadas a la disolución conyugal; Por sentencia Judicial se debe hacer la separación de los cónyuges y no por propia autoridad.

Pertenece el conocimiento de las causas a la jurisdicción eclesiástica, solo deben intervenir los jueces eclesiásticos en causas de divorcio sin que puedan intervenir sobre alimentos, litix, expensas o restitución de dotes que son propias de magistrados, quienes son los encargados de la formación de los procesos, el fin es ofrecer los asuntos en las causas eclesiásticas, absteniéndose los provisoros de su conocimiento, y mandarlo a justicias reales para que las determinen y substancien conforme su naturaleza.

²³ ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA.- OBCIT. Pág. 44.

Si la pareja propone la separación debe informarse la causa ante el defensor de matrimonios, esto fue creado por la Constitución de Benedicto XIV del 5 de noviembre de 1741

Cuando la mujer informa que con la compañía del marido esta en peligro durante el juicio de separación, se deberá hacer constar esta situación por información sumaria, aunque no se le informe o se le cite al marido y ejecutar en caso de que se deposite o que se le secuestre a la cónyuge en un monasterio o en una casa honesta, prohibiéndole al varón que vaya a inquietarla.

El marido tiene la obligación de dar a la mujer alimentos durante y después del juicio de Divorcio. El cónyuge que haya tenido la culpa de la separación a menos que fuese pobre y la otra parte rica deberá dar alimentos a los hijos criarlos y tenerlos en su poder de el inocente.

Tratadistas Hispanos pensaban que debería de desaparecer absolutamente el divorcio tantos para los cristianos; en cuanto a personas de otra Religión que quisieran realizarlo lo hacer por repudio o divorcio.

En 1870 rigió en corto periodo la ley del matrimonio civil que casi en todos los pueblos, las leyes civiles las atribuyo al fuero común.

El Código Civil Español establece en su artículo 104 que el divorcio produce suspensión de los casados en la vida común. En el régimen de la República celebrado en 1932 se implanto el divorcio absoluto en que define la matrimonio y se

desenvuelve en cualquiera que hubiera sido su forma o fecha de celebración. Por divorcio decretado, por sentencia firme y estos quedan libres para contraer matrimonio, pero el culpable podrá contraer nuevamente matrimonio siempre y cuando haya transcurrido un año de sentencia.

Esta ley fue derogada por el régimen vigente sujetándose a la situación anterior, la cual se haya encuadrada en los artículos 104 y 105 del Código Civil.

El primer Código Visigótico, de Eurico contiene el pensamiento germano con venganza privada, la venganza de sangre La mujer solo comete el adulterio reprimido. En el fuero viejo de Castilla y en el fuero Real no hay sanciones civiles respecto a la sociedad conyugal se cree que el cónyuge inocente tiene facultad para solicitar la separación de su mujer.

El Código Civil Español vigente establece que una de las causas legítimas del divorcio es el adulterio de la mujer y del varón ya sea por escándalo público o por menos precio de la mujer.

Las injurias graves son causa de separación de los cónyuges conforme al Código Civil Español.

España no acepto el divorcio al contrario tuvo la idea de la "indisolubilidad del vínculo aún en los casos de adulterio"²⁴ siguieron en cuanto a

²⁴ RAFAEL ROJINAS VILLEGAS. OBCIT.-Pág. 421.

separación de cuerpos al Derecho Canónico ya sea por adulterio, en forma definitiva y en forma temporal por otras causas.

Por forma definitiva puede ser sin intervención de la autoridad, por adulterio de uno de los cónyuges siempre y cuando haya sido cierto, no consentido, cansado ni condenado no correspondido por este con igual falta. De modo temporal por afiliación de uno de los cónyuges a una secta católica, educación acatólica de la prole, vida criminal e infamante peligro grave, corporal o espiritual, servicios que hagan la vida común difícil.

Divorcio pleno o en cuanto al vínculo, es una de las instituciones jurídicas, objeto de las más ardientes controversias doctrinales y de las más acentuada diversidad legislativa.

La Reforma en el siglo XVI provoco un movimiento a favor del Divorcio, el cual fue restablecido en otros países en el texto evangélico se sobrepaso.

3) FRANCIA:

Es importante señalar, la evolución que ha tenido el matrimonio en el antiguo derecho Francés, dado que el Código Napoleón sirvió de inspiración a Códigos Europeos.

En la Revolución Francesa en donde se aceptaba el matrimonio como un contrato y no como sacramento, debería de llevar necesariamente hacia el divorcio.

"El principio de la autonomía de la voluntad como base fundamental de los actos jurídicos y de las ideas del individuo mismo, llevaron a la promulgación de la ley sobre el divorcio del 20 de septiembre de 1792, en la que se reconoció la posibilidad de disolver el vínculo matrimonial por numerosas causas entre las cuales se aceptaba la incompatibilidad de caracteres entre los cónyuges".²⁵

La evaluación del Derecho Francés fue consecuencia de que las ideas católicas en relación a la indisolubilidad del matrimonio perdieron valor. Y es hasta 1792 cuando legalmente se establece el Divorcio, caracterizándose por ser permitido.

"Por incompatibilidad de caracteres y además por adulterio, por injurias graves, por servicia, por abandono de un cónyuge o de la casa conyugal, también se reconocen causas que no implican una culpa un hecho inmoral o un delito, como la locura y la ausencia no imputable, también la emigración por más de cinco años fue causa de divorcio." ²⁶ Se admitió el divorcio voluntario así como el necesario en el Código Napoleón restringiéndose las causales y no aceptando como causa de Divorcio la incompatibilidad de caracteres, la locura, la ausencia, la emigración; y se aceptaron como causas de divorcio, el adulterio, así como las injurias graves, la servicia y las condenas criminales.

En el Código Civil se tomaron precauciones para reglamentar el divorcio, se suprimió el divorcio por incompatibilidad de caracteres por solicitarlo uno de los esposos

²⁵ IGNACIO GALINDO GARFIAS.- OBCIT. Págs. 580, 581.

²⁶ RAFAEL ROJINAS VILLEGAS. OBCIT.-Pág. 418

El divorcio por consentimiento mutuo se hizo más difícil, las causas para poder determinar el divorcio se redujeron de siete a tres medidas y realizaron efectos saludables.

En Francia encontramos un número ilimitado de causales de divorcio. Pothier decía que era necesario, dejar absolutamente todo al arbitrio y a la prudencia de los jueces.

Fue hasta 1816 conforme al Código Napoleón siguió el divorcio en Francia pero esto fue por una carta constitucional de 1814 que le dio al catolicismo el valor al estado de religión.

En la ley de 1816 se suprime el divorcio interpretándose como un desagravio a la iglesia, esto fue causa por la Revolución Francesa trayendo como consecuencia que el catolicismo no fuese religión de Estado. En este mismo año Bonald "deposito una ley relativa a la abolición del Divorcio".²⁷ esta ley fue la satisfacción para la iglesia contra lo dispuesto que nació de la revolución.

En la carta de 1830 el catolicismo fue privado del carácter de religión exclusiva, esto lógicamente provocaría que el divorcio fuera restablecido, aunque la Cámara de Diputados la voto cuatro o cinco veces, siempre fue rechazada por la de los pares.

En 1848 la Constituyente rechazo el restablecimiento del Divorcio hasta 1884 después de la supresión fue restablecida y esto fue consecuencia de una

²⁷IBIDEM.-Pág. 420.

prolongada campaña iniciada por Nangunt, en 1886, se modifico el procedimiento del divorcio

En 1816 hasta 1884 no se realizo ningún divorcio en Francia, a mediados del siglo pasado se niega al catolicismo el carácter de religión de Estado. En 1884 se reimplanta el divorcio pero en términos que estableció el Código Napoleón, restringiéndose el divorcio en caso de adulterio, injurias graves de servicia y de condenas criminales.

Ripert tratadista Francés nos dice que la historia del divorcio en el país es "La historia de la religión católica y más especialmente de las relaciones del Estado con la iglesia; desde el momento que la religión católica es religión del Estado, el divorcio queda prescrito, cesa de estarlo o puede ser restablecido desde el momento en que el estado se separa oficialmente de las confesiones religiosas".²⁸

Jossrand; en uno de sus pensamientos nos dice "El divorcio es una Institución prácticamente necesaria, un mal necesario, cuando desaparece en su forma confesada, reaparece oblicuamente en una forma más o menos disfrazada o dulcificada bajo otro nombre: Separación de cuerpo o nulidad de matrimonios: El dogma de la indisolubilidad tiene necesidad de una válvula de escape; si no, haría saltar la Institución misma que trata de proteger."²⁹

Cuando se elaboraba el Código Napoleón, el primer cónsul en aquella época no muy acorde con el Divorcio, comento que el divorcio era una familia

²⁸ ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA. OBCIT.-Pág.54.

²⁹ IBIDEM.-Pág. 54.

disuelta, que los esposos después de haber vivido estrechos lazos que la naturaleza y la ley hubiera podido formar entre personas razonables, se vuelven de repente en la vida de cada uno extraños sin poder olvidar los momentos que pasaron juntos, que son hijos, frutos de una desunión el cual tienen que respetar y querer a sus padres, aceptando la desunión de sus padres.

"La identidad de un hombre y de la mujer es un ideal pero cuantas veces este ideal es una ficción una decepción amarga.." ³⁰

La ley debe apegarse a la indisolubilidad cuando la unión este y sea contraria a la realidad. Berenger al discutir el matrimonio en cuanto a su situación en el Código Francés explicaba: Que la unión de dos almas es el matrimonio; matrimonio se nombrara a la unión de dos seres que existen y que en lugar de amarse se odian, no se apoyan en lo moral, al contrario se van desvalorizando ayudándose con una o varias excusas o provocaciones del otro, de tal manera que el matrimonio verdadero y moral es una desmoralización, por conclusión el matrimonio que no cumple con un objeto y un desarrollo moral, es mejor ponerle un término.

Un civilista francés menciona las ventajas del divorcio en cuanto a la separación de cuerpos, la vida en común cesa alcanzando una finalidad pero también las desventajas en cuanto a la pareja continua, unido por un celibato, de hecho una situación falsa encadenados a una situación que ya no existe más que teóricamente, y más humillante es seguir siendo cónyuge aún separados, más conveniente es arrancar

³⁰ IBIDEM.-Pág. 55.

por completo la raíz, en tratar de remediar o de curar esta situación, y todo esto es más bien religioso.

En 1884 en Francia se razona acerca del matrimonio cuando ya no es posible una relación para toda la vida, cuando los esposos se comprometen a una unión de perpetuidad, la unión dentro del matrimonio se hace imposible, el hogar se vuelve un desorden, un escándalo constante que resulta de las pasiones y de las debilidades humanas; es por eso que el legislador está obligado a intervenir y tomar en cuenta por ser el cuidador del orden y de las buenas costumbres, se pensó como remedio primeramente la separación de cuerpos, pero es insuficiente porque la separación de cuerpos hace que se desaparezca lo inconveniente de la vida en común, pero lo malo de esto es que existe el matrimonio, la pareja vivirá separada, pero siguen casados; y por tanto los esposos no siendo libres no pueden crear nuevamente una familia, su existencia quedará condenada a un forzoso celibato provocando una vida de adulterio por lo que "La separación de cuerpos hace desaparecer un mal pero lo reemplaza por otro".³¹

Ambroise Colin expresa que el Divorcio resalta en la superioridad sobre de lo que se crea de la separación de cuerpos. La situación de los cónyuges separados conduce a un concubinato adulterio y esto es perjudicial para los hijos, como sería un hogar desunido sujeto a cadena por la severidad de la ley, vale más un divorcio, una separación definitiva a una unión insoportable.

³¹ IBIDEM.-Pág. 57

"Ofrece a los desgraciados esposos las perspectivas de otras uniones mejor elegidas en las cuales podrán quizá reconstruir dos buenos hogares con los restos de un malo".³²

Si el divorcio no existiera y solo existiera la dispensa de cohabitar, los males que esto provocaría sería grave, dado que provocaría soledad, adulterio, hijos adulterinos ni derechos a alimentos, el vínculo que permanece acrecenta deshonor en el inocente cónyuge, se pone también en peligro el respeto que los hijos deben de tener a sus padres por dicha separación.

"Ergo: el remedio es aquí peor que la enfermedad, se toma preferible no aceptar la disolubilidad del matrimonio, pero tampoco acudir al sinapismo de la separación personal que acarrea infinitamente mayores males que los que intenta corregir".³³ Los nuevos Códigos de la familia elimina la sistematización de la institución por las deficiencias.

En las ciudades más alejadas de la capital eran más bajos los índices de divorcio y hay mayor demanda en la clase obrera que en la rural, como también había más demanda en las mujeres que en los hombres.

El abuso del Divorcio puede considerarse como un mal de la sociedad moderna como también de sociedades antiguas, por ausencia de principios morales.

³² **IBIDEM.**-Pág. 57.

³³ **IBIDEM.**-Pág. 57.

"El Código Francés admite el divorcio por toda condena o pena infamante sin que fuese al mismo tiempo aflictiva".³⁴ Por lo que había dos tipos de pena, la primera el destierro y la segunda la degradación civil.

La jurisprudencia considera que la prisión no entra como pena para promover el divorcio.

En Francia se consideran causas de Divorcio, cuando una condena sea definitiva y que emane de una jurisdicción francesa que no sea borrada por amnistía, que la condena sea posterior al matrimonio porque si es anterior no constituye un hecho nuevo.

JOAQUIN ESCRICHE. Define al matrimonio como la "Sociedad legítima del hombre y la mujer, que se unen en vínculo indisoluble para perpetuar su especie, ayudarse a llevar el peso de la vida y participar de una misma suerte".³⁵

JOSE ARIAS. Sostiene que el matrimonio "es la unión permanente, exclusiva y lícita del hombre y la mujer".³⁶

FELIPE CLEMENTE DE DIEGO. Afirma que el "Matrimonio civil es el contrato solemne regulado exclusivamente por las leyes civiles, por el cual se unen

³⁴ **IBIDEM.**-Pág. 68.

³⁵ Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia.

³⁶ Derecho de Familia.- Editorial Guillermo Kraft.-Argentina Pág. 77.

perpetuamente el varón y la mujer para el mutuo auxilio, procreación y educación de los hijos".³⁷ Discrepa del matrimonio canónico, porque éste es un sacramento.

MARCEL PLANIOL. Dice que el matrimonio "es el acto jurídico por el cual el hombre y la mujer establecen entre sí unión que la ley sanciona y no pueden romper por su voluntad".³⁸

HEINRICH LEHMANN. Propone en la siguiente definición "matrimonio es la unión contractual entre marido y mujer jurídicamente reconocida y reglamentada, en orden a la comunidad de vida indivisa y duradera".³⁹

³⁷ Instituciones de Derecho Civil Español.- Imprenta de Juan Pueyo.- Madrid.- 1932.- Pág. 149.

³⁸ Tratado Práctico de Derecho Civil Frances.- Tomo II.-Editorial Cultural, S.A. 1946.- pág. 42.

³⁹ Derecho de Familia.- Volúmen IV.-Editorial Revista de Derecho Privado.- Madrid.- 1953.- Pág.43.

CAPITULO TERCERO

EL MATRIMONIO

1) EL MATRIMONIO EN MEXICO.

En México, la institución del matrimonio fue similar a la de otros países como Francia y Holanda. En la época prehispánica existió el matrimonio poligámico, principalmente entre los grandes señores, en donde las esposas tenían diferentes categorías, a la esposa primera recibía el nombre de chihuapilli; Y se distinguían además las cihuanemaste, que eran las esposas dadas por su padre, y las esposas habidas en guerra o robadas recibían el nombre de tlacihuasanti.

En aquella época el matrimonio lo decidía la familia del varón, el cual era solicitado por las casamenteras y se realizaba mediante ritos religiosos.

