



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES

“ARAGON”

37
2ED

**LOS IMPEDIMENTOS PARA CONTRAER
MATRIMONIO QUE TIENEN RAZONES
DE ORIGEN DELICTUOSO, COMO
INSTRUMENTOS DE DESCOMPOSICION
FAMILIAR Y SOCIAL**

T E S I S
Que para obtener el Título de:
LICENCIADO EN DERECHO
P r e s e n t a :
RIGOVERTO BARAJAS BARAJAS

FALLA DE ORIGEN

San Juan de Aragón Edo. de Méx.

1995



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis 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.

TESIS CON FALLA DE ORIGEN

A LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

Insigne institución que al brindarme un espacio en sus instalaciones, ha permitido, al igual que a cinco de mis hermanos, se haga realidad uno de mis mayores anhelos..

A MIS PADRES.

ESTEBAN BARAJAS Y JOSEFINA BARAJAS.

Hombres campesinos, que a pesar de las limitaciones en que vivieron, por ser hombres de campo, nunca cesaron esfuerzos para lograr que sus hijos tuvieran mejores perspectivas de vida.

Hombres campesinos, que a pesar de no haber tenido la posibilidad de ingresar a una escuela, su inteligencia, dignidad y entereza no están en duda y son para mí además de un ejemplo a seguir, mi mayor orgullo, mi mayor tesoro.

A MIS HERMANOS.

Por su afecto, apoyo y estímulo que en todo momento me han brindado, y sin los cuales no habría sido posible la realización de uno de mis más caros anhelos.

A MI ESPOSA ALICIA Y A MIS HIJOS IVAN Y CAMILA.

A MIS PROFESORES

Por todo lo que de ellos aprendí, y por haber compartido conmigo su tiempo, su talento y conocimiento.

A MIS FAMILIARES Y AMIGOS.

Por sus consejos, su amistad y compañía.
Un reconocimiento en particular para la tía CHUCHE,
por su constante apoyo y estímulo.

A todos ellos, mil gracias.

RECONOCIMIENTOS ESPECIALES.

Quiero expresar mi agradecimiento, a la Lic. **Graciela León López**, por su contribución y asistencia en la realización de este trabajo.

A los sinodales, **Lic. Rosa María Valencia Granados, Graciela León López, Jorge A. Cruz López, Eduardo Herrera Carranza y María de Jesús Martínez Velarde**, por las revisiones, comentarios y sugerencias que fueron de gran ayuda para la mejor terminación del presente trabajo.

Y finalmente, mi agradecimiento a todas las personas que de una u otra forma contribuyeron a la realización de este trabajo.

A todos muchas gracias.

ÍNDICE.

INTRODUCCIÓN	1
--------------------	---

CAPÍTULO I.

LA TRASCENDENCIA DEL MATRIMONIO EN LA CONSTITUCIÓN DE LA FAMILIA EN LA SOCIEDAD ACTUAL	4
---	---

A.- EL PAPEL DEL MATRIMONIO EN LA CONSTITUCIÓN DE LA FAMILIA	5
1.- Concepto de matrimonio	6
2.- Finalidad jurídica y social del matrimonio	8
3.- Consecuencias jurídicas del matrimonio	10
a).- En cuanto a los cónyuges	12
b).-En cuanto a los hijos	18
c).-En cuanto a los bienes	21
B.- FORMAS DE TERMINACIÓN DEL MATRIMONIO	27

CAPÍTULO II.

EL DIVORCIO COMO FORMA DE EXTINCIÓN DEL MATRIMONIO EN MÉXICO	30
---	----

BREVES ANTECEDENTES	31
A.- EL DIVORCIO EN MÉXICO ES UNA FIGURA CONTROVERTIDA	34
B.- FINALIDAD JURÍDICA Y SOCIAL DEL DIVORCIO	39
C.- CLASES DE DIVORCIO	41
D.- EL ADULTERIO COMO CAUSAL DE DIVORCIO CONTENCIOSO SANCIÓN	47
1.- Concepto de adulterio	48
2.- El adulterio como conducta ilícita	49
3.- Antecedentes jurídicos del adulterio	50
4.- Acción para pedir divorcio	52
5.- Requisitos de procedencia	53
6.- Formas de probar el adulterio	55
7.- Consecuencias jurídicas	58
a).- En relación a los hijos	59
b).- En relación a los cónyuges	61
c).- En relación a los bienes	64
CONSIDERACIONES FINALES	65

CAPITULO III

LA NULIDAD DEL MATRIMONIO	67
A.- LA NULIDAD EN EL DERECHO DE FAMILIA	68
B.- CONCEPTO	60
C.- CAUSAS DE NULIDAD DEL MATRIMONIO	71
1.- Error de identidad	74
2.- Falta de formalidades en la celebración del matrimonio	75
3.- Matrimonio celebrado concurriendo alguno de los impedimentos enumerados en el artículo 156	76
D.- CONCEPTO DE IMPEDIMENTO	78
E.- CLASES DE IMPEDIMENTO	80
F.- EFECTOS DE LOS IMPEDIMENTOS DIRIMENTES	82
G.- CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA NULIDAD	83
1.- En relación a los cónyuges	84
2.- En relación a los hijos	85
3.- En relación a los bienes	86

CAPITULO IV.

IMPEDIMENTOS PARA CONTRAER MATRIMONIO QUE TIENEN RAZONES DE ORIGEN DELICTUOSO	88
PARTE GENERAL	89
A.- EL ADULTERIO JUDICIALMENTE COMPROBADO ENTRE LAS PERSONAS QUE PRETENDEN CONTRAER MATRIMONIO	91
1.- Presupuesto básico	92
2.- Naturaleza jurídica del impedimento	94
B.- MATRIMONIO CELEBRADO ENTRE LOS ADÚLTEROS	95
1.- Matrimonio afectado de nulidad relativa	95
2.- Acción para pedir nulidad	97
a).- Cónyuge ofendido	97
b).- Ministerio público	98
C.- FINES QUE SE PERSIGUEN CON LA NULIDAD DEL MATRIMONIO.....	101
D.- EFECTOS DE LA NULIDAD DEL MATRIMONIO	103
1.- Concubinato	104
2.- Hijos fuera de matrimonio	105
E.- LA NULIDAD, ¿VENGANZA O CASTIGO?	107

F.- EL ATENTADO CONTRA LA VIDA DE ALGUNO DE LOS CONYUGES PARA CONTRAER MATRIMONIO CON EL QUE QUEDE LIBRE	109
1.- Presupuesto básico	110
2.- Requisitos de procedencia	111
3.- Acción para demandar	112
4.- Naturaleza jurídica	113
G.- ¿ QUE SE TUTELA CON ESTE IMPEDIMENTO?	114
CONCLUSIONES	116
BIBLIOGRAFÍA	121

INTRODUCCIÓN.

Elegimos este tema de investigación, persuadidos de la ingente necesidad trascendencia que tiene el hacer un reajuste, un acoplamiento de nuestros principios y conceptos legales.

En este sentido la trascendencia que tengan las ideas que pretendemos exponer son el eco de un reclamo personal, quien viendo la anarquía en nuestro ámbito social, considero que pueden y deben hacerse reformas dentro de los límites que marca nuestra constitución.

Pensamos que las costumbres no cambian por culpa de las leyes. Son las leyes las que deben adaptarse a las costumbres, al sistema de vida de un pueblo. Y en este sentido son aún necesarios muchos cambios para que nuestra legislación se adapte a la vida real de sus ciudadanos.

Considerando que la sociedad avanza, el derecho debe ser cambiante y por lo tanto ir ajustándose a la nueva realidad social.

Denominamos a nuestro tema " los impedimentos para contraer matrimonio que tienen razones de origen delictuoso, como instrumentos de descomposición familiar y social;" porque si bien son conductas antisociales las que originan estos impedimentos, en última instancia atentan contra el matrimonio, institución a la que paradójicamente tratan de proteger.

Para su estudio dividimos nuestro tema en cuatro capítulos. En el primero, exponemos las ventajas que reporta a la familia y a la sociedad la institución matrimonial.

En segundo analizamos el divorcio del cual, dados sus efectos, si bien reconocemos que es un mal, a pesar de todo concluimos que el divorcio es un derecho mayoritariamente aceptado y que debe ser reconocido si se quiere conseguir una auténtica sociedad democrática.

En los dos capítulos restantes, el tercero y cuarto, analizamos la nulidad del matrimonio y los impedimentos para contraerlo que naturalmente esta figura implica. Nos concretamos a estudiar los dos impedimentos que tienen naturaleza delictuosa, que son, el adulterio judicialmente comprobado y el atentado contra la vida de uno de los cónyuges para contraer matrimonio con el que quede libre, los cuales si bien conscientes de su origen, pensamos que atentan contra la libertad de las personas - ya que tienen una función represiva que no beneficia ni favorece a nadie.

Así pues, cuando un matrimonio se ha extinguido por divorcio necesario, por la causal de adulterio de uno de los cónyuges, el declarado cónyuge culpable queda impedido legalmente para contraer matrimonio con la persona con quien cometió adulterio. La prohibición legal para contraer matrimonio en estas circunstancias y la destrucción del vínculo a través de la acción de nulidad, si pese al impedimento los adúlteros hubieran contraído matrimonio, trae consigo la disolución de la familia, propicia el concubinato y, condena a los hijos a ser nacidos fuera de matrimonio; situaciones contrarias al espíritu que se persigue a través de la normatividad del derecho familiar.

Si la pareja casada se divorcia que cada uno siga su camino y no se fomenten más los enconos entre ellos a través del medio legal de la acción de nulidad. El derecho a esta acción se convierte en un medio de venganza otorgado por la ley y, lo más grave del caso, es el otorgamiento de la acción al Ministerio Público, como si toda la sociedad se hubiese visto ofendida por el adulterio cometido.

Por otra parte, al determinar la ley que es causa de nulidad el atentado a la vida de un cónyuge, para casarse con el que quede libre, no especifica si el atentado a la vida se quedó sin haberse consumado (el cónyuge víctima no perdió la vida), o el atentado se convirtió realmente en homicidio.

La fracción VI, del artículo 156, que señala esta causa como impedimento, no exige que el atentado a la vida haya sido judicialmente comprobado, como sí lo exige la fracción V, del mismo artículo. Como en ambos casos se trata de conductas tipificadas como delitos, para que exista delincente tiene que haber una sentencia que así lo declare. Porque donde hay la misma razón debe haber la misma disposición.

La acción de nulidad proveniente de esta causa puede ser deducida por los hijos del cónyuge víctima, o por el Ministerio Público dentro del término de seis meses contados desde que se celebre el nuevo matrimonio. No da acción directa al propio cónyuge víctima que sobrevivió al atentado y que después se divorcio.

Como se puede apreciar la ley no tiene un criterio uniforme propiciando con ello graves vaguedades, por lo que consideramos que deben hacerse algunas modificaciones que en su momento especificaremos.

Sirva esta pequeña exposición de pauta al estudio que emprendemos, sin perder de vista la meta final que perseguimos : demostrar que existen razones suficientes para llevar a cabo una pequeña reforma a nuestro ordenamiento legal , por ser preferible desde el punto de vista social, jurídico y moral la institución del matrimonio a cualquier otro tipo de relación con que se pretenda substituir.

CAPITULO I

LA TRASCENDENCIA DEL MATRIMONIO EN LA CONSTITUCIÓN DE LA FAMILIA EN LA SOCIEDAD ACTUAL.

Para una república bien constituida, las primeras leyes deben ser las que regulan los matrimonios. (PLATON)

A.- EL PAPEL DEL MATRIMONIO EN LA CONSTITUCIÓN DE LA FAMILIA.

La familia ha sido siempre considerada como la célula social, esto quiere decir que es la organización más pequeña que forma la sociedad, ahora bien, la familia misma se origina en el matrimonio, de ahí que la duración y estabilidad de ésta dependa de la estabilidad del matrimonio. Si la unión del varón con la mujer es permanente, la familia podrá llenar las funciones sociales que le están reservadas; de lo contrario será imposible que dichas funciones puedan cumplirse.

La inestabilidad del matrimonio trae como consecuencia la desadaptación de la pareja, la falta de comunicación de los hijos para con sus padres, la disolución del vínculo matrimonial que a su vez trae aparejada generalmente una difícil situación económica para la esposa y los hijos y un descontrol moral.

El hecho mismo de que la especie humana se propague por generaciones hace necesaria la unión conyugal, la cual se legaliza por el matrimonio que, como antes dijimos, forma la base de la familia.

Los anteriores razonamientos están indicando como la organización del grupo social, su bienestar, desarrollo etc. dependen en gran parte, de la buena o mala organización de las familias que la integran; de ahí la trascendencia del matrimonio en lo social, como su importancia primordial en lo individual.

I.- CONCEPTO DE MATRIMONIO.

La dificultad para encontrar un concepto unitario de matrimonio y expresar su definición es enorme. Estrictamente, es del todo imposible hallar una definición única o un concepto totalitario del matrimonio, válido para todas las épocas y para todos los lugares. Precisamente porque el matrimonio es tan variado como la cultura en que se da, y porque los críticos doctrinales y legislativos ponen el acento en diversos aspectos de esa figura.

El matrimonio puede ser definido desde una diversidad de ángulos. Es decir, desde un punto de vista sociológico, biológico, histórico, económico, religioso, jurídico, etc. Pero aún desde este último enfoque no hay unidad de criterios, ya que se ha debatido en cuanto a si es un acto jurídico, que indudablemente lo es, que si es un estado o una institución. Criterios que por la naturaleza de este trabajo no vamos a debatir.

Solamente mencionaremos que la ley de Relaciones Familiares de 9 de Abril de 1917 y el Código Civil en vigor suprimieron en su articulado la definición de matrimonio, y de allí la desorientación que existe cuando se pretende establecer su naturaleza jurídica, dado que el criterio de que el matrimonio es un contrato civil, no está generalmente admitido, a pesar de que la Constitución General de la República antes de la última reforma al artículo 130 y el Código Civil vigente en sus artículos 156 y 178 hablan del contrato de matrimonio; lo que daría margen a pensar que el criterio del legislador de 1928 fue el de considerar al matrimonio como un contrato civil.

Desde un punto de vista etimológico, el matrimonio deriva de la voz latina matrimonium, que significa "carga de la madre". A su vez la palabra patrimonio expresa "carga del

padre"(patrimonium)¹. El significado de ambas palabras es ilustrativo al respecto, pues lleva implícito el sentido tradicional de la distribución de las cargas en los pilares de la familia: el padre y la madre.

El Código de 1870 en su artículo 159, dio del matrimonio la siguiente definición : "El matrimonio es la sociedad legítima de un sólo hombre y una sola mujer que se unen con vínculo indisoluble para perpetuar su especie y ayudarse a llevar el peso de la vida".

La ley de relaciones familiares en su artículo 113 cambia la definición. En vez de sociedad legítima, inserta contrato civil. Además suprime como gran obsequio a la patria mexicana el carácter de indisolubilidad.

El concepto de la figura del matrimonio dentro de nuestro derecho positivo, podría quedar de la siguiente manera: matrimonio es la forma legal de constitución de la familia a través del vínculo jurídico establecido entre dos personas de distinto sexo, que crean entre ellas una comunidad de vida total y permanente con derechos y obligaciones recíprocos determinados por la propia ley.

Este concepto de matrimonio, no pretende abarcar todas las formas de matrimonio habidas en la historia, ni casos particulares de matrimonios contemporáneos .

Lo único quizás con validez universal, es que el matrimonio es la forma legal de constitución de la familia.

Debemos cuidarnos nosotros de distinguir, para evitar confusiones, el matrimonio como acto y el matrimonio como institución, ya que aquél se refiere solo al momento solemne en que se contrae la relación que habrá de regir en lo sucesivo entre los futuros cónyuges, y este, el vínculo mismo que subsiste constantemente entre ellos. En consecuencia podemos decir, que la

¹ Montero Duhalt Sara, Derecho de Familia, 3ª edición, p. 95, México 1987.

palabra matrimonio tiene dos acepciones: el acto que lo constituye y el estado de convivencia matrimonial que se funda en dicho acto.²

Como acto jurídico, el matrimonio es un acto voluntario efectuado en un lugar y tiempo determinado, ante el funcionario que el Estado designa para realizarlo.

Y como estado matrimonial el matrimonio es una situación general y permanente que se deriva del acto jurídico, originando derechos y obligaciones que se traducen en un especial género de vida.

Así pues si consideramos que del acto jurídico emana el estado matrimonial, lo que los hace indisolubles e integrantes de una sola institución, que es el matrimonio; éste puede definirse en términos muy generales como el acto jurídico complejo, estatal, que tiene por objeto la creación del estado matrimonial entre un hombre y una mujer.

2.- FINALIDAD JURÍDICA Y SOCIAL DEL MATRIMONIO.

Se han considerado como fuentes constitutivas de la familia el matrimonio, la filiación y la adopción, dando origen el primero al estado de esposos y creando los dos últimos el parentesco.

Es sin duda el matrimonio la institución medular de la familia, la fuente por excelencia de la organización familiar, institución que al igual que todas las instituciones jurídicas no ha podido sustraerse a la influencia de la cultura y de las transformaciones sociales de los distintos tiempos.

Los primeros años de la existencia de cada quien son fundamentales para toda la vida.

² Baqueiro Rojas Edgardo y otra, Derecho de Familia y Sucesiones, Ed. Harla, p.39, México 1990.

Debe ser la familia sólida, verdadera comunidad de amor, centro de enseñanza y de guía, punto de forjación de caracteres y marco en el cual los hijos pueden desenvolverse firmemente.

De la familia ha brotado la primera y más noble e inagotable fuente de afectos, virtudes y de solidaridad humana.³

La familia, forma social fundamental, basada inmediatamente en la humana naturaleza, exigida por ésta para los fines de propagación, educación y progreso de la especie, hállase condicionada por la diversidad de sexos y es la potencia generadora. Básiase el matrimonio en las relaciones de un sexo con otro y en la necesidad de su unión para la conservación del género humano.

Más la comunión de sexos y la procreación de hijos no constituyen por sí solos el matrimonio, y menos aún la familia que de él procede sin la intervención ulterior de un factor síquico, de un acto voluntario destinado a su formación, común al varón y a la mujer y recíproco entre ambos: el contrato matrimonial.

Ruggiero afirma, el concepto de familia reposa en el matrimonio como supuesto y base necesarios.⁴

Sin duda alguna, el matrimonio tiene el efecto de crear entre los esposos deberes recíprocos; los asocia, pero no es este su fin; el matrimonio no se justifica por el interés personal de los esposos. Su motivo imperioso se encuentra en los deberes comunes de los padres hacia los hijos; la unión prolongada del padre y de la madre es el único medio de satisfacer estas obligaciones. La debilidad del hijo, que la madre es impotente para proteger

³ Cicu Antonio, El Derecho de Familia, traducción de Santiago Sentis, Ed. Modelo, Buenos Aires, 1947. P. 110.

⁴ Ruggiero Roberto de, Instituciones de Derecho Civil, 4ª ed., traducción de Ramón Serrano Suñer y otro. V.II. p.717, Ed. Reus S.A. Madrid 1931.

por sí sola, impone al hombre esta unión perpetua. Sin esa necesidad, la humanidad hubiera podido conformarse con uniones libres y temporales.

La producción de nuevas generaciones y por esto no sólo entiendo la procreación de los hijos, sino su protección y educación, tal es la verdadera razón del matrimonio.

Es el matrimonio, la base fundamental de la familia, el centro de la misma, y las demás instituciones que integran el derecho de familia, no son más que consecuencia o complemento de aquél.

Esta goza de una influencia decisiva sobre problemas de salud, de trabajo, de esparcimiento, de estabilidad social, etc. y todo problema que se plantea en tales dominios no puede quedar solucionado sin una acción familiar adecuada. Por esta razón el matrimonio es un instituto jurídico, pero a caso de mayor importancia que todas las demás instituciones de derecho privado, 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.

A diferencia de otras instituciones que se proponen la conservación y desenvolvimiento del individuo, ésta 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.

3.- CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL MATRIMONIO.

Una vez celebrada la ceremonia matrimonial con todos los requisitos de existencia y validez que la ley exige, surge para los contrayentes un nuevo estado civil, el estado de casados o estado matrimonial.

El estado matrimonial, que consiste en el estado que adquieren los esposos al haberse celebrado el matrimonio y que, consecuentemente implica la adquisición de derechos y deberes recíprocos entre los cónyuges; efecto resultado del vínculo que los une.

Tradicionalmente, los efectos del matrimonio que hacen al estado matrimonial se han dividido en:⁵

- a) efectos respecto a las personas de los cónyuges.
- b) efectos respecto a los bienes de los esposos
- c) efectos respecto a las personas y bienes de los hijos.

Antes de pasar al estudio particular de los diferentes efectos que produce el estado matrimonial debemos manifestar que, el complejo de relaciones de derecho que surgen de la celebración del matrimonio, se caracteriza por que su regulación escapa a la voluntad de las partes; es decir las disposiciones normativas aplicables son irrenunciables.

Analizando los artículos 147 y 182 del Código Civil vigente, podemos establecer que los convenios que los cónyuges establecen contrarios a los fines naturales del matrimonio, carecen de efectos jurídicos.

El Derecho para dar firmeza y solidez a la institución del matrimonio ha prescrito que la conducta de los cónyuges deben conformarse a las normas jurídicas establecidas por el derecho objetivo, sin posibilidad alguna de que por voluntad de las partes, los cónyuges puedan sustraerse al cumplimiento de los deberes que son parte integrante y forman la esencia de la institución y para el caso de incumplimiento ha establecido sanciones jurídicas, para lograr por medio de la coacción cuando ella sea posible, el exacto cumplimiento de los deberes.

En nuestro Derecho las relaciones derivadas del vínculo matrimonial son permanentes. Es de la naturaleza del matrimonio que el estado mismo sea duradero y no fugaz o transitorio,

⁵ Edgar Baqueiro Rojas y otra, ob.cit. p.75.

aunque pueda ser disuelto por muerte de los cónyuges, por nulidad del matrimonio o por divorcio, cuando proceda.

a) Consecuencias Jurídicas del Matrimonio en Relación a los Cónyuges.

Una vez manifestado lo anterior, podemos pasar al estudio particular de cada uno de los efectos que produce entre los cónyuges el estado matrimonial.

Las mismas se encuentran reguladas en los artículos 162 a 177 del Código Civil vigente.

El artículo 4º constitucional establece: "el varón y la mujer son iguales ante la ley. Ésta protegerá la organización y el desarrollo de la familia. Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos".

No obstante la declaración anterior de la igualdad de sexos ante la ley, formulada por el artículo 4º constitucional y reconocida en el artículo 2º del Código Civil, en realidad tal igualdad no se da, como se observa en la ley del ISSSTE, que al señalar lo que se entiende por familiar derechohabiente hace una diferenciación entre la mujer y el hombre, ya que señala:

Artículo 5º.- Para los efectos de esta ley se entiende:

Frucc.V. Por familiares derechohabientes a:

"La esposa, o a falta de ésta, la mujer con quien el trabajador o pensionista ha vivido como si lo fuera durante los cinco años anteriores o con la que tuviese hijos, siempre que ambos permanezcan libres de matrimonio.....".

"El esposo o concubinario de la trabajadora o pensionista siempre que fuese mayor de 55 años de edad; o esté incapacitado física o psíquicamente y dependa económicamente de ella".

Pienso que en este caso se da una grave excepción por lo que se debería homologar la ley, dada la importancia que en la actualidad reviste la seguridad social desde todos los puntos de vista y sobre todo del económico. No veo el porque el esposo no tenga derecho a atención médica en las mismas condiciones que la esposa del trabajador.

Los deberes impuestos a los cónyuges, que forman el contenido esencial del complejo de relaciones jurídicas de esa comunidad de vida entre los cónyuges, tradicionalmente se designan como:

- a) el derecho a la vida en común, con la obligación correlativa de cohabitación.
- b) el derecho exclusivo a la relación sexual con el débito carnal correspondiente (deber de fidelidad).
- c) el derecho y obligación de alimentos, con la facultad de exigir asistencia y ayuda mutua.

De cada uno de ellos nos ocuparemos en seguida:

a) .- El deber de cohabitación.

El artículo 163 del Código Civil establece: "los cónyuges vivirán juntos en el domicilio conyugal...".

Entendiendo por cohabitar vivir en una misma casa, bajo el mismo techo el marido y la mujer.

El cumplimiento del deber de cohabitación, es un supuesto o condición indispensable para la existencia de esa comunidad de vida íntima entre los consortes, en la que se sustenta el matrimonio.

El deber de cohabitación constituye la esencia del matrimonio; implica un género de vida que no podría realizarse si cada esposo pudiera vivir por separado.

Sólo mediante el derecho-deber de cohabitación puede existir la posibilidad física y espiritual de cumplir los fines del matrimonio. Podemos decir que constituye la relación

jurídica fundante de la cual dependen, otras relaciones que podemos denominar fundadas o derivadas. La vida en común es la relación jurídica fundante, porque si no se realiza no podrían cumplirse las relaciones jurídicas fundadas.

Los esposos deben vivir juntos en el domicilio conyugal y todo pacto en contrario se opone a los fines del matrimonio y es, por lo tanto nulo.

El concepto de domicilio conyugal ha dado origen a muchas controversias, pero por el debemos entender, el lugar establecido de común acuerdo por los cónyuges, en el cual ambos disfruten de autoridad propia y consideraciones iguales. Este concepto lleva implícita la idea de que ha de quedar constituido en lugar separado de la casa en que habita uno de los consortes, en el seno de la familia de sus padres.

Los consortes solo pueden ser eximidos del deber de cohabitación por resolución judicial, con conocimiento de causa a solicitud de cualquiera de ellos en los casos expresamente determinados por la ley.

Frecuentemente los esposos se separan de hecho, amigablemente, y a veces fijan por convenio las condiciones de su separación. Este acuerdo no tiene ningún valor jurídico.

El incumplimiento del deber de cohabitación por uno de los cónyuges constituye una injuria grave, da lugar a la disolución del vínculo matrimonial, si se prolonga por más de seis meses sin causa justificada; art. 267, frac. VIII del Código Civil,; o por más de dos años, independientemente del motivo que haya originado la separación, Frac. XVIII. Puede además constituir en los términos del artículo 336 del Código Penal el delito de abandono de persona.

La obligación-deber de cohabitación termina por efecto de la separación de cuerpos, pues tal es precisamente el objeto de esta. Cesa también de una manera provisional, durante la instancia de divorcio o separación de cuerpos, en virtud de una autorización de Juez.

b).- Derecho a la relación sexual con el débito carnal correspondiente (implica deber de fidelidad).

Independientemente de la procreación, los cónyuges tienen el derecho recíproco de entablar entre ellos relaciones sexuales. La ley señala que los cónyuges están obligados a contribuir cada uno por su parte a los fines del matrimonio. Uno de los fines del matrimonio naturalmente aceptado en forma universal, es la relación sexual lícita entre los cónyuges.

El débito carnal es el principal y más importante efecto del matrimonio, constituye su esencia, pues implica los actos propios para la perpetuación de la especie, considerada por nuestro Código Civil como uno de los fines primordiales del matrimonio y en esa virtud debe entenderse que para ese efecto, fundamentalmente, cada cónyuge está facultado para exigir el débito carnal.

Desde el punto de vista jurídico el deber de relación sexual se encuentra sancionado jurídicamente, pues la negativa injustificada y sistemática de un cónyuge para cumplir con esa obligación, implica una injuria grave que es causa de divorcio.⁶

Cosa distinta es el amor que no puede ser regulado jurídicamente y por tanto, cada pareja es libre de practicarlo en la forma que lo juzgue pertinente.

Al derecho recíproco de los cónyuges de exigir del otro, la prestación del débito conyugal corresponde el deber de fidelidad.

El derecho a exigir fidelidad y la obligación correlativa, implica fundamentalmente la facultad reconocida en la ley para exigir y obtener del otro cónyuge una conducta decorosa. Es decir, el deber de fidelidad no se agota en la sola abstención de tener relaciones carnales con otra persona distinta de su consorte; el concepto de fidelidad tiene una connotación más amplia, porque no sólo tiene contenido sexual sino de clara esencia ética.

⁶ Rojas Villegas Rafael, Compendio de Derecho Civil. Ed. Porrúa, p.330. México, 1988.

No sólo implica la abstención de contactos sexuales extramatrimoniales, sino que desde el punto de vista civil, y atendiendo a las condiciones sociales, culturales y personales de los cónyuges, comprende la abstención de todos aquellos actos, que aunque no conduzcan a relaciones eróticas entre un cónyuge y una tercera persona, pueden constituir una violación al deber de fidelidad, en tanto esos hechos o actos revelen que se ha lesionado gravemente el honor y la dignidad del cónyuge inocente.

La creencia vulgar de que las relaciones íntimas que tengan un cónyuge con persona de otro sexo, sin llegar a adulterio, no se encuentran sancionadas jurídicamente, sólo podrá ser exacta desde el punto de vista estrictamente penal. Pero el Derecho civil es evidente que concede una acción al cónyuge ofendido para exigir el divorcio por injuria grave.

No existe un precepto legal expreso, establecido en el Código Civil que de manera directa, como ocurre en lo que se refiere al deber de cohabitación y mutua ayuda, establezca que los cónyuges se deben recíprocamente fidelidad.

En una forma indirecta el cumplimiento de este deber se haya garantizado jurídicamente, porque su violación constituye el delito de adulterio, que el Código Penal sanciona con pena privativa de libertad hasta de dos años y privación de derechos civiles hasta por seis años (art.273), así como el delito de bigamia, que se castiga en el mismo código hasta con cinco años de prisión y multa hasta de quinientos pesos al que estando unido con una persona en matrimonio no disuelto ni declarado nulo, contraiga otro matrimonio con las formalidades legales. (art. 279).

La sanción estrictamente civil, en que se incurre al violar este deber, es el divorcio (art. 267 frac. I del C.C.). Es decir, es causa de disolución del vínculo matrimonial con las consecuencias pecuniarias que se imponen al cónyuge que ha dado causa a él (art. 286 y 287 del C.C.), sanciones que mas adelante estudiaremos más ampliamente.

c).- Derecho y obligación de alimentos, con la facultad de exigir asistencia y ayuda mutua.

Otros de los deberes que impone el matrimonio y, por consiguiente de los derechos que nacen de ese estado civil, es el de socorro y ayuda mutua.

El deber de ayuda mutua es correlativo al deber de convivencia. Es quizá esta consecuencia la de mayor trascendencia en el matrimonio, pues implica una serie de conductas variadas y permanentes de solidaridad entre los casados. Desde el punto de vista económico el contenido primordial del deber de socorro reside en la obligación alimenticia recíproca.

El monto de lo aportado al sostenimiento del hogar, no altera la igualdad que debe existir en relación con la autoridad familiar. Pues los derechos y obligaciones que nacen del matrimonio serán siempre iguales para los cónyuges e independiente de su aportación económica al sostenimiento del hogar. (art. 164, C.C.).

El socorro, la ayuda mutua recíproca incluye, pero es algo distinto, a la simple obligación de dar alimentos, el socorro mutuo que deben prestarse los cónyuges es un deber más amplio y excede en gran medida la ministración de los elementos económicos para satisfacer las necesidades materiales del esposo o de la esposa; comprende todo lo que requiere una vida digna en un sentido amplio y no solo para subsistir.

El deber de socorro mutuo comprende, no sólo lo que sea suficiente para cubrir las necesidades materiales, sino además, aquello que la persona del cónyuge en forma plena, exige para su desarrollo no sólo material sino moral.

De esta suerte en los artículos 147 y 162 del Código Civil, tenemos un contenido patrimonial en la obligación de alimentos y un contenido moral en el auxilio y ayuda de

carácter espiritual que en nuestro derecho se reconoce bajo los términos de ayuda mutua y socorro mutuo.

Planiol manifiesta al respecto:

"La asistencia no se confunde con el socorro; consiste en los cuidados personales que deben darse al cónyuge enfermo. Por tanto es una obligación de hacer, en tanto que la de socorro es de dar.

Sanción.- A diferencia del deber de socorro, el de asistencia no tiene sanción directa. No puede originar una acción judicial, ni tampoco una indemnización pecuniaria. La única consecuencia que implica su incumplimiento es la posibilidad de considerar el abandono de uno de los cónyuges por el otro, como una injuria grave, suficiente para motivar la separación de cuerpos o el divorcio."⁷

b) Consecuencias Jurídicas del Matrimonio en Cuanto a los Hijos.

La filiación es la relación jurídica que se establece entre dos personas, de las cuales una es padre o madre de la otra.⁸

La relación de filiación tomada desde el punto de vista del padre se llama paternidad; La paternidad es la presunción que tiene un individuo a su favor de ser padre de otro. Se llama maternidad a la relación de la madre con respecto a su hija o hijo; y estrictamente filiación cuando el punto de referencia es el sujeto hijo o hija con respecto a su madre o padre.

⁷Marcel Planiol; Tratado Elemental de Derecho Civil, traducción de la 12ª ed. Francesa por Lic. José M. Cujica Jr. Pág. 381.

⁸Moto Salazar Efraín, Elementos de Derecho, pag. 173. México, 1975.

Marido y mujer tienen entre sí, legalmente el débito carnal, sólo el uno con el otro. En base a ello, la ley otorga crédito a la mujer casada respecto a la paternidad de su hijo. El marido de la mujer es el padre de los hijos que la misma dé a luz durante el matrimonio.

Esta certeza de paternidad no es absoluta, es siempre una presunción *juris tantum*, pues admite prueba en contrario.

Por lo que se refiere a la maternidad, el parto es el hecho que permite conocer la filiación en forma directa. La paternidad por el contrario, no puede ser conocida directamente en forma inmediata, por lo tanto el hecho constitutivo de la filiación paterna, es decir la fecundación de la madre, sólo puede ser conocido a través de una presunción que el derecho establece, partiendo de ciertos indicios que verosíblemente permiten concluir, que tal varón es el autor del embarazo de la madre.

México ha eliminado la desigualdad de trato con motivo de la filiación matrimonial o habida fuera de matrimonio. Una vez establecida la filiación, los hijos son simplemente hijos, sin ningún calificativo de legítimos, naturales, espurios, etc. usuales en otras épocas.

" La filiación surge de tres maneras: por matrimonio habida fuera de matrimonio, o surgida por la adopción. Se llaman respectivamente filiación matrimonial, filiación extramatrimonial y filiación adoptiva".⁹ Cada una de ellas se establece o constituye de diferente manera, pero una vez surgida la relación jurídica entre progenitores e hijo, las consecuencias jurídicas son iguales para todos los sujetos. no hay distinción en nuestro derecho para los hijos, ni diferentes calidades entre ellos; los hijos tienen en este sentido, iguales derechos frente al padre o a la madre.

En cuanto a la manera de probar la filiación, si existe una importante distinción entre los hijos de matrimonio y los hijos nacidos fuera de él.

⁹Sara Montero Dulant, ob. cit. p.267.

La filiación matrimonial se establece cuando el hijo nace dentro de los plazos determinados por la ley.

Se presume hijo nacido de matrimonio el que ha dado a luz la mujer después de ciento ochenta días de haber contraído matrimonio o dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del mismo. (art.324 del C.C.).

Respecto a los hijos nacidos en estos plazos la presunción de paternidad tiene una fuerza casi indestructible.

En cuanto a los hijos nacidos antes de que transcurran ciento ochenta días de celebrado el matrimonio, se presumen también hijos del marido, si se prueba que éste, antes del matrimonio tuvo conocimiento del embarazo de su mujer; si el marido ha concurrido al levantamiento del acta de nacimiento y la ha firmado o ésta tiene su declaración de no saber firmar, o cuando ha reconocido al hijo que su mujer ha dado a luz.

La filiación de los hijos nacidos de matrimonio se prueba con la partida de nacimiento y con el acta de matrimonio de sus padres. (art. 340 C.C.).

La filiación extramatrimonial se establece en dos formas, por reconocimiento voluntario que realice el presunto padre mediante las formas y cumpliendo los requisitos legales. Surge también por la imputación de paternidad derivada de una sentencia en acción de reclamación de estado interpuesta por el hijo o su representante legal. Los efectos de esta forma de constituir la filiación los estudiaremos más ampliamente en el último capítulo.

El reconocimiento es el acto por el cual una persona declara ante la autoridad competente que otra es hija suya.

El hijo reconocido por el padre o por la madre o por ambos tiene derecho: a llevar el apellido de el que lo reconoce y a percibir la porción hereditaria y los alimentos que fije la ley.

La prueba de la filiación es sumamente importante para la vida civil de una persona, pues determina dos cuestiones fundamentales: la identificación del sujeto a través del nombre que lo individualiza y la relación con su parentesco con sus progenitores y otros sujetos, con las consecuencias jurídicas que la filiación y el parentesco consanguíneo de otros grados trae consigo.

La filiación es una forma de parentesco, el más cercano en grado. Es parentesco en línea recta ascendente o descendente en primer grado. Es el único en primer grado que reconoce el derecho. Las consecuencias jurídicas generales son las de todo parentesco, a saber: derecho deber de alimentos, sucesión legítima, tutela legítima y determinadas prohibiciones así como la configuración de cierto delitos, atenuantes y agravantes en materia penal.

El parentesco de filiación tiene ciertas consecuencias particulares las cuales son : derecho al nombre (padre e hijo llevan el mismo apellido), está facultado para disfrutar los derechos derivados de la patria potestad (art. 58 del Código Civil).

c) Consecuencias Jurídicas del Matrimonio en Cuanto a los Bienes.

Se expuso en su oportunidad que el matrimonio tenía por objeto establecer una comunidad de vida total y permanente entre los cónyuges.

Las consecuencias jurídicas que surgen de esta comunidad de vida son de dos órdenes: personales y patrimoniales.

Las personales las hemos analizado anteriormente. Las patrimoniales o económicas presentan diversos aspectos, mismos que a continuación vamos a estudiar, pero antes debemos

manifestar que el matrimonio inevitablemente produce efectos sobre el patrimonio de los cónyuges.

Es natural que los esposos, para cumplir con los fines del matrimonio, tengan un patrimonio.

El autor Baqueiro Rojas, nos dice que por régimen patrimonial del matrimonio debemos entender, " el conjunto de normas que regulan todos los asuntos pecuniarios, propiedad, administración y disposición de los bienes de los cónyuges, así como los derechos y obligaciones que al respecto se generen entre ellos, y entre los cónyuges y terceros, tanto al momento de celebrarse el matrimonio, mientras dure y cuando llegare a disolverse."¹⁰

Puede ocurrir que los prometidos, antes de la celebración del matrimonio, reciban algunos bienes a título de donación, o que se hagan entre sí donaciones con motivo del mismo.

Además, según se desprende de la fracción V del artículo 98 del Código Civil, al escrito que deben presentar al Juez del Registro Civil solicitando el matrimonio, deberán acompañar: el convenio que los pretendientes deberán celebrar con relación a sus bienes presentes y a los que adquieran durante el matrimonio. En el convenio se expresara con toda claridad si el matrimonio se contrae bajo el régimen de sociedad conyugal o bajo el de separación de bienes.

Por otra parte, durante la vida marital los cónyuges pueden hacerse regalos. A estas liberalidades se les da el nombre de donaciones entre consortes.

De acuerdo con lo anterior, el estudio de los efectos del matrimonio en relación con los bienes comprende las donaciones antenuptiales, los regímenes matrimoniales y las donaciones entre consortes.

¹⁰ Edgar Baqueiro Rojas y otra, Derecho de Familia y Sucesiones, Edit. Harla, Pag. 85. México 1990.

Ha sido común que con motivo del matrimonio los futuros esposos se efectúen obsequios, o bien que terceros, parientes y amigos, se los hagan a la pareja en razón a la próxima celebración. Este tipo de regalos recibe el nombre de donaciones antenuptiales.

Se entiende por donaciones antenuptiales los regalos, obsequios, que un prometido hace al otro o los que hacen los terceros, a uno de ellos o a ambos, antes y en razón del matrimonio.¹¹

Estas se caracterizan específicamente por:

- 1.- Ser realizadas por los prometidos con motivo del matrimonio
- 2.- Ser realizados por terceros con motivo del matrimonio
- 3.- Que pueden ser inoficiosas cuando son hechas por terceros en los mismos términos que las comunes.
- 4.- No requieren de aceptación expresa
- 5.- No ser revocables por supervivencia de hijos al donante.
- 6.- Ser revocables por abandono o adulterio cuando son hechas por un cónyuge.
- 7.- Quedar sin efecto si el matrimonio no se efectúa.
- 8.- Tener como límite la sexta parte de la fortuna del futuro esposo que haga la donación; si excede, será inoficiosa en el excedente.
- 9.- Poder hacerla los menores de edad, con autorización de los padres o tutores.
- 10.- Ser revocables cuando son hechas por terceros a la pareja en caso de ingratitud de ambos esposos.¹²

En breve comentario a la característica marcada con el número 8, se pretende evitar que se explote el amor para desposeer al enamorado mediante la promesa de matrimonio.

¹¹Sara Montero Duhalt, Ob.cit, pags. 148 -149.

¹²Edgar Baqueiro Rojas y otra, ob. cit. p.105.

En cuanto a los regímenes matrimoniales, como ya hemos visto y además como señala el artículo 178 del Código Civil, el contrato de matrimonio debe celebrarse bajo el régimen de sociedad conyugal o bajo el de separación de bienes.

Por capitulaciones matrimoniales se entienden los pactos que los esposos celebran para constituir la sociedad conyugal o la separación de bienes y reglamentar la administración de éstos en uno y en otro caso (Art. 179 C.C.).

Según el artículo 180 del Código Civil las capitulaciones se pueden otorgar antes o durante el matrimonio, y pueden comprender no solamente los bienes de que sean dueños los esposos en el momento de hacer el pacto, sino también los que hayan adquirido después.

Sin embargo, el artículo 98, Frac. V del Código Civil señala como requisito previo para la celebración del matrimonio, el que consiste en adjuntar a la solicitud de matrimonio, el convenio que los pretendientes deberán celebrar en relación a sus bienes presentes y a los que adquieran durante el matrimonio, requisito sin el cual el Juez no podrá celebrar el matrimonio; de allí que, pese a lo expresado en el artículo 180 del mismo código, en el sentido de que las capitulaciones matrimoniales pueden celebrarse antes o durante el matrimonio, la verdad es que las mismas deben realizarse antes de su celebración. Lo que sí puede hacerse durante el matrimonio es modificarlas, mas no realizarlas por primera vez.

La Sociedad Conyugal.

Se encuentra regulada en los artículos 183 a 206 inclusive del Código Civil. Señala el artículo 183: "la sociedad conyugal se regirá por las capitulaciones matrimoniales que la constituyan, y en lo que no estuviere expresamente estipulado, por las disposiciones relativas al contrato de sociedad".

Nace la sociedad conyugal al celebrarse el matrimonio o durante él y puede comprender no solo los bienes de que sean dueños los esposos al formarla, sino también los frutos que adquirieran los consortes. Puede terminar antes de que se disuelva el matrimonio si así lo convienen los esposos.

La constitución de la sociedad conyugal significa auténticamente una transmisión de bienes, no a la sociedad conyugal, que no es una persona jurídica, sino al otro cónyuge en un cincuenta por ciento. En razón de ello todos los bienes que requieran para su transmisión de escritura pública, será necesario otorgarla en esta forma al realizar la sociedad conyugal.

El dominio de los bienes comunes reside en ambos cónyuges mientras subsista la sociedad.

La sociedad conyugal termina por la disolución del matrimonio, por voluntad de los consortes, por sentencia que declare la presunción de muerte del cónyuge y cuando el socio administrador por su notoria negligencia o torpe administración, amenaza arruinar a su consocio o disminuir considerablemente los bienes comunes y cuando el socio administrador hace sesión de bienes a sus acreedores o es declarado en quiebra.

Muerto uno de los cónyuges continuara el que sobreviva en posesión y administración del fondo social, con intervención del representante de la sucesión mientras no se verifique la partición.

Separación de Bienes.

La separación de bienes puede ser pactada con anterioridad al matrimonio o durante el mismo, por convenio entre los consortes, o por sentencia judicial que declare extinguida la sociedad conyugal.

Al igual que la sociedad conyugal puede incluir tanto los bienes presentes como los futuros de cada uno de los cónyuges, así como sus productos, Si no se incluyen todos los bienes y sus productos, la separación será parcial y habrá que crear la sociedad conyugal con los bienes restantes de acuerdo con los requisitos exigidos al respecto.

Dentro del régimen de separación, la propiedad y administración de los bienes son de cada consorte y por lo tanto los frutos y acciones de los mismos serán del dominio del dueño del bien que produzca.

El régimen de sociedad conyugal tiene causas distintas de terminación al de separación de bienes, la que termina por convenio entre los consortes o por disolución del vínculo matrimonial.

Donaciones entre Consortes:

Se llaman así las que se hace un cónyuge al otro, durante la vigencia del matrimonio. Estas sólo pueden realizarse si no existe comunidad absoluta de bienes, ya que se requiere que haya patrimonios separados para que un bien pase de un patrimonio al otro; estas donaciones se caracterizan específicamente por :

1.- Ser revocables en cualquier tiempo por causa justificada a juicio del Juez de lo familiar. (art. 233 C.C.).

La causa justa para revocar las donaciones entre consortes debiera establecerse, pensamos, directamente en la ley, y no estar sujeta al amplio criterio judicial.

2.- Ser devueltas por el cónyuge culpable en caso de divorcio o nulidad y conservadas por el cónyuge inocente.

3.- Se confirman con la muerte del donante.

4.- Que pueden ser inoficiosas por la misma razón que las comunes.

5.- Si ambos esposos procedieron de mala fe, las donaciones quedaran en poder de los hijos y en caso de no haberlos, cada cónyuge conserva lo que hubiera recibido.

En los casos de divorcio por abandono o adulterio, el cónyuge inocente conserva las donaciones, no así el culpable que está obligado a devolverlas.

B.- FORMAS DE TERMINACIÓN DEL MATRIMONIO.

Para contraer matrimonio se deben llenar una serie de requisitos sustanciales y formales. Cumplidos éstos, el matrimonio se considera válido. Crea en los que lo contraen el estado civil de casados con sus consecuencias jurídicas de derechos y deberes recíprocos.

Determinado el concepto de matrimonio y sus consecuencias jurídicas, las mismas sólo pueden extinguirse por tres causas: la muerte, la nulidad, y el divorcio.

La muerte de uno de los cónyuges extingue el matrimonio, esta causa, se explica por si misma.

La nulidad opera cuando el matrimonio se realizó incumpliendo con alguno o varios de los requisitos necesarios para su validez.

Un matrimonio válido sólo puede terminar por dos causas: la muerte o el divorcio.

No deben confundirse las causas de disolución del matrimonio con las de nulidad. La disolución del matrimonio es la ruptura del lazo conyugal y la cesación de los efectos que la unión de los esposos producía respecto a ellos o respecto a terceros. La disolución del matrimonio presupone su validez.

En efecto, las causas de disolución son acontecimientos posteriores al matrimonio, cuyos efectos no son retroactivos, en tanto que las causas de nulidad son acontecimientos contemporáneos al matrimonio, que implican la retroactividad. El matrimonio nulo no puede disolverse, cuando la nulidad se decreta, se reconoce que jamás ha existido ni ha producido efectos, o que los haya producido quedan retroactivamente destruidos, todo ello, salvo la aplicación de la teoría de los matrimonios putativos.

Actualmente sólo existen dos causas de disolución del matrimonio, la muerte de uno de los esposos y el divorcio. Como ya anotamos anteriormente la primera no requiere explicación, en cuanto a la segunda la analizaremos someramente, toda vez que en el siguiente capítulo profundizaremos más en el análisis de sus causas y sus efectos.

Una vez celebrado el matrimonio, los cónyuges no pueden voluntariamente extinguir su vínculo sin cumplir forzosamente con los requisitos específicos ordenados por la ley.

La simple separación de hecho de los consortes, ya sea física o espiritual o ambas, no es divorcio.

Por divorcio, en palabras del maestro Bonnecase se entiende "la ruptura de un matrimonio válido, en vida de los esposos, por causas determinadas y mediante resolución judicial."¹³

Para extinguir un matrimonio válido el orden jurídico ha creado la figura del divorcio, mismo que sólo puede llevarse a cabo, ante y por decisión de autoridad competente cuando se ha demandado por causas específicamente señaladas en la propia ley.

El derecho a demandar el divorcio es personal a cada uno de los cónyuges, a ninguna otra persona se le concede acción.