En la Colonia se rigió en el Territorio Mexicano las leyes españolas, las cuales consistieron en el Fuero Juzgo, el Fuero Real, las Siete Partidas, las Cédulas Reales, y, especialmente en el matrimonio, la Real Pragmática del 23 de noviembre de 1776 en donde el derecho canónico es privado, y es donde se prohíben los matrimonios celebrados sin noticia de la Iglesia.

En la primera etapa del México Independiente, esta tradición se continuó un ejemplo se cita en el Código Civil en el artículo 78 de la Ciudad de Oaxaca en el año de 1828.

En 1853 se iniciaron tres tipos de reformas: religiosa, educativa y militar, en la primera se incluía al suprimirla injerencia de la iglesia dentro del matrimonio, pero es hasta la ley de 1855 cuando se suprime el fuero eclesiástico definitivamente, dando paso, a las leyes de Reforma y a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1857, en donde no se hace mención a la Religión Oficial.

En los Códigos Civiles de 1870 y 1884 se consideró a la institución como a la sociedad legal de un sólo hombre y una sola mujer, que se unen con vínculo indisoluble para perpetuar la especie y ayudarse al llevar el peso de la vida, y sólo se podrá celebrar ante el funcionario establecido por la Ley.

En 1917 surge la Ley de Relaciones Familiares, expedida por Venustiano Carranza, en esta Ley introduce cambios a la situación jurídica de los bienes de los cónyuges, incluye características de la disolubilidad para el matrimonio, evitando el rigorismo que privo en ese sentido por la influencia del derecho canónico, también en esta ley se sustenta el criterio de que la Familia esta fundada en el parentesco por consanguinidad y por la filiación tanto legítima como natural por lo que el matrimonio deja de ser el supuesto jurídico, que regula las relaciones de maternidad y paternidad y de patria potestad.

Para lograr el fomento en las uniones matrimoniales, la Ley de Relaciones Familiares suprimió en la celebración de matrimonios el procedimiento de publicidad, en dicha exposición decía las modificaciones más importantes a las instituciones familiares deberían de ocuparse a facilitar el matrimonio suprimiendo las publicaciones que se han demostrado son inútiles sin que esto sea óbice para que se

descuiden los intereses de los contrayentes y de la sociedad, exigiendo de ellos y los testigos que actúen con veracidad o en caso contrario habrá penas, cuyo, fin es que los testigos garanticen conocer a los pretendientes con anterioridad al acto, sin que la facilidad para contraer matrimonio impida que se exija al pretendiente menor de edad, el consentimiento del padre, sino también de la madre, ya que ambos están interesados en el porvenir de sus hijos, y tienen sobre el derechos y obligaciones que la naturaleza les otorga, dado su consentimiento el ascendiente no puede revocarlo sin motivo justificado.

2) CONCEPTO

Múltiples son los conceptos que existen del matrimonio, tantas, como puedo afirmar, personas que se han ocupado de éste, ya desde el punto de vista jurídico, sociológico, económico, religioso, ejerciendo influencia en el tiempo y lugar en que tal concepto se formula.

A continuación cito algunos conceptos que considero importantes.

De tal manera que en la concepción etimológica el matrimonio es la carga, gravamen o cuidado de la madre.

No obstante lo anterior, no todos los tratadistas están de acuerdo con el enunciado origen etimológico, como es el caso del jurista español José Castán Tobeñas.

En el Derecho Romano, el Jurisconsulto Modestino definió al matrimonio como "la unión del hombre y la mujer, implicando igualdad de condición y comunidad de derechos diviso y humanos".⁴⁰

El matrimonio en sentido jurídico formal, dicen Baudry-Lacantincric y Houques Fourcad, es el estado de dos personas, de sexo diferente, cuya unión ha sido consagrada por la ley.

El matrimonio en sentido histórico sociológico, a juicio de Westermarck, es una relación más o menos duradera entre el hombre y la mujer, que se prolonga más allá del acto de reproducción hasta después del nacimiento de la progenitora.

El matrimonio en sentido finalista, que recoge la idea moral de la civilización cristiana y moderna, es como afirma Ahrens la unión formada entre dos personas de sexo diferente con el propósito de constituir una comunidad perfecta de toda su vida moral, espiritual y física y de todas las relaciones que son su consecuencia.

Dentro de este mismo sentido los tratadistas Kipp y Wolff lo definen como la unión de un hombre y una mujer dirigida al establecimiento de una plena comunidad de vida".⁴¹

⁴⁰ PETIT, Eugene - Tratado Elemental de Derecho Romano.- Editorial Nacional, S.A.-México, 1963.-Pág. 104.

⁴¹ RAFAEL ROJINA VILLEGAS.-OBCIT.-Págs. 198 y 199.

JULIAN BONNECASE. Sostiene lo siguiente: "por matrimonio se designan dos cosas distintas; 1. La institución del matrimonio, es decir el conjunto de reglas que presiden, en el Derecho Positivo Francés, la organización social de la unión de los sexos; 2 El acto jurídico de una naturaleza especial, que expresa la adhesión a la institución del matrimonio, por parte de los futuros cónyuges".⁴²

SARA MONTERO DUHALT. Propone el siguiente concepto "matrimonio es la forma legal de constitución de la familia a través del vínculo jurídico establecido entre dos personas de distinto sexo, que crea entre ellas una comunidad de vida total y permanente con derechos y obligaciones recíprocas de terminados por la propia ley".⁴³

MANUEL F. CHAVEZ ASECIO. Para este tratadista "es el acto jurídico en el que los contrayentes bilateralmente expresan su consentimiento, y en forma administrativa el juez unilateralmente expresa su declaración. Su efecto es crear un estado familiar de donde derivan deberes familiares, derechos y obligaciones patrimoniales. En relación a los menores que se casan produce su emancipación, que significa adquisición de una relativa capacidad de ejercicio y, como consecuencia, extinción de esa incapacidad. En relación a su celebración, es solemne".⁴⁴

⁴² Elementos de Derecho Civil.-Tomo I.-Cárdenas, Editor y Distribuidor.-Pág.505

⁴³ Derecho de Familia.-Editorial Porrúa, S.A.-Pág.97.

⁴⁴ La Familia en el Derecho.- Editorial Porrúa, S.A.Pág.320.

RAFAEL DE PIÑA.- Nos dice que el matrimonio "puede ser considerado desde el punto de vista religioso como un sacramento, y desde el punto de vista civil, el matrimonio es un acto bilateral, solemne, en virtud del cual se produce entre dos personas de distinto sexo una comunidad destinada al cumplimiento de los fines espontáneamente derivados de la naturaleza humana y de la situación voluntariamente aceptada por los contrayentes".⁴⁵

También se afirma que "el matrimonio es un instituto jurídico, pero acaso de mayor importancia ...porque forma o constituye el fundamento de la sociedad civil, y representa a su vez la completa comunidad de vida de un hombre y una mujer, reconocida, amparada y regulada por el derecho... se encamina a la conservación y desarrollo de la especie; en él se encuentran los elementos de toda sociedad y todos los particulares comprendidos en el destino humano".⁴⁶

De los conceptos citados se aprecia coincidencia en ciertos puntos, pero también divergencia en algunos. Al no satisfacerme ninguno de estos conceptos, me aventuro a exponer mi concepto personal, considerando los razonamientos siguientes y nuestra legislación vigente.

El matrimonio es un "acto trilateral", que crea entre un hombre y una mujer una situación permanente de comunidad de vida. Esto difiere al definir al

⁴⁵ Elementos de Derecho Civil Mexicano.- Volúmen Primero.-Introducción personas Familia).- Editorial Porrúa, S.A.Pág. 314.

⁴⁶ IBARROLA, ANTONIO De.- Derecho de Familia.-Editorial Porrúa, S.A.- Pág. 137.

matrimonio, como acto jurídico, por lo que considero que no es un acto bilateral por que no solamente depende de la voluntad de los contrayentes, ni tampoco en donde dice quien es Antonio Ciciú que basta la voluntad del Estado, para que se forme la constitución del vínculo matrimonial. Pienso que es un acto trilateral. Puesto que se encuentra la voluntad de los dos contrayentes con la voluntad del Estado y esta es manifestada por el Oficial del Registro Civil. El Artículo 102 del Código Civil Vigente en el Distrito Federal, establece que el Oficial del Registro Civil en nombre de la ley y de la sociedad los une en matrimonio a los contrayentes siempre y cuando sea su voluntad.

De lo manifestado resulta que el matrimonio se constituye de tres voluntades: en primer lugar la de ambos contrayentes que manifiestan su deseo de formar el vínculo matrimonial y la del Estado que declara la unión legal de los contrayentes.

Por lo que manifiesto mi definición personal: Matrimonio es la declaración trilateral de voluntades, por la cual un varón y una mujer establecen una unión entre sí en forma duradera y plena para ayudarse y protegerse y perpetuar la especie a través de la procreación, por lo que el Estado sanciona esta manifestación de voluntades, la cual es reconocida y regulada por la ley civil.

3) ELEMENTOS DE EXISTENCIA Y DE VALIDEZ DEL MATRIMONIO.

En el matrimonio siendo un acto jurídico, tiene elementos de existencia y de validez; Los elementos de Existencia están constituidos por la manifestación de voluntad de los consortes y del Oficial del Registro Civil y por el objeto específico de la institución, que conforme con la ley consiste en crear derechos y obligaciones entre un hombre y una mujer, como son: El hacer vida en común, ayudarse y socorrerse mutuamente y guardarse fidelidad recíproca.

En relación a los elementos de validez en el matrimonio se requiere: La capacidad, la ausencia de vicios en el consentimiento, la observancia de las formalidades legales y la licitud en el objeto, motivo, fin y condición del acto y la forma se determinará en cuanto al papel que desempeña en el matrimonio, ya que puede ser un elemento de validez o un elemento de existencia del acto, por ser una verdadera solemnidad.

Los elementos de existencia podemos decir que son aquellos sin los cuales el acto jurídico no puede existir pues faltaría un elemento de definición, en cambio los elementos de validez son los que no son necesarios para la existencia del acto jurídico, pero en caso de inobservancia trae consigo nulidad absoluta o relativa, según lo determine la ley.

EL CONSENTIMIENTO COMO ELEMENTO ESENCIAL EN EL MATRIMONIO.

Hay tres manifestaciones de voluntad, la de la mujer, la del hombre y la del Oficial del Registro Civil, la voluntad del hombre y de la mujer deben formar consentimiento, es decir estar de acuerdo en unirse en matrimonio, y así el Oficial del Registro Civil exteriorice la voluntad del Estado para declararlos unidos en matrimonio eclesiásticos demuestra que no es una hipótesis simplemente de escuela, ya que hay personas que dan su consentimiento sin saber que es el matrimonio, sin tener idea de lo que es la unión carnal y lo que el matrimonio implica.

EL OBJETO COMO ELEMENTO ESENCIAL DEL MATRIMONIO

Todo acto jurídico requiere de un objeto que sea físico y jurídicamente posible, la imposibilidad en su forma origina la inexistencia del acto. En el matrimonio como en cualquier acto jurídico se encuentran el objeto directo y el objeto indirecto, el primero de estos consiste en la creación, transmisión, modificación y extinción de derechos o de obligaciones y el objeto indirecto solo existe en actos jurídicos en donde los derechos u obligaciones tengan relación con los bienes, pues los bienes constituyen el objeto indirecto de los derechos o facultades que originen, modifique, transmiten o extingan por el acto jurídico.

Desde el punto de vista legal existe un objeto directo, para el acto matrimonial consistente en la creación de derechos y obligaciones entre los consortes, o sea, entre un hombre y una mujer, sus fines específicos les imponen a los cónyuges la

obligación de vida en común ayuda recíproca, débito carnal y auxilio espiritual. Por lo tanto, cuando existan hijos el matrimonio originara derechos y obligaciones que procede la patria potestad y la filiación en general.

INEXISTENCIA DEL MATRIMONIO POR OBJETO JURIDICAMENTE IMPOSIBLE

El objeto específico del matrimonio consiste en la creación de derechos y obligaciones entre un hombre y una mujer, por lo tanto es evidente que la identidad sexual en los consortes, originaría un obstáculo imposible de carácter legal.

La identidad sexual que hace jurídicamente imposible el objeto primordial del matrimonio, puede ser oculta o manifiesta, por lo regular se presenta de manera oculta ya que por deformaciones orgánicas no es ostensible el sexo verdadero de la persona por lo que puede haber un error o por desgracia matrimonios entre dos hombres o dos mujeres con la creencia que hay diversidad sexual. El principal problema jurídico consiste en investigar si el matrimonio celebrado entre dos personas del mismo sexo es nulo o inexistente, ha sido muy discutido en el derecho y se han dado una diversidad de soluciones, fundándose en la creencia de que no hay un precepto jurídico aplicable al caso ya que el matrimonio se define como la unión entre un hombre y una mujer reconocido por el derecho para dichos fines, lo que resulta innegable que faltando el principal elemento se encuentre este acto jurídico, el objeto primordial del matrimonio es que ambos consortes tengan vida marital pero al haber diversidad sexual no puede haber matrimonio.

La ley que les resuelve esta situación al aplicar el artículo 2224, "conforme al cual, el acto jurídico es inexistente por falta de consentimiento o de objeto que puede ser materia del acto al objeto físico o jurídicamente imposible." ⁴⁷ Así en dichos elementos concluiremos que el derecho resuelve el caso del matrimonio entre personas del mismo sexo para determinar que es un matrimonio inexistente, ya que no produce consecuencias de derecho no es susceptible valer por confirmación ni por prescripción. La inexistencia puede hacerse valer por el interesado según lo dispone el artículo anteriormente citado.

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

En el matrimonio se prohíbe en el artículo 147 condición contraria a la perpetuación de la especie o a la ayuda mutua que se deban los cónyuges, previniéndose que se tendrá por no puesta dicha estipulación.

Hay nulidad en los pactos que hicieran los esposos contra las leyes o contra los fines del matrimonio. El Código Civil vigente reconoce la inexistencia de ciertas cláusulas o condiciones que se tienen por no puestas, tal es el caso de la hipótesis del artículo 147, o en condiciones testamentarias que conforme a los artículos 1355 y 1358 no se declaran como puestas, por ejemplo de no dar o no hacer, la de no impugnar el testamento o alguna de sus disposiciones, hay manifestaciones de voluntad que no van con la ley, es decir, por ser ilícitas, se castigan con la nulidad, tal es el caso en el matrimonio en los pactos de los esposos que son contrarios a las leyes

⁴⁷ RAFAEL ROJINA VILLEGAS.-OBCIT.-Pág. 238.

o a los fines del matrimonio, también en los actos jurídicos cuando el objeto, motivo o fin son ilícitos en este caso el artículo 2225 impone una nulidad absoluta o relativa dependiendo de las características en cada caso.

En el matrimonio existe como elemento primordial el reconocimiento que debe hacer la norma a la manifestación de voluntad de los consortes, tal manifestación ya esta determinada en su contenido conforme al artículo 102, al concretarse el Oficial del Registro Civil a interrogar a los pretendientes si es su deseo en unirse en matrimonio, por lo que la ley da la validez a su declaración, pero también la ley puede negar valor a toda estipulación contraria a la perpetuación de la especie y a la ayuda mutua que se deben los consortes entre sí, por lo tanto el Oficial del Registro Civil no podrá hacer valer ese tipo de estipulaciones en el acta.

FORMALIDADES ANTERIORES A LA CELEBRACION DEL MATRIMONIO.