¹³ Bonnecase Julien, Elementos de derecho civil, traducción de Jose N. Cajica Jr., T.I, Pag. 553.

Nuestro Código Civil en relación con el de procedimientos civiles establece dos tipos de divorcio: necesario y voluntario, este último se divide en administrativo y judicial, distinción que es motivada por la autoridad que disuelve el vínculo.

Esta figura del divorcio la vamos a analizar más ampliamente en el próximo capítulo, solamente mencionaremos brevemente lo que en relación a este tema la iglesia católica opina:

"los males del divorcio son tan grandes, tan numerosos y tan graves, que todas las razones sentimentales que puedan aducirse en su favor, nada son en comparación con ellos.

Por poco que se observen los casos de divorcio, se llega al convencimiento de que querer remediar las desgracias del matrimonio con el divorcio, es poner un remedio peor que la enfermedad."¹⁴

¹⁴ El Sacramento del Matrimonio, Folleto E. V. C. 174, pag. 14.

CAPITULO II

EL DIVORCIO COMO FORMA DE EXTINCIÓN DEL MATRIMONIO EN MÉXICO.

El aprender a vivir con una persona a quien ni se ama ni se respeta, aprender a vivir con una persona que tampoco lo ama ni lo respeta a uno, es solamente aprender a morir, a caminar dentro de una concha, a negar nuestros sentimientos, a odiar sin demostrarlo, a soltar sin lágrimas, a declarar que el fingimiento en el cual se vive es la verdadera y buena realidad.

JULES HENRY.

BREVES ANTECEDENTES.

En México los Códigos Civiles de 1870 y 1884 no aceptaron el divorcio vincular, reglamentando en cambio el divorcio por separación de cuerpos.

Entre el Código de 1870 y el de 1884, sólo existe una diferencia de grado, es decir el primero estatula mayores requisitos, audiencias y plazos, para que el juez decretara el divorcio por separación de cuerpos.

Código Civil de 1870.- La entrada en vigor de este código fue el 1 de marzo de 1871; el capítulo V de dicho ordenamiento regula lo relativo al divorcio. En este código se parte de la noción del matrimonio como unión indisoluble y, como consecuencia lógica no se admite el divorcio vincular.

Los artículos 239 y 240 del citado código de 1870 disponen:

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

El artículo siguiente señala siete causas legítimas de divorcio (separación de cuerpos) a saber:

Art. 240.- son causas legítimas de divorcio:

Frac. 1*) el adulterio de uno de los cónyuges; 2*) la propuesta del marido para prostituir a su mujer; 3*) La incitación o la violencia hecha al cónyuge para cometer algún delito; 4*) La

corrupción o la tolerancia en ella, de los hijos; 5*) El abandono sin causa del domicilio conyugal prolongado por más de dos años; 6*) La sevicia; 7*) La acusación calumniosa hecha por un cónyuge al otro.

En cuanto a la primera causa, el adulterio, el de la esposa era siempre causa de divorcio y el del marido únicamente cuando lo cometiera en la casa común, que hubiera concubinato o que la esposa fuera maltratada por la coadúltera o que hubiera escándalo o insulto público del marido a su esposa. El divorcio no podía pedirse sino transcurridos dos años de matrimonio.

Del artículo 226 del Código Civil de 1884 se desprende que el único divorcio que admitía era el de separación de cuerpos, en el cual, como ya hemos dicho, subsistía el vínculo matrimonial, suspendiéndose sólo algunas de las obligaciones civiles que imponía el matrimonio.

El Código Civil de 1884, en forma general, reprodujo los preceptos del código anterior, en cuanto a la naturaleza del divorcio, sus efectos y sus formalidades. Sin embargo redujo los trámites, ya que sin abolir por completo la serie de trabas que señalaba el código de 1870, sí hizo más fácil la separación de cuerpos, y además agregó seis causas más de divorcio que son las siguientes: 1) el que la mujer diera a luz un hijo concebido antes del matrimonio y fuera declarado ilegítimo; 2) la negativa a ministrarse alimentos; 3) los vicios incorregibles de juego o embriaguez; 4) las enfermedades crónicas, incurables, contagiosas o hereditarias, anteriores al matrimonio y no confesadas al cónyuge; 5) la infracción a las capitulaciones matrimoniales y 6) el mutuo consentimiento.

Podemos concluir que bajo los códigos de 1870 y 1884, sólo existió el divorcio por separación de cuerpos, bien por mutuo consentimiento, bien como divorcio necesario ante determinadas causas que generalmente implicaban delitos, graves hechos inmorales, o incumplimiento de obligaciones conyugales.

Este sistema de divorcio por separación de cuerpos fue por primera vez abolido por Venustiano Carranza por ley de 29 de Diciembre de 1914. Ésta ley expedida en Veracruz de tan sólo dos artículos, ya no hace una enumeración de causas y de acuerdo con su exposición de motivos, se ve el propósito evidente de terminar con los matrimonios desavenidos. Al efecto su artículo primero en su fracción IV dispuso : " el matrimonio podrá disolverse en cuanto al vínculo, ya sea por mutuo y 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 de alguno de los cónyuges que hagan irreparable la desavenencia conyugal. Disuelto el matrimonio, los cónyuges pueden contraer una nueva unión legítima."

Ley de Relaciones Familiares de 1917. A partir de esta ley, expedida en abril de 1917 por Venustiano Carranza, se logró el paso definitivo en materia de divorcio, al estatuir que el matrimonio es un vínculo disoluble, y por lo tanto el divorcio sí daba término a dicho vínculo, permitiendo a los divorciados celebrar nuevas nupcias.

Esta ley, regula el divorcio en los artículos 75 a 106. Se asemeja en las causales al Código de 1884, mas en ésta ley son causas de divorcio vincular.

El artículo 75 de la Ley de Relaciones Familiares, estatula: " El divorcio disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro."

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

Código Civil Vigente.- El Código Civil para el Distrito Federal vigente desde el 2 de octubre de 1932, regula el divorcio en los artículos 266 a 291 inclusive.

Este código en su artículo 266 reprodujo el artículo 75 de la Ley Sobre Relaciones Familiares, que a la letra dice: " el divorcio disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro."

En nuestro Código Civil vigente debemos distinguir cuatro formas distintas de divorcio, tres de las cuales se encontraban ya reglamentadas en la ley de relaciones familiares, consistentes en, divorcio necesario; divorcio voluntario; separación de cuerpos; y la introducción de un nuevo sistema de divorcio, que se ha denominado divorcio voluntario de tipo administrativo.

A.- EL DIVORCIO EN MÉXICO ES UNA FIGURA CONTROVERTIDA.

Son muchas las razones por la que una pareja decide contraer matrimonio: por ambición, por buscar la satisfacción sexual, por conveniencias sociales, por obligación de dar apellido al bebé que viene, por deber después de un desliz, o por presiones de los padres o simplemente por creer que se está enamorado. El hecho es que los que se casan están seguros, o tienen fundadas esperanzas de que van a ser recíprocamente felices. Desgraciadamente al convivir llega la desilusión al darse cuenta que las relaciones no son como se esperaban, cuando esto ocurre, los cónyuges empiezan a desunirse, se alejan uno del otro y, aunque siguen compartiendo el mismo techo, rompen el vínculo afectivo que los impulso a contraer matrimonio, y entonces la pareja se ve atrapada en un contrato matrimonial lleno de conflictos y problemas que los hace vivir en un verdadero infierno. Unos soportan indefinidamente esta

situación que, de matrimonio no tiene mas que el nombre; y otros mas, cada vez mayor número en la sociedad contemporánea, se divorcian.

El problema del divorcio ha sido motivo de polémica y por lo mismo se ha escrito una literatura abundante. Si el matrimonio es la base de la familia en las sociedades organizadas, su disolución afecta no sólo al grupo familiar sino al grupo social. Afecta en forma trascendental a los hijos, no solo desde el punto de vista de su educación, sino desde el punto de vista afectivo, sentimental, espiritual.

" El divorcio hace de los esposos, amantes de terceros o cuartos y de los hijos seres heridos de muerte en los principios básicos de la dignidad humana."¹

Está en pugna con los intereses superiores de la colectividad y en tal virtud, si bien como señalan algunos en determinados casos es un mal necesario, no se puede aceptar en principio como una institución deseable.

Señala el Lic. Juan Antonio González: " aún cuando lo normal desde cualquier punto de vista es que la vida matrimonial se realice dentro de los cauces de tranquilidad y de respeto y comprensión mutua, a fin de lograr plenamente las finalidades que persigue el matrimonio, en ocasiones tales metas no se realizan por la presencia de causas graves que afectan la estabilidad de la familia y que pueden constituir un serio peligro para la salud moral de los hijos, y aún para la integridad misma de los esposos en sus personas. De este modo, a fin de prevenir males mayores, la ley ha puesto al alcance de los cónyuges la posibilidad legal de terminar un matrimonio para el que resulta imposible realizar, en plenitud sus propias finalidades. Es, por estas consideraciones, que calificamos al divorcio como un mal socialmente necesario."²

¹Antes y Después del matrimonio, Editor, E.V.C. folleto 174/1, México, 28 de Octubre de 1981, pag.25.

²González Juan Antonio, Elementos de derecho civil. Ed. Trillas, 2ªed. Pag. 92.

El divorcio vincular ha producido enconadas polémicas. Se esgrimen contra él razones de carácter religioso, ético, político y psicológico.

Por razones de orden religioso, el catolicismo proscribía el divorcio vincular. La Iglesia católica considera al matrimonio como un lazo indisoluble en vida de los casados. Para ésta es un sacramento.

De que el matrimonio sea indisoluble, se sigue que es ilícito de todo punto de vista el divorcio perfecto. Se dice perfecto, porque se distinguen dos clases de divorcio: el perfecto, que pretende puede romperse el vínculo conyugal de tal modo que queden los esposos libres para contraer nuevas nupcias; el imperfecto, que consiste en que los casados, bien que reconociendo que tal vínculo no puede ser roto, se separan y en vez de vivir juntos viven separados.

El divorcio imperfecto puede ser permitido por causas justas, pero el perfecto nunca es lícito y no hay poder sobre la tierra que pueda concederlo. "Lo que Dios ha unido, no lo desuna el hombre" (Mat. XIX. 6). Ciertamente hay naciones cuyos gobiernos masones o que al menos nada tienen de cristianos, pretenden autorizar el divorcio perfecto, pero además de ser esto un absurdo, es un gran pecado contra dios y contra la Iglesia y también un gran foco de inmoralidad, el mayor trastorno de la sociedad, el cáncer de las familias.³

También se aducen argumentos morales en contra del divorcio, en el sentido de que el mismo implica una solución contraria a los principios morales que deben regir la constitución de la familia, cual son la estabilidad de la misma basada en una comunidad espiritual de las cónyuges. El divorcio fomenta la disgregación de la familia; propicia la frivolidad en una decisión tan trascendente cual debe ser el fundar una familia. Va contra la ética, se argumenta,

³El Sacramento del Matrimonio, Folleto E.V.C. No.174, pag. 14.

porque lesiona gravemente los derechos de terceros: los hijos, ellos son las auténticas víctimas del divorcio.

Pero si tomamos en cuenta las finalidades mismas del matrimonio, creo que desde el punto de vista moral, sí se justifica el divorcio, pero solamente ante causas graves. Prescindiendo de cualquier idea de tipo religioso, y exclusivamente analizando el problema desde el punto de vista moral, el matrimonio debe constituir una comunidad espiritual entre los consortes. Es decir, lo fundamental en el matrimonio no es la relación de tipo biológico sexual. Ahora bien, si ya no puede realizarse la finalidad fundamental del matrimonio que implica una verdadera comunidad de ideas, principios, sentimientos e ideales, evidentemente el divorcio en estas condiciones viene a desunir lo que jamás debió unirse, por existir una absoluta repulsión que pudo momentáneamente superarse sólo por una atracción de tipo exclusivamente biológico que venció esa incompatibilidad de orden espiritual, pero que después de satisfechos los deseos sexuales, necesariamente tiene que impedir toda vida en común.

Desde el punto de vista político se plantea que, el Estado, como representante máximo del poder social debe tener interés en el mantenimiento y salud de la célula social que es la familia. Tal parece que el divorcio contradice estas finalidades, pues en lugar de ser una institución de solidaridad, es un medio de desunión, destruye un hogar.

Si el Estado a través de sus leyes facilita el divorcio, contribuye con ello a la desintegración familiar y a la descomposición paulatina del medio social. El Estado debería fomentar la estabilidad familiar creando todos los medios institucionales y legales para lograrlo. Uno de ellos sería que ante el pavoroso avance de los divorcios, se ordenara se den seminarios prematrimoniales, por instituciones profesionales, con el objeto de formar conciencia en los novios acerca de lo que es el matrimonio; estas mismas pláticas se deberían impartir y ser obligatorias para todas aquellas personas que están en juicio de divorcio.

Las cuestiones psicológicas del divorcio son otros de los argumentos más serios en contra del mismo. Constituye un hecho totalmente comprobado que la separación conyugal afecta casi siempre la psique de los divorciados. Y ni que decir respecto de los hijos. Las consecuencias negativas del divorcio se agudizan en ellos.

Treilhard decía, "antes que todo evitemos con el mayor cuidado posible las declaraciones que se permiten los hombres exaltados de una u otra opiniónlos unos entusiastas del divorcio han hablado del mismo como de una institución sublime, casi celestial, destinada a purificarlo todo; los otros nos lo han presentado como un derecho funesto, terrible, propio para corromper al mundo y acabar con disolver todos los lazos sociales. Para aquéllos el divorcio es el triunfo de la razón, para éstos su vergüenza y su derrota".⁴

Nosotros consideramos que la educación matrimonial es muy deficiente en nuestro medio. Existe una falsa noción de lo que es una relación íntima, se piensa que lo ideal es crecer, casarse y vivir para siempre felices; pues bien, eso es falso; las relaciones íntimas prolongadas y felices no son una regla, sino una excepción.

El marco social y las tradiciones llevan a los jóvenes a casarse. Dicha presión los obliga a escoger pareja antes de tener la suficiente madurez, al vivir juntos empiezan a surgir las diferencias y comienzan los problemas. A muchos no nos gusta enfrentar dichos problemas, nos resulta más fácil creer que somos víctimas de las circunstancias o de alguien en particular, lo que nos da una sensación de seguridad y comodidad no optar en ciertas ocasiones por un cambio.

Decidir poner fin a una relación o a un matrimonio sin antes luchar por arreglar las diferencias, es inmaduro. No conviene proceder con prisas ni en forma vengativa. La gente se ve orillada a divorciarse por acontecimientos sensoriales y a menudo individuales por

⁴ Citado por Antonio de Ibarrola, Derecho de Familia, Pág. 287, 2ª ed. México.

ejemplo: " tiene un amante, se ha vuelto alcohólico, se ha dado al juego, antepone su trabajo a mí, me golpea y me maltrata, no existe diálogo entre nosotros.

No se dan cuenta los cónyuges, que estos hechos no son la causa de la separación, sino el resultado de las diferencias que hay entre ellos, de la falta de acercamiento e intimidad, de no haber luchado conjuntamente por arreglarlas con buena voluntad de ambas partes.

Si juzgamos el divorcio desde un punto de vista superficial, contemplando sólo la apariencia, evidentemente es una institución que tal parece que contradice los fines del derecho de familia; pero no olvidemos que se presenta, bien como una sanción o como un remedio ante los casos en que se ha roto toda solidaridad familiar. Es decir, en verdad, el divorcio no es la causa que motiva el rompimiento de las relaciones conyugales, sino al contrario es el efecto. La causa fue el hecho inmoral, el delictuoso, el estado contrario a la vida matrimonial, que imposibilita la vida en común. El divorcio no es sino el medio jurídico de legalizar una situación que ya se produjo, y no es, como indebidamente se le ha criticado, el medio de fomentar la desunión en la familia.

B.- FINALIDAD JURÍDICA Y SOCIAL DEL DIVORCIO.

P. B. Shelley nos dice: " el marido y la esposa deben continuar juntos solamente mientras se amen; toda ley que les obligue a cohabitar por un sólo momento después de haber desaparecido su afecto constituye la más intolerable tiranía."³

³Citado por González Carrillo Roberto y otra, 'Triunfa con tu Pareja, Edit. Librería Parroquial de Clavería S:A: p.23 México 1986.

Podría pensarse, si el divorcio es el causante de la descomposición familiar con todas sus negativas consecuencias, prohibase el divorcio y veremos un renacimiento de la armonía conyugal y de la integración familiar. ¡ Que lejos de la realidad esta ligera y falaz conclusión!

Por circunstancias innumerables, como podrían ser el mando, la familia política, los celos, el dinero, la pobreza, la falta de comunicación, la falta de crecimiento y madurez, las relaciones sexuales no satisfactorias, las falsas expectativas, el desconocimiento de la verdadera personalidad del cónyuge, los cónyuges dejan de entenderse, de amarse y respetarse, empiezan a ser desdichados, se separan. El divorcio no es más que la expresión final y legal de una realidad, del fracaso de la unión conyugal.

El matrimonio no debe subsistir a toda costa por obligación forzosa de la ley cuando faltan los motivos que determinaron semejante unión. Esto tiene lugar, cuando el delito la infidelidad, vicios profundos e incurables vienen a romper la solidaridad del vínculo conyugal, abriendo un abismo entre los casados, que hace absolutamente intolerable la vida marital e irreconciliables los ánimos.

El divorcio no es una alternativa agradable o fácil para resolver los problemas del matrimonio. Tampoco debe ser una excusa o una forma de evitar cumplir los compromisos contraídos al casarse, pero el divorcio es una solución válida cuando una pareja no consigue encontrar alguna otra forma para resolver su problemática ni la manera de satisfacer sus propias responsabilidades para alcanzar su felicidad individual.⁶

El divorcio va contra la ética, aducen los moralistas. Falso. Es más bien la solución a la convivencia inmoral de los que ya nada tienen entre sí de lazos afectivos. Al contrario inmoral e injusta clasificarse la obligatoriedad legal de seguir unidos los que ya no son matrimonio.

⁶ Roberto González Carrillo y Carmen Hernández Allende, Triunfa con tu Pareja, " Análisis transaccional para el desarrollo de la pareja humana". Librería Parroquial de Clavería, S.A. De C.V., 3ª ed., 1986, p. 23.

Inmoral porque propicia las uniones clandestinas y el adulterio, e injusta, porque priva a los sujetos de un bien personalísimo, cual es la libertad de unirse legalmente con quien se desee.

Cuando solo existe entre ellos indiferencia, desprecio, rencor o agresión ;cuando de hecho ya no son matrimonio y solo los une el lazo legal, debe este romperse. La ley prevé el instrumento necesario: el divorcio.

No es el divorcio como ruptura del matrimonio lo que lesiona tan gravemente a los hijos. Es el desamor entre los padres, es la situación permanente de malestar en el seno familiar; son las discusiones, las riñas, las injurias, las constantes escenas de disgusto y de tensión. El divorcio viene a ser en este aspecto, la solución a las lamentables condiciones de vida familiar, mismas que, a la postre, resultan más nocivas para la formación y el equilibrio espiritual de los hijos. El divorcio es un mal menor, porque evita males mayores. El divorcio es un mal necesario.

C.- CLASES DE DIVORCIO.

Los autores clasifican el divorcio considerando dos sistemas: el divorcio separación de cuerpos y el divorcio vincular. En el divorcio por separación de cuerpos, el vínculo matrimonial perdura, quedando subsistentes las obligaciones de fidelidad, de ministración de alimentos, e imposibilidad de nuevas nupcias; sus efectos son: la separación marital de los cónyuges, quienes ya no están obligados a vivir juntos y por consiguiente a hacer vida marital. Este tipo de divorcio fue el único regulado por nuestros códigos de 1870 y 1884 y no fue sino hasta la ley de 2 de diciembre de 1914 que se introdujo el divorcio vincular.

En el divorcio vincular se disuelve el vínculo matrimonial dejando a los cónyuges en aptitud de contraer un nuevo matrimonio.

Dos son los tipos de divorcio vincular que reconoce nuestra ley que son el causal o contencioso y el voluntario y dentro de éste encontramos una modalidad que se llama divorcio administrativo.

El divorcio voluntario se origina en la Fracción XVII, del mismo artículo 267, o sea el mutuo consentimiento de los cónyuges y no puede ser instaurado sino después de un año de contraído el matrimonio. El procedimiento que se sigue consiste en exhibir al juez una solicitud de divorcio, a la que se acompañaran los requisitos que señala el art. 273 del Código Civil.

El divorcio administrativo es, propiamente, un divorcio voluntario que encuentra su apoyo legal en el artículo 272 del Código Civil y toma tal denominación en atención a que no se tramita ante la autoridad judicial, sino ante un funcionario administrativo: el juez del Registro Civil de la jurisdicción a la que pertenezca el domicilio de los cónyuges.

Son requisitos para optar por este tipo de divorcio que los esposos sean mayores de edad, no tengan hijos y hayan liquidado de mutuo acuerdo la sociedad conyugal, se bajo ese régimen se casaron. El procedimiento que se sigue en este tipo de divorcio es de una gran simplicidad.

El divorcio contencioso se decreta por cualquiera de las causales señaladas en el artículo 267 y el artículo 268 del Código Civil. Este puede ser divorcio remedio, si las causas que lo producen no son imputables a culpa de ninguno de los consortes; o divorcio sanción, si la autoridad judicial pronuncia la disolución del vínculo, por causas imputables a la conducta reprobable a alguno de los cónyuges. Estas causas graves dan origen al divorcio vincular, aún en contra de la voluntad del cónyuge culpable y a petición del inocente.

En relación con el divorcio necesario, señala Jacobo Ramírez" las diferentes causas que se mencionan en el artículo 267, constituyen motivos graves, tan graves que el legislador los ha

considerado suficientes para que con base en ellos se pueda exigir la disolución de un matrimonio"⁷

Las conductas comprendidas en estos artículos como causales de divorcio, son de carácter limitativo y no ejemplificativo. Este principio de la limitación de las causales de divorcio, se deriva de que la disolución del vínculo conyugal es de tal gravedad y el interés por conservar el matrimonio es tan importante para la sociedad y el estado, que sólo en forma limitativa se establecen las causas de divorcio.

Por ser de orden público el matrimonio y por estar la sociedad interesada en su permanencia, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha sentado jurisprudencia en este sentido: "El divorcio como institución familiar debe conceptuarse como situación de excepción, puesto que la normalidad dentro de la vida social la constituye la familia originada en el matrimonio, cuya subsistencia importa al funcionamiento orgánico de esta unidad social, por lo que, para que pueda decretarse el divorcio, se hace indispensable que se acrediten todos y cada uno de los elementos que la ley exige en las causas de disolución del vínculo, pues el legislador ha comprendido en ellas los motivos que a su juicio destruyen las causas del mismo matrimonio, por lo que debe exigirse la comprobación plena de los hechos en que se pretende fundar la disolución del vínculo matrimonial". (Anales de jurisprudencia, T. LIII, P.23).

El Código Civil no define el divorcio. Se limita a expresar sus efectos en el artículo 266: el divorcio disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro.

Cuando uno o ambos cónyuges han dejado de cumplir con los deberes del matrimonio haciendo imposible o en extremo difícil la vida en común, se permite la ruptura del vínculo. Es legalmente el divorcio el único medio racional capaz de subsanar, hasta cierto punto, las

⁷Ramírez Sánchez Jacobo, Introducción al Estudio del Derecho y Nociones de Derecho Civil, Textos Universitarios (UNAM), 2ª ed. México 1967 p. 231.

situaciones anómalas que se generan en ciertas uniones matrimoniales y que deben desaparecer ante la imposibilidad absoluta de los consortes de conseguir su superación.

Todas las causas de divorcio normalmente presuponen culpa de alguno de los esposos, y la acción se da a quien no ha dado causa en contra del responsable, de allí que en todo juicio haya generalmente un cónyuge inocente y un culpable, pudiendo ser ambos culpables.

Por divorcio causal o necesario como también se le llama, podemos entender, la disolución del vínculo legal del matrimonio, en vida de los esposos, a solicitud de uno de ellos, decretada por autoridad judicial competente, en atención a la existencia de una causa expresamente señalada en el Código Civil.⁸

En él se supone que la causa es una violación grave a los deberes del matrimonio, y el divorcio, la sanción que se aplica al culpable; por ello, la acción corresponde al cónyuge inocente, quien es libre de ejercitar, perdonar o permitir que la acción prescriba.