Las formalidades son reguladas por los artículos 97 al 101 del Código Civil y se estatuyen los artículos 102 y 103 del Código mencionado, las formalidades y solemnidades del matrimonio, citando para su celebración los siguientes preceptos:

Las personas que deseen contraer matrimonio deberán presentar un escrito al Oficial del Registro Civil del domicilio de cualquiera de los contrayentes, con los siguientes datos:

I. Los apellidos, edad, ocupación y domicilio, tanto de los pretendientes como de sus papas, si fueran conocidos. Cuando uno o ambos de los contrayentes haya sido casado, presentará el nombre de la anterior persona, la causa de su disolución y la fecha.

II. Que no tienen impedimento legal para casarse

III. Que es su voluntad unirse en matrimonio. Este escrito deberá ser firmado por los solicitantes, y en caso de no saber escribir alguno de los contrayentes, deberá firmar una persona conocida, mayor de edad, y que sea vecina del lugar.

Artículo 98, se refiere al escrito que deberá ser acompañado:

I. El acta de nacimiento de los solicitantes o un dictamen médico que se compruebe la edad, cuando no sea notoria el varón de dieciséis años y la mujer mayor de catorce.

II. La constancia de que dan su consentimiento para que se celebre el matrimonio

III. La declaración de dos testigos mayores de edad que conozcan a los solicitantes y que sepan que no tienen impedimento legal para casarse, si no los hay deberán presentar dos testigos por solicitante.

IV. Presentar un certificado suscrito por un médico titulado que asegure bajo protesta de decir verdad que el solicitante no padece sífilis, tuberculosis, ni enfermedad crónica e incurable que sea contagiosa o hereditaria.

Para los indigentes este certificado podrá ser expedido gratuitamente por médico de carácter oficial o de servicios de sanidad

V. El convenio que celebran los pretendientes en relación a los bienes presentes o a los que adquieran durante el matrimonio. En este convenio se expresará el régimen de sociedad conyugal o de separación de bienes, si son menores de edades lo firmaran las personas que dieron el consentimiento previo a la celebración del matrimonio, este convenio deberá presentarse sin excusa a salvo que no haya bienes y se tomarán los que se obtenga.

VI. Copia del acta de defunción del cónyuge fallecido si es viudo alguno de los solicitantes o de la parte resolutive de la sentencia de divorcio o de nulidad de matrimonio en caso de haber sido casado anteriormente alguno de los contrayentes.

VII. Si lo hubo, copia de la dispensa.

En el artículo 99 se establece que el Oficial del Registro Civil deberá de redactar el convenio a que se refiere la fracción V del artículo anterior por falta de conocimientos de los contrayentes,

El artículo 100 establece que el Oficial del Registro Civil, hará que los pretendientes y los ascendientes o tutores reconozcan ante él y por separado sus firmas, las declaraciones a que se refiere la fracción III del artículo 98 serán ratificadas ante el Oficial del Registro Civil bajo protesta de decir verdad, y este cuando lo considere se cerciorará de la autenticidad de la firma que calce el certificado médico presentado.

El matrimonio se celebrará a los ocho días siguientes en el día hora y fecha que señale el Oficial del Registro Civil; artículo 101.

Deberán estar presentes en la hora día y fecha los pretendientes o apoderados Oficial y dos testigos por cada uno de ellos que acredite su identidad, artículo 102

El Oficial del Registro Civil leerá la solicitud, documentos que hayan presentado y diligencias practicadas, interrogará a los testigos en relación a la identidad de los solicitantes, en caso afirmativo, preguntará a cada uno de los pretendientes si es su voluntad unirse en matrimonio y si están conformes, los declarará unidos en nombre de la ley y de la sociedad.

Posteriormente se procederá a levantar acta del matrimonio en el cual se hará constar conforme al artículo 103 lo siguiente:

I. Nombre, apellido, edad, ocupación y domicilio de los padres

II. Consentimiento

III. Si son mayores o menores de edad

IV. Nombre, apellidos, ocupación y domicilio de los padres.

V. Que no hubo impedimento o se dispensó.

VI. La declaración de los pretendientes

VII. La manifestación de los contrayentes de que contraen bajo el régimen de sociedad conyugal o de separación de bienes.

VIII. Nombre, Apellidos, Domicilio, edad, estado civil, ocupación de los testigos, su declaración si son parientes de los contrayentes y en que grado.

IX. Si las formalidades del artículo anterior fueron cumplidas.

EL ACTA SERA FIRMADA POR EL OFICIAL DEL REGISTRO CIVIL.

Los contrayentes, los testigos y demás personas que intervinieron si pueden o supieren hacerlo.

**AL MARGEN SE IMPRIMIRAN LAS HUELLAS DIGITALES DE LOS
CONTRAYENTES**

Los pretendientes que declaren falsamente o testigos que dolosamente afirmen la exactitud de las declaraciones de aquellos o su identidad y los médicos falsos que expidan certificados a que se refiere la fracción IV del artículo 98 serán consignados al Ministerio Público para que ejercite acción penal, lo mismo pasara con las personas que se hubiesen hecho pasar por padres o tutores de los pretendientes, establecido por el artículo 104.

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

Las solemnidades son esenciales para la existencia del matrimonio y las formalidades se requiere para su validez si faltan las solemnidades el matrimonio será inexistente, y si no se observan formalidades requeridas por la ley será existente el matrimonio, pero nulo, la solemnidad es una formalidad que la ley la ha elevado como elemento de existencia, en los contratos de carácter patrimonial en nuestro derecho no hay solemnidades, la ley requiere determinadas formalidades, si no se observan dichos actos serán inexistentes pero afectados de nulidad relativa.

El matrimonio en el Código Civil podemos distinguir verdaderas solemnidades cuya inobservancia origina la inexistencia del mismo y simples formalidades que afectan solo su validez cuando no se observen

En el matrimonio se observan tanto formalidades como solemnidades en los artículos 102 y 103 del Código Civil que son necesarias para la existencia del acto jurídico

A) SOLEMNIDADES:

- a) Que se otorgue el acta matrimonial.

b) Que se haga constar en ella tanto la voluntad de los sortes para unirse en matrimonio, como la declaración del Oficial del Registro Civil considerándolos unidos en el nombre de la ley y de la sociedad.

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

B) FORMALIDADES.-

1. Asentar el lugar, día, y hora del acta matrimonial

2. Hacer constar la edad, ocupación, domicilio y lugar de nacimiento de los contrayentes.

3. Si son mayores o menores de edad;

4. El consentimiento de los padres, de los abuelos o tutores, o el de las autoridades que deban sustituirla, haciendo constar los nombres, apellidos, ocupación y domicilio de las citadas personas;

5. Que no hubo impedimento para el matrimonio o que éste se dispensó;

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

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

La existencia del acta matrimonial en el libro correspondiente, es una solemnidad en si misma, pues faltando esta no hay matrimonio. Dentro de los requisitos se comprende la firma del acta por el Oficial del Registro Civil, considerandolos unidos en matrimonio. El solo hecho de no hacer constar en el acta esas circunstancias será un motivo de inexistencia, ya que no basta con observar la solemnidad en entregar el acta, sino que ésta debe ser completa en cuanto a la constancia de los elementos esenciales.

El artículo 249 establece: La nulidad que se funde en la falta de formalidades esenciales para la validez del matrimonio, puede alegarse por los cónyuges, por personas que tengan interés en probar que no hay matrimonio y por instancia del Ministerio Público. De este precepto se distinguen formalidades esenciales y formalidades no esenciales para la validez del matrimonio. Las formalidades esenciales es para que exista el acto y se podrá pedir la nulidad por los cónyuges o por cualquier persona que tenga interés de probar que no hay matrimonio por falta de las mismas.

La celebración es un acto solemne por medio del cual queda declarada la formación del vínculo y los novios se convierten en cónyuges, adquiriendo un nuevo status y formando una nueva familia. Cuando se habla de celebración para afirmar el

carácter solemne del acto, el cual es ritual, la celebración no es exclusiva del Oficial del Registro Civil y no tiene naturaleza constitutiva.

"La celebración es el título del matrimonio realizado en el sentido de que de la celebración, ese matrimonio deriva solemnidades y certeza y, por consiguiente, eficacia." ⁴⁸

Se comprenden las formalidades no esenciales en el artículo 250 del citado Código, en donde traen la nulidad del matrimonio y dice no se admite demanda de nulidad por falta de solemnidades en el acta de matrimonio celebrado ante el Oficial del Registro Civil, cuando en el acta exista una posesión de estado matrimonial.

La inexistencia no hay forma de que sea convalidada a través de la prescripción o de la ratificación.

FORMALIDADES EN LA CELEBRACION EL MATRIMONIO.

Las formalidades que deben observarse en la celebración del matrimonio, se encuentran en el artículo 103 del Código citado; En la redacción del acta, solamente se encuentra la solemnidad que exige la fracción VI, relativa al consentimiento y declaratoria de los contrayentes y del Oficial del Registro Civil, así como la existencia del acta que deberá ser entregada por el Oficial del Registro Civil.

⁴⁸ **IBIDEM.**-Pág. 248.

No son necesarias todas las formalidades del artículo 103, para la validez del matrimonio, ya que pueden omitirse ciertos datos por su secundaria importancia y no afectan la validez del acto jurídico.

En el citado artículo menciona que el acta necesita de la firma de los contrayentes y del Oficial del Registro Civil, esta formalidad es esencial para el matrimonio, en cambio, también dicho artículo solicita la firma de los testigos y de las demás personas que hubieren intervenido y esto más bien sera una formalidad que no afecta la existencia del acto.

Cuando los solicitantes hayan firmado y omitieran su huella digital, el acta tendrá existencia, estando afectada de nulidad, por la inobservancia de ese requisito.

CAPACIDAD DE LOS CONTRAYENTES.

Es un elemento de validez en los actos jurídicos la capacidad de ejercicio, por lo que la capacidad de goce se presenta como esencial. Requiere que se tenga la capacidad de ejercicio del mismo autor para que sea válido la celebración del acto jurídico, al faltar dicha capacidad se afectará de nulidad relativa el acto, la solución en la capacidad de goce es distinta. Pues si falta el titular de los derechos y obligaciones que se establezcan en el acto, habrá una imposibilidad para que exista el objeto mismo del acto.

Se encuentra la capacidad de goce cuando se ha llegado a la edad núbil, en nuestro derecho es a los dieciséis años para el hombre y catorce para la mujer, los menores de edad carecen de capacidad de goce para celebrar el matrimonio.

La capacidad sexual no es necesaria para contraer matrimonio, al igual que la edad y la condición negativa de no estar declarado en interdicción por enfermedad mental.

La capacidad de ejercicio supone la capacidad de goce, porque ya se tiene la edad núbil, pero también que se hayan cumplido los veintiún años para celebrar válidamente el matrimonio.

La falta de capacidad de ejercicio en los menores de edad aunque teniendo capacidad de goce por haber llegado a la edad núbil, estará afectado de nulidad el matrimonio, si no hubo autorización del representante legal o del juez en el caso de suplir esta autorización.

La capacidad legal se determina por la aptitud física y psicológica de los contrayentes en el derecho antiguo se presumía que la edad de la pubertad era a los doce años para la mujer y catorce para los hombres.

La capacidad es un elemento de validez en el matrimonio, la cual se sanciona con la nulidad relativa la inobservancia de este requisito; la incapacidad de goce cuando en un matrimonio que se realiza por un hombre menor de dieciséis años o por la mujer menor de catorce años se presenta el problema a determinar si es una inexistencia o una nulidad, el matrimonio será inexistente conforme a los artículos 1828 y 2224, del mencionado Código.

AUSENCIA DE VICIOS EN EL CONSENTIMIENTO.

El artículo 1795, fracción II del Código Civil, nos dice; El contrato puede ser anulado por vicios del consentimiento, el dolo, el error y la violencia son regulados como vicios del consentimiento por los artículos 1812 al 1823 del citado Código.

Constituye la ausencia de vicios en el consentimiento un elemento de validez para el matrimonio.

Entre los consortes el consentimiento en el matrimonio debe manifestarse de manera cierta, de tal manera que no se exista error acerca de la persona con quién se contrae.

Nuestro Código menciona exclusivamente el error sobre la identidad de la persona misma y no sobre las cualidades del cónyuge.

Debe manifestarse de manera libre el consentimiento, es así como toda forma de violencia que importe peligro de perder la vida, la honra, la libertad, la salud o una parte de los bienes, viciará el consentimiento; en el matrimonio se requiere además que la violencia haya sido causada al cónyuge, o persona o personas que las tenga bajo su patria potestad o tutela al realizarse el matrimonio, subsistiendo al celebrarse el acto las causas que vician el consentimiento son la incapacidad, fuerza, miedo y error.

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

En materia matrimonial, el acto debe ser lícito en su objeto, motivo y fin; son nulos los pactos que vayan en contra de sus fines, o que se tienen por no puestas las condiciones que quiera contrariar los mismos, independientemente el artículo 156 nos dice la nulidad del matrimonio; en sí mismo el acto es ilícito en los siguientes casos:

- a) Adulterio habido entre personas que pretendan contraer enlace matrimonial.
- b) Atentado contra alguno de los cónyuges, para contraer enlace matrimonial con el que quede libre.

c) Rapto cuando no sea devuelta a un lugar seguro, para que libremente pueda manifestar su voluntad.

d) Bigamia e

e) Incesto.

4) EFECTOS DEL MATRIMONIO

Los efectos del matrimonio se determinan desde tres puntos de vista."⁴⁹

1. Entre Cónyuges,
2. En relación con los bienes y
3. En relación a los hijos.

4.1 EFECTOS ENTRE CONYUGES.

Del matrimonio se derivan derechos y obligaciones recíprocos entre los cónyuges. En primer término, de conformidad con lo que establece el artículo 162 del Código Civil para el D.F., los cónyuges están obligados a contribuir cada uno por su parte a los fines del matrimonio y a socorrerse mutuamente.

En el matrimonio dentro de los efectos subjetivos se encuentran principalmente:

⁴⁹ IBIDEM.-Pág. 309.

A. El derecho a la vida en común, con el deber correlativo de la cohabitación.

B. El derecho a la relación sexual, con el deber de realizar el débito carnal.

C. El derecho a la fidelidad, con el deber correlativo impuesto al otro cónyuge.

D. El derecho y obligación de alimentos, con la facultad de exigir asistencia y ayuda mutua.

A). Derecho de cohabitación.

Es el derecho a exigir una vida en común, existe la obligación de cohabitar bajo un mismo techo, es importante mencionar que de todos los enumerados este punto es el principal dado que solamente a través de él puede llegar a existir la posibilidad física y espiritual de que se cumplan con los fines del matrimonio.

El derecho y la obligación para obtener y hacer vida en común en el matrimonio se encuentra sancionado jurídicamente, dada que esta autorizado cada cónyuge para que pueda exigir si es necesario que se cumpla con este deber.

Trae consigo el cumplimiento del deber de cohabitar la necesidad de vivir en común, de vivir bajo el mismo techo, lo que implica el establecer el domicilio familiar, el cual puede o no tener la naturaleza jurídica de domicilio conyugal.

Considerando este aspecto se puede decir que en casi todas las legislaciones del mundo contienen el principio de que le corresponde al marido la fijación del domicilio, y por lo tanto a la esposa le corresponde establecerse en él; esto no significa que la obligación sea tan rígida que no admita excepciones. Hay casos en que el marido establece un domicilio ya sea insalubre o lejano y cuyo clima sea nocivo para la salud, ya sea de los hijos o de la esposa, por lo que resultaría una injusticia y hasta una crueldad el quererlos obligar a residir con el marido.

En el Código Civil Español, en su artículo 58 faculta a los tribunales para eximir a la mujer de esta obligación, cuando el marido traslade su residencia a ultramar o a un país extranjero. (Criterio restringido).

El Código Civil del Distrito Federal es más comprensivo e igualitario, faculta con conocimiento de causa a los tribunales, a eximir a cualquiera de los cónyuges del deber de convivencia, cuando el otro cónyuge traslade su domicilio a un país extranjero, a no ser que lo haga por un servicio público o social y cuando se establezca en lugar insalubre o indecoroso.

Debe ser establecido el domicilio familiar por los cónyuges, de común acuerdo, sometiéndose la decisión al arbitrio judicial cuando no logren el acuerdo de referencia los consortes.

El Código Civil Vigente del Distrito Federal define al domicilio conyugal de la forma siguiente:

"Artículo 163.- Los cónyuges vivirán juntos en el domicilio conyugal. Se considera domicilio conyugal, el lugar establecido de común acuerdo por los cónyuges en el cual ambos disfrutan de autoridad propia y consideraciones iguales.

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

Por alguno de los cónyuges el abandono del domicilio conyugal, trae como consecuencias conforme a la legislación civil vigente lo siguiente:

"Artículo 196.- El abandono injustificado por más de seis meses del domicilio conyugal por uno de los cónyuges, hace cesar para él, desde el día del abandono, los efectos de la sociedad conyugal en cuanto le favorezcan; éstos no podrán comenzar de nuevo sino por convenio expreso".

El derecho a exigir una vida en común y a vivir bajo el mismo techo, se sanciona jurídicamente, pues cada cónyuge puede exigir jurídicamente si es necesario que se cumpla con ese estado jurídico, puede utilizarse la fuerza pública, pero este procedimiento es obsoleto en la realidad, por lo que el incumplimiento de tal obligación se sanciona con el pago de daños y perjuicios o en su caso con el divorcio.

"Artículo 267.- Son causales de divorcio:

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

En el divorcio la causal basada en la separación injustificada de la casa conyugal, la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación, sostiene lo siguiente:

**"DIVORCIO, ABANDONO DEL DOMICILIO CONYUGAL
COMO CAUSAL DE**

La causal de divorcio consistente en el abandono o separación de la casa conyugal por más de seis meses sin causa justificada, se refiere a un lapso continuo y es de tracto sucesivo o de realización continua, por lo que la acción no caduca y puede ejercitarse cualquiera que sea el tiempo por el cual se prolongue el abandono, si los hechos que la motivan subsisten cuando se ejercita.

JURISPRUDENCIA 154 (SEXTA EPOCA), PAG. 476, Volumen 3a.
SALA Cuarta Parte Apéndice 1917-1975; anterior Apéndice 1917-1965,
JURISPRUDENCIA 148, Pág. 480.

**DIVORCIO, ABANDONO DEL DOMICILIO CONYUGAL
COMO CAUSAL DE**

La causal de abandono de domicilio conyugal requiere la comprobación plena de los hechos o supuestos que la integran, y que son: a) La existencia del matrimonio; b) La existencia del domicilio conyugal, y c) La separación de uno de los cónyuges de la morada conyugal por más de seis meses sin motivo justificado.

En el artículo 267 nos habla de que si alguno de los cónyuges tiene causa justificada para que pueda separarse del hogar y pedir el divorcio, puede y debe ejercitar la acción dentro del término permitido por la ley, en este caso de un año, ahora bien si no lo hiciera no volviera al domicilio conyugal en el que ha permanecido el otro cónyuge, esta separación se considera injustificada y, pasando el término legal sin reincorporarse al hogar conyugal, se convierte en cónyuge culpable y por lo tanto se actualiza la causal de divorcio prevista en la fracción IX del artículo 267 de nuestro Código Civil vigente porque tal separación es contraria a los fines del matrimonio, en donde la vida marca la relación jurídica fundamental, ya que si no se realiza viviendo ambos cónyuges en el mismo techo, no puede existir posibilidad física y espiritual de cumplir con los fines primordiales del matrimonio, como son la perpetuación de la especie y el auxilio mutuo físico o espiritual.

La separación de los cónyuges por más de dos años también constituye una causal de divorcio.

B. El derecho de exigir el cumplimiento del débito carnal.

El deber de relación sexual desde el punto de vista jurídico esta sancionado en la ley, pues la negativa injustificada de un cónyuge para que cumpla esa obligación implica una injuria grave que se considera causa de divorcio.

Prevalece siempre el interés de la familia en el Derecho Familiar, de tal suerte que en el presente caso no solamente es una función biológica, sino también una

función jurídica para que pueda cumplirse los fines del matrimonio, conforme a lo previsto en el artículo 162 del Código Civil. Para que cada cónyuge ayude por su parte a los fines del matrimonio en varias definiciones, como en la Ley se indica, la perpetuación de la especie como el fin principal del matrimonio y por lo tanto debe entenderse para ese efecto, que cada cónyuge está facultado para exigir el cumplimiento del débito carnal, que constituye un deber jurídico recíproco para ambos cónyuges.

El Código Civil vigente no contiene una definición del matrimonio, pero en su artículo 147 estatuye que cualquier condición contraria a la perpetuación de la especie o a la ayuda mutua que se deben los cónyuges se tendrá por no puesta, lo que significa que la procreación sin ser el más importante es uno de los fines del matrimonio, por lo que es necesario cumplir con el débito carnal.

En este deber-derecho tiene que cumplirse voluntariamente y su ejercicio violento, forzoso o contrario a la voluntad puede llevar a la tipificación de la conducta personal.

La abstención del débito carnal, no es causa de divorcio a menos que se realice en forma injuriosa, el Juez Familiar que conozca del asunto, debe valorar las circunstancias en que ha tenido lugar la negativa de la esposa o del marido, por que si fueron circunstancias fisiológicas que impidan la relación sexual o no sea aconsejable, no hay injuria grave necesaria para decretar el divorcio, pero si es por un desprecio ofensivo de alguna de los cónyuges para el otro, aquí si se encuentra una injuria suficiente para iniciar la acción.

C. El Derecho de exigir Fidelidad.

Es la facultad reconocida por la ley para poder exigir y obtener del otro cónyuge una conducta decorosa, excluyendo de que existan relaciones de intimidad con persona de otro sexo, ya que sin llegar al adulterio, implica un ataque al honor y a la honra del otro cónyuge.

El adulterio es considerada la forma máxima de incumplimiento e ilicitud referente a ese deber, no solamente en el aspecto jurídico sino en el moral, y este recibe una sanción jurídica.

El deber de fidelidad puede tener una valoración ética o una jurídica; en la primera puede ser regulada por el derecho o por la moral, y en la segunda acepta a través de las buenas costumbres la moral social que tiene valor y vigencia en la sociedad, por lo tanto en el matrimonio, el principal control del deber de fidelidad debe buscarse no en preceptos del código si no en reglas que derivan de las buenas costumbres en una sociedad, aquí se puede comprobar la intervención del derecho y de la moral.

El derecho sanciona aspectos externos y aspectos espirituales del problema, ya que castiga la violación de la fidelidad, que significa, cuando un cónyuge moralmente no guarda a el otro consideraciones conforme a las buenas costumbres.

La fidelidad de los cónyuges esta puede ser violada con cualquier relación sexual extraconyugal y con cualquier relación con persona de otro sexo que pueda lesionar los sentimientos o reputación del otro cónyuge.

Por fidelidad debe entenderse el deber jurídico y moral de un cónyuge de abstenerse de realizar cualquier conducta que atente contra la integridad moral de su cónyuge, mientras este unido a él por el vínculo matrimonial.

D. El Derecho y Obligación de Alimentos, con la facultad de exigir asistencia y ayuda mutua.

El mutuo auxiliar se desarrolla en conjunto de atenciones, cuidados, consideraciones, y de cooperación económica y social, tan variada su índole, que casi ninguna legislación puede detallarla provocando un concepto global, que solo la Jurisprudencia puede determinar en casos concretos.

La prestación de alimentos que la ley impone a los consortes, es el aspecto fundamental de estos deberes recíprocos de asistencia y mutuo auxilio entre los cónyuges.

El derecho de alimentos procede aún después de disuelto el vínculo matrimonial a través del divorcio, a favor del cónyuge inocente, siempre y cuando no haya contraído nupcias o sean necesarios para que subsista.

Por lo que es conveniente mencionar que la proporcionalidad de una pensión alimenticia debe establecerse conforme a las posibilidades de quien deba darlos y de quien deba recibirlos. Determinados por convenio o sentencia, incrementándose automáticamente, salvo que el deudor alimentario demuestre que sus ingresos no aumentaron conforme al salario mínimo, en este caso se ajustará el

incremento de los alimentos al que realmente obtuviera el deudor; Esta situación se encuentra establecida en el artículo 311 de l Código Civil vigente.

La posibilidad del alimentista depende principalmente de su activo patrimonial, el monto en cuanto a su salario o ingresos o el valor de sus bienes, y esto será el elemento determinante para precisar la proporción de la pensión que debe pagar pensando también en las necesidades del deudor alimentista, sobre todo cuando vive separado de sus acreedores alimentarios, provocando que sus necesidades sean mayores. En cuanto a el acreedor alimentario a de establecerse de manera preferente en los términos de los dispuesto por el artículo 308 del Código Civil vigente que dice "Los alimentos comprenden la comida, el vestido, la habitación y la asistencia en casos de enfermedad. Respecto de los menores los alimentos comprenden, además los gastos necesarios para la educación primaria del alimentista y para proporcionarle algún oficio, arte o profesión honestos y adecuados a su sexo y circunstancias personales".

CONDICION JURIDICA DE LA ESPOSA

El citado Código, además de aclarar la capacidad jurídica de la mujer en general, borra toda incapacidad de la esposa e impone una igualdad absoluta en el hogar; marido y mujer, tendrán los mismos derechos, la misma autoridad y ambos podrán ejercer la patria potestad sobre los hijos. El artículo 2 del mencionado Código establece: "La capacidad jurídica es igual para el hombre y la mujer; en consecuencia, la mujer no queda sometida, por razón de su sexo, a restricción alguna en la adquisición y ejercicio de sus derechos civiles".

Todas las legislaciones, al consignar los deberes y derechos de los cónyuges en el interior del hogar, en un plan de igualdad, en virtud del cual al parecer

del uno no puede prevalecer sobre del otro, chocan con la dificultad de no ser fácil la solución de los conflictos que frecuentemente se plantean en el seno de la familia, cuando la forma de pensar del marido y la mujer son contradictorios y no logran conciliarse.

El Juez Familiar es el encomendado para conciliar, la concordia de los pareceres de los cónyuges, en el caso de que no se logre, se le autoriza para decidir lo que crea conveniente para el interés del matrimonio o de la familia, sin utilizar el juicio o el procedimiento breve y sumario establecido en las leyes procesales.

4.2. Efectos en relación a los bienes.

Las disposiciones legales que regulan el aspecto económico del matrimonio se le denomina "Regímenes Patrimoniales" y a los actos o estipulaciones de los cónyuge para establecer cualquiera de ellos, así como el caso particular se les conoce como "Capitulaciones Matrimoniales".

El Código Civil Vigente para el D.F. no admite la plena libertad de contratación, sólo permite a los contrayentes la elección entre los regímenes de "Sociedad conyugal" y el de "Separación de bienes", con la posibilidad de adoptar un sistema mixto con características de ambos.

Fuera de estos sistemas no se puede establecer otro sistema por creación propia, como régimen económico matrimonial. Por lo que este aspecto merece especial atención a lo que dispone la fracción V del artículo 98 del citado Código el cual nos dice que los que pretendan contraer matrimonio deberán presentar

necesariamente al Oficial del Registro Civil el convenio en el cual establecen el régimen patrimonial que adoptan en relación a sus bienes presentes y a los que adquieran durante el matrimonio. En el convenio deberá establecerse si se contrae bajo el régimen de sociedad conyugal, de separación de bienes o mixto.

A continuación menciono brevemente las características de los sistemas patrimoniales antes mencionados.

A. Sociedad Conyugal.

Mediante este sistema, se establece una comunidad entre los consortes con los bienes que forman la sociedad así como frutos o sobre éstos nada más, según se estipule en las capitulaciones matrimoniales correspondientes, puede haber una coparticipación sobre los productos del trabajo de uno de los consortes o de ambos y puede referirse a los bienes presentes así como a las futuras adquisiciones de los cónyuges.

La sociedad conyugal puede constituirse con el activo de cada cónyuge, así como las deudas que al momento de celebrarse las capitulaciones matrimoniales tengan cada uno.

El pacto de sociedad conyugal debe hacerse por escrito, elevado a documento público cuando los bienes que la constituyan requieran esta formalidad para la validez de su enajenación.

La sociedad conyugal no tiene personalidad jurídica diferente a la de sus miembros; se trata solamente de un patrimonio común compuesto de los bienes que la constituyen, por lo que el dominio de los bienes reside en ambos consortes.

B Separación de Bienes.

En este régimen cada uno de los consortes conserva el dominio de sus bienes, el uso y goce de los mismos con independencia del otro cónyuge.

La separación de bienes al igual que la sociedad conyugal puede ser total o parcial.

En el caso de que los cónyuges pactarán este régimen patrimonial, no quedan eximidos de la obligación de prestarse asistencia y ayuda mutua en forma gratuita, pero si alguno de ellos, por enfermedad o por ausencia, no pudiera administrar sus bienes, el otro se encargará temporalmente de esa administración y tendrá derecho a una retribución proporcional por este servicio.

El régimen patrimonial se debe constituir previa o simultáneamente a la celebración del matrimonio y este se puede cambiar o modificar mientras exista el matrimonio.

C. Donaciones.

Las donaciones en relación con el matrimonio son de dos clases: Ante nupciales y entre Consortes.

Las donaciones ante nupciales son las que hace un prometido a el otro antes del matrimonio y las que hace un extraño a uno de ellos o a ambos en relación al matrimonio pactado. No necesita aceptación expresa de los prometidos este tipo de donaciones para que sean validas.

Las donaciones entre consortes pueden hacerse, siempre y cuando no sean contrarias a las capitulaciones matrimoniales, ni que perjudiquen el derecho de los ascendientes o de los descendientes a recibir alimentos. Entre consortes las donaciones pueden ser revocadas mientras subsista el matrimonio, si el Juez de lo Familiar que conoce el asunto considera que existe causa justificada para ello. No son revocables por la supervivencia de los hijos.

4.3. Efectos en Relación a los Hijos.

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

A. Para poder atribuirles la calidad de hijos legítimos.

B. Legitimar a los hijos extra matrimoniales dentro del matrimonio subsecuente de sus padres, y

C. Para crear la certeza en cuanto al ejercicio de los derechos y obligaciones que se originan de la Patria Potestad.

A. Hijos Legítimos.

La legislación Civil le da la calidad de hijos legítimos o de matrimonio a los concebidos durante el mismo. El artículo 324 del Código Civil para el D.F. manifiesta: "Se presumen hijos legítimos: I.- Los hijos nacidos después de ciento ochenta días contados desde la celebración del matrimonio; II.- Los hijos nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio, ya provenga ésta de la nulidad del contrato, de muerte del marido o de divorcio. Este término se contara en los casos de divorcio o nulidad, desde que de hecho quedaron separados los cónyuges por orden judicial". Por resultado y por virtud del matrimonio se tiene la certeza desde el punto de vista jurídico, de que los hijos de la mujer casada fueron concebidos a partir de su matrimonio y que, por tanto son hijos de su marido, no admitiéndose contra esta suposición otra prueba que la de haber sido físicamente imposible a éste tener acceso carnal con su mujer, en los primeros ciento veinte días de los trescientos que han precedido al nacimiento (Artículo 325 del Código Civil).

B. Legítimar a los hijos extra matrimoniales.

Los Artículos 354 al 359 del Código Civil regulan esta consecuencia importante que nuestro derecho sólo puede obtenerse por medio del matrimonio y no sólo por un decreto del Jefe del Estado, como se llega a presentar en el Derecho Italiano y Alemán. El Artículo 354 del Código Civil Mexicano dice: "El matrimonio

subsecuente de los padres hace que se tengan como nacidos de matrimonio los hijos habidos antes de su celebración".