El proceso se tramita en la vía ordinaria civil ante el Juez de lo Familiar que en turno corresponda; se inicia con una demanda y concluye con una sentencia en la cual la autoridad judicial determinara si se ha probado la causal invocada.

Una vez ejecutoriada la sentencia que declara disuelto el vínculo conyugal se resuelve sobre la obligación de alimentos que continúa vigente entre los divorciados y se provee sobre todos los deberes, obligaciones y derechos surgidos de la relación paterno filial que necesariamente permanecen. (art. 287. C.C.).

A diferencia, en el divorcio voluntario judicial la causal no se exhibe, y será la voluntad de los consortes y el convenio por ellos suscrito, lo único que tome el juez como base para declarar disuelto el vínculo conyugal.

⁸Cfr. Efraín Moto Salazar, Ob.cit. pag. 171, Baquero Rojas y otra, ob. cit. pag.441y 442; Montero Duhalt Sara ob. cit. pag. 221.

Sobre este particular hay un principio de la incompensabilidad de las causales de divorcio. Es decir, no puede excusarse o justificarse al cónyuge que injuria, argumentando malos trato del otro o viceversa, lo que significa que no se autoriza a un cónyuge incumplir sus deberes ni sus obligaciones bajo el supuesto de que el otro no los ha cumplido.

En ambos casos existe una actuación antijurídica o ilícita prevista como causal de divorcio, y ambos consortes serán condenados al atribuirseles los respectivos incumplimientos.

Es conveniente señalar también que la rebeldía en casos de divorcio opera en forma diversa a la de cualquier otro juicio de naturaleza patrimonial.

En el artículo 271 del Código de Procedimientos Civiles después de prevenir que se "hará la declaración de rebeldía sin que medie petición de parte" y que se abra el periodo de ofrecimiento de pruebas observando las prescripciones del título noveno, agrega que en los procesos que afecten las relaciones familiares o el estado civil de las personas la demanda se entenderá contestada en sentido negativo y corresponde al actor probar todas las afirmaciones contenidas en los hechos narrados.

A diferencia de los juicios en general en los que las audiencias son públicas en los de divorcio existe una excepción que marca el artículo 59 del Código de procedimientos civiles que señala que las audiencias en los juicios de divorcio y nulidad del matrimonio serán secretas.

Confirma lo anterior la Ley de Imprenta, en su artículo 9 fracciones III y IV.

La Frac. III. Previene que queda prohibido publicar " sin consentimiento de todos los interesados, las demandas, contestaciones y demás piezas de autos en los juicios de divorcio, reclamación de paternidad, maternidad, o nulidad del matrimonio, o diligencias de reconocimiento de hijos, y en los juicios en que esta materia pueda suscitarse.

La Frac. IV. Señala que está prohibido " publicar lo que pase en diligencias o actos que deban ser secretos por mandato de ley o por disposición judicial."

Finalmente el término fijado por la ley para el ejercicio de la acción de divorcio es un término de caducidad y no de prescripción. Aunque ambas se refieren al transcurso el tiempo y tienen como consecuencia la extinción de los derechos, la caducidad es condición para el ejercicio de la acción y esta debe estudiarse de oficio por el juez. La segunda puede analizarse sólo a petición de parte legítima.

En esta materia tenemos que tener en cuenta que existen algunas causales que por su repetición pueden considerarse como de tracto sucesivo; a título de ejemplo : el adulterio mientras esta relación ilícita continua.

Las características de la acción de divorcio son las siguientes:

- 1.- Es una acción sujeta caducidad
- 2.- Es personalísima; se extingue por reconciliación o perdón.
- 3.- Es susceptible de renuncia y desistimiento
- 4.- Se extingue por la muerte de cualquiera de los cónyuges, bien antes de ser ejercitada o durante el divorcio.⁹

El divorcio trae como consecuencia sanciones que se aplican al cónyuge culpable, lo que hay que tener en cuenta al entablar la demanda a fin de comprenderlas en el mismo escrito, tomando en cuenta que las sanciones provienen de la misma causa de divorcio. El artículo 31 del Código de Procedimientos Civiles nos dice: "cuando haya varias acciones contra una misma persona respecto de la misma cosa, y provengan de una misma causa, deben intentarse en una sola demanda, por el ejercicio de una o mas quedan excluidas las otras".

⁹Véase Rogina Villegas Rafael, ob.cit. p.411 y sigs.

El concepto de culpa en el divorcio es un tema complejo; un t6pico que debe tocarse con cuidado, pero hay que entrar a su estudio profundo y reflexivo. Nosotros, defensores de la familia, pensamos que el concepto de culpa hasta hoy, ha sido m1s negativo para los hijos y para los propios c6nyuges, por lo que sugerimos que en una nueva legislaci6n familiar, la regulaci6n del divorcio, evite calificar de culpable a cualquiera de ellos y mas bien se concentre en vigilar que al disolverse el v6nculo matrimonial los deberes respecto a los menores y entre los propios c6nyuges, se cumplan integralmente.

D.- EL ADULTERIO COMO CAUSAL DE DIVORCIO CONTENCIOSO SANCION.

Hemos analizado hasta aqu4 en forma muy general las caracteristicas de la acci6n de divorcio necesario, nos toca ahora estudiar en forma particular el divorcio por la causal de adulterio, haciendo hincapi6 en que la mayor4a de las caracteristicas que en forma general hemos estudiado son aplicables espec4ficamente a esta causal. Es por esto que para evitar repeticiones hemos dejado para analizar en este punto los efectos que el adulterio como causal de divorcio necesario produce en relaci6n con los bienes, los hijos y los c6nyuges.

Comencemos por establecer que el adulterio en nuestro derecho asume dos formas diferentes: como causal de divorcio y como delito. Un c6nyuge puede demandar al otro por adulterio como simple causa de divorcio, o puede optar por la v4a penal para acusarlo de delito cuando el mismo se ha configurado en su forma t4pica, o sea, cometer el adulterio en la casa conyugal o con esc1ndalo.

En el primer caso, probado el adulterio, el cónyuge demandante obtendrá sentencia de divorcio a su favor. En el segundo, probado el delito, el culpable será condenado a la sanción penal respectiva y el cónyuge demandante tendrá a su favor sentencia como prueba plena para obtener divorcio, si opta por las dos consecuencias.

Rafael de Pina, define las causales de divorcio "como aquellas circunstancias que permiten obtenerlo con fundamento en una determinada legislación y mediante el procedimiento previamente establecido al efecto".¹⁰

No existen por lo tanto, mas causas que permitan declarar el divorcio que aquellas preestablecidas por el legislador. No cabe ni siquiera fundarlo en otras análogas. La analogía es en esta materia radicalmente rechazada.

Son dieciocho las causales de divorcio, según el artículo 267 del Código Civil vigente en el Distrito Federal. Es materia de nuestro estudio la señalada en la fracción primera que dice: 1.- El adulterio debidamente probado de uno de los cónyuges.

Como vemos para que proceda no exige ningún otro requisito más que el de haber sido probado plenamente.

1.- CONCEPTO DE ADULTERIO.

El Diccionario Enciclopédico Ilustrado Océano establece que el adulterio es "el mantenimiento de relaciones sexuales extramatrimoniales, estando casado el hombre, o la mujer o ambos.

¹⁰ De Pina Rafael, Elementos de Derecho Civil, pag. 340. 10ª ed. Edit. Porrúa México.

Se entiende por adulterio en su acepción gramatical, el ayuntamiento carnal ilegítimo de un hombre con una mujer cuando uno o ambos son casados.

El Derecho mexicano establece que una persona casada que tiene contacto sexual con otra que no es su esposo o esposa, comete adulterio. como ya dijimos el adulterio es siempre causa de divorcio y puede ser también delito si es cometido en el domicilio conyugal o con escándalo.

El Código Civil no da un concepto de adulterio y el penal no lo hace tampoco, sino solamente lo castiga; ante la ausencia de una definición legal, quedan fuera de esta causal los actos sexuales contra natura. A pesar de su gravedad el legislador no tomo en cuenta estos actos ni dentro del adulterio ni en forma autónoma.

2.- EL ADULTERIO COMO CONDUCTA ILÍCITA.

No existe un precepto legal expreso, que establezca que los cónyuges se deben reciprocamente fidelidad. En forma indirecta el cumplimiento de este deber se haya garantizado jurídicamente, porque su violación constituye el delito de adulterio así como el delito de bigamia que sanciona el Código Penal.

La infidelidad conyugal es delictuosa, si se realiza en el domicilio conyugal o con escándalo; y en este sentido, desde el punto de vista civil, la sanción penal, no comprende todos los casos en que se viola el deber de mutua fidelidad, de los consortes.

La sanción estrictamente civil en que se incurre al violar este deber, es el divorcio. Es decir, es causa de la disolución del vínculo matrimonial con las consecuencias pecuniarias que se imponen al cónyuge que ha dado causa a él.

El concepto de fidelidad, tiene una connotación más amplia, cuya violación no se agota en los delitos de bigamia y adulterio, por que no sólo tiene un contenido sexual sino de clara esencia ética; de allí que entre aquéllos dos delitos y el deber de fidelidad, no puede establecerse una línea de paralelismo.

No sólo implica la abstención de contactos sexuales extramatrimoniales, sino que desde el punto de vista civil y atendiendo a las condiciones sociales, culturales y personales de los cónyuges, comprende la abstención de todos aquellos actos que aún cuando no lleguen a la consumación del adulterio, pueden constituir una violación al deber de fidelidad (de allí su contenido moral) en tanto esos hechos o actos, revelan que se ha roto o que se ha lesionado gravemente la unidad de vida que debe existir entre los consortes, se ha faltado al honor y a la dignidad del cónyuge inocente, en cuanto revelan que el culpable, no otorga a su consorte el lugar que en la vida de aquél deba tener éste como esposo o como esposa.

3.- ANTECEDENTES JURÍDICOS DEL ADULTERIO.

El adulterio ha sido repugnado por el sentimiento común de casi todos los tiempos y pueblos como uno de los actos mas pecaminosos y castigados en la mujer de un modo inhumano hasta con la muerte. El Derecho Romano penó el adulterio con bien marcada dureza, pero sólo consideraba como tal el trato sexual de la esposa con un hombre distinto de su marido o, viceversa, de un marido con la esposa de otro, mientras que el pecado de uno de los esposos con un soltero no se consideraba como adulterio sino como prostitución, que se penaba moderadamente.

El Código de 1870 y el de 1884 y en la Ley de Relaciones Familiares, se hace una distinción entre el adulterio del hombre y el adulterio de la mujer. El adulterio de la mujer siempre fue causa de divorcio en esos ordenamientos, como en el Código vigente lo es. En cambio el adulterio del hombre no fue siempre causa de divorcio. Se requería bajo esos códigos de 1870 y 1884 y en la Ley de Relaciones Familiares que además hubiese escándalo por virtud del adulterio, bien cuando el marido ofendía a su mujer, o cuando la adúltera ofendía de palabra o de obra a la esposa, o cuando el adulterio se realizaba en la casa conyugal, o era como consecuencia de una relación sexual continua con otra mujer.

El Código Civil vigente lleva a cabo la equiparación en el adulterio del hombre y el de la mujer.

Se comenta frecuentemente, sobre todo por las mujeres que esa diferenciación que se hacía entre el adulterio del hombre y la mujer se debe a que las leyes han sido hechas por los hombres, pero creemos que esta diferencia es fácil de justificar si se toma en cuenta que el adulterio de la mujer puede producir consecuencias morales y materiales mucho más peligrosas que el adulterio del marido. Cuando el marido tiene una amante, los hijos que tenga con ella no entran en su familia, permanecen extraños a su mujer. Cuando la mujer es la adúltera, si tiene hijos, serán hijos legítimos de su marido. Este tiene en su favor la acción de desconocimiento, pero frecuentemente carece de pruebas para excluir de su familia a personas que no son sus hijos.

Pensamos que desde el punto de vista material sí se justifica la diferenciación, pero desde el punto de vista estrictamente sentimental pensamos que es injusto, ya que el ultraje es el mismo y la cólera que produce tiene derecho a ser igual.

4.- ACCIÓN PARA PEDIR DIVORCIO.

Nos basaremos para estudiar este punto en la teoría de la acción como derecho abstracto de obrar, porque representa a nuestro entender el punto máximo de autonomía de la acción. La acción es dentro de esta concepción un derecho que se tiene para provocar la función jurisdiccional, con o sin fundamento. Es decir se tiene derecho a una sentencia independientemente de que ella sea favorable o desfavorable a los intereses de quien haya iniciado el proceso. En esta teoría de la acción como derecho abstracto de obrar, a la que Alsina llama, teoría de la acción abstracta... la acción es dada no sólo a quien tiene razón, sino a cualquiera que se dirija al juez en demanda de una decisión sobre una pretensión. En consecuencia sólo el tribunal, hasta el momento de sentenciar, determinará quien tiene la razón, quien tiene el derecho, quien tiene la verdad formalmente.

Cualquiera de los esposos puede pedir el divorcio, por el adulterio de su cónyuge. Se ha borrado pues, la distinción que se había venido haciendo entre el adulterio cometido por la mujer y el cometido por el hombre; discriminación producida por un concepto de inferioridad femenina.

Existe regla que impone al cónyuge ofendido la obligación de ejercitar la acción presentando su demanda dentro de los seis meses siguientes al día en que hayan llegado a su noticia los hechos que la funden; pero ella debe ser aplicada, conforme al criterio de la Suprema Corte de Justicia a los casos en los que la causal se consuma en un sólo acto. Si la causal es de tracto sucesivo, en tanto persiste el hecho, persiste el derecho.

Este segundo caso se conoce como adulterio permanente y al respecto la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido el siguiente criterio. "Tratándose de adulterio permanente debe considerarse que, aunque la antigüedad de su inicio exceda de seis meses, el cónyuge ofendido conserva su derecho a demandar el divorcio hasta seis meses de concluido tal estado:

pensar de otro modo llevaría al absurdo de que si ese estado no terminara en muchos años, se reduciría al cónyuge inocente, que por amor o respeto a sus hijos por ejemplo, haya prolongado por más de seis meses sus instancias de reconciliación, a padecer indefinida e irremediablemente, esa forma de agravio".¹¹

Ahora bien la causal de adulterio es una figura interesante que tiene diferentes ángulos y que no es simplemente invocarla como causal de divorcio, porque se puede caer en la grave situación de que no se pruebe y entonces el otro cónyuge adquiere el derecho de demandar porque no probaron la causa del divorcio, en este caso el adulterio, con que se le llevo a juicio.

Al respecto el artículo 268 del Código Civil dice" Cuando un cónyuge haya pedido el divorcio o la nulidad del matrimonio por causa que no haya justificado o se hubiere desistido de la demanda o de la acción sin la conformidad del demandado, éste tiene a su vez el derecho de pedir el divorcio, pero no podrá hacerlo sino pasados tres meses de la notificación de la última sentencia o del auto que cayo al desistimiento."

Las características de la acción de divorcio son las siguientes: Es una acción sujeta a caducidad, es personalísima, se extingue por renuncia o por perdón, es susceptible de renuncia o desistimiento, se extingue por la muerte de cualquiera de los cónyuges, bien antes de ser ejercitada o durante el juicio.

5.- REQUISITOS DE PROCEDENCIA.

¿Que se requiere para entablar un juicio de divorcio litigioso por la causal de adulterio?

- a) Primero y fundamentalmente haber celebrado validamente un matrimonio civil.

¹¹Apéndice al Semanario Judicial de la Federación, 1917-1975. Informe rendido por el presidente de la S.C.J.N. al pleno de ese alto tribunal (años 1975-1981), correspondiente a la tercera sala.

b) La existencia de una o varias causales, en este caso el adulterio, establecida por la ley que se invoque y se compruebe debidamente por el cónyuge inocente a su favor en el juicio de divorcio.

c) Presentar la demanda dentro del término legal, en este caso es de seis meses contados desde que se tuvo conocimiento del adulterio.

d) Que no haya habido perdón por parte del cónyuge inocente.

La palabra caducar deriva del latín *cadere*, que significa caerse el derecho. Quien no lo intente en ese lapso, pierde la posibilidad de invocar como causal de divorcio, el adulterio de su cónyuge.

Por ello al presentarse una demanda es importante que el abogado no se pierda en hechos, que si bien ocurrieron en el pasado ya no están vigentes para invocarse como causal de divorcio. La caducidad en este caso, opera en contra del cónyuge ofendido, por haber dejado pasar ese lapso y no haber intentado el divorcio.

El término fijado por la ley para el ejercicio de la acción de divorcio, es un término de caducidad y no de prescripción. Ambas son formas de extinción de derechos que se producen por el transcurso del tiempo, pero se diferencian, fundamentalmente, en que la primera es condición para el ejercicio de la acción, por lo que debe estudiarse de oficio; en cambio, la segunda sólo puede analizarse cuando se hace vales por parte legítima.

En materia de divorcio, dado su carácter excepcional porque pone fin al matrimonio, el término señalado por la ley para el ejercicio de la acción, debe estimarse como un término de caducidad, porque si la acción de divorcio estuviera sujeta a prescripción, su término no correría entre consortes y la amenaza del cónyuge con derecho a solicitarlo sería constante, afectándose con la incertidumbre, todos los derechos y obligaciones que forman el estado civil

de matrimonio, intereses que dejan de ser de orden privado, y pasan a afectar la estabilidad de la familia y el orden público.

Cuando se trata de un adulterio no ocasional sino permanente, que se prolonga en forma de amasiato, la cónyuge ofendida conserva el derecho a demandar el divorcio transcurridos los seis meses que fija la ley, aunque haya tenido conocimiento de esa situación desde mucho tiempo antes. Cuando el adulterio se ha seguido cometiendo, esa circunstancia impide que empiece a correr el término de caducidad: de lo contrario, la espera mayor que soportara la mujer para que su marido cambiara de proceder se traduciría en una tácita autorización para que este continuara cometiendo el adulterio.

Cuando la ley señala término para el ejercicio de la acción de divorcio, debe promoverse éste precisamente dentro de él, pues se trata de una condición necesaria para el ejercicio de la acción y la autoridad judicial no sólo está facultada, sino tiene la obligación de estudiar si la acción se ejerció oportunamente.

6.- FORMAS DE PROBAR EL ADULTERIO.

La fracción que analizamos habla del adulterio debidamente probado. La prueba plena del adulterio en la mayoría de los casos es difícil de obtener, pues los adúlteros se refugian en la clandestinidad.

En este sentido podemos afirmar que legalmente hablando no es el adulterio la causa más frecuente de divorcio, porque el adulterio es sumamente difícil de probarse en juicio. Probablemente el adulterio sea la razón por la cual muchas de las parejas tratan de obtener su divorcio, pero las causas que se hacen valer en juicio son otras.

Por ello la Corte admite la prueba indirecta " para la comprobación del adulterio como causal de divorcio, la prueba directa es comúnmente imposible, por lo que debe admitirse la prueba indirecta para la demostración de la infidelidad del cónyuge culpable".¹²

Existe casos de prueba plena del adulterio sin que esto implique la prueba directa de la comisión del mismo *in fraganti*. Es susceptible de probarse el adulterio por medio del acta de nacimiento de un hijo natural de la cónyuge demandada habido con persona distinta a su cónyuge legítimo, porque aún cuando se trata de un documento público que no constituye una prueba para demostrar directamente el adulterio, sí hace prueba plena en cuanto al nacimiento del menor y a lo declarado por quienes lo presentaron y reconocieron.

Dado que los actos de adulterio se cometen rodeándolos de íntimo secreto y de grandes precauciones, salvo los casos de sorpresa flagrante o de confesión de sus autores, la demostración procesal del fornicio es difícil, pudiendo sin embargo establecerse indirectamente mediante pruebas de indicios, testimonios, correspondencia amorosa, revelaciones de terceros etc., de los que pueda inferirse con certidumbre la unión sexual.

En cuanto a los casos de sorpresa a los adúlteros generalmente se estima que es bastante que se les encuentre en situaciones reveladoras de intimidad carnal, como cuando están en el mismo lecho, o en ropas menores en la misma alcoba, o cuando se ha introducido sin otra posible explicación a un cuarto de hotel o a lugares apropiados para los amores ilícitos.¹³

Toda vez que los actos adúlterinos se realizan clandestinamente, si para demostrarlos se exigiera únicamente prueba directa equivaldría a imponer al cónyuge ofendido una carga imposible de realizar, y es por esto que salvando el escollo insuperable de la prueba directa se admite la presuncional.

¹²Jurisprudencia 1917-1975, Apéndice al Semanario Judicial de la Federación, 4ª parte, 3ª Sala, México 1975, Tesis 159 p. 496.

¹³Gonzalez de la Vega Francisco, Derecho Penal Mexicano, Pág. 433.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido el criterio de que para la comprobación del adulterio como causal de divorcio, se admite la prueba indirecta, pero la misma debe encaminarse a demostrar precisamente la conducta adulterina o infiel del cónyuge, así como la mecánica del adulterio, de manera que si solamente se trata de acreditar una confesión vertida por uno de los cónyuges, ello no es suficiente para la comprobación de la mencionada causa.

Veamos, la fracción primera del artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal, expresa que es causal de divorcio: "el adulterio debidamente probado de uno de los cónyuges".

Es decir hay que probar para que proceda esta causal. Pero la realidad ha demostrado que es casi imposible lo anterior, en esa hipótesis, el supremo tribunal de este país, ha determinado que como no se puede probar, debe admitirse la prueba indirecta. Es decir, presunciones, indicios, sospechas de que hay ese adulterio.

Esto es grave, porque en un régimen de derecho y sobre todo atendiendo a la letra expresa de la ley, la Corte ha tergiversado el sentido de la misma para decir que a pesar de que en ese precepto se ordena que debe probarse, como en este tribunal se ha decidido que eso es imposible de acreditar, hay que acreditarlo de una manera indirecta.

En este supuesto es criticable que el prurito ha llevado a una exageración, por que no se considera el gran daño que se causa a los hijos, al cónyuge inocente, a la familia y por supuesto a la sociedad y al estado. Sería preferible abrogar una causal de esta naturaleza y sustituirla por una injuria, por ejemplo, para evitar la tergiversación de la ley o su mala interpretación en favor de unos y en perjuicio de otros.

7.- CONSECUENCIAS JURÍDICAS.

Los efectos en el juicio de divorcio necesario, podemos clasificarlos en efectos provisionales, que se producen durante la tramitación del juicio, y los efectos definitivos que se causan una vez pronunciada la sentencia ejecutoriada que disuelve el vínculo matrimonial.

En este espacio trataremos únicamente los definitivos porque son desde luego los de mayor trascendencia, porque se van a referir ya a la situación permanente en que quedaron los divorciados, sus hijos y sus bienes una vez ejecutoriada la sentencia de divorcio.

Por consiguiente los efectos definitivos los vamos a dividir en relación a las personas de los cónyuges, efectos en relación a los hijos, y en relación a los bienes de los consortes.

En un análisis breve de los efectos provisionales, podemos decir que están previstos en el artículo 282 del Código Civil, que establece: Al admitirse la demanda de divorcio, o antes si hubiere urgencia, se dictaran provisionalmente y sólo mientras dure el juicio, las disposiciones siguientes: Proceder a la separación de los cónyuges de conformidad con el Código de Procedimientos Civiles, señalar y asegurar los alimentos que debe de dar el deudor alimentario al cónyuge acreedor y a los hijos: las que se estimen convenientes para que los cónyuges no se puedan causar perjuicios en sus respectivos bienes, ni en los de la sociedad conyugal en su caso; dictar en su caso, las medidas precautorias que la ley establece respecto a la mujer que quede encinta; poner los hijos al cuidado de la persona que de común acuerdo hubieren designado los cónyuges. En defecto de ese acuerdo el cónyuge que pide el divorcio propondrá la persona en cuyo poder deben quedar provisionalmente los hijos. El Juez, previo procedimiento que fije el código respectivo resolverá lo conducente. Salvo peligro para el normal desarrollo de los hijos los menores de siete años deberán quedar al cuidado de la madre.

a) Consecuencias en Relación a los Hijos.

Analizaremos ahora la situación de los hijos en los casos de divorcio por esta causal de adulterio.

El cuidado de los hijos de matrimonio divorciado es un problema grave no resuelto satisfactoriamente por el Código Civil, porque la cuestión de la culpa conyugal se acentúa grandemente e insuficientemente la del bien de los hijos.

La sentencia de divorcio fijara la situación de los hijos, para lo cual el Juez gozará de las mas amplias facultades para resolver todo lo relativo a los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad, su pérdida, suspensión o limitación según el caso, y en especial a la custodia y al cuidado de los hijos debiendo obtener los elementos de juicio necesario para ello. El Juez según el Código Civil llamara al ejercicio de la patria potestad a quien legalmente tenga derecho a ello en su caso, o designar tutor.

El padre y la madre, aunque pierdan la patria potestad quedaran sujetos a todas las obligaciones que tienen para con sus hijos.

Los consortes divorciados tendrán obligación de contribuir, en proporción a sus bienes e ingresos, a las necesidades de los hijos a la asistencia y educación de estos hasta que lleguen a la mayoría de edad.

La pérdida de la patria potestad no es siempre conveniente con relación a los hijos, porque puede suceder que a pesar de que uno de los cónyuges haya incurrido en determinada causa de divorcio -en este caso en adulterio- puede tener la capacidad necesaria para ejercer debidamente las facultades que dimanar de la patria potestad. Por el contrario puede suceder que el cónyuge inocente carezca de la capacidad moral para educar, defender y guiar a sus

hijos, por lo que será perjudicial a éstos que queden a su cuidado, sin intervención de ninguna otra persona.

¿Qué ocurre si el cónyuge es el culpable en el divorcio, pero es el padre o madre más amoroso o más cuidadoso de sus deberes con sus hijos? , ¿qué ocurre si el rechazo es hacia la madre o el padre, pero el amor más frondoso hacia los hijos?, ¿es justo que se determine que por el conflicto entre ellos y resultara uno culpable, se pierda la patria potestad de un hijo?. A nuestro juicio es un error. Una es la situación de los cónyuges y que entre ellos debe dirimirse y otra totalmente distinta, los efectos que ese divorcio va a producir en los hijos y sobre todo, cuando se trata de perder la patria potestad.

Probablemente uno de los peores aspectos del divorcio en nuestra sociedad sea la frecuencia con que se divide la tenencia de los hijos. Los padres divorciados son a menudo agresivos uno respecto del otro, y con frecuencia buscan que los hijos tomen partido a su favor. Con la tenencia compartida se hace difícil a un hijo evitar ciertos conflictos de lealtad.

En materia de divorcio, la patria potestad se maneja desde nuestro punto de vista, de una manera arbitraria, poco jurídica y sobre todo sin el calor humano que requiere una resolución de esta magnitud, porque se deja al juez familiar a que a su arbitrio, a su saber, a sus intereses, a su preparación, a su formación familiar y personal inclusive diga ante un divorcio, a quién corresponde el ejercicio de la patria potestad y a quién su pérdida.

Nuestra opinión es tajante es un error que el Código contemple la sanción de la pérdida de la patria potestad en contra del hijo, porque pierde más este sin padre, que el padre sin hijo. Además consideramos que la conducta humana es dinámica, que los padres cambian y que a pesar de que hoy uno de ellos sea modelo, el día de mañana podría convertirse en un ejemplo denigrante para su hijo.

Condenar a un padre o a una madre a perder la patria potestad de un hijo, es matarlo en vida.

Mantener en el Código Civil del Distrito Federal una de las más graves afrentas contra la familia debe ser preocupación de los legisladores mexicanos, ya que este tipo de disposiciones, no se adaptan a la realidad familiar mexicana y mucho menos a la organización social actual.

b) Consecuencias en Relación a los Cónyuges.

El efecto principal del divorcio consiste en la disolución del matrimonio, quedando los cónyuges en aptitud de contraer otro.

En el divorcio voluntario, el divorcio deja su huella menos traumática, por que los divorciantes no se acusan de nada. En cambio en el divorcio litigioso uno de los esposos demanda su liberación del otro, el rompimiento del vínculo que los había unido y el castigo por el comportamiento ilícito del consorte (castigo que puede ser no solo de contenido económico, a través del pago de una pensión alimenticia, sino lo que es más grave la pérdida de la patria potestad sobre los hijos), lo cual deja siempre un trauma, casi siempre grave.

El divorcio tiene que considerarse ciertamente como un mal y en el nunca hay vencedores.

Ya hemos explicado que el divorcio por separación de cuerpos, regulado en los Códigos de 1870 y 1884, al no disolver el matrimonio, no otorgaba como era evidente, a ninguno de los consortes, la capacidad jurídica de contraer nuevo matrimonio. Se mantenía el vínculo matrimonial y sólo se suspendían algunas obligaciones; pero la obligación de guardarse fidelidad y por consiguiente la sanción penal para el caso de adulterio existía.

A partir de la ley de relaciones familiares, y antes según hemos explicado, a partir de la ley de 1914, al disolver el divorcio el vínculo matrimonial, cada cónyuge ya recobra su capacidad jurídica para celebrar nuevo matrimonio; pero se establecieron ciertas limitaciones en función de la clase de divorcio que se hubiere obtenido, para sancionar al cónyuge culpable.

Las sanciones que establece la ley al cónyuge culpable son:

a) La pérdida de la patria potestad sobre los hijos habidos en el matrimonio, ya anteriormente analizada (Art. 283 C.C.).

b) La obligación de pagar alimentos al otro cónyuge y naturalmente a los hijos menores de edad o incapacitados. Respecto de la mujer el código establece la obligación de alimentos mientras no se case y viva honestamente. El marido inocente sólo tendrá derecho a alimentos cuando esta imposibilitado para trabajar y no tenga bienes propios para subsistir (Art. 285 y 288 del C.C.)

El cónyuge inocente tendrá derecho a alimentos otorgados por el culpable, mismos que serán fijados por el juez tomando en cuenta las circunstancias del caso y entre ellas la capacidad para trabajar de los cónyuges y su situación económica.

En los casos de divorcio se da con gran frecuencia que el cónyuge que durante el matrimonio se dedicaba a las labores del hogar (normalmente la cónyuge) no tenga al momento bienes propios ni capacidad para trabajar en forma remunerada. Los alimentos en estas circunstancias deben ser otorgados por el tiempo suficiente para que el cónyuge inocente se capacite para el trabajo.

Es correcto a nuestro parecer, la modificación a esa norma, pues el derecho a alimentos, cualquiera que sea su fuente, debe estar supeditado a los dos factores de necesidad del que los recibe y a la capacidad del que los otorga. El cónyuge culpable nunca tendrá derecho a alimentos de parte del otro.

c) La de pagar al cónyuge inocente los daños y perjuicios que le produzcan el divorcio (Art. 288 *in fine*, C.C.)

Como en nuestra legislación se señala que el divorcio procede no sólo por violaciones de deberes y obligaciones conyugales o filiales, sino también en los casos de enfermedad, locura impotencia etc. no todas las causales van a generar la posibilidad de exigir daños y perjuicios, porque no en todos hay cónyuge culpable.

Cuando por el divorcio se originen daños y perjuicios a los intereses del cónyuge inocente, el culpable responderá de ellos como autor de un hecho ilícito. Debe observarse que el divorcio no es lo ilícito, sino lo es la causa que dio origen a la disolución del matrimonio.

Al calificar la causal de divorcio como ilícita, se libera al cónyuge inocente de la prueba de lo ilícito, que es necesario en cualquier conflicto de daños y perjuicios. solo deberá acreditar la relación de causa a efecto y valorar los daños causados.¹⁴

d) La de no poder contraer nuevo matrimonio sino después de que hayan transcurrido dos años desde la fecha en que se decreto el divorcio (Art. 289 C.C.)

En el divorcio necesario, si el cónyuge inocente es el hombre, puede inmediatamente contraer nuevo matrimonio una vez que causa ejecutoria la sentencia de divorcio, pero si el cónyuge inocente es la mujer, se le impide celebrar nuevo matrimonio tomando en cuenta la posibilidad de que pudiere estar embarazada, por lo que deberá transcurrir el término de 300 días que se contarán, no a partir de la sentencia, sino antes, a partir de la separación judicial que se decreta al presentarse la demanda de divorcio.

La ley impone para el cónyuge culpable un plazo de viudez de dos años al término del cual podrá casarse con quien mejor le acomode. En este caso la ley es letra muerta. Pues la propia ley dice que el matrimonio es ilícito pero no nulo, de ahí que el cónyuge que resulta culpable en

¹⁴ Chavez Ascencio Manuel F., Convenios Conyugales y Familiares, Edit. Porrúa, México 1991, p. 201.

una sentencia una vez que ésta haya causado ejecutoria y se vuelve a casar, ese matrimonio el segundo, no tendrá ningún problema y será un matrimonio perfectamente legal, válido pero afectado de ilicitud porque es contra normas de las buenas costumbre.

e) El devolver las donaciones hechas a su favor por concepto del matrimonio (Art. 286 C.C.).

c) Consecuencias en Relación a los Bienes.

El cónyuge que diere causa al divorcio perderá en favor del inocente todo lo que se le hubiere dado o prometido por su consorte o por otra persona en consideración al matrimonio; el cónyuge inocente conservará lo recibido y podrá reclamar lo pactado en su provecho.

Cuando por el divorcio se originen daños y perjuicios a los intereses del cónyuge inocente, el culpable responderá de ellos como autor de un hecho ilícito.

Ejecutado el divorcio se procederá desde luego a la disolución de los bienes comunes y se tomaran las precauciones necesarias para asegurar las obligaciones que queden pendientes entre los cónyuges o con relación a los hijos.

Los consortes divorciados, tendrán obligación de contribuir en proporción a sus bienes a la subsistencia y educación de sus hijos hasta que lleguen a la mayoría de edad.

El juez sentenciador, deberá enviar copia de la sentencia de divorcio al juez del Registro Civil ante quien se celebre el matrimonio, para que levante el acta correspondiente.

CONSIDERACIONES FINALES.

El divorcio como forma legal de extinguir un matrimonio válido en vida de los cónyuges, se ha convertido en una práctica tan frecuentemente usual en la sociedad contemporánea que invita a una reflexión seria a cerca de sus orígenes.

Este fenómeno no es de ninguna manera privativo de alguna sociedad en particular, ni de una clase determinada, aunque sí su frecuencia es mayor en los países desarrollados y menor en las clases sociales económicamente débiles.

El fenómeno de la descomposición familiar es causa y efecto al mismo tiempo de la caótica organización social de nuestro mundo contemporáneo ensañorado por el egoísmo y la violencia.

La proliferación del divorcio es, en este infinito mosaico de la patología social, un síntoma más de la inconformidad con la organización de las instituciones sociales. El matrimonio en su forma tradicional patriarcal no responde ya a la sociedad moderna. El matrimonio tradicional implica una relación de subordinación de la mujer al hombre, incompatible con las nuevas ideas de igualdad y dignidad para ambos miembros de la pareja.

La conciencia de la mujer de su calidad de seres humanos en igualdad de derechos con sus compañeros y la constatación permanente de la negación de tales derechos dentro del matrimonio, han conducido a la inconformidad de la misma, a no aceptar el papel tradicional de subordinada. Si la relación matrimonial no se reajusta, y ello es común, se termina en divorcio.

EL problema, sin embargo, no es jurídico. El cambio debe darse a nivel de conciencia social y ello implica una labor educativa permanente, constante y prolongada por un largo tiempo a través de las nuevas generaciones.

Mientras no surja a nivel general la relación humana matrimonial basada en auténticos lazos afectivos e igualitarios, el divorcio será una realidad a enfrentar.

CAPITULO III.

LA NULIDAD DEL MATRIMONIO .

A.- LA NULIDAD EN EL DERECHO DE FAMILIA.

En el capítulo primero, mencionamos que en nuestro Derecho, el matrimonio sólo puede disolverse o terminar por tres causas, muerte de alguno de los cónyuges, por divorcio y por nulidad.

Dijimos que el primero se explica por su propia naturaleza, hemos analizado el segundo y ahora vamos a estudiar la tercera causa de terminación del matrimonio que es la nulidad.

Los requisitos para contraer matrimonio son de dos especies: de forma y de fondo. Los primeros también llamados extrínsecos, son las formalidades y solemnidades que la ley exige para la celebración del contrato.

Los segundos también llamados intrínsecos se relacionan directamente con la persona. Son las aptitudes que ésta debe llenar para celebrar el contrato.

Por lo tanto, si existe alguna causa que haga imposible la realización de muchos fines (impedimentos), el matrimonio no puede efectuarse.

Se llaman impedimentos los hechos o circunstancias que constituyen obstáculos legales para la celebración del matrimonio. Los impedimentos se producen cuando no se han llenado los requisitos que la ley exige para la validez de este contrato; son hechos anteriores al matrimonio. El matrimonio que se celebra existiendo un impedimento, es nulo.

No deben confundirse las causas de disolución del matrimonio con las de nulidad.

En efecto, las causas de disolución son acontecimientos, posteriores al matrimonio, cuyos efectos no son retroactivos, en tanto que las causas de nulidad son acontecimientos contemporáneos del matrimonio, que implican la retroactividad, con excepción principalmente

del matrimonio putativo. Actualmente sólo existen dos causas de disolución del matrimonio: la muerte de uno de los cónyuges y el divorcio.

Existen importantes diferencias entre la nulidad y el divorcio. El divorcio es una acción que disuelve el vínculo matrimonial que ha existido legalmente. En cambio en la nulidad el juez competente declara que el matrimonio nunca existió o no llegó a perfeccionarse porque faltaron al acto elementos necesarios y esenciales para la validez del mismo.

Ahora bien, ¿qué diferencia existe entre sentencia de divorcio y la de nulidad del matrimonio?

La nulidad por lo regular destruye los efectos civiles del matrimonio. Se declara que el matrimonio nunca surtió efectos legales, salvo algunos que favorecen a los hijos.

La sentencia de divorcio sólo hace que cesen los efectos del matrimonio para el futuro, pero los efectos hasta la declaración del divorcio subsisten plenamente.

La nulidad del matrimonio, como causa de terminación del estado matrimonial en vida de los cónyuges debe verse en relación con la presencia de un vicio del que adolece el acto jurídico matrimonial, en virtud de haberse realizado con violación u omisión de ciertas formas o requisitos indispensables para considerarlo como válido y por el cual sus efectos deben ser suprimidos. De aquí que la terminación del estado matrimonial por nulidad se encuentre estrechamente vinculada con la presencia u omisión de ciertos requisitos de validez que debe reunir el acto matrimonial, como acto jurídico que es.

La teoría de las nulidades no tiene sin embargo una aplicación rigurosa tratándose del matrimonio, ya que tanto la nulidad como la ilicitud de éste último se encuentran sometidas a reglas excepcionales.

¿Cuál es, cabría preguntar, la causa de esa situación excepcional en materia de matrimonio? La anulación del matrimonio, expresa Planiol, es una medida peligrosa que

causa una turbación profunda en las familias, y que es motivo de desgracia irreparable para unos o de escándalo para otros; por ello, continua expresando Planiol, el legislador se ha reservado el derecho de decidir si la violación a la ley es suficientemente grave para justificar esa medida, consagrando a las nulidades del matrimonio un capítulo especial.

Podría afirmarse por lo tanto que a diferencia de lo que ocurre en otras materias en las que el acto ejecutado contra el tenor de una disposición prohibitiva trae aparejada a su nulidad, en el matrimonio el acto violatorio de una prohibición legal no es necesariamente nulo, la que siendo de tal manera graves las consecuencias que esa clase de sanción produce, es preferible, en muchos casos, mantener una unión ilegal que anularla.

B.- CONCEPTO .

" La nulidad es la sanción jurídica consistente en la privación de efectos jurídicos al acto que no llena los requisitos de validez"¹.

La declaración de nulidad impide que el acto produzca los efectos deseados o destruye retroactivamente los ya producidos, dejando las cosas como si el acto no se hubiera ejecutado. (arts. 2226 y 2227 del C. C.).

Por lo tanto debe entenderse en términos concretos por nulidad del matrimonio la destrucción de sus efectos jurídicos.

¹ Véase, Efraín Moto Salazar, Elementos de Derecho, 19ª ed. pag.39, Ed. Porrúa, México 1975.

C. - CAUSAS DE NULIDAD DEL MATRIMONIO.

La sociedad esta interesada en la persistencia de la unión matrimonial, pues su disolución acarrea serios perjuicios a la organización social, además de los que particularmente afectan a cada uno de los miembros de la familia, casi siempre inocentes. Por tal motivo, la aplicación de la teoría general de las nulidades de los actos jurídicos se ve atenuada por una serie de reglas que se establecen en el Código Civil, en el capítulo relativo a los matrimonios nulos e ilícitos. Este conjunto de disposiciones esta inspirado en la conservación del vínculo matrimonial y se conoce como el principio de *favor matrimonii*, del cual se derivan las siguientes reglas:

- 1.- Las causas de nulidad son expresas i limitadas. Sin texto no hay nulidad.
- 2.- Los plazos para deducir la acción de nulidad son cortos (30, 60, 180 días según el caso).
3. - El derecho de demandar la nulidad se reserva a determinadas personas expresamente señaladas y no es transmisible por herencia o cualquier otra manera, aunque los herederos pueden continuar la acción ya entablada.
- 4.- Todo matrimonio tiene a su favor la presunción de ser válido, y su nulidad sólo resulta de la sentencia que la declare.
- 5.- El matrimonio produce sus efectos hasta que haya sentencia que lo declare nulo, y los efectos de la misma no son retroactivos cuando haya buena fe. Respecto a los hijos, el matrimonio declarado nulo produce sus efectos en todo tiempo.

6.- La buena fe de los esposos se presume y para destruirla se requiere prueba plena y no simples presunciones.²

El matrimonio es una institución vulnerable que en ocasiones suele enfrentar serios problemas que pueden hacer desaparecer el estado matrimonial, determinando con ello su brevedad o prolongación en el tiempo.

Esto significa que el matrimonio es una institución susceptible de disolución aunque esta no implica la disolución de la familia desde el punto de vista jurídico. Dicho de otro modo, no hay disolución de los derechos y deberes que a partir del matrimonio vinculan a los miembros del grupo familiar, aunque esta se disgregue pues los efectos respecto de los hijos continúan aun separados los padres y, el parentesco por afinidad sigue produciendo sus efectos, el de impedimento para el matrimonio en línea recta.

Por licitud del matrimonio entendemos que este debe realizarse sin que medie prohibiciones legales señaladas en el Código con la palabra impedimentos.

La licitud del matrimonio consiste, por lo tanto, en que el mismo se efectúe sólo entre personas que no tienen prohibiciones legales para llevarlo a cabo. Estas prohibiciones para contraer matrimonio son siempre circunstancias en cuanto a algunas condiciones de los individuos, o en razón de no efectuarlo con ciertas y determinadas personas.

Es conveniente distinguir la inexistencia de la nulidad del matrimonio. Si al acto matrimonial le falta algún elemento o no se realiza con las formalidades de solemnidad requeridas que corresponden a los elementos de existencia, no habrá matrimonio aunque en apariencia lo haya.

Es importante mencionar que en sus artículos 249 y 250 el Código Civil para el Distrito Federal confunde nulidad e inexistencia, al señalar que cualquiera que tenga interés en probar

²Edgar Baquero Rojas y Otra, Ob.Ci, pag. 132.

que no existe matrimonio puede intentar la nulidad por falta de forma. Este precepto encierra una seria contradicción, al pretender que lo que no existe pueda ser declarado nulo.

No debemos olvidar que solo los actos existentes pueden estar afectados de nulidad. El matrimonio como acto jurídico debe tener los elementos esenciales para que exista como tal: voluntad, objeto, y formalidades por tratarse de un acto solemne.

Por lo tanto a contrario sensu el matrimonio es inexistente cuando falta alguno de los elementos esenciales o de existencia: voluntad, objeto, solemnidad,

Los requisitos de validez son los mismos que para todo acto jurídico: capacidad, ausencia de vicios de la voluntad (error y violencia), y licitud (ausencia de impedimentos).

Existe un sistema excepcional aplicado a las nulidades del matrimonio; estos son sus principios y sus motivos: según nuestra opinión, la teoría de las nulidades en materia del matrimonio está sometida a una regla excepcional que puede formularse en los siguientes términos, no existe nulidad del matrimonio sin texto que la pronuncie expresamente.

La anterior es una notable excepción al derecho común. En cualquiera otra materia se admite que la nulidad puede ser virtual tácita. Cuando la ley prohíbe una cosa, lo que se haga violando esa prohibición es nulo. No es lo mismo tratándose del matrimonio, ¿por qué razón?. La anulación del matrimonio es una medida peligrosa, ya que es un factor de descomposición familiar y en razón del rol social de éste podemos afirmar que arroja una conmoción profunda en la sociedad.

El Código Civil vigente, en su artículo 235 señala como causas de nulidad de un matrimonio, las siguientes:

- 1) El error sobre la persona
- 2) La falta de formalidades que debe observarse en la celebración del matrimonio
- 3) La existencia de impedimentos.

1).- EL ERROR DE IDENTIDAD.

El error de identidad, consiste en casarse con persona distinta de aquella con la que se desea unir. Obviamente esto sólo puede darse en los matrimonios que se realizan a través de apoderado o tratándose de gemelos idénticos y da lugar a que el cónyuge engañado haga valer su acción de nulidad, pero si no denuncia el error inmediatamente que lo advierte, la ley considera que ratifica el consentimiento otorgado, quedando por lo tanto subsistente el matrimonio, salvo que exista otro impedimento que lo anule.

No podrá alegarse error cuando el o la consorte no corresponda a lo que su pareja suponía, sus cualidades o características. Es bien sabido que la etapa de noviazgo está en muchísimas ocasiones matizada de ficciones. Cada prometido quiere ser agradable a los ojos del otro y ello lleva a que las conductas de ambos no sean siempre espontáneas ni correspondan a la auténtica personalidad de los novios.

El error es la falta de conocimiento de la realidad o un defectuoso conocimiento de esta. El error de vicio, causa la nulidad del matrimonio, ha de recaer sobre la identidad de la persona con quien se contrae. Esto hace muy improbable la hipótesis de error en la persona, pues la presencia de los contrayentes en la celebración del acto matrimonial la vuelven casi imposible.

Esta causa de nulidad del matrimonio, se extingue si el cónyuge que se encuentra en el engaño, no lo hace valer inmediatamente que lo advierta. Sólo él puede deducirla.

La abstención del cónyuge de denunciar el error inmediatamente que lo advierta se entiende por ratificación tácita del matrimonio.

Lo que debe entenderse por ejercicio inmediato de la acción de nulidad del matrimonio proveniente del error sobre la identidad de la persona del otro cónyuge, depende de las circunstancias particulares de cada caso y dentro de ese presupuesto, el criterio del juzgador ha

de ser empleado con una rigurosa cautela. El cónyuge engañado deberá tomar las medidas conducentes para ejercer la acción de nulidad tan pronto como, después de conocido el error, se encuentre en posibilidad de presentar la demanda de anulación. Así, en algunos casos, el transcurso de solo unos días entre el conocimiento del engaño y la actividad del cónyuge para interponer la acción de nulidad, puede ser suficiente para que el juzgador se niegue a pronunciar la declaración de invalidez del matrimonio; en otros casos el cónyuge que está en el error, no perderá el ejercicio de la acción de nulidad aun pasado un lapso de tiempo mayor, si en ese lapso le es imposible hacer valer la acción de nulidad.³

Como se puede ver, la nulidad que proviene del error es relativa, tanto por la posibilidad de ratificación tácita según ha quedado dicho, como porque dicha acción de nulidad, solo puede ser ejercitada por el cónyuge que está en el error y no por otra persona.

2) FALTA DE FORMALIDADES QUE DEBEN OBSERVARSE EN LA CELEBRACIÓN DEL MATRIMONIO.

Art. 250.- No se admitirá demanda de nulidad por falta de solemnidades (sic) en el acta de matrimonio celebrado ante el Juez del Registro Civil, cuando a la existencia del acta se una la posesión de estado matrimonial.

El empleo del término solemnidades en el artículo transcrito es incorrecto, pues las solemnidades son elementos de existencia del acto jurídico y su ausencia trae consigo la inexistencia y no la nulidad. Debió emplearse el término falta de formalidades.