Para que el hijo sea visto en carácter de legitimado con todos los derecho y obligaciones que se reconocen a los hijos de matrimonio, sus padres deberán de reconocerlos expresamente antes de la celebración del matrimonio, en el acto mismo de celebrarlo, o bien, posteriormente a éste. El reconocimiento debe ser hecho por ambos padres, ya sea por separado o conjuntamente. El Artículo 357 del citado Código permite que el reconocimiento de los hijos extra matrimoniales, para los efectos de la legitimación, se lleve acabo posteriormente el matrimonio de los padres. Esta circunstancia no afecta en cuanto a derecho a el hijo legitimado, que tendrá todos los derechos y obligaciones que la ley le otorga, no sólo desde el momento de reconocimiento, sino desde que se celebró el matrimonio de sus padres.

C. Certeza en cuanto al ejercicio de los derechos y obligaciones que se originan de la patria potestad.

En la Legislación Mexicana, a diferencia de otras, el matrimonio no atribuye directamente a los efectos en cuanto a la patria potestad; éstos existen independientemente del mismo en favor y a cargo de los padres y abuelos, ya sea de hijos de matrimonio ó extra matrimoniales. Por esta razón nuestro Código Civil al regular a la patria potestad no considera la calidad de hijo, ya sea hijo de matrimonio, o bien, extra matrimonial, sino que se deja esa función tanto a los padres, como a los abuelos, tanto paternos como maternos, siendo esto en función exclusiva de la

paternidad, la maternidad y el parentesco consanguíneo en línea recta, derivados todos estos del efecto biosocial de la procreación.

En sus artículos 415 al 418 el Código regula el ejercicio de la patria potestad para el caso de los hijos extra matrimoniales, por consiguiente, el matrimonio sólo viene a establecer una certeza jurídica en cuanto al ejercicio y atribución de ésta función respecto a los hijos concebidos dentro del matrimonio.

5) NATURALEZA JURIDICA DEL MATRIMONIO.

El matrimonio se ha considerado desde distintos puntos de vista, siendo de mayor importancia para nuestro derecho los siguientes:

1. El matrimonio como institución.

En este sentido se caracteriza "el conjunto de normas que rigen el matrimonio."⁵⁰

"Ihering sostiene, que la institución jurídica del matrimonio, debe de quedar integrada por un conjunto de normas que persiga la misma finalidad".⁵¹

Dentro del matrimonio se da un principio de verdadera institución, ya que los diferentes preceptos que regulan el acto de su celebración, al presentar

⁵⁰ Magallon Ibarra, Jorge Mario.- El Matrimonio.- Tipografica Editorial Mexicana, S.A., Págs. 111 a 116.

⁵¹ RAFAEL ROJINA VILLEGAS.-OBCIT.-Págs. 209 y 228.

elementos esenciales y de validez, como los que crean los derechos y obligaciones de los mismos consortes, son encaminados a la misma finalidad, siendo ésta, crear un estado permanente de vida que será la fuente de diferentes relaciones jurídicas dentro del matrimonio.

Desde el punto de vista como Institución, se estudia al matrimonio en sentido normativo prescindiendo del mismo acto jurídico que le da origen, así como el estado de derecho que origina para los consortes.

2. El Matrimonio como Acto Jurídico Condición.

El sentido de acto jurídico condición se presenta en la definición que hace el maestro León Duguit, en su tratado de derecho constitucional quien lo define "como acto jurídico que tiene como objeto determinar la aplicación permanente de todo un estatuto de derecho a un individuo o conjunto de individuos, con el fin de crear situaciones jurídicas concretas mismas que constituyen un verdadero estado, por cuanto que no se agotan por la realización de las mismas, sino que permiten su renovación continua." ⁵²

En esta concepción se logran conjugar a la vez tanto el aspecto del matrimonio como acto jurídico y su carácter de institución, supuesto que no basta para su debida caracterización tomar en cuenta el momento inicial, sino el estado de vida que se crea mediante la organización permanente que establece el sistema normativo.

⁵² IBIDEM.-Pág. 212.

3. El Matrimonio como Acto Jurídico Mixto.

Es de considerarse que el matrimonio es un acto jurídico mixto, en virtud de que se constituye no sólo por el consentimiento de los consortes, sino también por la aceptación e intervención que tiene el Estado, siendo este a través del Juez Oficial del Registro Civil. Este órgano del Estado desempeña un papel constitutivo y no simplemente declarativo, pues se puede decir que si se omitiese la declaración que debe hacer, el citado funcionario, considerando unidos a los consortes en legítimo matrimonio, éste no existiría desde el punto de vista jurídico.

4. El Matrimonio como Contrato Ordinario

Se ha considerado la tesis tradicional desde que se separó el matrimonio civil del religioso. Y es que tanto en la legislación laica como en la doctrina, se le ha considerado fundamentalmente como un contrato, en donde se le dan todos los elementos de existencia y requisitos de validez del acto jurídico en general. Es importante dado que se invoca por la razón de que los contrayentes deben manifestar su consentimiento ante el Oficial del Registro Civil para unirse en matrimonio. Por lo que se piensa en este caso, como en todos los demás contratos, el elemento esencial es el acuerdo de voluntades de las partes. Por lo que se requiere que exista la capacidad necesaria en los contrayentes y que su voluntad no esté viciada. Ya que se aplican al matrimonio las reglas relativas a los elementos de existencia y requisitos de validez que deben verse en todo contrato, los que son: Consentimiento, Objeto y Solemnidad, particularmente en este caso, así como la capacidad de ejercicio,

manifestación libre y cierta de la voluntad, licitud en el objeto, motivo y fin del acto, así como el cumplimiento de las formalidades legalmente previstas.

Adoptando formalmente esta doctrina nuestra legislación civil ha dispuesto lo siguiente.

El artículo 159 del Código Civil de 1870, reproducido textualmente por el numeral 155 del similar Código de 1884 disponía que "El matrimonio es la sociedad legítima de un sólo hombre con una sola mujer que se unen con vínculo indisoluble para perpetuar la especie y ayudarse a llevar el peso de la vida".

El artículo 13 de la Ley de Relaciones Familiares dispuso que "El matrimonio es un Contrato Civil entre un sólo hombre y una sola mujer, que se unen con vínculo disoluble para perpetuar su especie y ayudarse a llevar el peso de la vida".

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, prevé en su artículo 130 que: "El matrimonio es un contrato civil, éste y los demás actos del estado civil de las personas, son de la exclusiva competencia de los funcionarios y autoridades del orden civil, en los términos previstos por las leyes, y tendrán la fuerza y validez que las mismas les atribuyen".

En el Código Civil Vigente no se define al matrimonio sin embargo existen diversos preceptos que le reconocen la naturaleza contractual mencionada.

La otorgada naturaleza contractual al matrimonio, pensamos que sólo formalmente se adoptó esta teoría, por que en el fondo no se pretende regular al matrimonio conforme a las disposiciones generales del contrato, si no lo que se quiso hacer fue elevar el rango de disposición constitucional de la separación de la Iglesia y del Estado, donde se encuentra el antecedente en las Leyes de Reforma.

5. El matrimonio como Contrato de Adhesión.

Es una modalidad de la tesis contractual; se ha mantenido que el matrimonio participa de las características generales de los contratos de adhesión, ya que los consortes no son libres de estipular derechos y obligaciones distintos de aquellos que imperativamente determina la ley.

En el matrimonio se considera que por razones de interés públicos, el Estado impone el régimen legal del mismo, de tal manera que los consortes nada más se adhieren a este estatuto, fucionando su voluntad sólo para efectos de ponerlo en movimiento y aplicarlo.

6. El Matrimonio como Estado Jurídico.

El matrimonio desde este punto de vista, se presenta como una doble consecuencia de la institución matrimonial y del acto jurídico Civil, pues se constituye en sí en una situación jurídica permanente que regula la vida de los consortes y un acto jurídico mixto desde el momento de su celebración.

Acceptando esta figura, el matrimonio es aquella situación jurídica permanente establecida entre los cónyuges, como resultado de la continua convivencia entre ellos. El matrimonio es el vínculo permanente y exclusivo entre los consortes derivado de su continua convivencia; esto pone en claro la necesidad de que la unión sexual entre el hombre y la mujer sea plena y se prolongue con el tiempo. Por lo tanto, no hay comunidad de vida matrimonial si las relaciones conyugales son efímeras y carecen de plenitud. Esta comunidad tiene diversos sinónimos, estado de vida, relación de vida, régimen conyugal, situación permanente, etc. Todas hacen referencia a las mismas características, la plenitud y la permanencia, es decir, a la unión psico-física y existencia duradera de relaciones entre los esposos, de las que emana un complejo de derecho y deberes para ambos. En relación con lo anterior, dentro del ámbito jurídico, al estado de vida matrimonial se le denomina "estado civil", apuntando a éste como "un conjunto de derecho y obligaciones, de facultades y deberes, para garantizar la crianza de los hijos, asegurar la convivencia y asistencia de los consortes".⁵³

7. El matrimonio como Acto de Poder Estatal.

En esta situación el matrimonio consiste en el acto mismo de su celebración, es un acto jurídico que requiere la voluntad de quienes lo realizan, de tal forma que es la obra.

El Código Canónico define al consentimiento como el acto de voluntad por el que cada parte transmite y acepta un *ius in corpus*, perpetuo y exclusivo en orden a los actos.

⁵³IGNACIO GALINDO GARFIAS.-OBCIT.-Pág.441.

El consentimiento a de expresarse con palabras y no se puede reemplazar con signos si pudieran ser empleados, el consentimiento puede ser expresado a través de un intérprete, por un procurador, por un sacerdote, siempre y cuando haya justa causa obteniendo una licencia.

Y en los casos en donde no encontramos consentimiento es en los casos de incapacidad natural transitoria, embriaguez, hipnosis, intoxicación; en enfermedad mental temporal. Estos se encuentran previstos en el artículo 120 del Código Civil; Un caso de incapacidad de hecho es el derivado de la ignorancia de lo que es la Institución Matrimonial, no de lo que puede ser un régimen legal, sino más bien lo que es su materialidad.

La voluntad con que manifiestan los pretendientes, forman consentimiento porque tienen el mismo contenido y finalidad en cada una de ellas; en cambio, el Oficial del Registro Civil, su declaración tiene contenido y fines distintos, ya que simplemente exterioriza la voluntad del Estado para considerar a los contrayentes unidos en matrimonio en nombre de la ley y de la sociedad. En esta situación no podemos decir que existe consentimientos entre el juez y los contrayentes, pero lo que sí podemos afirmar es que hay tres voluntades y sin las cuales sería inexistente el acto jurídico.

Se dice que no hay matrimonio ni consentimiento cuando fue hecho en broma o para cometer una estafa o para expatriación, cuando no hay capacidad para consentir ya que desconoce la esencia del instituto matrimonial previsto en la hipótesis del derecho canónico y en la Jurisprudencia de los tribunales del consentimiento de los

esposos, pero ese consentimiento no es el definitivo, ni de la celebración del matrimonio, ni de que funcione la institución relativa, para ello es imprescindible la declaración solemne del funcionario público correspondiente; por tanto, puede concluirse, que el matrimonio debe ser considerado un acto de poder Estatal; es así como lo afirma el máximo exponente Antonio Cicu, "Un acto de poder del Estado en el supuesto del consentimiento de los contrayentes"⁵⁴.

8. El Matrimonio como Sacramento en Derecho Canónico

En la evolución histórica del matrimonio existe una etapa que se desarrollo principalmente en la época medieval y en la mayor parte de la época moderna, en la que las cuestiones familiares estaban reguladas por la iglesia. La influencia cristiana en la cultura occidental hizo que la organización de la familia tuviera una regulación más religiosa y ética que jurídica. El matrimonio para el Derecho Canónico, fue un contrato natural regulado por la ética cristiana y elevada a la categoría de sacramento en el siglo XVI por el Concilio de Trento (1545-1563), cuyos ministros son los contrayentes y el sacerdote un testigo autorizado por la Iglesia. Con este sacramento se simboliza la unión misericordiosa de Cristo Con la iglesia y se purifica cuando el matrimonio viene de carnal e impuro, comunicando la gracia necesaria a los contrayentes para cumplir los altísimos fines de comunidad de vida reciproca, perpetua, espiritual y corporal.

⁵⁴ FLORES BARROETA, BENJAMIN.-Universidad Iberoamericana. Edición Privada.-México, 1965. Pág. 342.

CAPITULO CUARTO

EL DIVORCIO

1) EL DIVORCIO EN MEXICO

El Código Civil de México de 1932 establece en su Artículo 226 el divorcio disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro".⁵⁵ Esta ley nos prescribe un sistema para el divorcio por mutuo consentimiento, en los casos en que un matrimonio no tenga hijos, cuando se haya liquidado la sociedad conyugal, siempre y cuando se hayan casado bajo ese régimen, esta substantación en cuanto al procedimiento no le corresponde a la autoridad judicial, sino al Registro Civil, por lo tanto se puede decir que al no darse estas condiciones el divorcio por mutuo consentimiento se puede obtener, claro esta llevando a cabo los trámites ante el tribunal competente.

En los Códigos de 1870 y 1884 se encontraba el divorciado por separación de cuerpos, por mutuo consentimiento, o como divorcio necesario en determinadas causas que implicaban delitos, graves, hechos inmorales, incumplimiento en las obligaciones conyugales.

El primer jefe del ejercito constitucionalista, encargado del Poder Ejecutivo, abolió el divorcio por separación de cuerpos.

⁵⁵ Enciclopedia Jurídica OMEBA.- ob. cit.- Pág. 52.

**ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA**

En 1914 se expidió una ley de divorcio en la ciudad de Veracruz que estableció en México, el Divorcio vincular por mutuo consentimiento y el Divorcio vincular necesario, el cual señaló las siguientes causas:

"Cuando a) ya no se pudieran o fuera indebido realizar los fines del matrimonio y b) Cuando se cometiesen faltas graves por uno de los cónyuges que hicieran irreparable la desavenencia conyugal".⁵⁶

En la citada Ley de 1914 reformó el Código de 1884 y es el inmediato de el antecedente de la ley de Relaciones Familiares de 1917, en esta Ley se vuelve admitir el Divorcio vincular voluntario y el Divorcio necesario pero no por la Ley de 1914 sino por el Código Civil de 1884 que implica para el divorcio necesario; delitos, hechos inmorales e incumplimiento de obligaciones, enfermedades crónicas incurables.

El Código Civil vigente regula también el divorcio voluntario así como el necesario con un número mayor de causales incluyendo las de la Ley de Relaciones Familiares.

La mencionada Ley de 1914 se considera el propósito de terminar con la simple separación de cuerpos que se consideró funesto para las relaciones matrimoniales, ya que esto provocaba odio, malas pasiones, no solamente con los que estaban casados en contra de su voluntad sino con los hijos y parientes. Por lo que esta Ley determinó que el matrimonio quedara disuelto, recobrando cada uno de los cónyuges libertad para volver a contraer nupcias siempre y cuando haya

⁵⁶ RAFAEL ROJINAS VILLEGAS.- ob. cit. Pág. 427.

consentimiento de ambas partes después de tres años de vivir juntos, termino que se consideró para que estuvieran seguros de que no podrían llevar los fines del matrimonio o en cualquier tiempo cuando hubiesen causas que imposibiliten los fines del matrimonio o que rompa con la armonía conyugal.

En el primer artículo de la ley de divorcio del 29 de Diciembre de 1914 establece el "El matrimonio podrá disolverse en cuanto al vínculo ya sea por mutuo o libre consentimiento de los cónyuges cuando el matrimonio tenga más de tres años de celebrado o en cualquier tiempo, por causas que hagan imposible o indebida la realización de los fines del matrimonio o por faltas graves, irreparable la desavenencia conyugal. Disuelto el matrimonio, los cónyuges pueden contraer una nueva unión legítima".⁵⁷

Venustiano Carranza considero que el matrimonio tiene por objeto la procreación de la especie, la educación de los hijos y la ayuda de los esposos para soportar la carga de la vida.