Todo lo que no constituye solemnidades, corresponderá a las simples formalidades y la ausencia de alguna o de varias de ellas, no acarrea la nulidad del matrimonio. si existe una

³Galindo Garffas Ignacio, ob. cit. pag. 527.

acta en la que existen los requisitos solemnes. Aunada la existencia del acta a la posesión de estado de casados, no habrá lugar a la nulidad del matrimonio.

Son simples formalidades (requisitos de validez) las siguientes: la solicitud que previamente han de suscribir y presentar los contrayentes, la mención del lugar y la fecha en el acta de matrimonio, así como la edad, ocupación y domicilio de los contrayentes, la constancia de que son mayores o menores de edad y en este segundo caso, de que se presenta el consentimiento de los padres; la de que no existe impedimento para celebrar el matrimonio y la mención del régimen patrimonial de los consortes, como los nombres apellidos y ocupación de los testigos. (Arts. 102 y 103 del C. C.).

3): -QUE EL MATRIMONIO SE HAYA CELEBRADO CONCURRIENDO ALGUNO DE LOS IMPEDIMENTOS ENUMERADOS EN EL ARTÍCULO 156.

Las prohibiciones que establece la ley para celebrar el matrimonio, se denominan impedimentos. Son impedimentos dirimentes aquellos que producen la nulidad del matrimonio a saber: La falta de edad no dispensada, la ausencia de consentimiento de los ascendientes o del tutor o del juez, si quien pretende contraer matrimonio es menor de 18 años. Sólo las personas que puedan otorgar el consentimiento para el matrimonio del menor de edad, pueden hacer valer esta causa de nulidad que caduca a los 30 días contados desde que se tenga conocimiento del matrimonio. Esta causa de invalidez se subsana si los ascendientes tácitamente manifiestan su conformidad con el matrimonio de sus hijos menores.

El parentesco por consanguinidad o por afinidad en línea recta, constituye un impedimento para la celebración del matrimonio, en la línea colateral igual el impedimento se extiende a los hermanos y medios hermanos, en tanto que en la línea colateral desigual comprende a los tíos y sobrinos, el adulterio entre los que pretendan celebrar matrimonio si ha sido declarado

judicialmente produce impedimento, de la misma manera que el atentado contra la vida de alguno de los cónyuges para casarse con el que quede libre, el miedo y la violencia, la embriaguez habitual, el uso immoderado de drogas enervantes, la falta de aptitud física y psíquica, la subsistencia de un matrimonio anterior, el parentesco por adopción.

Es difícil retener en la memoria estas causas, si no se lleva a cabo una clasificación de las mismas, agrupándolas en especies a efecto de distinguir unas de otras.

La doctrina hace diferentes clasificaciones de los impedimentos como causas de nulidad, tomando en cuenta diferentes criterios.⁴ La ley a este respecto alude a todas las causas de impedimento estableciendo reglas especiales para cada uno de ellos en los artículos 236 al 250 del Código Civil.

Pero la mayoría de los autores coinciden en clasificar dentro de un mismo grupo fundándose en razones de orden delictuoso, al adulterio comprobado entre quienes pretenden contraer matrimonio señalado en la fracción V del artículo 156 y a el atentado contra la vida de uno de los casados para contraer matrimonio con el que quede libre, señalado éste en la fracción VI del artículo 156. Impedimentos que son materia de nuestro estudio y que por el momento solamente analizaremos brevemente, ya que en el capítulo siguiente serán objeto de un estudio más profundo.

Así tenemos que los impedimentos que tienen naturaleza delictuosa son:

- a) El adulterio de los contrayentes⁵. El que uno o ambos contrayentes hayan estado casados con anterioridad constituye un impedimento para contraer un nuevo matrimonio y causa de nulidad cuando los adúlteros hayan sido condenados en juicio penal o se haya demostrado el adulterio civil en juicio de divorcio. En este caso la acción de nulidad se otorga sólo al esposo

⁴ Cfr. Galindo Garfias Ignacio, Ob. Cit. pag. 498 y Baquero Rojas Edgardo Y otra, Ob. Cit. pag. 135.

⁵ Ibidem.

ofendido y si este ha fallecido únicamente al ministerio público. La acción de nulidad deberá intentarse dentro de los seis meses siguientes a la celebración del nuevo matrimonio.

b) El atentado contra la vida de alguno de los casados para contraer matrimonio con el que quede libre constituye también un impedimento dirimente.

Cuando los que pretendan contraer matrimonio hayan atentado contra la vida del cónyuge de alguno de ellos para estar en aptitud de casarse, haya tenido éxito o no la tentativa de asesinato y el atentado sea el resultado del acuerdo de la pareja o determinación de uno solo, si se realiza el matrimonio estará afectado de nulidad, y la acción de nulidad la concede el Código Civil a los hijos del cónyuge víctima del atentado o al ministerio Público quienes podrán ejercerla dentro del término de seis meses, contados desde que se celebró el nuevo matrimonio.

D.- CONCEPTO DE IMPEDIMENTO

Impedimentos es un término no usual en el derecho. Se emplea únicamente al hablar de las prohibiciones legales para contraer matrimonio y tiene su origen en el Derecho canónico.

En cuanto a este término nos dice la Lic. Sara Montero: " Dentro de un riguroso vocabulario jurídico, debe desecharse la palabra impedimentos y sustituirla por la de prohibiciones.⁶

Para todo conocedor del Derecho, es bien sabido que las normas en cuanto a su contenido son de tres clases: imperativas, prohibitivas y permisivas. Las primeras señalan deberes manifestados como conductas activas(dar o hacer); las segundas expresan conductas

⁶ Sara Montero Dulint, ob.cit. pag.128.

negativas (no hacer o abstenerse), y las terceras no imponen ni prohíben determinada conducta, sino que implican la libertad del sujeto a quien van dirigidas de optar por la conducta señalada en la norma o rechazarla.

Así pues nosotros empleamos la palabra impedimentos como sinónimo de prohibiciones en razón de seguir los términos empleados por el propio Código Civil.

Podríamos decir que por impedimentos se entienden determinadas circunstancias que no permiten la celebración del matrimonio, o como dice Planiol, toda razón por la cual el oficial del estado civil debe negarse a proceder a la celebración.

Son impedimentos los hechos que constituyen un obstáculo para la celebración del matrimonio, hechos que puede tener diversas causas: unas veces se trata de una condición de capacidad que falta en cualquiera de los esposos; otras, una circunstancia particular que la ley toma en cuenta para prohibir el matrimonio; otras por último, será alguna formalidad que debió llenarse y que se omitió.

Efraín Moto Salazar nos dice: " se llaman impedimentos los hechos o circunstancias que constituyen obstáculos legales para la celebración del matrimonio".⁷

Por su parte, Baqueiro Rojas manifiesta, "por impedimento debemos entender toda prohibición establecida por la ley para la celebración del matrimonio; esto es, toda circunstancia de tipo biológico, moral o jurídico por la cual se considera que el matrimonio no debe celebrarse."⁸

Nosotros consideramos como impedimento toda circunstancia material o legal que impida un matrimonio válido.

⁷Efraín Moto Salazar, Elementos de Derecho, pag. 167, Edit. Porrúa, 19^oed. México 1975.

⁸Edgardo Baqueiro Rojas y Otrí, ob. cit. pag. 60.

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

E.- CLASES DE IMPEDIMENTOS.

Como acto jurídico, el matrimonio esta constituido por ciertos elementos que lo integran, en ausencia de los cuales no se puede concebir su existencia y además, es preciso que se llenen los requisitos de validez, que la misma ley establece.

Se distingue entre los elementos esenciales para la existencia del acto y los requisitos de validez del matrimonio, la falta de estos, impide que pueda celebrarse válidamente; se prohíbe a los jueces del Registro Civil la celebración de un matrimonio en estas condiciones.

A estas prohibiciones se les denomina impedimentos para el matrimonio, y son de dos especies: impedimentos dirimientes, e impedientes. Cuando existe uno de los primeros si el matrimonio se celebra, se viola la prohibición y produce la nulidad del matrimonio; cuando ocurren los impedientes y el matrimonio se lleva a cabo, la transgresión de la prohibición establecida no invalida el matrimonio sólo produce su ilicitud; pero da lugar a la aplicación de sanciones de otra índole (multa, destitución del cargo) aplicables al Juez del Registro Civil que autorizo un matrimonio vedado por la ley.

Planiol afirma que si la ley considera algunos impedimentos como simplemente prohibitivos es porque retrocede ante las consecuencias penosas o escandalosas de la anulación; si bien prohíbe a los funcionarios respectivos que celebren el matrimonio, lo deja subsistir cuando ya se ha realizado; hay pues, prohibición sin nulidad.

Sintetizando podemos decir que, impedimento dirimente, es el obstáculo legal que invalida en forma definitiva el matrimonio. No puede ser dispensado bajo ninguna circunstancia. Ejemplos de impedimentos dirimientes: 1) un hermano tiene un obstáculo legal total y definitivo para contraer matrimonio con su hermana, 2) tiene impedimento dirimente el que atenta contra la vida de alguno de los casados para contraer matrimonio con el que quede libre;

3) el adulterio debidamente comprobado impide en forma definitiva que los involucrados puedan contraer luego matrimonio entre si.

Los impedientes en cambio pueden definirse, como el obstáculo legal que no invalida el matrimonio, aunque lo hace ilícito sin sanción alguna para los contrayentes.

Se llama ilícito el matrimonio así celebrado, porque es contrario al régimen normalmente deseable de la institución; pero para evitar las mas graves consecuencias que derivarian de su invalidez el derecho objetivo se limita a marcarlos con un sello de reprobación.

El artículo 156 del Código Civil para el Distrito Federal, enumera diez impedimentos para contraer matrimonio, previniéndose en la fracción segunda del artículo 235 del mismo Código, que el matrimonio será nulo cuando se celebre concurriendo alguno de los citados impedimentos.

En consecuencia, el artículo 156 consagra exclusivamente impedimentos dirimentes, ya que todos ellos originan la nulidad del matrimonio. En cambio en el artículo 264 se reconocen los impedimentos impedientes que no afectan la validez del acto.

Dice éste último precepto" es ilícito pero no nulo el matrimonio: I.- Cuando se ha contraído estando pendiente la decisión de un impedimento que sea susceptible de dispensa, II.- Cuando no se ha otorgado la previa dispensa que requiere el artículo 159 y cuando se ha celebrado sin que hayan transcurrido los términos fijados en los artículos 158 y 289."

A su vez en los artículos 158, 159 y 289, se contienen prohibiciones para contraer matrimonio pero si éstos son violados, el matrimonio solo se considera ilícito pero no nulo.

Concluyendo decimos que habrá nulidad del matrimonio cuando éste se contraiga existiendo impedimentos dirimentes, en tanto que cuando sólo existan los impedimentos impedientes, sólo cabe decir que el matrimonio es válido pero ilícito según la terminología un tanto contradictoria de nuestra ley.

F.- EFECTOS DE LOS IMPEDIMENTOS DIRIMENTES.

Todo impedimento para el matrimonio es un obstáculo a su celebración; de aquí su nombre, pero la ley no concede a todos la misma fuerza. Unos dejan subsistir el matrimonio si se ha celebrado simplemente de hecho; éstos son los impedimentos simplemente prohibitivos. Hay otros sancionados más severamente y cuya violación implica la nulidad del matrimonio, cuando han sido transgredidos: tales son los impedimentos dirimentes (de *dirimere*-romper). De este modo no siempre la nulidad acompaña al impedimento. ¿por qué?, porque la anulación de un matrimonio es un hecho grave, cuyas consecuencias penosa o escandalosas, frecuentemente son un mal mayor que el mismo hecho de la violación de una regla legal. La ley retrocede ante estas consecuencias; a pesar de que desea que no se celebre el matrimonio y a pesar de que prohíbe a los oficiales del Registro Civil que lo celebren, cuando de hecho el matrimonio se ha celebrado lo deja subsistir.

Con frecuencia se comete un error sobre ésta distinción porque se confunde con otra, la de nulidades absolutas y relativas; se piensa que la nulidad absoluta sanciona los impedimentos dirimentes ; y la relativa los prohibitivos o impedientes. El error es fácil de evitar: no hay concordancia entre las dos especies de nulidades y las dos especies de impedimentos; pues los impedimentos simplemente prohibitivos nunca traen consigo la nulidad, y siempre que se celebre un matrimonio a pesar de un impedimento y sea nulo, podemos estar seguros que el impedimento era dirimente, aunque sólo se trate de una simple nulidad relativa.

Siguiendo la teoría de Boncasse, el Código Civil para el Distrito Federal establece que: la nulidad absoluta, por regla general no impide que el acto produzca sus efectos, que de ella

puede prevalecerse todo interesado, que no desaparece por la confirmación o la prescripción(Art. 2226 del Código Civil)..

La nulidad es relativa cuando no reúne las características de la nulidad absoluta y siempre produce sus efectos los que se destruyen al dictarla sentencia de nulidad(Art. 2227 C.C.).

El Código Civil no enumera las causas de nulidad absoluta y relativa, limitándose a fijar los principales caracteres de la distinción. Este método es, desde luego preferible, pues elimina los inconvenientes de una enumeración incompleta, precisa el criterio legal de la clasificación y evita controversias al rededor de sus efectos.

Dadas las características de la nulidad tanto absolutas como relativas, observamos que en nuestra legislación casi todas las nulidades del matrimonio son relativas, sólo dos son absolutas: el parentesco y la bigamia; pues en todos los casos el acto es ratificable, prescriptible y sólo puede intentar la acción de nulidad la persona expresamente facultada por la ley.⁹

G.- CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA NULIDAD.

La sentencia pronunciada en el juicio de nulidad del matrimonio, tiene efectos declarativos. Es decir el Juez, si encuentra que se ha probado la existencia de una causa de nulidad, pronuncia en forma declarativa, la invalidez.

En principio los efectos de la sentencia de nulidad, se retrotraen a la fecha de la celebración del matrimonio.

⁹Vease Rufael Rojina Villegas, Ob.Cit.pag.318-319.

La sentencia que declara la invalidez del matrimonio, produce efecto, no solo entre los cónyuges, sino aun en contra de los terceros.¹⁰

Veamos pues cuales son los efectos de la sentencia de nulidad de matrimonio respecto a las personas de los cónyuges, en cuanto a la situación de los hijos, y en lo que atañe a los bienes de los consortes.

1.- EN RELACIÓN A LOS CÓNYUGES.

Por lo que se refiere a los cónyuges, la sentencia de nulidad en principio, destruye desde su origen las relaciones jurídicas a que dio lugar la celebración del matrimonio nulo. Pero esta regla sufre graves alteraciones si uno de los cónyuges o ambos han creído, fundadamente contraer un matrimonio válido.

Se llama matrimonio putativo, al celebrado entre dos personas de las cuales al momento de la celebración uno o ambos ignoraban la existencia de un impedimento.

El matrimonio así contraído tendrá en su favor el haber sido celebrado de buena fe.

La buena fe consiste en la ignorancia en el momento de celebrar el matrimonio, de las causas que lo invalidan. La buena fe de los esposos se presume; por lo tanto para demostrar ésta presunción se requiere prueba plena.

La ignorancia en que se encuentra uno de los cónyuges o ambos, constituye un error, sea de hecho o de derecho. El cónyuge que padece esa ignorancia, puede aún conocer el hecho del impedimento pero ignorar que constituya una prohibición legal para celebrar el matrimonio. Y esto basta para que se confirme la buena fe, para que el matrimonio así contraído produzca todos sus efectos.

¹⁰ Al respecto el artículo 24 del Código de Procedimientos Civiles establece... las desiciones judiciales recaídas en el ejercicio de acciones del estado civil perjudican aún a los que nolitigaron.

La buena fe, no produce los mismos efectos, si concurre en ambos cónyuges o si puede atribuirse a solo uno de los contrayentes(Arts. 255 a 258 del Código Civil).

Si ambos han procedido de buena fe el matrimonio produce entre los consortes todos sus efectos civiles, hasta antes de la sentencia de nulidad.

Si sólo uno de ellos ignoraba la causa de la nulidad, el matrimonio produce efectos sólo en favor del cónyuge que lo contrajo de buena fe.¹¹

Ejecutoriada la sentencia de nulidad de matrimonio, los cónyuges se desvinculan y quedan libres para contraer un nuevo matrimonio, de inmediato si así lo desean. En el caso de extinción del matrimonio por nulidad no existe plazo de espera establecido como sanción para el cónyuge culpable, aunque haya habido mala fe.

La única restricción en cuanto a la espera para volver a casarse es en relación con la mujer que debe esperar trescientos días, plazo fijado por el artículo 158 del Código Civil, con el objeto de evitar la posible confusión de paternidad.

2.- EFECTOS EN RELACIÓN CON LOS HIJOS.

De acuerdo con los artículos 255 y 256 los hijos no sufren las consecuencias de la nulidad del matrimonio de sus padres, aún cuando estos hubieren procedido de mala fe, pues se considera que el matrimonio existió válidamente tanto para los hijos nacidos antes de su celebración, que quedaron legitimados, cuanto para los nacidos durante el o trescientos días después de la declaración de nulidad, si no se hubieren separado los consortes o desde que se separaron en caso contrario. En consecuencia, los hijos tendrán la calidad de legitimados o legítimos respectivamente, con los derechos de heredar y exigir alimentos. Propiamente éstas últimas consecuencias se presentan en el sistema mexicano como efectos de la filiación misma

¹¹ Cnfr. Rafael Rojina Villegas, ob.cit.pags.323 yss. y Edgard Baqueiro y Otra ob.cit.pag.142.

y no del matrimonio, ya que tanto los hijos legítimos como naturales tienen derecho de heredar y exigir alimentos.

Declarado nulo un matrimonio, con independencia de la buena o mala fe de los cónyuges, los hijos de ambos que hayan nacido dentro de los plazos legales serán considerados hijos de matrimonio.

cuando la nulidad desvincula a los padres, ya no tendrán un hogar común, así que el cuidado y la custodia de los hijos la propondrán de común acuerdo ambos progenitores al juez de la causa el cual resolverá a su criterio, tomando en cuenta las circunstancias del caso. Esta determinación podrá ser modificada en cualquier momento por el Juez, atento a las nuevas circunstancias que se presenten.

3.- EN RELACIÓN A LOS BIENES.

Por lo que toca a los bienes, el artículo 262 del Código Civil establece las reglas aplicables a las donaciones antenuptiales:

- a) Las hechas por un tercero pueden ser revocadas
- b) Las que realiza el cónyuge inocente en favor del cónyuge culpable quedan sin efecto; éste deberá devolver a aquél lo que haya recibido como donación, con todos sus productos.
- c) El cónyuge inocente, podrá retener las cosas que recibió del cónyuge culpable, como donación antes del matrimonio.
- d) Si ambos cónyuges procedieron de mala fe, las donaciones antenuptiales quedarán en favor de los hijos de ambos. Si no ha habido hijos y ambos cónyuges han procedido de mala fe, quedarán subsistentes las donaciones antenuptiales que se hicieron recíprocamente.

Respecto a los bienes, sus efectos son los mismos que para la liquidación de la sociedad conyugal en caso de divorcio.

Los productos serán para el cónyuge de buena fe o para los hijos si ambos actuaron de mala fe. En lo que toca a las donaciones las retendrá el cónyuge de buena fe, las devolverá el de mala fe, y si ambos obraron de mala fe, serán en favor de los hijos, y si no los hubiere, no habrá lugar a reclamación.

Si el matrimonio se contrajo bajo el régimen de separación de bienes cada uno conservará lo que le pertenezca.

CAPITULO IV.

**IMPEDIMENTOS PARA CONTRAER MATRIMONIO QUE TIENEN RAZONES
DE ORIGEN DELICTUOSO.**

PARTE GENERAL

Las circunstancias por las que no es lícito contraer matrimonio, siguiendo la terminología de los canonistas, se llaman impedimentos.

En nuestro concepto conviene distinguir entre la esencia del impedimento, y los efectos. En su esencia el impedimento es la prohibición legal de un matrimonio por circunstancias que se refieren a la persona o a la situación de alguno de los contrayentes, y en cuanto a los efectos serán los siguientes: antes del matrimonio se le podrá invocar como causa de oposición. En el acto de matrimonio será razón suficiente para que el oficial se niegue a la celebración, porque si no dicho funcionario aparecería realizando actos prohibidos. Si en matrimonio se hubiese efectuado, no obstante el impedimento, éste puede en ciertos casos, ser causa de nulidad del acto.

De acuerdo con lo que señala nuestro Código Civil, las causas de nulidad se encuentran en relación directa con los requisitos de validez del matrimonio como acto jurídico.

La doctrina agrupa las causas de nulidad en:¹

- a) vicios del consentimiento (error en la persona, raptó, violencia)
- b) Falta de capacidad(menores, interdictos)
- c) Falta de aptitud física o mental (impúber, impotencia, enfermedades)
- d) Parentesco consanguíneo, afín o civil.
- e) Incompatibilidad de estado (bigamia)
- f) Delito.

¹Cnfr. Baqueiro Rojas y Otrá, ob. cit. pag. 135.

Son causas de nulidad por impedimentos que constituyen delito:

1). - El adulterio de los contrayentes.

El que uno o ambos contrayentes hayan estado casados con anterioridad constituye un impedimento para contraer un nuevo matrimonio y causa de nulidad cuando los adúlteros hayan sido condenados en juicio penal o se haya demostrado el adulterio civil en juicio de divorcio. En este caso la acción de nulidad se otorga sólo al esposo ofendido y, si este ha fallecido, únicamente al Ministerio Público. La acción de nulidad deberá intentarse dentro de los seis meses siguientes a la celebración del matrimonio².

2).- La tentativa de homicidio o el homicidio consumado del cónyuge de alguno de los que pretendan contraer nuevo matrimonio.³

Cuando los que pretendan contraer matrimonio hayan atentado contra la vida del cónyuge de alguno de ellos para estar en aptitud de casarse, haya tenido éxito o no la tentativa de asesinato y el intento sea resultado del acuerdo de la pareja o determinación de uno solo, el matrimonio es nulo y la acción de nulidad la concede el Código Civil a los hijos del cónyuge víctima del atentado y al Ministerio Público, quienes contarán con seis meses para ejercerla, a partir de la celebración del matrimonio.

Quedan así expuestas las ideas fundamentales que desarrollaremos en el curso de éste capítulo.

² Baqueiro Rojas y Otri. Ob. cit. pag.138

³ Ibidem

A.- EL ADULTERIO JUDICIALMENTE COMPROBADO ENTRE LAS PERSONAS QUE PRETENDAN CONTRAER MATRIMONIO.

El Código Civil en la fracción V del artículo 156 nos señala como impedimento para contraer matrimonio el adulterio habido entre las personas que pretendan contraerlo cuando ese adulterio haya sido judicialmente comprobado.

Es decir para que proceda éste impedimento el adulterio tuvo que haber sido probado plenamente.

Se refiere la ley al caso de dos personas que siendo ambas casadas o casada al menos una de ellas, sostienen entre si relaciones adulterinas pero que por desgracia, por impericia ó por mala suerte son descubiertos en tan desleal pero emocionante hazaña; y sin más trámite sus cónyuges ó el cónyuge del que haya sido casado demandan el divorcio necesario invocando la causal de adulterio y probada ésta en juicio y obteniendo en su favor la sentencia de divorcio, declarado ya disuelto el vínculo matrimonial, pretenden ahora los adúlteros contraer entre si un nuevo matrimonio

Veámoslo de otra forma cuando un matrimonio se ha extinguido por divorcio necesario por la causal de adulterio de uno de los cónyuges, el declarado cónyuge culpable queda impedido legalmente para contraer matrimonio con la persona con quien cometió el adulterio. En caso de que no obstante la prohibición legal, contraigan matrimonio los adúlteros, la ley otorga acción de nulidad al cónyuge ofendido y al Ministerio Público, o sólo al segundo si el cónyuge ofendido hubiese muerto.

Creemos que nuestra ley argumentando erróneamente razones de orden moral y social e invocando una violación a las buenas costumbres, impide que dos personas que han perpetrado entre sí el delito de adulterio, que constituye un atentado grave en contra de la solidez de la familia, puedan contraer entre sí un nuevo matrimonio, para constituir de esa manera legalmente una familia.

I.- PRESUPUESTO BÁSICO.

Para que se pueda hacer efectivo este impedimento se parte del supuesto básico de que el primer matrimonio quedo disuelto por divorcio, nulidad o muerte de alguno de los cónyuges, pero que durante la vigencia del vínculo uno de ellos cometió adulterio y después, al disolverse aquel matrimonio, pretende contraer nuevas nupcias con la persona con quien realizo aquel delito.

Según el Código Civil se prohíbe el matrimonio entre el cónyuge divorciado por adulterio y el que con él lo ha cometido, siempre y cuando este adulterio se exponga como fundamento del divorcio en la sentencia que lo pronuncia. Es decir el adulterio tiene que haber sido causa de divorcio tanto si es por demanda como por reconvencción.

No es suficiente en cambio, cuando en el divorcio pronunciado por otra causa, el adulterio sirvió de motivo únicamente para que el demandado fuera declarado culpable del divorcio.

El adulterio tiene que haber sido declarado en la sentencia como causa de divorcio, siendo indiferente que tal declaración se hiciera en la parte dispositiva o en los fundamentos de la sentencia.

El Juez debe indicar en la sentencia de divorcio la persona con quien se comete el adulterio (para efectos del impedimento). Si en el juicio de divorcio se comprueban varios casos de adulterio, pero el divorcio sólo se pronuncia por razón de uno de ellos el cónyuge culpable

puede casarse con otro de los adúlteros. Consideramos que el demandante tiene derecho, aunque consideramos no recomendable, a que todos los adulterios que especifique en su demanda y pruebe en el juicio sean declarados en la sentencia para limitar la celebración de un nuevo matrimonio.

Considero que fue un error la aceptación de este impedimento por el Código Civil. Toda vez que no tiene efecto intimidatorio, porque es dispensable y de difícil aplicación en nuestra actual organización social. Además de ser aplicado rigurosamente, llevaría fácilmente al concubinato de los culpables.

Ahora vemos, la existencia del impedimento depende frecuentemente del azar, como ocurre particularmente cuando, además del adulterio, media otra causa de divorcio imputable a la persona del cónyuge culpable. Por ejemplo, si la mujer demanda divorcio por adulterio y malos tratos y en el juicio éstos se comprueban primero, el divorcio ha de pronunciarse por esta causa (ya que el juicio está maduro para resolución definitiva). En tal caso los adúlteros pueden casarse.

También es frecuente, como señala la experiencia, que por un acuerdo de los cónyuges el impedimento se escamotea, solicitando el divorcio por otra causa distinta.

Tenemos que hacer hincapié en el sentido de que como tiene que ser forzosamente probado y declarado la causal de adulterio en el juicio de divorcio, es innecesario el impedimento porque en la mayoría de los casos para evitar perjudicar más la reputación del cónyuge inocente no se ejercita el divorcio por la causal de adulterio; aunque consideramos que la infidelidad es uno de los factores o causas principales de desintegración familiar.

Quizás refuerce nuestra teoría de que éste impedimento debe ser abrogado del Código Civil, el hecho de que en la mayoría de los países civilizados ya no existe este impedimento.

"No lo conoce el Anglo-Americano. En Francia donde era un impedimento impediendo si bien no dispensable (C. C. Art. 290), lo ha derogado totalmente la ley de 15 de Diciembre de 1904. Lo mismo Rumania en 1906 y Portugal en 1910. El C. C. Suizo lo rechaza e igualmente Italia (ya en el C.C. de 1865), Rusia (desde 1850), Suecia (Ley del Matrimonio de 1815), Noruego (Ley del Matrimonio de 1918), Dinamarca (Ley del Matrimonio de 1922) y Checoslovaquia (L. del matrimonio de 1919)"⁴

2.- NATURALEZA JURÍDICA DEL IMPEDIMENTO.

El adulterio habido entre las personas que pretenden contraer matrimonio cuando haya sido declarado judicialmente, constituye un impedimento dirimente, por cuanto que origina la nulidad en razón de la ilicitud misma del acto jurídico.

Como ya dijimos, se regula por la ley un impedimento dirimente, pues aún cuando existe la libertad para celebrar con cualquier otra persona un segundo matrimonio, por la disolución del primero, ha habido un acto que le imprimiera al nuevo vínculo contraído entre los adúlteros un carácter ilícito, dado que lo que se está sancionando a través del impedimento que analizamos, no es el delito de adulterio, sino la inmoralidad que después resulta si se permite a los adúlteros celebrar matrimonio.

Por otro lado es un impedimento dirimente, ya que produce en todo caso la nulidad del acto, pero dadas sus características, produce una nulidad relativa pues caduca dentro de los seis meses siguientes a la celebración del nuevo matrimonio si no se ejercita por el cónyuge inocente del anterior disuelto por la causal de adulterio. Además sólo a éste, es decir, al cónyuge inocente la ley le concede acción para demandar la nulidad, y solamente si éste ha fallecido, al Ministerio Público.

⁴ Theodor Kipp y Martin Wolff, Derecho de Familia, ob. cit. pag. 100.

Un segundo matrimonio es la victoria de la esperanza sobre la experiencia.

Oscar Wilde.

B.- MATRIMONIO CELEBRADO ENTRE LOS ADÚLTEROS

1.- MATRIMONIO AFECTADO DE NULIDAD RELATIVA.

Cuando la ley prohíbe una cosa, lo que se haga violando esa prohibición es nulo.

Guillermina A. Borda nos dice: " Por nulidad debe entenderse la sanción que priva de sus efectos normales a un acto jurídico, en virtud de una causa originaria, es decir existente en el momento de la celebración."⁵

El Código Civil Francés, siguiendo la Doctrina Clásica, distingue las nulidades llamadas de pleno Derecho, de aquellas causas de invalidez que dan lugar simplemente a una acción de anulabilidad. Nulidad de pleno derecho, es aquella que ataca a los actos que se realizan en contra de textos legales prohibitivos o preceptivos.

La nulidad es inmediata, ataca el acto desde su raíz, desde el momento en que se forma; por eso mismo, no puede producir los efectos que las partes pretenden alcanzar con él.

La nulidad de pleno derecho puede ser invocada por cualquier interesado; esta nulidad no puede desaparecer por la confirmación o la ratificación del acto. Además la nulidad de pleno derecho es imprescriptible esto es, no desaparece por el transcurso del tiempo.⁶

⁵Guillermina A. Borda. Manual de Derecho Civil, parte general, 14ª edición, Editorial Perrot, Buenos Aires Argentina. 598 p.

⁶Cfr. Ignacio Galindo Garfias ob.cit. pag.251.

Acto nulo es aquel cuyo vicio se haya manifiesto, patente, en el acto mismo. En este caso, el papel del juez es pasivo: se limita a comprobar la existencia de una invalidez declarada de pleno derecho por la ley. Es una nulidad precisa, rígida, insusceptible de estimación cuantitativa, taxativamente determinada por la ley.

Sin embargo no es lo mismo tratándose del matrimonio ¿por qué razón?

La anulación del matrimonio es una medida peligrosa que arroja una turbación profunda en las familias, desgracia irreparable para unos, escándalo para otros.

La prohibición legal para contraer matrimonio en estas circunstancias y la destrucción del vínculo a través de la acción de nulidad si, pese al impedimento los adúlteros hubieren contraído matrimonio, trae consigo la disolución de la familia, propicia el concubinato y condena a los hijos a ser nacidos fuera de matrimonio, situaciones contrarias al espíritu de interés público que se persigue a través de la normatividad del derecho de familia.

El impedimento de adulterio judicialmente comprobado es, como en el derecho eclesiástico, público dirimente y por tanto, el matrimonio que no obstante se contraiga es nulo. Pero cabe dispensa y se concede regularmente. La dispensa se puede otorgar incluso después del matrimonio prohibido y entonces lo convalida retroactivamente.

Estatuye la ley que la acción de nulidad en este caso podrá ser intentada por el cónyuge ofendido o por el Ministerio Público en caso de disolución del matrimonio anterior por causa de divorcio; y solo por el Ministerio Público si éste matrimonio se ha disuelto por muerte del cónyuge ofendido. Como en uno y en otro caso, la acción debe intentarse dentro de los seis meses siguientes a la celebración del matrimonio de los adúlteros, concluimos por sus características, pues es prescriptible, confirmable y no puede ser intentada por cualquier persona que este matrimonio esta afectado de nulidad relativa.

2.- ACCIÓN PARA PEDIR NULIDAD.

El artículo 243 del Código Civil nos señala que la acción de nulidad en este caso podría ser intentada por el cónyuge ofendido o por el Ministerio Público en el caso de disolución del matrimonio anterior por causa de divorcio; y sólo por el Ministerio Público, si ese matrimonio se ha disuelto por muerte del cónyuge ofendido. En uno y en otro caso, la acción debe intentarse dentro de los seis meses siguientes a la celebración del matrimonio de los adúlteros.

Como se puede observar la letra o denota una conjunción disyuntiva, es decir si el matrimonio se ha disuelto por divorcio la acción de nulidad la puede intentar ya sea el cónyuge ofendido o el Ministerio Público. Lo que nos parece un craso error, pues en el caso de que la ejercitara el cónyuge ofendido se estaría hablando prácticamente de una venganza y si el Ministerio Público la ejercitara estaría contradiciendo los principios que son su razón de ser, pues el Ministerio Público como representante social que es y celoso vigilante de los intereses de la sociedad en su conjunto al ejercitar eventualmente una acción de nulidad en la hipótesis que nos ocupa, violentaría los intereses que esta obligado a proteger como son el matrimonio que como ya dijimos es la base de nuestra sociedad actual.

a) Cónyuge Ofendido.

Creemos que el otorgamiento de la acción de nulidad al cónyuge ofendido es una medida equivocada ya que no beneficia en nada ni a nadie.

Me pregunto, ¿qué beneficio le traería al cónyuge inocente obtener que el subsecuente matrimonio contraído entre su excónyuge y la persona que con él adulteró fuese declarado nulo?. Creo que ninguno, tal vez solamente el placer de haber satisfecho una venganza personal y desahogar en ésta un sentimiento de rencor que el engaño y que el divorcio le pudo haber causado. Mas sin embargo de solicitar la nulidad y que ésta se decretara, si le podría

traer o acarrear graves perjuicios al cónyuge o a la esposa y probablemente a los hijos de éstos, que serían en última instancia las víctimas inocentes de las faltas y de las pasiones de dos personas que en el pasado fueron esposos pero que en la actualidad no tienen ninguna relación entre sí.

En mi opinión, las sanciones civiles de la infidelidad son suficientes. Pues es al solicitar y obtener el divorcio donde el cónyuge agraviado está manifestando que se le ha herido gravemente en su dignidad y que por lo tanto se ha roto toda posibilidad de seguir viviendo en armonía y de cumplir así los fines del matrimonio, por lo que solicita el divorcio; y es aquí y no después donde el cónyuge agraviado podría sacar ventajas al probar la culpabilidad de su cónyuge con las consecuencias negativas que a éste le traería en relación a los hijos, en lo referente a la custodia y la patria potestad y en los efectos económicos que con relación a los bienes el divorcio trae al cónyuge culpable.

Es decir la sanción al adulterio es precisamente la posibilidad que tiene el cónyuge agraviado de solicitar el rompimiento del vínculo. Pero llevar la sanción a extremos de convertirla en un instrumento de venganza para el cónyuge ofendido al tener la posibilidad de nulificar el nuevo matrimonio del cónyuge culpable, es otra cuestión. La subsistencia de esta figura de nulidad de matrimonio solo constituye un resabio de la venganza privada con motivo de hechos que afectan el orden de las familias o el honor de los cónyuges ofendidos pero que no justifican la sanción de nulidad del subsecuente matrimonio entre los adúlteros.

b) Ministerio Público.

Lo peculiar en este caso es el otorgamiento de la acción al Ministerio Público, como si toda la sociedad se hubiera visto ofendida por el adulterio cometido.

Quizás la primera y más llamativa observación en la intervención del Ministerio Público en los juicios civiles es que la misma carece de apoyo constitucional.

El Ministerio Público es una institución que tiene a su cargo la representación de los intereses de la sociedad, tanto en los juicios civiles como en los penales y los de amparo.

La intervención concreta que tiene el Ministerio Público Federal en los Juicios de amparo se basa precisamente en el fin primordial que debe perseguir, esto es, velar por la observancia del orden constitucional, y específicamente, vigilar y propugnar el acatamiento de los preceptos constitucionales y legales que consagran las garantías individuales.

En materia penal, se ocupa de la investigación de los delitos y del descubrimiento de los responsables, promoviendo lo que sea necesario para obtener la aplicación de las penas que correspondan. El artículo 21 constitucional precisa como derecho inalienable la competencia para reprimir conductas antisociales.

En materia civil, tiene la intervención que, para los diversos casos, le señalan el código civil, pudiendo actuar de oficio (es decir sin que se lo pidan) o a petición de parte.

En esta materia consideramos que al Ministerio Público le están conferidas muchas atribuciones que desvirtúan su verdadera naturaleza.

El primer problema por resolver, en cuanto a la intervención del Ministerio Público en materia civil, es el de dilucidar cuando debe realizar dicha intervención: ¿ debe intervenir siempre que interese al orden público algún asunto o al interés de algún particular colocado en estado de indefensión ; o bien, tan solo en aquellos casos en que expresamente la ley lo faculte para que intervenga con la personalidad que ella misma le señale?

La primera solución parece la mas acertada, pues es en esa forma que el Ministerio Público se mostraría como un celoso vigilante del orden e interés públicos, interviniendo en todos los casos en que haya una amenaza contra ellos.

Es en materia civil donde con mayor simplicidad se puede comprender la importante función social, que el Ministerio Público llena. En el juicio penal parece mas lógica la

intervención del Ministerio Público, ya que tiene el procedimiento penal un carácter esencialmente público y es natural que exista un órgano exclusivo del poder público que se encargue de ejercitar la acción penal.

En el juicio civil por el contrario, se versan intereses de carácter privado, y la intención del Ministerio Público en él no se reduce tan solo a representar y a defender el interés público dentro de ese juicio de carácter privado, sino que también y de manera principalísima velando por los intereses particulares de quienes por alguna circunstancia no están en aptitud de defenderse (ausentes, incapaces, desvalidos), demostrando que el interés general se establece también casos que persiguen el interés privado, viniendo a llenar el Ministerio Público la función altísima de síntesis coordinadora e integradora de los intereses sociales e individuales.

Queda así demostrada la trascendental importancia de la función social del Ministerio Público en materia civil, en su doble aspecto de vigilante de intereses públicos y intereses privados en consorcio supremo de equilibrio.

Sin embargo en este punto no justifico y por lo tanto discrepo con lo establecido en el Código Civil, al otorgar acción al Ministerio Público para demandar la nulidad del matrimonio contraído entre los adúlteros; Por dos razones principalmente: primera como se indico anteriormente la intervención del Ministerio Público en los juicios de naturaleza civil es para representar y garantizar de alguna forma los derechos de incapaces, ausentes, desvalidos, etc., personas que pensamos no se presentan en esta hipótesis.

segunda, la intervención del Ministerio Público debió haberse hecho en el anterior juicio de divorcio para así sí, vigilar que quedaran debidamente garantizados los derechos del cónyuge y en su caso de los menores incapacitados. No es de imaginarse siquiera al Ministerio Público dándose poses de moralismo o mojigatería pidiendo en éste caso particular la nulidad del matrimonio.

Consideramos pues que el otorgamiento de la acción de nulidad al Ministerio Público es contraria al espíritu de la constitución, toda vez que en vez de fomentar la organización familiar, la destruye, ya que pudo darse el caso de que como producto de esa relación adulterina que motivo el divorcio haya quedado embarazada la coadúltera y en este caso el impedimento para contraer matrimonio y la nulidad en su caso si ya lo hubieren contraído, propiciaría que los adúlteros vivieran en concubinato y los hijos fuera de matrimonio situaciones contrarias al interés público y protección al núcleo familiar que se persigue a través del derecho de familia.

C.- FINES QUE SE PERSIGUEN CON LA NULIDAD DEL MATRIMONIO.

Consideramos que la fracción II del artículo 235 en relación con la Fracción V del artículo 156 encierra en el fondo una grande y grave contradicción.

Es decir consideramos que atenta contra la institución a la que paradójicamente trata de proteger.

Cuando un matrimonio se ha roto, es intrascendente lo que lo motivo, el hecho es siempre el mismo ya no hay matrimonio. Esa es la realidad.

La ley primero establece los medios para lograr los fines. Es decir establece las causales para lograr el divorcio, en este particular caso la causal de adulterio para lograr el divorcio necesario y una vez que el matrimonio se ha disuelto, la misma ley no acepta una realidad, se vuelve represiva al impedir una nueva relación entre los adúlteros que podría ser a todas luces viable.

Consideramos que fue un error la aceptación de este impedimento por el Código Civil, pues no tiene efecto intimidatorio porque es dispensable y la dispensa se concede por regla general, es prescriptible, es decir si aún existiendo el impedimento los adúlteros contraen matrimonio y éste no se anula dentro del término de seis meses será válido. Sino fuera dispensado, llevaría fácilmente al concubinato de los culpable.

No le veo desde ningún punto de vista otra finalidad a la acción de nulidad que se concede al cónyuge inocente, que la protección del matrimonio, éste creo que es el espíritu que anima a toda la legislación referente al matrimonio.

Sin embargo creo que el efecto es contrarios. Es decir trata de proteger el matrimonio *a posteriori*, es decir ante el engaño, que no podemos dudarlo es un hecho ilícito y ofensivo se estatuye que podrá disolver el matrimonio por la causal de adulterio y una vez probado éste y declarado el divorcio se utiliza como castigo para impedir un nuevo matrimonio que podría ser viable y por lo tanto al hacerlo atenta contra la organización familiar y la sociedad.

¿ Qué pretendió el legislador al establecer esta causa de nulidad?

Resulta claro que sancionar a los culpables de adulterio, impidiéndoles legalizar con posterioridad un estado que surgió ilícitamente.

Sin embargo el derecho a la acción de nulidad al cónyuge ofendido se convierte en un medio de venganza otorgado por la ley. Yo propongo que si la pareja casada se divorcia, que cada uno siga su camino y no se fomenten mas los rencores entre ellos a través del medio legal de la acción de nulidad.

Pertinente es en este punto mencionar las palabras de Susan Gettleman y Janet Markowitz que dicen "Al elevar la culpa a nivel de consideración legítima, al hacer las adjudicaciones de

pensión y propiedad, se compensa la injuria del divorcio, y se penaliza la culpa por la destrucción de la unidad familiar, que el Estado está interesado en conservar".⁷

D.- EFECTOS DE LA NULIDAD DEL MATRIMONIO.

Si el primer matrimonio se disuelve por divorcio basado en la causal de adulterio, resultará lógico y natural que el cónyuge adúltero quiera entablar relaciones lícitas con la nueva pareja casándose con ella. Puede suceder, inclusive, que ya hayan procreado. La prohibición legal para contraer matrimonio en estas circunstancias y la destrucción del vínculo a través de la acción de nulidad si, pese al impedimento los adúlteros hubieren contraído matrimonio, trae consigo la disolución de la familia, propicia el concubinato y condena a los hijos a ser nacidos fuera de matrimonio.

El Código Civil, al establecer esta causa de nulidad está violentando la carta fundamental en su artículo 4º, ya que éste dice en su segundo párrafo, "la ley protegerá la organización y el desarrollo de la familia". Consideramos por esta razón que esta tratando de proteger al matrimonio después de haberle dado al mismo un duro golpe, es decir, en este caso, establece la causal de divorcio y una vez que se ha probado el adulterio y disuelto el matrimonio, se vuelve represivo nulificando el nuevo matrimonio contraído entre los adúlteros. Esto es grave porque pudo haber sucedido, que como producto de esa relación adulterina que dio origen al divorcio la mujer haya quedado embarazada, en este sentido al no permitir a los adúlteros unirse legalmente en matrimonio se estaría impidiendo la organización y el desarrollo de la familia condenando a los adúlteros a vivir en concubinato.

⁷En Illinois Bar Journal, Junio de 1972. Cit. por Susan Gittleman y Janet Markowitz, El Valor de Divorciarse, Edit. Diuna, México 1979, pag. 175.

I.- CONCUBINATO.

Junto al matrimonio de derecho, la legislación mexicana reconoce la existencia del matrimonio de hecho o concubinato, que se define como la unión de un hombre y una mujer, sin formalización legal para cumplir los fines atribuidos al matrimonio.

El Código Civil atribuye a esta unión determinados efectos, en atención a que constituye una realidad que el legislador no puede desconocer por lamentable que sea.

Creo en el caso que nos ocupa que nuestra legislación al impedir el matrimonio entre los adúlteros y otorgar al cónyuge inocente acción de nulidad respecto del matrimonio contraído entre aquellos si pese al impedimento se hubieren casado, esta propiciando el concubinato con todos los efectos negativos que esta situación implica en relación con el matrimonio.

Por lo que el Estado debe preocuparse especialmente, en orden a la familia, de facilitar las uniones legales, para asegurar los intereses de la mujer y de los hijos, que en la unión libre (concubinato) no encuentran garantía de ningún tipo.

Si bien la Constitución en su artículo 4º establece la igualdad del hombre y la mujer, así como también el Código Civil, vemos que en la práctica el concubinato tiene muchas desventajas en relación al matrimonio.

Le conceden efectos jurídicos al concubinato, el Código Civil, la Ley Federal del Trabajo, la Ley del Seguro Social, la Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales para los Trabajadores del Estado, Ley de la Reforma Agraria.⁸ Mas sin embargo estos derechos no

⁸ Cfr. Código Civil para el Distrito Federal, 302, 382, II, 383, 1602 y 1635.

Ley Federal del Trabajo, 501

Ley del Seguro Social, 72, 92, 152, 155, 154

Ley del ISSSTE, 24-II, 32, 1y 51-I y 51-III

Ley de la Reforma Agraria art. 82

son igual y no es tan fácil hacerlos valer como cuando la pareja esta legalmente casada, por lo que la ley no debe obstruir jamás la celebración de un matrimonio válido.

Se distingue el matrimonio del concubinato en que el matrimonio produce plenitud de efectos jurídicos, derechos y obligaciones, facultades y deberes tanto entre los cónyuges y con relación a los hijos; da lugar al parentesco por afinidad y se proyecta sobre los bienes de ambos consortes, en tanto que los efectos del concubinato reconocidos por la ley son limitados.

El concubinato como situación de hecho no esta reglamentado por el derecho. El ordenamiento Jurídico solo se ocupa de algunas de las consecuencias que derivan de este tipo de uniones irregulares, en protección de los intereses particulares de los concubinos y de los hijos habidos durante tal situación.

2.- HIJOS FUERA DE MATRIMONIO

Los hijos no sufren las consecuencias de la nulidad del matrimonio de sus padres. En consecuencia los hijos tendrán la calidad de legitimados o legítimos, respectivamente con los derechos de heredar y exigir alimentos.

Propiamente éstas últimas consecuencias se presentan en el sistema mexicano como efectos de la filiación misma y no del matrimonio, ya que tanto los hijos legítimos como naturales tienen derecho a heredar y de exigir alimentos.

En cuanto a las consecuencias de la patria potestad, tampoco se afecta la condición de los hijos por la nulidad del matrimonio de sus padres, desde el punto de vista de que los derechos y obligaciones inherentes a la misma se atribuyen tanto a los padre legítimos como a los naturales.

Mas sin embargo estimo que en relación a los hijos, los efectos negativos de la nulidad del matrimonio se hacen más patentes en el ámbito psicosocial.

Diversos estudios ha hecho hincapié en la posible influencia de la familia en el surgimiento de conductas antisociales. Algunos autores han subrayado a tal punto la relación del delincuente con su grupo, que plantean la posibilidad de una familia criminógena.

De los agentes socializadores, el primero y más importante es la familia, debido a su influencia temprana en la formación del individuo, ya que es la realidad social más cercana a toda persona, y de la cual depende buena parte del desarrollo humano de cada uno de sus miembros.

El hombre se ha desarrollado dentro de la institución familiar, y si esta no cumple su misión, aquél será perjudicado.

Se ha demostrado que cuando hay gran infelicidad entre los padres, aumenta la posibilidad de que los niños cometan actos delictuosos y que los niños creados en hogares felices son menos delinquentes que los que proceden de hogares infelices.