La Ley de divorcio de 1914 reconoció el Divorcio vincular necesario y estableció las causas que hacían imposible o indebida la realización del matrimonio, como son la impotencia incurable para la cópula ya que impedía que se llevara a cabo la perpetuación de la especie, enfermedades crónicas e incurables contagiosas o hereditarias, situaciones contrarias al matrimonio, en una segunda serie podríamos encontrar las siguientes causas: faltas graves de alguno de los consortes, hechos graves

⁵⁷ RAFAEL ROJONAS VILLEGAS.- ob. cit.- Pág. 428.

inmorales, incumplimiento de obligaciones conyugales en alimentos, abandone en situación conflictiva a un cónyuge o a los hijos.

La Ley de Relaciones Familiares de 1917, consideró las causas de Divorcio que reguló el Código de 1884 suprimiendo las capitulaciones matrimoniales, siendo el único código que las admitió. Esta Ley enumera las causas de divorcio.

En el Código Civil Vigente reprodujo las mismas causales de la Ley de Relaciones Familiares, no introduciendo las capitulaciones matrimoniales.

2) CONCEPTO

El divorcio "De las voces latinas *divortium* y *divertere*, separarse lo que estaba unido, tomar líneas divergentes".⁵⁸

"Divorcio es la forma legal de extinguir un matrimonio válido en vida de los cónyuges por causas surgidas con posterioridad a la celebración del mismo y que permite a los divorciados contraer con posterioridad un nuevo matrimonio válido".⁵⁹

"Al divorcio se le ha llamado acertadamente, un mal menor o un mal necesario. Es un mal, porque es la manifestación del rompimiento de la unidad

⁵⁸ INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURIDICAS. Diccionario Jurídico Mexicano.- Editorial Porrúa, S.A. Sexta Edición 1184.

⁵⁹ IBIDEM.- Pág. 1184.

familiar, pero es un mal menor y por ello necesario porque evita la vinculación legal de por vida de los que ya están desvinculados de hecho".⁶⁰

"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".⁶¹

"Desde el punto de vista jurídico, el divorcio significa la disolución del vínculo matrimonial y sólo tiene lugar mediante la declaración de la autoridad judicial y en ciertos casos de la autoridad administrativa, dentro de un procedimiento señalado por la ley, en que se compruebe debidamente la imposibilidad de que subsista la vida matrimonial".⁶²

"Divortium deriva de divertere, irse cada uno por su lado. Esta ruptura sólo puede existir por autoridad de la justicia y por las causas determinadas por la ley".⁶³

"El divorcio es la disolución del matrimonio, viviendo los esposos, a consecuencia de una resolución judicial dictada a demanda de uno de ellos o de uno y otro, por las causas establecidas por la Ley".⁶⁴

⁶⁰ IBIDEM.-Pág. 1184.

⁶¹ IGNACIO GALINDO GARFIAS.- OBCICT.-Pág. 577.

⁶² IBIDEM.-Pág. 577.

⁶³ IBIDEM.- Pág. 577.

⁶⁴ COLIN Y CAPITANT.- Tratado elemental de Derecho Civil.-Tomo I, Introducción Domicilio y ausencia, Madrid, 1952.-Pág. 436.

"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".⁶⁵

"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".⁶⁶

"Divorcio proviene del latín divortium, que significa disolución del matrimonio (Barcia). Forma sustantiva del antiguo divortere, que significa separarse (direiteración; voltere, dar vueltas)".⁶⁷

"Según el pensamiento etimológico, el divorcio significa, dos sendas que se apartan del camino".⁶⁸

"En un sentido metafórico, más amplio y moderno, divorcio es la separación de cualesquiera cosas que estaban unidas".⁶⁹

"En un sentido jurídico, abarca dos posibilidades, una mayor y la otra menor: la disolución del vínculo matrimonial y la mera separación de cuerpos que deja

⁶⁵ PIÑA RAFAEL.- Elementos de Derecho Civil Mexicano, editorial Porrúa, S.A. Tercera edición, México 1963, volumen primero Pág. 349.

⁶⁶ FLORES BARROETA BENJAMIN.- Lecciones de primer curso de Derecho Civil, México 1960, Pág. 382.

⁶⁷ RAFAEL ROJINA VILLEGAS.- OBCIT.- Pág. 383.

⁶⁸ IBIDEM.- Pág. 383.

⁶⁹ IBIDEM.- Pág. 383.

subsistente el vínculo. En ambos casos en virtud de sentencia judicial fundada en causa legal".⁷⁰

"Divorcio es la disolución del vínculo, dejando a los cónyuges en posibilidad de contraer otro matrimonio legítimo".⁷¹

3) NOCION JURIDICA DEL DIVORCIO.

El *divortium* es una institución jurídica que surgió al mismo tiempo en que "el Derecho intervino para organizar jurídicamente al matrimonio, constituyéndolo sobre la base de un nexo obligatorio entre el varón y la mujer que deciden hacer vida en común".⁷² En una forma primitiva apareció como un derecho dado al hombre, de repudiar en ciertos casos a la mujer, por causa de adulterio de la esposa y con menor frecuencia se aceptaba el derecho al ejercicio a repudiar, el cual se fundó en la esterilidad de la mujer.

La institución del divorcio en Roma que por moda excepcional recurrían los consortes, bajo el imperio término, en la época de las costumbres licenciosas, "por ofrecer ocasión propicia para minar la naturaleza misma del matrimonio". ¿Que mujer-dice Séneca- se sonroja actualmente de divorciarse, desde que ciertas damas ilustres no cuentan su edad por el número de los cónsules, sino por

⁷⁰ FERNANDO FUEYO LANERI, Derecho Civil, Tomo VI, Volúmen I Imp. y Listo Universo, S.A., Santiago de Chile, 1959.-Págs. 183 y 184.

⁷¹ ALBERTO PACHECO E.-La Familia en el Derecho Civil Mexicano.- Editorial Panorama. Pág. 158.

⁷² IGNACIO GALINDO GARFIAS.- OBCIT.- Pág. 578.

el número de sus maridos? se divorcian para volverse a casar, se casan para divorciarse".⁷³

Aparece el Derecho de repudio en el Derecho Romano Antiguo, la disolución del vínculo matrimonial, podía aparecer con la voluntad del marido o de la mujer, sin que interviniera el Sacerdote o el magistrado, a veces sin causa alguna, aunque el consorte en algunos casos hacía uso de esta vía podía incurrir en penas graves, la repudiación subsistía plenamente

En los siglos del cristianismo con apoyo de textos del Nuevo Testamento, fue condenado en términos generales el divorcio.

En el derecho germánico antiguo, el divorcio podía ser por medio de un convenio entre el marido y los parientes de la esposa. El vínculo posteriormente se podía disolver, celebrado el convenio entre los esposos y en un período posterior; conoció el divorcio el derecho germánico por declaración unilateral del marido, quien podía abandonar a su mujer legítimamente en dos casos: por esterilidad y adulterio.

La iglesia en el siglo X para sí tomó jurisdicción sobre el matrimonio fundándose en los textos evangélicos de San Lucas y San Marcos y pronunció la indisolubilidad del matrimonio.

En la antigua legislación Española encontramos, en el Fuero Juzgo, la Ley II que permite que por medio del adulterio de la mujer el divorcio se da con la

⁷³ IBIDEM.-Pág. 579.

autorización del obispo, ya sea del marido o de la mujer con quien estaba casado antes de la ley no cristiana.

En México, en el Derecho Azteca el divorcio se captaba en casos de esterilidad o de adulterio.

Proclamaron San Agustín y los Concilios la indisolubilidad absoluta del vínculo conyugal, afectando al matrimonio consumado, y este tiene lugar en el Derecho Canónico, por la realización de la cópula carnal.

Según el Derecho Canónico puede ser disuelto el matrimonio no consumado en dos casos: por dispensa pontificia, o por profesión solemne en una orden religiosa.

El Derecho Canónico acepta en ciertos casos, la supresión de la comunidad conyugal, puede ser perpetua o temporal la separación. La primera tiene lugar en el adulterio, la separación de cuerpos será decretada por autoridad eclesiástica competente y no por voluntad de los cónyuges.

Fundándose en el texto de San Mateo admitía el divorcio la Reforma protestante (siglo XVI), fundándose en el protestantismo, incluyo el abandono y la simple declaración unilateral de la voluntad, primeramente no se requería la intervención de autoridad que pronunciara el divorcio. Posteriormente se reconoció la necesidad de intervenir autoridad eclesiástica.

La revolución Francesa, sustentaba de que era un contrato y no un sacramento el matrimonio, por lo que debería llevar al divorcio. Llevaron a la promulgación de la ley sobre el divorcio de 1792, la autonomía de la voluntad como base de los actos jurídicos y las ideas del individualismo; esta ley reconoció la posibilidad de disolver el vínculo matrimonial por diversas causas, entre las cuales se acepta la incompatibilidad de caracteres.

El Código de Napoleón, redujo a tres causas, las causas del divorcio: el adulterio, la sevicia y las injurias graves, solo se acepta por actos culposos el divorcio, y lo rechaza en casos de que parezcan enfermedad mental alguno de los cónyuges y no puede imputarse culpa alguna a los cónyuges.

El código Civil Francés influyo en las legislaciones de algunos países.

Francia, Inglaterra y los países bajos, admiten el divorcio por culpa grave de alguno de los consortes.

Aunque no se medie culpa se permite la disolución del vínculo en Suiza, Portugal y Turquía. Y en la Unión Soviética se acepta la disolución por el solo deseo de uno de los cónyuges.

No acepta España, Irlanda, Austria para los cónyuges católicos la disolución del vínculo.

Colombia, Argentina, Carolina del Sur y Canadá no aceptan por medio del divorcio la disolución del vínculo.

En México, los Códigos de 1870 y 1884 no aceptan el divorcio vincular, pero permite la separación de cuerpos, que es una dispensa en la obligación de cohabitar en los casos de enfermedad de alguno de los cónyuges.

La Ley de Relaciones Familiares de 1917, instituye el divorcio por mutuo consentimiento.

El Código Civil vigente para el Distrito y Territorios Federales, acepta las causas que conforman la Ley de Relaciones Familiares permiten la disolución del vínculo matrimonial a través del divorcio, reconoce disolverlo por mutuo consentimiento e introduce un procedimiento especial administrativo de divorcio por mutuo consentimiento, sin que intervenga la autoridad judicial, autorizado por el oficial del Registro Civil, cuando los cónyuges, no tengan hijos, sean mayores de edad y hayan liquidado la sociedad conyugal de común acuerdo, si se casaron bajo este régimen.

4) CAUSALES DE DIVORCIO SEÑALADOS EN EL ARTICULO 267 DEL CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL VIGENTE.

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

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

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

IV. La iniciación o la violencia hecha por un cónyuge al otro para cometer algún delito, aunque no sea de incontinencia carnal;

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

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

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

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

IX. La separación del hogar conyugal 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;

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 ésta que proceda la declaración de ausencia;

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

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

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

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

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

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

XVII. El mutuo consentimiento;

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

5) PROCEDIMIENTOS PARA SU OBTENCION.

El Código Civil vigente establece: "El divorcio disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro".⁷⁴

En la legislación Civil vigente, se distinguen tres distintas formas de divorcio, de las cuales dos ya estaban en codificaciones anteriores, que consistían en: a) Divorcio Necesario, y b) Divorcio Voluntario y posteriormente la introducción del nuevo sistema el cual caracterizó al denominado Divorcio voluntario de tipo administrativo. Conforme a nuestra Legislación Civil vigente, analizaremos cada uno de estos sistemas.

Nuestro Código en estudio, trató de equiparar las causas de divorcio, en lo relativo al hombre y a la mujer, pero su intento principal fue garantizar los intereses de los hijos, que son víctimas a menudo de la disolución de la familia.

Podemos encontrar que dentro de las causales de divorcio son las mismas del Código de 1884 al igual que es de la Ley de Relaciones Familiares, y tienen como característica haberse formulado en términos más claros, y en la fracción VI utilizaron tecnicismos que dan mayor exactitud en cuanto a su contenido.

⁷⁴ RAFAEL ROJINA VILLEGAS.- OBCIT.- Pág. 394.

A) El divorcio necesario tiene su origen en las causales contenidas en las fracciones I a XVI del artículo 267 del Código Civil vigente.

En este sistema de divorcio encontramos dos tipos, que son: el divorcio sanción y el divorcio remedio; el primero se encuentra previsto por causales que señalan un acto ilícito o por un acto en contra de la naturaleza misma del matrimonio. El Divorcio Remedio se introduce como protección a favor del cónyuge sano o de los hijos contra enfermedades crónicas e incurables, que sean hereditarias o contagiosas.

A) Para que proceda el divorcio necesario se necesita:

1.- Que exista un matrimonio válido, mismo que se hace valer al ser presentada el Acta de matrimonio, la disolución se solicita a través de la demanda de divorcio.

2.-Acción ante el juez competente; el divorcio es un juicio del orden familiar, por lo que es competente el juez de lo Familiar del domicilio conyugal y en caso de que la demanda sea por abandono de hogar, será el del domicilio del cónyuge abandonado; y en el caso de que no haya domicilio conyugal por separación de los cónyuges y haya sido ya de tiempo, será competente para conocer el juicio, el Juez del domicilio del demandado.

3.- Se tendrá que Adecuar una expresión de la causa determinada por la Ley, al igual que deberá ajustarse necesariamente a alguna de las dieciocho causales

señaladas en el artículo 267 del Código Civil Vigente, probándose en caso que sea más de una de ellas.

4.- La legitimación procesal y esta es exclusiva de los cónyuges; la acción de la sentencia por los cónyuges. El divorcio puede ser demandado sólo por el cónyuge que no dio causa a él, dentro de los seis meses siguientes al día en que hayan llegado a ellos hechos en que se funde la demanda, no es transmisible esta acción en vida ni por muerte, ya que esta última acaba con el juicio de divorcio y de esta forma teniendo los mismos derechos y obligaciones los herederos. En el caso de que se trate de un cónyuge menor puede asumir el papel de actores como de demandado en el juicio de divorcio, pero es requisito judicial nombrarla en ambos casos un tutor que se limite a aconsejar y a asistir al menor durante el procedimiento.

5.- Tiempo hábil; la acción de divorcio puede ser iniciada en cualquier momento de la celebración del matrimonio y dentro de los seis meses siguientes al día en que el cónyuge tenga conocimiento de los hechos en que funde la demanda, algunas causas requieren más tiempo como es el caso la locura incurable y este tiempo es considerado como necesario para pedir la interdicción del enfermo. Cuando la causa es un hecho determinado en el tiempo como las injurias, adulterio, la caducidad es de seis meses a partir de que el cónyuge demandante se entere, sin embargo si deja transcurrir el tiempo de seis meses sin interponer la demanda, se considera el perdón del ofendido y caduca su derecho en relación al hecho específico en que consistió la causa que hizo invocar, pero se podrá demandar nuevamente el divorcio por nuevos hechos que sean causas de divorcio aunque sean de la misma especie. Es importante recalcar que, no existe, término de caducidad cuando la causa es permanente o de trato sucesivo,

siendo tales casos las enfermedades, el adulterio, el abandono ya que en estos casos nos referimos a una causal permanente.

6.- Que no exista perdón; no se puede hacer valer ninguna causal de divorcio, habiendo existido el perdón por parte del cónyuge ofendido, ya sea de forma expresa o pasiva. Cuando el perdón es expresado durante el juicio de divorcio a este último se le pone fin, en virtud de que los cónyuges por medio del perdón llegan a la reconciliación, mismo acto que deberán informar los cónyuges al juez, no sin considerar que la omisión de dicha notificación no deforma los efectos del perdón y como consecuencia la reconciliación una vez aprobada.

7.- Formalidades procesales; Debe llevarse con todas las formalidades de carácter procesal el juicio de divorcio. Es un juicio ordinario.

B) Del divorcio voluntario administrativo; es aquel que se caracteriza por el mutuo acuerdo de los cónyuges ante el Oficial del Registro Civil del domicilio conyugal, para tal efecto los cónyuges tendrán que cumplir con los requisitos establecidos dentro del artículo 272 del Código Civil vigente tales requisitos consisten en que los cónyuges tendrán que ser mayores de edad que no existan hijos dentro del matrimonio, que la Sociedad conyugal se encuentre liquidada en el supuesto caso que hayan contraído matrimonio bajo el régimen del Sociedad Conyugal y además que su matrimonio haya perdurado más de un año (Artículo 274). Una vez cumplido los requisitos anteriormente mencionados los cónyuges pueden concurrir ante la Oficialía del Registro Civil del domicilio conyugal, acompañados de su Acta de matrimonio a efecto de constatar su matrimonio y mayoría de edad; El divorcio previa identificación

de los solicitantes; una vez iniciada dicha acta el Oficial del Registro Civil exhortará a los solicitantes a dos Juntas de Avenencia dentro del termino de quince días posteriores a la solicitud, dentro de cada junta cada uno de los cónyuges tendrá que ratificar su voluntad de obtener el divorcio; una vez celebradas ambas juntas y cumplidos los requisitos de ley el Oficial del Registro Civil, procederá a realizar el acta de divorcio correspondiente. Cabe hacer mención que todo juicio dentro de nuestra legislación sanciona a ambas partes y testimonios que proporcionen documentación o testimonios falsos, recayendo esto en el "delito de falsedad en declaración ante autoridad pública.

C) Divorcio Voluntario. Cuando por mutuo consentimiento los cónyuges quieren divorciarse habiendo hijos dentro del matrimonio tendrá que presentar al Juez de lo Familiar, una solicitud de divorcio acompañado con un convenio que exige el artículo 273 del Código Civil y adjunto una copia certifica del acta de matrimonio y de las de nacimiento de sus hijos. Una vez recibida la solicitud, el tribunal cita a los cónyuges y al Ministerio Público a la primera junta de avenencia, después de los ocho días y antes de los quince días de admitida. El juez tratará de conciliar a los cónyuges, si no lo logra, provisionalmente aprobado el convenio, oyendo previamente el parecer del Ministerio Público, el juez dictará todas las disposiciones provisionales que están señaladas en el artículo 282 del Código citado las cuales son: procede a la separación provisional de los cónyuges conforme al Código de Procedimientos Civiles, señalará alimentos que debe recibir el acreedor cónyuge y los hijos del cónyuge deudor, las que estime convenientes para que no se puedan causar perjuicios en sus bienes ni en los de la sociedad conyugal, dictará medidas precautorias que la ley establece en cuanto a la mujer que quede encinta,

pondrá a los hijos al cuidado de una persona que de común acuerdo hubieren designado pudiendo ser uno de ellos. Si los cónyuges continuaran con el propósito de Divorciarse, se les citará a una segunda junta en el tribunal, que se efectuará después de los ocho días y antes de los quince días de solicitada, y en esta junta el juez volverá a exhortar a la reconciliación de los solicitantes, si no se logra, y en el convenio quedan garantizados los derechos de los hijos menores e incapacitados, el tribunal oyendo el parecer del Ministerio Público dictará sentencia de divorcio, y sobre el convenio presentado decidirá.

Los cónyuges menores se pueden hacer representar por un tutor especial durante el trámite de divorcio voluntario, en caso de que los cónyuges dejarán pasar más de tres meses sin continuar el procedimiento, el tribunal declarará sin efecto la solicitud y mandará archivar el expediente, así mismo la reconciliación de los cónyuges pone término al juicio de divorcio en cualquier estado en que se encuentre.

6) EFECTOS DEL DIVORCIO

6.1 EN RELACION CON LOS CONYUGES.

"Los efectos patrimoniales más importantes del divorcio son que el culpable, cuando lo hay, puede lo "dado o prometido por su consorte, o por otra persona en consideración a éste".⁷⁵ Deberá liquidarse la sociedad conyugal en caso de que haga existido, la mujer tendrá derecho en los casos de divorcio voluntario a una

⁷⁵ ALBERTO PACHECO E.-OBCIT.-Pág. 163.

pensión por un tiempo igual al de su matrimonio, siempre y cuando permanezca divorciada, Artículo 288.

Las pensiones que son derivadas del divorcio, realmente no son pensiones del alimentos, porque independientemente provienen de la necesidad el acreedor o de la posibilidad del deudor; y se crean por la sentencia y en los divorcios causales parece más bien una indemnización del culpable. En los divorcios voluntarios no se puede decretar una pensión a favor del esposo, solamente que se encuentre en un estado de necesidad, esta reforma corrige la anterior redacción del artículo 288, que desde 1972 con falsos criterios feministas de dicha reforma, dejaba a la mujer desprotegida, incluso podía resultar condenada a pagar una pensión sin que estuviere en caso de necesidad su cónyuge.

"En virtud del divorcio, los cónyuges recobrarán su entera capacidad para contraer nuevo matrimonio (Art. 289), estableciéndose una serie de limitaciones temporales a entera capacidad, sin mucho fundamento, pues si el divorcio ha disuelto el vínculo no hay razón para prohibir un nuevo matrimonio inmediato más que en los casos de posible confusión de la paternidad por el nuevo matrimonio de la divorciada".⁷⁶

Recordando algunas razones de Carranza en la exposición de motivos de la ley que introdujo el divorcio en México resulta sin objeto las prohibiciones del artículo 289 del Código Civil, ya que si el divorcio es un factor de moralidad que ayuda a la formación de nuevas uniones legítimas, evitando que se multipliquen los

⁷⁶ **IBIDEM.** Pág.163.

concubinatos, no hay necesidad para hacer esperar dos años al divorciado para que se le permita un nuevo matrimonio, pues con esto lo único que se provoca es que se alargue el amasiato preexistente.

6.2 EN RELACION CON LOS HIJOS.

Son siempre los hijos los perdedores en los juicios de divorcio, cualquiera que sea la causa la y cualquiera que sea la edad de estos. Cuando son menores y continúan viviendo con sus padres, sin poderlos oír y sin que tengan alguna posibilidad de defensa, se les deja sin hogar, quedando gravemente modificada su posibilidad de educarse y formarse.

En la actualidad se habla de protección a la infancia de derechos de los menores y de protección de los hijos, la legislación permite que sean negados esos derechos, y completamente afectados por los padres divorciantes, piensan que protegiendo al infante es tratar de llenar sus necesidades materiales.

La finalidad natural del matrimonio es proteger los hijos, adquieren desde el momento mismo del matrimonio la obligación de cuidar a los hijos que pueda tener, y el hijo desde el momento de ser concebido, tiene el derecho a ser educado por sus padres, de la forma que puedan hacerlo. El hijo tiene derecho a ser alimentado por sus padres, a satisfacer sus necesidades materiales, incluyendo la cultura, y el mejor ambiente necesario para desarrollar las potencias que el hombre trae al nacer. El divorcio es siempre violatorio de los derechos de los hijos en el campo jurídico.

Durante el procedimiento del divorcio quedan los hijos bajo la custodia de la persona que hayan acordado los divorciantes, señalado en el artículo 272, Fracción I para los divorcios voluntarios y fracción IV del 282 para las causales o quién señale el Juez, artículo anteriormente citado fracción VI, quedan al cuidado de la madre los hijos menores de siete años, salvo que haya peligro grave para los hijos, según párrafo segundo de la fracción VI del artículo 282, recientemente añadido, rectifica actitudes falsamente feministas de las reformas de 1972.

La sentencia de Divorcio fijará la situación de los hijos, conforme a lo que dispone el artículo 283 en la nueva redacción de 1984, de facultades al Juez para resolver lo relativo a la situación jurídica de los hijos, se puede condenar a uno o ambos de los divorciantes a quedar suspendida o a perder la patria potestad, sin que se dispense la obligación de dar alimentos, ya que deriva de la filiación y no del matrimonio que ya no existe, la obligación de dar alimentos termina con la mayoría de edad del hijo, a menos que se encuentre en estado de necesidad, establecido en artículos 287 y 311 del citado código.

CAPITULO QUINTO

ANALISIS GENÉRICO DE LA IMPOTENCIA SEXUAL DENTRO DEL MATRIMONIO

1) ESTUDIO DE LA FRACCION VI DEL ARTICULO 267 DEL CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL.

La impotencia incurable conforme al artículo 267 Fracción VI, del Código Civil Vigente, haciéndola valer como causal de divorcio, se requiere que sobrevenga después de haber celebrado el matrimonio. También es de considerarse que cuando se presenta impotencia incurable antes de celebrarse el matrimonio, esta misma se convierte en impedimento para contraer nupcias o bien, la nulidad relativa del mismo, nulidad que tiene que hacerse valer dentro del término de sesenta días contados a partir de celebrado el matrimonio, trayendo como consecuencia el hecho de no hacer valer tal acción en término, no invocarla como nulidad ni tampoco como causal de divorcio.

Cabe hacer mención, que en relación a la nulidad que se funda en los impedimentos para contraer matrimonio expresados en el Código Civil en la fracción VIII del artículo 156 al respecto de la impotencia, solo puede hacerse valer a petición de los cónyuges de igual forma dentro del término de sesenta días a partir de haberse celebrado el matrimonio.

En consideración personal, respecto a lo anteriormente citado, es evidente que se trata de una disposición inadecuada, en virtud de que el término que marca nuestra ley es muy breve, ya que daría mejor resultado contar el término a partir del momento en que se tiene conocimiento de tal enfermedad, y no a partir de haberse celebrado el matrimonio. En lo que respecta a mi idea, en cuanto a lo establecido por el Código Civil es fácil suponer que el cónyuge imposibilitado llegue a disminuir tal enfermedad, quedando de esta forma el cónyuge sano limitado a anotar dicha enfermedad, y menos aún de hacerla valer como causal de divorcio ya que si no logra probarlo apegado a los requisitos de Derecho, le da toda oportunidad al otro cónyuge de ejercitar acción en contra de él, todo esto conforme al artículo 268 que a la letra dice "Cuando un cónyuge haya pedido el divorcio o la nulidad del matrimonio por causa que no haya justificado o se hubiese 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." Quedando de esta forma, en cuanto a idea personal, el cónyuge sano imposibilitado de ejercitar su derecho a falta de certeza por dos razones, que son: El término tan corto que establece la ley y segundo falta de elementos y pruebas para lograr ejercitar su derecho.

Es muy posible que dentro del término de sesenta días siguientes a la celebración del matrimonio, si el cónyuge enfermo no se presta a realizarse examen médico por medio del cual se determinaría que la enfermedad es incurable o bien provenga de forma hereditaria, razón por la cual considero que el derecho específicamente en este punto es cerrado y tajante, en cuanto al cónyuge sano.

Para apoyar aún más mi idea, cabe mencionar que en cuanto la impotencia, la ley requiere que esta sea incurable de esta forma la ley se manifiesta nuevamente tajante, a mi forma de pensar, ya que puede haber una impotencia relativa por causas psíquicas que impiden la reacción natural que después, ya dentro de la familiaridad del matrimonio, podría llevarse a cabo, quedando de igual forma el cónyuge que presentase la demanda, la mujer en este caso, afirmando que el marido es impotente, estaría expuesta, al no poder justificar la causa, a ser considerada como culpable, en virtud de la sentencia absolutoria.

En lo personal, considero que dentro de la ley no existe la igualdad en este punto específico, ya que para las otras enfermedades todavía se permite al cónyuge sano que si dejó transcurrir el término de sesenta días, pueda pedir el divorcio, dado que no solicitó la nulidad, y para el caso de impotencia establece exactamente todo lo contrario, de tal manera que casi se coloca al cónyuge sano en los casos de que se contraiga matrimonio con un impotente incurable, a que no pueda disolver su matrimonio, ya que sería excepcional el hecho que pudiera hacerlo dentro de los sesenta días siguientes al matrimonio, por tener todos los datos, los elementos y la seguridad para formular debidamente su demanda de nulidad; Y si no lo hiciera, ya no podría invocar la impotencia como causa de divorcio, porque no sería sobrevenida.

Me permito expresar inconformidad ante nuestra ley, en virtud de que no distingue si la impotencia debe ser motivada, ya sea por la edad u otra causa.

Supongamos que fuera por la edad, en este caso sería un absurdo, en forma literal de que la impotencia que sobreviniera por razón de la edad permitiría a la

mujer solicitar el divorcio, cuando evidentemente, después de que tienen muchos años de casados, y de que han tenido hijos, considero injusto y casi cruel que ese matrimonio se disolviera, por que la impotencia incurable para la cópula que sobrevenga, después de el matrimonio puede entenderse como una enfermedad que impide que la pareja tenga una relación sexual, no por la virtud de haber llegado a una edad que ya no les es posible realizar una relación sexual satisfactoria. Y aún más cuando la ley no determina límite de edad para contraer matrimonio, ya que es completamente valido el matrimonio entre ancianos.

Para contraer matrimonio se fija una edad mínima la mujer de catorce años y el hombre de dieciséis, pero no determina una edad máxima, lo que esta demostrado desde mi punto de vista que la impotencia por razón de la edad no puede ser una causa de divorcio, en cuanto que no es un impedimento que unos ancianos puedan contraer matrimonio, ya que la ley caería en una contradicción al aceptar esta situación; Un matrimonio entre ancianos, no obstante la impotencia del marido, y por consiguiente, el permitirlo, perfectamente valido y, por otra estatuye que en un matrimonio durante este, por razón de la edad, llegara el día en que el marido por su edad sera impotente y la esposa puede exigir el divorcio.

Considero que la ley al hablar de ambos cónyuges en la impotencia, actúa inapropiadamente pensando que esta causal debe ser exclusivamente del marido, porque si profundizáramos en cuanto a deformaciones, anormalidades, o obstáculos vulvares o vaginales para la cópula en la mujer, entraríamos a impedimentos para contraer matrimonio y estos existían antes de celebrarse el matrimonio y no

sobrevenirían durante la vida del mismo; Y en este caso si nos encontramos con una impotencia incurable para la mujer.

La impotencia incurable para la realización de la cópula para ser considerada causal de divorcio debe haber sobrevenido durante la vida marital de los cónyuges, en caso de que hubiere sido posterior a la celebración del mismo, se podrá invocar como causa de divorcio, sin que haya límite de tiempo, ya que el plazo de caducidad de seis meses existe solamente en causas instantáneas y no en las de tracto sucesivo, como las enfermedades. Por lo que se podrán invocar las anteriores y posteriores al matrimonio siempre y cuando tengan características que establece la ley.

Desde el punto de vista del diagnóstico médico se considera como enfermedad incurable la impotencia, y después se logra, la curación no se podrá plantear la situación de si podrá correr el término de seis meses a partir de que cesó la enfermedad para solicitar el divorcio, ya que la enfermedad no fue incurable, y por lo tanto no podrá ser causa de divorcio.

La ley considera que perdonada la falta, por grave que sea, si no entabla la demanda en el término de seis meses, y se extingue la acción de divorcio por el bien expreso, o tácito tratándose de enfermedades, no podemos pensar que exista un hecho imputable, una culpa susceptible de perdón, ni podemos descifrar que por el tiempo de seis meses se pueda extinguir la acción de divorcio, en relación al perdón. Es decir, desde el punto de vista racional, el lapso de caducidad no debe operar.

El Código anterior solicitaba además que fuese desconocida la enfermedad por el cónyuge sano, porque tenían una idea falsa de esta causal. En cambio el Código vigente no requiere este requisito.

La ley supone que el individuo que pareciera una enfermedad crónica e incurable contagiosa o hereditaria, ocultándolo, se casa con su futuro consorte con la enfermedad que el aqueja, esta persona comete una injuria grave, porque la ocultación de su enfermedad manifiesta una verdadera falta de consideración hacia la persona con quién va a casarse. Esta situación podría criticarse ya que dicha enfermedad puede ser el resultado de una desgracia y considero que es injusto que la ley lo castigue con el divorcio, ya que dicho castigo esta fundado en el hecho que sólo la fatalidad fue el responsable. Ahora pongámonos en el caso del cónyuge sano, pienso que también es injusto a que se le condene a vivir con una persona que desde el principio le oculte o le provoque daños y tal vez perjuicios ya sean físicos o morales a su vida. Pero también es posible que el cónyuge enfermo desconozca de su enfermedad, y podríamos llegar a pensar que la ley es injusta, por decretar el divorcio en contra de esta persona.

"El divorcio es un castigo que se impone al cónyuge que falta al cumplimiento de sus deberes; la idea de castigo supone la idea de culpa, pues no se explica la primera sin la segunda; ahora bien la culpa en la fracción que venimos estudiando, sólo se comprende cuando el cónyuge enfermo, teniendo conocimiento de su enfermedad, la oculta a su consorte; no es, en el criterio de la ley, la enfermedad en sí misma lo que motiva el divorcio, es la ocultación de esta enfermedad el engaño, la injuria que recibe el otro consorte lo que es causa de él. Si, pues, esta injuria falta, si

no hay dolo, lo que sucederá cuando el esposo ignora su padecimiento, no será cuestión de aplicar aquel precepto".⁷⁷

"Impotencia. En una acepción general es la falta de poder para hacer alguna cosa; pero en jurisprudencia se toma por la incapacidad de llenar el objeto del matrimonio, que es la cohabitación entre el hombre y la mujer para la procreación de los hijos".⁷⁸

La impotencia puede ser natural, casual, perpetua, temporal, absoluta o relativa. Es natural cuando proviene de un defecto naturaleza como de frialdad ya sea en el hombre o de estrechez en la mujer y de menor edad en las personas que no han llegado a la pubertad. Es casual cuando es proveniente de un accidente como la castración o amputación. Es perpetua cuando no hay esperanza de que pueda cesar, como es en los eunucos; y temporal cuando cesa con el tiempo como es en el caso de los impúberes o puede curarse con remedios ordinarios sin recurrir a los extraordinarios ya que pueden perder la vida. Absoluta es la que tiene el hombre con respecto a cualquier mujer o en una mujer con respecto a cualquier hombre; y relativa la que se encuentre en un hombre o mujer con respecto a una mujer ú hombre determinado y no con relación a los demás hombres o mujeres.

La impotencia perpetua ya sea natural o casual es impedimento para contraer matrimonio el cual es anulado, si sobreviene después del matrimonio ya no da lugar a la nulidad, respecto de que el matrimonio validamente contraído es indisoluble.

⁷⁷ RAFAEL ROJINA VILLEGAS.-Opcit.- Pág.476.

⁷⁸ ANTONIO DE J. LOZANO. Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia mexicanas Tomo II segunda edición.-Facsimilar.

Nadie puede pedir que el matrimonio se anule por impotencia si no los mismos cónyuges y si estos desean callar su impedimento conviniendo en vivir juntos ya sea como hermanos no se les podrá separar conforme a derecho. La impotencia temporal ya sea casual o natural no puede anular el matrimonio ya que no anula el matrimonio pues no impide absolutamente los fines de esta institución.

CAPITULO SEXTO

TESIS Y JURISPRUDENCIA SOBRESALIENTES

I) DIVORCIO, IMPOTENCIA COMO CAUSAL DE.

"La impotencia a que se refiere la ley, es la que consiste en la imposibilidad física de llevar a cabo el acto sexual, y la impotencia para la generación, no es propiamente impotencia si no esterilidad, y como mera esterilidad, no constituye causa de disolución del matrimonio, porque no imposibilita para la cópula. Es un error expresar que la causal de impotencia sólo la concede la ley a la mujer, por no ser posible que ésta sea importante para la cópula; puesto que la existencia de obstáculos búbbares o vaginales, puede ocasionar esta impotencia en el agente femenino de la cópula.

Sexta época, Cuarta Parte: Vol. XLVIII, Pág. 165. A.D. 4663/59. Dámaso Parra. 5 votos. Vol. XL, Pág. 112. A.D. 101/60. Gabriela Mercedes Gallardo Cabrero de Aguilera. Unanimidad de 4 votos".⁷⁹

Tesis que han sentado precedente:

Amparo directo 4663/1959. Dámaso Parra. 5 votos 3a SALA Sexta Epoca, Volumen XI.VIII, Cuarta Parte, Pág. 165.

⁷⁹ Apéndice al Semanario Judicial de la Federación. Jurisprudencia. 1917-1985.

Amparo directo 101/ 1960. Gabriela Mercedes Gallardo Cabrero de Aguilera. Unanimidad de 4 votos.

En la 3a SALA Sexta Epoca, Volumen XL, Cuarta Parte, Pág. 12." ⁸⁰

"355.- DIVORCIO, INCAPACIDAD DE UNO DE LOS CONYUGES COMO CAUSAL DE (IMPOTENCIA) (LEGISLACION DEL ESTADO DE PUEBLA).-

La incapacidad de uno de los cónyuges para llevar los fines del matrimonio a que se refiere la fracción IV del artículo 221 del Código Civil para el Estado de Puebla debe interpretarse como sinónimo de "Impotencia", que es la que se refiere propiamente la ley, entendida esa impotencia no como la esterilidad para la generación, sino como la imposibilidad física de llevar a cabo el acto sexual.

Amparo directo 103/1977. Maria de Jesús Machorro Barranco.- 22 de Agosto de 1977.- Unanimidad de 4 votos.- Ponente; Raúl Lozano Ramírez.

PRECEDENTES 3a SALA.- SEPTIMA EPOCA, Volumen Semestral 103-108, Cuarta Parte, Pág. 123.

Tesis que ha sentado precedente:

⁸⁰ Jurisprudencia y tesis sobresalientes de 1976-1977 actualización V civil 1987.

Amparo directo 101/160.- Gabriela Mercedes Gallardo Cabrera de Aguilera.- 14 de octubre de 1960.- Unanimidad de 4 votos.- Ponente: Mariano Ramírez Vázquez.

3a. SALA Sexta Epoca, Volumen XL, Cuarta Parte, Pág. 112.

Amparo directo 4663/59.- Dámaso Parra.- 8 de junio de 1961.- 5 votos.

3a. SALA Sexta Epoca, Volumen XLVIII, Cuarta Parte, Pág. 165- PRECEDENTES

3a. SALA Tres por unanimidad." ⁸¹

DIVORCIO.- CAUSAL DE IMPOTENCIA INCURABLE QUE SOBREVenga DESPUES DE CELEBRADO EL MATRIMONIO.- LA PRUEBA CONFESIONAL NO ES IDONEA ¿PARA DEMOSTRARLA? SINO QUE REQUIERE DE OTRAS PRUEBAS ESPECIALMENTE LA PERICIAL.- La prueba confesional no es idónea para probarla impotencia, por tratarse de un trastorno orgánico demostrable por confesión como lo ha sostenido la Suprema Corte de Justicia de la Nación. en la tesis que aparece publicada en la página 508 de la Cuarta Parte del Apéndice de Jurisprudencia del Semanario Judicial de la Federación Año de 1975, que se transcribe a continuación: "Divorcio, causales de, en que la confesión no es medio idóneo para demostración, prueba pericial. Cuando se trata de una causal de divorcio consistente en una alteración o afección de la salud o en un anormal funcionamiento de los órganos del cuerpo humano, como las que contempla el legislador en la reacción VI del artículo 267 del Código Civil, no es suficiente por no

⁸¹ Jurisprudencia y tesis sobresalientes de 1978-1979. Actualización VI Civil 1981.

ser el medio de prueba idónea para tales casos, para tener plenamente acreditada la alteración de la salud o el mal funcionamiento". (T. 191, P.119) ⁸²

"Para que la impotencia incurable sea causal de divorcio, se requiere que sobrevenga después de celebrado el matrimonio, pues si la impotencia existía antes, puede originar la nulidad del mismo, no así en el caso de las enfermedades que pueden haberse contraído antes o después de celebrado el matrimonio.

La SCJN ha resuelto en esta ejecutoria que se cita en la parte relativa, lo siguiente:

En lo tocante a la causal de impotencia alegada, procede asentar que la impotencia física de llevar a cabo el acto sexual, y la impotencia para la generación, no es propiamente impotencia sino esterilidad, y como mera esterilidad, no constituye causa de disolución de matrimonio, porque no imposibilita la cópula. Lo anterior ha sido sostenido por esta Suprema Corte de Justicia, en la ejecutoria que pronunció el catorce de Octubre de mil novecientos sesenta, en el juicio de amparo directo número 101/60.

Estas casuales son consideradas de tracto sucesivo, por ello no se aplica el término de seis meses exigido por la ley en las casuales que se configuran con un hecho determinado en el tiempo.

⁸² Publicación especial anales de jurisprudencia Índice 1990 Derecho Familiar.

El cónyuge sano puede optar por el divorcio vincular o por la separación en los términos del Artículo 277 C.C."⁸³

⁸³ CODIGO CIVIL COMENTADO para el Distrito Federal en Materia Común
TOMO I, Instituto de Investigaciones Jurídicas. 1a Edición 1987.- Editorial Porrúa.

CONCLUSIONES

PRIMERA.-Es de considerarse que en todos los casos de Divorcio perjudica a ambas partes y terceros dentro del juicio socialmente, pero también la sociedad se ve afectada, ya que esta interesada en que los hogares no sean focos constantes de disgustos y aún más cuando están en juego los intereses de los hijos o de terceros.

SEGUNDA.-El divorcio es la única forma legal de extinguir el matrimonio previamente cumplidos los requisitos de ley, aún existiendo la certeza de que el cónyuge es acreedor a una de las causales enumeradas dentro del Art.267 del Código Civil.

TERCERA.-Es de mi consideración realizar reformas en cuanto al término no expresado por la ley para demostrar si existe impotencia sexual dentro de un matrimonio recién celebrado, ya que pueden ser causa de otros factores y no precisamente se trate de una enfermedad incurable.

CUARTO.-En relación a la conclusión anterior, en nuestra legislación deben considerar un plazo mayor para poder desvirtuar dicha causal y así como requerir apoyo obligatorio de otras profesiones para demostrar la causa por la cual el demandado se encuentra en ese estado de impotencia.

QUINTO.-Es de mi concepto que nuestra legislación debe de especificar en que momento procede legalmente aplicar la causal VII del art. 267 del Código Civil., ya que no hace distinción ó excepción en personas con edad avanzada,

trayendo como consecuencia lo anterior que se sería el caso de que todos los matrimonios existentes tendrían una causal de divorcio efectiva misma que podrían hacer valer en cualquier momento.

SEXTO.-Considero se deben de realizar reformas dentro de nuestra legislación en relación a la importancia dentro del matrimonio, ya que no llega a distinguir si esta debe ser motivada por edad o por causa externa a esta; tomando en consideración que la ley si determina edad mínima para contraer matrimonio y no edad máxima para contraer el mismo.

SEPTIMO.-Es conveniente definir dentro del Código Civil si al matrimonio se le considera como un contrato o no, ya que en algunos preceptos de nuestra legislación es considerado como tal es el caso de los Artículos. 156 y 178, de nuestro mencionado Código.

OCTAVO.-En mi concepto debe de protegerse en mayor rango el interés del cónyuge demandado por causa de impotencia en virtud de que es un causal fuera de su voluntad, afectando de esta forma no sólo al cónyuge, sino también afecta a los hijos del matrimonio, tomando en consideración que a pesar de los pocas pruebas que puedan presentarse por parte del demandado, se considera el criterio del juzgado.

NOVENO.-Una vez iniciado el juicio de divorcio por causal de impotencia, y si el juez decreta la separación provisional de los cónyuges, de esta forma el demandado, específicamente en este caso, queda totalmente indefenso para

poder mostrar todo lo contrario, en virtud de que si lo mostrara con un tercero caerá en el delito de adulterio.

BIBLIOGRAFIA

BONNECASE, JULIAN.

ELEMENTOS DE DERECHO CIVIL TOMO I (NOCIONES PRELIMINARES-FAMILIA - BIENES) CARDENAS, EDITOR Y DISTRIBUIDOR.- TIJUANA B.C. MEXICO 1985.

FLORES BARROETA BENJAMIN.

UNIVERSIDAD IBEROAMERICANA. - EDICION PRIVADA.- MEXICO 1965.

GALINDO GARFIAS IGNACIO.

DERECHO CIVIL. PRIMER CURSO. PARTE GENERAL PERSONAS. FAMILIA. NOVENA EDICION EDITORIAL PORRUA.

IBARROLA ANTONIO DE.

DERECHO DE FAMILIA.- EDITORIAL PORRUA S.A. SEGUNDA EDICION.- MEXICO 1981.

MAGALLON IBARRA, JORGE MARIO.

EL MATRIMONIO, TIPOGRAFIA EDITORA MEXICANA, S.A. PRIMERA EDICION, MEXICO 1965.

PACHECO E. ALBERTO.

LA FAMILIA EN EL DERECHO CIVIL MEXICANO EDITORIAL PANAMERICANA PRIMERA EDICION .

PETIT EUGENE.

TRATADO ELEMENTAL DE DERECHO ROMANO EDITORIAL NACIONAL., S.A. MEXICO, 1963.

PINA, RAFAEL DE.

ELEMENTOS DE DERECHO CIVIL MEXICANO. - VOLUMEN PRIMERO, (INTRODUCCION - PERSONAS FAMILIA). - EDITORIAL PORRUA, S.A. SEPTIMA EDICION. - MEXICO, 1975.

ROJINA VILLEGAS RAFAEL.

DERECHO CIVIL MEXICANO, TOMO II, DERECHO DE FAMILIA, SEXTA EDICION, EDITORIAL PORRUA.

CODIGO CIVIL

COMENTADO.-PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA COMUN Y PARA TODA LA REPUBLICA EN MATERIA FEDERAL. TOMO I INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURIDICAS 1a. EDICION 1987 MIGUEL ANGEL PORRUA.

CODIGO CIVIL.

PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA COMUN Y PARA TODA LA REPUBLICA EN MATERIA FEDERAL. SEXTA EDICION. EDICIONES DELMA.

CODIGO CIVIL.

PARA EL DISTRITO FEDERAL. MANUEL MATEOS ALARCON "ESTUDIO SOBRE EL CODIGO CIVIL" TOMO PRIMERO EDICION FACSIMILAR.

ELEMENTOS DE DERECHO CIVIL.

TOMO I CARDENA EDITOR Y DISTRIBUIDOR

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURIDICAS.

DICCIONARIO JURIDICO MEXICANO EDITORIAL PORRUA S.A. SEXTA EDICION.

ANALES DE JURISPRUDENCIA.

PUBLICACION ESPECIAL INDICE 1990 DERECHO FAMILIAR.

JURISPRUDENCIA 1917 -1985.

APENDICE AL SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACION.

JURISPRUDENCIA Y TESIS.

SOBRESALIENTES DE 1976-1977 ACTUALIZACION V 1987.

JURISPRUDENCIA Y TESIS.

SOBRESALIENTES DE 1978-1979 ACTUALIZACION VI CIVIL DE 1981.