Aparentemente, la discordia matrimonial tiende a exponer al niño a influencias delictivas tal vez debido a un franco rechazo o descuido o porque se mina el respeto a los padres y por lo tanto la fuerza de autoridad.⁹

La misma investigación señala este principio:

Cualquiera que sea la organización familiar, los contactos entre sus miembros o su relación con la comunidad, la disminución de autoridad familiar, tanto moral como emocional en la vida del adolescente, aumenta también la probabilidad de la delincuencia.¹⁰

⁹ Fidel de la Garsa, Beatriz de la Vega y otros, La cultura del Menor Infractor, Editorial Trillas, 1ª ed. 1987, México, D. F. pag. 14.

¹⁰ Ibidem

E.- NULIDAD, ¿VENGANZA O CASTIGO?

Cierto es que el adulterio es una conducta indeseable. Lo ideal sería que todo cónyuge guardara fidelidad a su pareja, mas la realidad está muy lejos del paradigma.

El adulterio puede resultar una conducta muy desagradable o lesiva y hasta insoportable para el cónyuge que la sufre de parte del otro. De allí que constituya una causa de divorcio.

Por lo que considero que la sanción al adulterio es precisamente esa, el rompimiento del vínculo. Por lo que otorgar al cónyuge inocente acción de nulidad sobre el matrimonio subsiguiente, es llevar la sanción a extremos no deseados porque se compromete en un instrumento de venganza para el cónyuge ofendido. Si la pareja casada se divorcia que cada uno siga su camino y no se fomenten mas los enconos entre ellos a través del medio legal de la acción de nulidad.

Consideramos que la nulidad es un medio de venganza y una venganza injusta porque podría afectar a personas que en su caso merecerían ser protegidos; veamos un ejemplo, como se ha dicho la ley prohíbe el matrimonio entre el cónyuge divorciado y su cónyuge, dando lugar a que discutamos, que pasa si un casado, fingiéndose soltero, seduce a una muchacha después de haberle prometido casamiento, y se pronuncia el divorcio en virtud de ese adulterio ¿podrán según nuestras leyes vigentes contraer matrimonio los adúlteros aún cuando uno de ellos ignoraba la situación real y legal del otro?, ¿será justo para aquella persona que ilusa creyó falsamente que entregándose a él o a ella tendría asegurado un matrimonio?, ¿no ganarían mas dado el caso los adúlteros y en su caso la sociedad y posiblemente los hijos permitir que los adúlteros contrajeran un matrimonio válido y protegido por la ley.

Se nos parece una verdadera injusticia que así sea, pues puede haber sucedido que la muchacha inocente hubiese quedado embarazada de esa relación, y aunque lo hubiese quedado vivimos en una sociedad machista y melindrosa por lo que no sería fácil que esa persona que también fue víctima se volviese a casar. Al haberse disuelto el matrimonio anterior no vemos razones de ningún tipo que impidan dar vida a ésta nueva relación.

Además que consideramos se estaría privando a los adúlteros de un derecho personalísimo el cual es unirse en matrimonio con quien ellos deseen.

Por lo que atendiendo al espíritu del artículo 4º constitucional consideramos que inclusive sería procedente el Juicio de amparo.

Si la constitución establece que la ley protegerá la organización y el desarrollo de la familia, no entiendo porque se impide una nueva relación a todas luces viable, inclusive, necesaria moral, jurídica y socialmente.

En este sentido la acción otorgada al cónyuge ofendido y al Ministerio Público, para demandar la nulidad del matrimonio contralido entre los adúlteros considero que no solamente es un medio de venganza otorgado al cónyuge ofendido, sino además, un castigo injusto.

La libertad del hombre radica en la elección de los medios necesarios para desarrollar su propia vida.

La libertad del hombre en su pensamiento, elección y acción, desarrolla los elementos necesarios para su felicidad; excusarlo de estas actividades es negarle su propia esencia.

Así pues, el principio de una sociedad basada en los derechos humanos es sencillo: no obstaculizar ni entrometerse en las acciones de un ser humano mientras estas no perjudiquen a otro.

La constitución de una sociedad, si está encaminada al desarrollo de la vida humana, debe reconocer las realidades de la naturaleza del ser humano, éste reconocimiento se traduciría en la aceptación de sus derechos, reconocidos o no, en virtud de ser lo que es: un ser humano.

F.- EL ATENTADO CONTRA LA VIDA DE ALGUNO DE LOS CÓNYUGES PARA CONTRAER MATRIMONIO CON EL QUE QUEDE LIBRE.

Cuando a pesar de faltar uno de los requisitos exigidos o no obstante la concurrencia de algún impedimento, se hubiera contraído matrimonio, pueden producirse tres situaciones profundamente diversas, según la naturaleza o importancia del requisito que falte o del impedimento que se viola. El matrimonio en efecto: a) puede ser nulo, es decir jurídicamente inexistente; b) puede ser anulable, es decir producir plenos efectos en tanto no sea impugnado por la acción de anulación; c) puede tener la plena validez y no ser impugnable no obstante haberse conculcado un precepto legal. Las dos primeras hipótesis se dan cuando falta una condición o requisito esencial al matrimonio o cuando no se haya tenido en cuenta y respetado un impedimento dirimente, la tercera se produce por violación de un impedimento impediente.

Cuando los que pretenden contraer matrimonio hayan atentado contra la vida del cónyuge de alguno de ellos para estar en aptitud de casarse, haya tenido éxito o no la tentativa de asesinato y el intento sea resultado del acuerdo de la pareja o determinación de uno solo, el matrimonio es nulo y la acción de nulidad la concede el Código Civil a los hijos del cónyuge víctima del atentado y al Ministerio Público, quienes contarán con 180 días (seis meses) para ejercitarla, a partir de la celebración del matrimonio.

1.- PRESUPUESTO BÁSICO.

Se parte del supuesto de la existencia de un matrimonio válido.

Para que se pueda hacer efectivo éste impedimento, se parte de la hipótesis de que el primer matrimonio quedó disuelto por divorcio, nulidad o muerte, pero que durante la vigencia del vínculo uno de ellos fue víctima de un atentado contra su vida por un tercero, pudiendo ser que este intento de asesinato haya sido determinación solo de éste último o haya habido contubernio con su pareja y que ahora una vez que se ha disuelto el matrimonio pretenden éstos contraer nuevas nupcias.

La sola tentativa de homicidio da lugar a la acción de nulidad del subsecuente matrimonio, con el cónyuge que ha quedado libre, si se prueba que el atentado se cometió para casar con el cónyuge de la víctima.

Es decir, la ilicitud que trae consigo la nulidad del segundo matrimonio supone simplemente la existencia del atentado aun cuando no traiga consigo la muerte del cónyuge víctima, o que la disolución del matrimonio se deba a otras causas.

Independientemente de sus consecuencias penales, cuando esta acción se realiza para dejar libre de matrimonio a una persona con el objeto de casarse con ella, da causa a la nulidad de ese matrimonio. La fracción VI, del artículo 156 que señala esta causa como impedimento, no exige que el atentado a la vida haya sido judicialmente comprobado, como si lo exige la fracción V del propio artículo al referirse al adulterio judicialmente comprobado. Como en ambos casos se trata de conductas tipificadas como delitos, para que exista delincuente tiene que haber una sentencia que así lo declare. Además donde hay la misma razón debe haber la misma disposición.

2.- REQUISITOS DE PROCEDENCIA

El artículo 244 del Código Civil debe interpretarse, en el sentido de que el precepto establece como causa de nulidad, la simple tentativa de homicidio.

Es decir no se requiere la consumación del delito de homicidio. Para que subsista el impedimento, es suficiente la realización de los actos previos a la consumación, encaminados directamente a causar la muerte de uno de los cónyuges; pero si es necesario que se compruebe en el autor del delito, el propósito de privar de la vida a uno de los cónyuges para que en esta forma, si queda después disuelto por otras causas el vínculo matrimonial, el autor del atentado no se encuentre en aptitud de contraer matrimonio con el otro cónyuge.

En contra de lo anotado está la opinión de Roberto Franco Suárez que dice ¿es menester que el conyugicidio se haya probado antes del segundo matrimonio?. A diferencia del adulterio el legislador guarda silencio sobre el particular, consideramos que donde hay una misma razón de hecho, debe haberla de derecho; consecuentemente la causa de nulidad sólo se configura, si existe sentencia judicial previa al matrimonio, mediante la cual se establezca la participación que como autor o cómplice en la muerte del cónyuge ya fallecido le ha cabido al que pretende casarse con el cónyuge sobreviviente.¹¹

Nosotros no compartimos del todo la opinión del autor Roberto Franco, coincidimos con él en que donde hay una misma razón de hecho la debe haber de derecho; en consecuencia la causa de nulidad solo se configura, si existe sentencia judicial previa al matrimonio, mediante la cual se establezca la participación que como autor, no necesariamente de la muerte del cónyuge, pues el Código no se refiere a homicidio consumado, sino, al atentado contra la vida

¹¹Franco Suarez Roberto, Derecho de Familia, Editorial Temis, Bogotá, 1971, Tomo I del régimen de las personas, pag. 146.

de alguno de los casados. Esto es una especie de tentativa comprobada, entendiéndose por ésta, la ejecución incompleta de actos encaminados, directa e inmediatamente a cometer el delito de homicidio pero que no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente.

En este sentido, consideramos pues que para que proceda la nulidad, no necesariamente se tuvo que haber causado la muerte a uno de los cónyuges, sino basta en haber probado el ataque que se hace a uno de ellos de tal manera que, en razón del medio empleado, el arma, o de cualquiera otra circunstancia semejante pueda producir como resultado la muerte, y este ataque tenga como fin inmediato de parte del autor casarse con el o la cónyuge de la víctima una vez que ésta ha quedado libre.

3.- ACCIÓN PARA DEMANDAR.

La acción de nulidad la concede el Código Civil a los hijos del cónyuge víctima del atentado y al Ministerio Público, quienes contarán con sólo 180 días (seis meses) para ejercerla a partir de la celebración del matrimonio.

Es de hacerse notar que la ley no da acción de nulidad al cónyuge víctima.

De los términos mismos del artículo 244 parece desprenderse que el impedimento que estamos estudiando no debe quedar simplemente en calidad de atentado contra la vida de uno de los cónyuges, para casarse con el que quede libre, sino que además debe causar la muerte de dicho cónyuge, pues solo así se explica que la ley otorga únicamente la acción de nulidad a los hijos del cónyuge víctima y al Ministerio Público. Mas sin embargo, en nuestro concepto este argumento no sería bastante para considerar que la ilicitud que en este caso se sanciona, deba llegar al grado de causar la muerte al cónyuge víctima, siendo bastante la prueba que se rinda

sobre el intento de darle muerte, siempre y cuando se demuestre que tal intento puso en peligro su vida, aún cuando fracase en cuanto a su fin mismo.

En caso de que a resultas del atentado no hubiere muerto la presunta víctima pero el matrimonio se hubiera resuelto por divorcio, el primer esposo podrá demandar la nulidad del segundo matrimonio sin que tenga que hacerlo a través del Ministerio Público.

Debemos hacer notar en éste caso particular, que a diferencia de lo señalado con respecto al otorgamiento de la acción de nulidad al Ministerio Público en el impedimento de adulterio, si se justifica e inclusive se hace necesaria, dado los intereses que están en juego, la intervención del Ministerio Público.

4.- NATURALEZA JURÍDICA.

El atentado contra la vida de alguno de los casados para contraer matrimonio con el que quede libre, constituye también un impedimento dirimente, pues de acuerdo con el artículo 244 del Código Civil, si se realiza el matrimonio, pueden pedir la nulidad los hijos del cónyuge víctima del atentado o el ministerio público, dentro del término de seis meses, contados desde que se celebre el nuevo matrimonio. Esto independientemente de sus consecuencias penales.

Por lo tanto si se celebra este matrimonio estará afectado de nulidad relativa, toda vez que no reúne los requisitos para ser absoluta, es decir no la puede oponer todo mundo, sino solamente las personas que la ley señala que son los hijos del cónyuge víctima y el Ministerio Público. Además de que caduca a los seis meses, es decir, es prescriptible y confirmable.

G.- ¿ QUÉ TUTELA ESTE IMPEDIMENTO?

Motivos de moralidad y seguridad social, justifican la existencia de éste impedimento dirimente.

Este hecho repugna tanto desde el punto de vista moral, como en el orden legal ya que sería a todas luces reprobable que una persona, para contraer matrimonio con otra que estuviera casada, privara de la vida a uno de los cónyuges para casarse con el que sobreviviera y que después de ello todavía la ley sancionara el enlace.

En este caso se justifica la existencia del impedimento, pues consideramos que el acto va contra el orden legal ya que la vía de la violencia no puede ser el camino para que una persona logre sus objetivos.

Pothier daba como fundamento del impedimento el propósito de " que el hombre apasionado de una mujer casada, sabiendo que no puede contraer válidamente matrimonio por la muerte de su marido, sea menos tentado a cometerlo."¹²

Por nuestra parte, pensamos que el impedimento se explica no solo en la intención de evitar crímenes, sino para no consentir la indigna situación que supone este matrimonio de un viudo con el homicida de su consorte.

Es indiscutible que en este caso exista una inmoralidad manifiesta tanto por parte del tercero, si es el que atenta contra la vida de uno de los cónyuges, cuanto por parte del otro consorte que obra como coautor, o simplemente como cómplice. En ambos casos se violan las buenas costumbres y, por tanto, de acuerdo con los artículos 8, 1830, 1831, 2225; del Código Civil

¹² Busso, Eduardo. Código Civil Anotado. T.II. Buenos Aires, 1945. pag.47.

procede la nulidad del matrimonio, independientemente de lo que prescriban de manera expresa, en nuestro concepto, los artículos 156, Fracción V, en relación con el 235, Frac. II y el 244 del Código Civil.

CONCLUSIONES.

Primera.- No existe institución más necesaria y benéfica a la sociedad que el matrimonio monogámico.

Pero para que la relación matrimonial cumpla cabalmente su misión es necesario replantear los roles que en la sociedad actual juegan la mujer y el hombre. El matrimonio tradicional patriarcal no responde ya a la sociedad moderna, pues ésta implica una relación de subordinación de la mujer al hombre, incompatible con las nuevas ideas de igualdad y dignidad para ambos miembros de la pareja.

Mientras la relación matrimonial no se funde en un nuevo concepto de amor, de verdadera igualdad, de apoyo y solidaridad entre los consortes la estabilidad del matrimonio será un problema a enfrentar.

Segunda.- La inestabilidad del matrimonio, que se manifiesta en la proliferación del divorcio, es un síntoma patológico más de la inconformidad con la organización de esta institución social. Resolver este problema, sin embargo, no es cuestión solamente jurídica, sino que para cumplir los retos y las obligaciones que la relación matrimonial impone, se necesita madurez y educación, por lo que considero que la falta de solidez y de igualdad en la relación matrimonial es un problema de cultura, y por lo tanto el cambio debe darse a nivel de conciencia social, y ello implica una labor educativa constante y prolongada a través de las nuevas generaciones.

Tercera.- El matrimonio siendo la base de la familia, es el fundamento de la sociedad actual, como lo fue de todas las sociedades humanas anteriores y mantener este fundamento es tarea de todos; cada uno debe contribuir con su esfuerzo individual y los legisladores deben permanecer en constante observación de esta institución, porque como todas las cosas vivientes, el matrimonio se encuentra en constante desarrollo y cambio. Sabias y moderadas reformas son necesarias para darle solidez a ésta institución.

Cuarta.- El matrimonio no es una convivencia por siempre feliz entre los consortes. No se puede dejar de reconocer que, en el mundo actual, existe un verdadero problema de divorcio, difícil de resolver por medios exclusivamente legislativos, sin que esto suponga que las leyes sobre esta institución no deban de ser reformadas convenientemente para que, en lo posible se impida la destrucción del vínculo matrimonial.

Pero también creemos que el matrimonio no debe subsistir a toda costa por obligación forzosa de la ley cuando faltan los motivos que determinaron semejante unión: la voluntad de los esposos. Esto tiene lugar (refiriéndome al divorcio) cuando el delito, la infidelidad, vicios profundos e incurables, vienen a romper la solidaridad del vínculo conyugal, abriendo un abismo entre los casados, que hace absolutamente intolerable la vida marital e irreconciliables los ánimos.

No puede negarse que el divorcio es un mal y las legislaciones de los diversos países así lo reconocen. Pero promovido y autorizado el divorcio los cónyuges deben tener la posibilidad legal de contraer un nuevo vínculo matrimonial con la persona con quien lo unan lazos de amor y que tenga esperanzas fundadas de llevar a cabo la altísima función social que el matrimonio está llamado a cumplir.

Quinta.- Es necesaria una reforma al Código Civil para el Distrito Federal en su artículo 156, derogando su fracción V; si bien el artículo 235 del mismo Código debe permanecer en sus términos actuales. Estos artículos establecen respectivamente, el impedimento para contraer matrimonio entre los adúlteros y la nulidad de éste si pese al impedimento lo hubieren contraído.

Puesto que la ley no sólo reconoce primeramente la disolución vincular del matrimonio, sino que está lejos de negar que, a consecuencia de las pasiones y debilidades humanas se puede llegar a una desarticulación tan profunda de la vida conyugal que no sólo puede ser lícita una supresión de la misma, sino que incluso llegue a ser necesaria. Se llega a una situación de hecho y de derecho cuando un cónyuge ha cometido adulterio, pues ésta conducta representa la ruptura más brusca de la relación de fidelidad y un criminal desprecio al otro cónyuge.

Sexta.- No comparto en forma alguna el criterio del Código Civil. Este admite la ruptura del vínculo conyugal; por medio de las causales establece los medios para lograr los fines, el divorcio. Después de que alegando y probando cualquier causal, en éste caso el adulterio, recae una sentencia de divorcio y del matrimonio ya no queda nada, el Código Civil se vuelve intolerante impidiendo legalizar con posterioridad entre los adúlteros una relación que podría ser a todas luces viable.

Considero pues, que la ley atenta contra la institución a la que paradójicamente trata de proteger: el matrimonio.

Séptima.- La sanción al adulterio es precisamente la posibilidad de romper el vínculo conyugal.

El otorgamiento de la acción de nulidad al cónyuge ofendido en contra del matrimonio contraído entre los adúlteros, se convierte en un medio de venganza, conductas que no deben ser fomentadas por la ley.

Si la pareja casada se divorcia y quedan garantizados los derechos de los hijos y de los mismos cónyuges, que cada uno siga su camino y no se fomenten más los rencores entre ellos a través del medio legal de la acción de nulidad.

Octava.- El otorgamiento de la acción de nulidad al Ministerio Público no tiene primeramente apoyo constitucional, ya que ésta en su artículo 21 le precisa como derecho inalienable la competencia para reprimir conductas antisociales y segundo, la intervención del Ministerio Público en juicios de orden civil está limitada a proteger los intereses de los menores e incapaces, supuestos que por regla general no se dan en este caso particular.

Novena.-...La nulidad, sólo puede ser invocada por el cónyuge inocente o por el Ministerio Público y además caduca a los seis meses de contraído el matrimonio, por lo tanto tiene carácter relativo.

De ésta manera los adúlteros pueden casarse sin gran publicidad, dejar pasar seis meses y su matrimonio ya no podrá ser disuelto por nulidad. Obliga la ley al disimulo y a la falsedad sentimientos pienso yo, que no deberían de ser fomentados.

Ahora, veamos el lado opuesto, si la acción fuese ejercitada en tiempo y forma por las personas indicadas y se declara la nulidad del matrimonio contraído entre los adúlteros, obligaría a éstos a vivir en concubinato y a que sus hijos nacieran fuera de matrimonio.

13.- GETTLEMAN SUSAN Y JANET MARKOWITZ, El Valor de Divorciarse, Edit. Diana México 1979, 280 p.

14.- GOLDSTEIN SOL, Como Seguir Siendo Padres Después de un Divorcio, 1ª ed. , Traducción de José I. Rodríguez Martínez, Editorial Pax Mexico, 1989.

15.- GONZALEZ CARRILLO ROBERTO Y CARMEN HERNANDEZ ALLENDE, Triunfa con tu Pareja (análisis transaccional para el desarrollo de la pareja humana), 3ª ed. , Librería Parroquial de Clavería S. A. de C. V., México D. F. 1986. 219 p.

16.- GONZÁLEZ DE LA VEGA FRANCISCO, Derecho Penal Mexicano, Edit. Porrúa, 433p.

17.- GONZÁLEZ JUAN ANTONIO, Elementos de Derecho Civil, Edit. Trillas, 6ª ed. México 1975. 199 p.

18.- IBARROLA ANTONIO DE, Derecho de Familia, 2ª ed.-México, Editorial Porrúa S:A: 1981. 562 p.

19.- MAYAGOITIA G. ALBERTO, Matrimonio y Divorcio, Panorama Editorial S. A., 1ª ed. México 1984.

20.- MAZEAUD HENRI- LEON Y MAZEAUD JEAN, Lecciones de Derecho Civil, Traducción de Luis Alcalá- Zamora y Castillo, Ediciones Jurídicas Europa America, Buenos Aires, 1959, 572 p.

21.- MONTERO DUHALT SARA, Derecho de Familia, 3ª ed. Editorial Porrúa S:A: México 1987. 429 p.

22.- MOTO SALAZAR EFRAIN, Elementos de Derecho, 19ª edición, Editorial Porrúa S. A. , México 1975, 452 p.

23.- ORANICHI MAGDA, Qué son La Separación La Anulación y el Divorcio, Biblioteca Salud y Sociedad, Editorial la Gaya Ciencia, Barcelona 1977.

24.- PINA RAFAEL DE, Elementos de Derecho Civil, Introducción, Personas y Familia, V. I, 10ª ed., Editorial Porrúa S.A. 404 p.

25.- PLANIOL MARCEL Y GEORGES RIPET, Tratado Elemental de Derecho Civil (introducción, familia y Matrimonio) 1ª ed., Traducción por el Lic. José M. Cajica Jr., Cárdenas Editor y Distribuidor, México D. F. 1983.

- 26.- RAMIREZ SANCHEZ JACOBO, Introducción al Estudio del Derecho y Nociones de Derecho Civil, Editorial Libros de México S. A. , México D.F: 1ª ed. 1960.
- 27.- RIPERT GEORGES Y JEAN BOULANGER, Tratado de Derecho Civil, T. IX. Regímenes Matrimoniales, Ediciones La Ley, Buenos Aires,
- 28.- ROJINA VILLEGAS RAFAEL, Compendio de Derecho Civil, T. I. Introducción Personas y Familia, 2ª ed. Editorial Porrúa S.A., México D. F. 1988, 537 p.
- 29.- ROJINA VILLEGAS RAFAEL , Derecho Civil Mexicano, T. II. Derecho de Familia, 4ª ed. Editorial Porrúa S.A. México 1975, 803 p.
- 30.- RUGGIERO DE ROBERTO, Instituciones de Derecho Civil, trad. de la 4ª.ed. italiana. Edit. Reus. Madrid 1931.
- 31.- SANCHEZ AZCONA JORGE, Familia y Sociedad, Editorial Joaquín Mortis, México, 1975.
- 32.- SANCHEZ MEDAL RAMON, Los Grandes Cambios en el Derecho de Familia de México, 2ª ed. Editorial Porrúa S.A: México 1991.
- 33.- LA SANTA BIBLIA. Antiguo y Nuevo Testamento, revisión de 1960, Sociedades Bíblicas de América Latina.
- 34.- THEODOR KIPP Y MARTIN WOLFF, Derecho de Familia. Traducción de la 20ª edición Alemana, V. II, Bosch Casa Editorial S. S. Barcelona 1979, 505 p.

FOLLETOS.

- 1.- Antes y Después del Matrimonio, Editor E. V. C., México 28 de Octubre de 1981.
- 2.-El Sacramento del Matrimonio, Editor Sociedad E. V. C. México D. F. (No. 174).
- 3.-El Sentido y la Misión de la Familia , R. P. Antonio Cabrera, Sociedad E: V: C: (No. 626),

LEGISLACION.

- 1.-Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917.
- 2.-Código Civil del Distrito Federal y Territorios de la Baja California de 1870.
- 3.-Código Civil Para el Distrito Federal y Territorios de la Baja California y Tepic de 1884. Ed. Talleres de Ciencia Jurídica, México.
- 4.-Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal vigente (1928).
- 5.-Código Penal para el Distrito Federal
- 6.-Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.
- 7.-Ley Federal de la Reforma Agraria
- 8.-Ley Federal del Trabajo
- 9.- Ley del ISSSTE.
- 10.-Ley del Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS)