

23
J



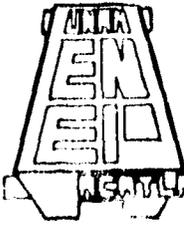
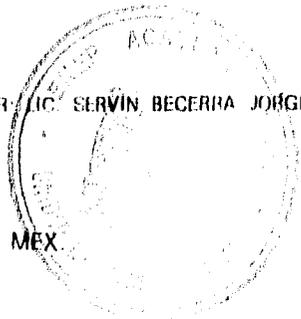
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
"ACATLAN"

LA HOMOSEXUALIDAD EN EL DERECHO CIVIL
MEXICANO COMO CAUSAL DE DIVORCIO

TESIS PROFESIONAL
PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADA EN DERECHO
P R E S E N T A
BAEZ ELIZARRARAS ROCIO

ASESOR LIC. SERVIN BECERRA JORGE



ACATLAN, EDO. DE MEX.

1996

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

TESIS CON FALLA DE ORIGEN

A G R A D E C I M I E N T O S :

A D I O S :

POR PERMITIRME VIVIR Y DARME
LAS FUERZAS NECESARIAS PARA
CONTINUAR MI LUCHA COTIDIANA
Y MANTENER MI FE Y ESPERANZA.

A MI MADRE:

POR DARME LA VIDA, SER UN
BUEN EJEMPLO A SEGUIR,
ORIENTANDOME SIEMPRE CON
SUS BUENOS CONSEJOS Y
EXPERIENCIAS, ASI COMO
SER LA MEJOR MADRE Y
AMIGA QUE PUDE ANHELAR.

A MI PADRE:

POR SU PRESENCIA Y SABIOS
CONSEJOS QUE PERMITEN
CONFORMAR MI CONVICCION EN
CADA PASO DE MI ANDAR.

A MIS HERMANOS:

ROGELIO E ISRAEL QUE CADA
UNO CON SU PERSONALIDAD
LOGRAN CREAR UN AMBIENTE
FAMILIAR ARMONICO.
DELIA POR SUS CONSEJOS,
CARACTER Y LA AYUDA
DESINTERESADA E INCONDI-
CIONAL QUE SIEMPRE ME HA
DADO.

A VICTOR HUGO FRANCO REYNA:

POR SER MI COMPAÑERO
INCONDICIONAL Y SOLIDARIO
QUE SIEMPRE ESTA CONMIGO EN
CUALQUIER MOMENTO DE MI
VIDA, MOSTRANDOSE SIEMPRE
PACIENTE Y COMPENSIBLE AUN
EN LA ADVERSIDAD.

AL LIC. JORGE SERVIN HECERRA:

POR BRINDARME SUS CONOCIMIENTOS,
SU EXPERIENCIA Y UNA MANO AMIGA
SUFICIENTES PARA ORIENTARME EN
MI VIDA PROFESIONAL QUE ESTA POR
INICIAR.

A CADA UNO DE LOS PROFESORES:

QUE ESTUVIERON PRESENTES EN
EL CICLO DE MI VIDA
ESTUDIANTIL.

A TODOS MIS AMIGOS:

POR SUS CONSEJOS Y AYUDA
BRINDADOS DURANTE EL TIEMPO QUE
HEMOS COMPARTIDO Y SABEN QUE
Y SABEN QUE SIEMPRE ESTAREMOS
JUNTOS.

INDICE .

INTRODUCCION. 1

CAPITULO I.

" ANTECEDENTES HISTORICOS DEL DIVORCIO " .

I.	EL DIVORCIO EN EL DERECHO ROMANO.	1
II.	EL DIVORCIO EN LA BIBLIA.	20
III.	EL DIVORCIO EN EL DERECHO CANONICO.	29
IV.	EL DIVORCIO EN MEXICO.	34
A.	EL DIVORCIO EN EL MEXICO PRECOLONIAL.	34
B.	EL DIVORCIO EN EL DERECHO AZTECA.	38
C.	EL DIVORCIO EN LA EPOCA COLONIAL.	42
D.	EL DIVORCIO EN EL MEXICO INDEPENDIENTE.	49
E.	EL DIVORCIO EN EL CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL DE 1870.	56
F.	EL CODIGO CIVIL DE 1884.	62
G.	LEY SOBRE LAS RELACIONES FAMILIARES.	67
H.	EL CODIGO CIVIL VIGENTE.	73

CAPITULO II.

" NOCIONES GENERALES DEL DIVORCIO " .

I.	NATURALEZA JURIDICA DEL MATRIMONIO.	75
II.	CONCEPTO DE DIVORCIO.	88
III.	LAS DIFERENTES CLASES DE DIVORCIO.	90
IV.	DIVORCIO NO VINCULAR.	92
V.	DIVORCIO VINCULAR.	105

VI.	DIVORCIO VOLUNTARIO ADMINISTRATIVO.	114
VII.	DIVORCIO VOLUNTARIO JUDICIAL.	118
VIII.	PERSONAS QUE PREVENEN EL DIVORCIO VOLUNTARIO JUDICIAL, ASI COMO LA AUTORIDAD COMPETENTE PARA LLEVARLO A CABO.	123
IX.	PARTES QUE INTERVIENEN EN EL DIVORCIO VOLUNTARIO JUDICIAL.	126
X.	DOCUMENTOS QUE DEBEN ADJUNTARSE AL ESCRITO DE DEMANDA.	127
XI.	NATURALEZA JURIDICA DEL CONVENIO QUE DEBE ANEXARSE A LA SOLICITUD DE DIVORCIO VOLUNTARIO JUDICIAL.	128
XII.	MEDIDAS PROVISIONALES QUE DEBE ADOPTAR EL JUEZ EN CASO DE QUE HAYA DIVORCIO.	131
XIII.	DIVORCIO NECESARIO.	133

CAPITULO III .

" DIVORCIO NECESARIO. GENERALIDADES "

I.	CONCEPTO DE DIVORCIO NECESARIO O CONTENCIOSO.	137
II.	PRINCIPIO DE LA LIMITACION DE LAS CAUSALES DE DIVORCIO. CRITERIO DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACION.	139
III.	CLASIFICACION DE LAS CAUSALES DE DIVORCIO.	141
IV.	EFFECTOS QUE PRODUCE EL DIVORCIO EN LA SOCIEDAD.	161
V.	EFFECTOS DEL DIVORCIO EN RELACION CON LOS CONYUGES.	166
VI.	EFFECTOS DEL DIVORCIO EN RELACION A LOS HIJOS.	166
VII.	EFFECTOS DE LA SENTENCIA DE DIVORCIO EN RELACION A LOS BIENES.	169

CAPITULO IV.

" LA HOMOSEXUALIDAD COMO CAUSAL DE DIVORCIO "

I.	EL ADULTERIO A TRAVES DE LA HISTORIA.	171
II.	DIFERENCIAS ENTRE EL ADULTERIO EN MATERIA CIVIL Y EN MATERIA PENAL.	174
III.	LA HOMOSEXUALIDAD VISTA A LO LARGO DE LA HISTORIA.	170
IV.	¿ QUE ES LA HOMOSEXUALIDAD ? .	182
V.	DIFERENCIAS ENTRE ADULTERIO Y HOMOSEXUALIDAD.	185
VI.	LOS EFECTOS QUE PRODUCE LA HOMOSEXUALIDAD EN LA HISTORIA.	180
VII.	LOS EFECTOS QUE PRODUCE LA HOMOSEXUALIDAD DENTRO DEL NUCLEO FAMILIAR.	192
VIII.	LA HOMOSEXUALIDAD COMO FALTA MORAL EN RELACION AL CONYUGE E HIJOS.	194
IX.	LA HOMOSEXUALIDAD CONTEMPLADA COMO CAUSAL DE DIVORCIO.	195

CAPITULO V .

" CONCLUSIONES "	197
BIBLIOGRAFIA.	200
HEMEROGRAFIA.	202
LEYES Y CODIGOS COMPILADOS.	202
INDICE.	

INTRODUCCION .

El matrimonio como base fundamental de la sociedad ha ocupado un lugar importante dentro del desarrollo de la misma. El objetivo más anhelado del matrimonio es conseguir su solidez y duración, sin embargo, debido a distintos problemas que hacen funesto y desagradable continuar con la vida matrimonial, surge el divorcio como el medio legal que disuelve el vínculo conyugal y que pese al repudio que en un principio la sociedad mostró, el divorcio, fue sometido a un proceso evolutivo de aceptación, el cual tuvo pasos lentos pero firmes, llegó a tener tanta importancia al grado de que la propia Iglesia lo aceptó con el nombre de " repudio ", siempre y cuando fuera por alguna de las causas que la misma institución religiosa permitiera, así mismo exclusivamente el divorcio sólo le correspondía al varón.

Es así que el divorcio dentro de su proceso evolutivo ha considerado circunstancias distintas que conllevan a la destrucción del núcleo familiar; debido a la naturaleza grave que cada una de las causales trae consigo.

Un factor indispensable que permite al legislador reformar los ordenamientos jurídicos competentes, es la

propias transformaciones sociales, es por ello que cada causal de divorcio prevista en nuestro Código Civil vigente, fueron creadas en la época adecuada y debido a su constante presencia aún siguen contempladas.

Es así que la importancia de cada causal de divorcio crea a su alrededor un ambiente funesto, denigrante y humillante para el propio vínculo matrimonial.

Las décadas han transcurrido y las causales de divorcio contempladas en nuestro Código Civil, son un reflejo preciso y claro de situaciones cotidianas que suceden en una sociedad como la nuestra; sin embargo, podemos decir que una de las consecuencias que trae la civilización es el movimiento evolutivo y constante de la libertad sexual. En este sentido, encontramos la denominada homosexualidad, observada como una relación sexual entre dos personas del mismo sexo.

En virtud de la libertad sexual, la homosexualidad se incrementa notoriamente a través de la historia, sin embargo, en nuestros ordenamientos jurídicos competentes donde este movimiento sexual no está contemplado pese a los efectos tan radicales y negativos que produce la homosexualidad dentro de un matrimonio; así como en las costumbres tan arraigadas que hemos cultivado durante

arglos.

Es en este sentido que el presente trabajo está enfocado a conocer las causas que se desenvuelven en un vínculo marital, cuando alguno de los cónyuges practica la homosexualidad y con ello destruye la armonía y unión del núcleo familiar, además de causar graves trastornos al mismo, atenta contra los propios fines derivados de la celebración del matrimonio.

CAPITULO I



"ANTECEDENTES HISTORICOS DEL DIVORCIO"

CAPITULO I

I . DIVORCIO EN EL DERECHO ROMANO .

Con la finalidad de entender el divorcio en el derecho romano resulta de suma importancia saber que el matrimonio consistía en la unión de dos personas de distinto sexo con el objetivo de ser marido y mujer y desde luego, la procreación de la especie, por lo tanto; esta cultura sostuvo que para lograr su desarrollo era imprescindible la conservación del núcleo familiar; ya que el matrimonio era considerado como una comunidad con características propias y exclusivas, dentro de las cuales encontramos que su duración debía ser perpetua, su modo de vivir tenía que ser común, no estaba sujeto a ningún tipo de modalidad, término o condición y por último su valor social era muy grande.

Es así que el matrimonio por haberse considerado sagrado, sólo podía celebrarse siempre y cuando los contrayentes cumplieran con los requisitos y no se encontraran en ninguno de los impedimentos que la legislación romana estableció.

La celebración del matrimonio producía tanto derechos y obligaciones para los consortes. Estos se clasificaban en relación a los cónyuges y a los hijos.

Como hemos podido observar la familia era muy importante dentro de la sociedad romana, es por ello que

esta última procuraba la conservación del matrimonio como el único medio válido para la procreación de los hijos.

Sin embargo, los propios legisladores romanos al establecer las reglas y fundamentos que regían al matrimonio, también observaron la posibilidad de disolver el mismo.

Anteriormente establecimos que dentro de la sociedad primitiva romana, el interés político y el interés religioso eran manifestaciones constantes dentro de la continuación de cada familia o gens.

Es así que encontramos en la definición que nos ofrece Modestino acerca del matrimonio lo siguiente:

"Es la unión del hombre y de la mujer implicando igualdad de condición y comunidad de derechos divinos y humanos." 1

Podemos determinar de acuerdo con la definición que mostró Modestino, que el matrimonio tenía que llevar una vida equilibrada entre los cónyuges, dejando atrás la situación que guardaba la mujer ya que aún cuando ésta se casaba todavía seguía bajo el sometimiento de su esposo; es decir, quedaba siempre bajo el sometimiento de la figura masculina que podía ejercer poder en su persona.

1 PETIT, Eugène. Tratado Elemental de Derecho Romano. Ed. Cárdenas. México, 1989. p.102.

Al contemplar los romanos la posibilidad de que un matrimonio fuera disuelto a través del divorcio, establecieron que el sólo deseo de querer divorciarse los cónyuges no era suficiente, sino este deseo debía ir acompañado de la voluntad de alguno de los cónyuges, esta manifestación debía ser explicada al otro cónyuge indicando los motivos que orillaron al cónyuge de tomar la decisión de separarse.

También crearon el principio que aún en nuestros días, está vigente en materia de divorcio, este principio se basa en lo siguiente: Cuando falta el afecto de alguno de los cónyuges o de ambos, y su convivencia es indiferente, entonces su matrimonio podía disolverse, y por lo tanto, el hombre y la mujer ya no serían tratados como casados; sino como personas que quedan libres de dicho vínculo.

Lo anterior lo podemos observar en nuestro sistema de divorcio, ya que el matrimonio puede ser disuelto por el mutuo consentimiento, en esta opción los cónyuges pueden optar por esta forma de divorcio cuando han perdido el afecto mutuo.

También hemos precisado que una figura importante dentro de la familia era el paterfamilias, en consecuencia durante largo tiempo tuvo el derecho a disolver el

matrimonio del hijo que tenía bajo su potestad, este derecho derivaba del abuso de poder que podía ejercer sobre su familia el paterfamilias.

En relación al poder del paterfamilias, Antonio el Piadoso y Marco Aurelio, hicieron cesar este abuso de autoridad." Por lo tanto quedaron exclusivamente como causas de disolución del matrimonio, las siguientes:

a) La muerte de uno de los cónyuges. El marido podía contraer matrimonio nuevamente en forma inmediata, pero la mujer requería esperar el transcurso de diez meses, con en objeto de tener certeza en la filiación paterna del hijo que naciera, bajo pena de infamia.

b) Por la *capitis deminutio máxima* de cualquiera de los cónyuges. Si esta pérdida de libertad hubiera sido originada por caer en cautiverio el *Jus Postliminium* no tenía efecto. Al regresar el cónyuge prisionero podrá nuevamente unirse en matrimonio, pero nunca continuar con el antiguo matrimonio...

c) Por la *capitis deminutio media*. Que origina la pérdida de la ciudadanía romana, pues sólo los ciudadanos romanos podían casarse en justas nupcias...

d) Por sobrevenir un impedimento. Como en el caso de que el padre del marido adoptara a su nuera, convirtiéndose ésta en hermana de su esposo, se podía evitar

que sobreviniese el incepto (incertus superveniens) emancipando al hijo o a la hija antes de contraer matrimonio.

e) Por divorcio (divortium o repudium). Es decir, la disolución matrimonial por declaración unilateral, hecha por uno de los cónyuges... La admisión legal del divorcio data desde la Monarquía, sin embargo su uso era poco frecuente por los antiguos romanos; posteriormente según nos señala Cicerón el divorcio se encontraba permitida en la Ley de las XII Tablas. Durante la época republicana el divorcio se utilizó con mayor frecuencia, pues éste al igual que el matrimonio no requería de ninguna formalidad... ". 2

La primera causa establecida fue de origen natural, ésto en atención a la descendencia familiar, si es que la mujer estaba en cinta tenía que esperar un determinado tiempo antes de contraer matrimonio, el término de espera fue establecido con el propósito de delimitar la filiación del hijo y con ello precisar si el recién nacido fue producto de ese matrimonio; o bien si fue producto de una relación distinta de dicho vínculo.

La segunda causa nos hace referencia al cautiverio, esta causa como podemos ver deja precisar que la pérdida de libertad de cualquiera de los cónyuges podía ser por un lapso indeterminado, y debido a ello el cónyuge

2 SAINZ Gómez S., José María. Derecho Romano I. ED. Limusa, S. A. de C. V. M

libre tenía la facultad de rehacer su vida sin quedar obligado con el cónyuge prisionero de regresar con él; asimismo el cónyuge prisionero gozaba de la misma facultad a su regreso, y con ello podía rehacer su vida con otra persona siempre distinto de su primer cónyuge.

Desde nuestro punto de vista, la tercera causa de disolución fue injusta ya que no consideraron respetar el matrimonio como la unión de una pareja que decidió unirse para compartir sus vidas, bienes, tiempo, respeto, lealtad, por lo tanto, sólo encontramos que la sociedad romana fue extremista al considerar esta causa de divorcio.

La penúltima causa de divorcio, consideramos que fue necesaria su aparición, ésto se debe a que los romanos pretendieron conservar el matrimonio entre personas que tenían lazos de parentesco y con ello evitar el delito de incesto que pudiera existir.

La última causa de disolución nos habla ya del divorcio, el cual era a través de la declaración unilateral que hacía el cónyuge al otro, expresando motivos por los cuales decide romper el vínculo matrimonial.

El divorcio en un principio no fue tan frecuente; sin embargo, poco a poco fue tomando mayor auge por lo que

la sociedad romana pretende hacer más difícil la posibilidad de divorcio.

La evolución del divorcio fue lenta pero en cada período tenemos una situación novedosa; ya que en un principio el divorcio sólo podía ejercerlo el marido por causas graves, este derecho era derivado de su extenso poder que tenía sobre la mujer. Sin embargo; aún con la distinción que hicieron los romanos acerca de los matrimonios, encontramos que en el denominado *in manu*, los dos cónyuges tenían la libertad de pedir el divorcio con causas específicas para cada uno de ellos. Este hecho fue trascendental para la sociedad romana pero sobre todo para las mujeres, porque estas últimas gozaban ya de una libertad que en tiempos anteriores estaban lejos de alcanzar.

Desde nuestro punto de vista consideramos que la mujer durante esta etapa de la historia romana es vista como un individuo más en la sociedad, y por ende es capaz de expresarse, tener responsabilidades, derechos y obligaciones al igual que el hombre, y por lo tanto, se evita la figura de la mujer como un instrumento utilitario que sólo quedaba bajo el dominio de su padre o del marido respectivamente. Ahora bien; el divorcio se mostró con mayor auge en el fin de la República y sobre todo bajo el Imperio.

Una vez establecido el divorcio como causa de

disolución del vínculo matrimonial, de acuerdo con el Dr. Eugène Petit se establecieron dos formas distintas de solicitarlo, a saber estas formas son las siguientes:

" a) Bona gratia, es decir, por mutua voluntad de los esposos, no siendo requerida de esta manera ninguna formalidad; pues el desacuerdo disuelve lo que el consentimiento había unido...

b) Por repudiación, es decir, por la voluntad de uno de los esposos, aún sin causa. La mujer tiene este derecho lo mismo que el marido, excepto la mujer manumitada y casada con su propio patrono... Bajo Augusto, y para facilitar la prueba de la repudiación, la ley Julia de adulteriis, exige que el que intente divorciarse notifique al otro esposo su voluntad en presencia de siete testigos oralmente o por un acta escrita, que le hacía entregar por un liberto... " 3

En atención a la primera forma de pedir el divorcio, encontramos el principio del actual divorcio por mutuo consentimiento que nuestra legislación ha permitido; sin embargo, el divorcio establecido por los romanos no requería ninguna formalidad o término, sólo bastaba como requisito para solicitarlo el mutuo consentimiento de los cónyuges y con ello éstos recobraban su libertad.

Por lo que respecta a la segunda forma se llevaba

3 Ibidem, p. 110.

a cabo por medio de ciertas formalidades solemnes. Esta consistía tan solo por voluntad de alguno de los consortes para pedir el divorcio; pero es necesario establecer que esta forma no exigía la existencia de alguna causa grave para divorciarse. Es así que esta forma requería de formalidades específicas como eran la notificación del cónyuge que solicitaba el divorcio; es decir, éste tenía la obligación de comunicar al otro cónyuge su voluntad de romper con el vínculo matrimonial, así también esta notificación tendría que efectuarse en presencia de siete testigos.

La propia ley Iulia de adulteriis exigió que para pedir el divorcio por esta forma, era de carácter obligatorio cumplir con la formalidad por ella exigida; y en consecuencia, se estableció que aquel cónyuge que tuviera como voluntad romper con el vínculo conyugal sin dar cumplimiento a lo anterior ameritaba ser sujeto de ciertas penas impuestas por el propio ordenamiento arriba mencionado.

Otra ley establecida por los romanos en materia de divorcio, según el Lic. Juan Iglesias fue " la Iulia et P'apia que prohíbe a la liberta divorciarse del propio patrono contra la voluntad de éste - invito patrono -, conminando con la pérdida del conubium a quien tal

haga " 4

En este caso entendemos que sólo con el consentimiento del patrono podía la mujer obtener el divorcio.

Dentro de la indiferencia que mostraba la cultura romana ante el divorcio se encontraba como principal temor del marido tener que devolver a la mujer la dote; es decir, el divorcio era contemplado por el marido como una pérdida considerable en lo que respecta a los bienes que constituían la sociedad conyugal.

Por otra parte, al hacerse más frecuente el divorcio en la sociedad, hubo la necesidad que las constituciones que estaban vigentes y regulaban el divorcio, señalaron penas considerables contra el esposo culpable o bien contra el autor de una repudiación que se haya fundado sin una causa justa.

El matrimonio considerado para los emperadores católicos romanos, como una institución sagrada e indisoluble, establecieron las siguientes estipulaciones:

" a) Se exige para el divorcio unilateral causas justas, señalándose las que debían tenerse como tales;

b) Es objeto de pérdidas patrimoniales, que afectan a la dote y a la donatio propter nuptias, al que se

4 IGLESIAS, Juan. Derecho Romano, Instituciones de Derecho Privado. Sexta edición. Ed. Ariel. Barcelona, 1972, p. 559.

divorcera sin causa justa.

c) Impone además, penas graves de reclusión en monasterio. " 5

Como podemos observar el divorcio debía pedirse por una causa justa, así como representaba una pérdida considerable para el patrimonio; ya que una vez separado el vínculo matrimonial los bienes debían ser separados, entregando a la mujer sus bienes respectivos.

Posteriormente, a partir de Constantino los emperadores cristianos iniciaron una ardua lucha contra la facilidad que mostró el uso excesivo del divorcio, sin embargo, fue respetado el divorcio que se efectuaba por el mutuo consentimiento. En relación a lo anterior Anastasio dispuso le fuera lícito a la mujer no esperar el quinquenio, sino pasar a segundas nupcias después de un año.

Ahora bien, los emperadores romanos reprimieron el repudium, para lo cual establecieron determinadas causas, mediante las cuales el cónyuge podía solicitar el divorcio y con ello obtener la disolución del vínculo conyugal, sin importar que el otro cónyuge haya manifestado su acuerdo.

Al respecto encontramos que el Lic. Floris

5 VENTURA Silva, Sabino. Derecho Romano. Quinta edición. Ed. Porrúa, S. A. México, 1990, p. 104.

Margadant nos dice: "... En cambio, se prohibe - o cuando menos, se castigaba - el divorcio efectuado contra la voluntad de uno de los cónyuges, si no se comprueba la existencia de una de las causas de divorcio, limitativamente establecidas en la ley ". 6

El párrafo anterior nos hace referencia al castigo que los ordenamientos romanos fundaron en materia de divorcio, cuando el cónyuge que solicite el divorcio no muestre la existencia de la causa que justifique la petición del mismo, en tal caso, si obtiene el divorcio aún así simplemente se hace acreedor a una sanción, y en consecuencia, el divorcio producía sus efectos.

" Cuando Justiniano sube al trono se encontró con cuatro clases de divorcios, para ninguno de los cuales se necesitaba una sentencia judicial. Estas clases eran las siguientes:

a) Divorcio ex iusta causa. Esto es motivado por una culpa de la otra parte y dicho motivo del *divortium*, está contemplado en la ley, por ejemplo, el adulterio de la mujer, el alejamiento de la casa del marido, la falsa acusación de adulterio por parte del marido, entre otros.

b) Divorcio sine causa. Este era producido por un acto unilateral sin justificación legal.

c) Divorcio *communi consensu*. Era el divorcio que

6 FLORIS Margadant s: Guillermo, El Derecho Privado Romano. Décima edición, Ed Porrúa, S.A. de C.V. México, 1993, p.p. 211-212.

se realizaba por el simple acuerdo común.

d) Divorcio bona gratia. Era el divorcio fundado en una causa no proveniente de culpa del otro cónyuge; por ejemplo, impotencia incurable, cautividad de guerra, etc. "

7

En lo que respecta a la primera forma de divorcio, se encuentran algunas de las causales del denominado divorcio necesario que se contempla en nuestra actual legislación; es por ello que los legisladores romanos contemplaron esta forma de divorcio como faltas graves a la moral, el respeto mutuo, contemplando en este último el respeto que deben a su hogar e hijos, así como a los propios fines que el matrimonio persigue.

La segunda forma exclusivamente requería del acto unilateral es decir se requería de la voluntad de alguno de los cónyuges para pedir esta forma de divorcio .

La tercera forma, como hemos visto anteriormente era concedido por el mutuo consentimiento de los cónyuges; es decir, ambos manifestaban su voluntad de romper con el vínculo matrimonial que los unía.

Y por último; encontramos que el divorcio bona gratia consideraba fenómenos naturales que impedían realizar la finalidad del matrimonio como es el caso de

7 Ibidem, p. 213.

impotencia, siempre y cuando esta sobreviniera después de consumado el matrimonio, pero tratándose del voto de castidad o cautividad de guerra se otorgaba el divorcio por existir alguna causa de naturaleza extraordinaria.

Las diferentes causales legales que se establecieron para que el vínculo matrimonial fuera objeto de disolución fueron las siguientes:

1) Que la mujer le hubiese encubierto maquinaciones contra el Estado.

2) Adulterio probado de la mujer.

3) Atentado contra la vida del marido.

4) Tratos con otros hombres contra la voluntad del marido o haberse bañado con ellos.

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

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

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

1) La alta traición oculta del marido.

2) Atentado contra la vida de la mujer.

3) Intento de prostituirla.

4) Falsa acusación de adulterio.

5) Que el marido tuviera su amante en la propia

casa conyugal o fuera de ella, de un modo ostensible, con persistencia no obstante las admoniciones de la mujer a sus parientes."B

En general estas causales dieron la pauta para establecer el denominado divorcio necesario, cabe recordar que en nuestra legislación competente se pueden observar otro tipo de causales, mismas que pueden ser solicitadas por el hombre o por la mujer.

En relación con las causales que fueron fundadas exclusivamente para los hombres, si analizamos la primera causa tenemos que aún nos muestra que de cierta forma la mujer se encontraba bajo el sometimiento del marido; ya que no podía acusar a su esposo de conductas que conllevaran un perjuicio al Estado; es por ello que considerando la posición de la mujer se encontraba limitada en su modo de actuar por miedo a las represalias que traieran en consecuencia; sin embargo, todavía el hombre tenía la facultad de pedir el divorcio por la complicidad que su esposa presentaba. Por lo tanto, resulta obvio precisar que el esposo podía pedir el divorcio porque su esposa se volvió su cómplice o porque ésta lo haya traicionado al enterar de su traición a las autoridades romanas.

La segunda conducta nos marca el adulterio de la

B PALLARES, Eduardo. El Divorcio en México. Sexta edición. Ed. Porrúa, S.A. DE C.V. México, 1971. p.p.12-13.

mujer; entendiéndose como tal, las relaciones extramaritales que sostenía la mujer, pero estas relaciones debían ser probadas; es decir, no bastaba con el sólo pensamiento que el varón tenía en relación a que su esposa sostenía relaciones sexuales con un hombre distinto; sino era necesario para solicitar el divorcio mostrar las suficientes pruebas que revelaran dicha conducta. Esta causa tuvo gran importancia dentro de la legislación romana, ya que en la actualidad aún podemos observar que permanece vigente en distintas legislaciones como la nuestra. Al tomar el adulterio con sus suficientes elementos que lo prueben como causa de divorcio, se consideró la falta de respeto que la mujer cometía a su cónyuge, hijos, a su hogar y a ella misma.

El atentado contra la vida del marido, fue establecida como causal de divorcio, aunque la misma podía configurarse como un delito; ya que pese a la condición que guardaba la mujer dentro del núcleo familiar, o mejor dicho dentro de la sociedad propia, no podía justificarse por ningún motivo la intención de acabar con la vida de su cónyuge. Lo anterior lo consideramos desde el punto de vista que nadie posee el derecho de privar a alguien de la vida, aunque sólo se llegue a la tentativa de homicidio.

En relación exclusivamente a los tratos que la

mujer sostuvo en contra de la voluntad de su cónyuge, consideramos que fue una causa muy extremista, ya que los tratos en primer lugar, tenían que haber considerado los romanos que se entendía por tratos; es por ello que si sólo se refería a la plática o simplemente a los gestos de cortesía que la mujer correspondía, no creemos justificado el motivo para pedir el divorcio. Sin embargo; si estos tratos pudieran dar indicios al marido que su esposa mantuviera relaciones sexuales con otro hombre, entonces dicha acción ameritaba pedir el divorcio.

Ahora bien; una característica de esta causa es el desacuerdo del marido para que su esposa tuviera tratos o se bañara con otros hombres; lo cual nos indica que si el hombre manifestará su consentimiento no era motivo de pedir el divorcio. Entonces esta causa hace alarde del convencionalismo que dichas acciones llevan consigo: ya que si eran propios para los fines del hombre estaba de acuerdo, pero si estos actos no trajeran en forma implícita algún beneficio para el mismo estaba facultado para pedir el divorcio.

La quinta causa nos señala el abandono de hogar por parte de la mujer sin que exista para ello la voluntad de su cónyuge; pero nos hace notar esta causa que pudiera existir algún motivo intolerable para la mujer, y por ende,

se encontraba en la necesidad de abandonar su hogar, de huir del mismo; ésto podía ser motivado por malos tratos o por difamación de honor.

Como última causa de divorcio la encontramos exagerada; ya que el asistir a espectáculos públicos sin permiso del marido no ameritaba pedir el divorcio. Es así que la mujer también tenía al igual que el hombre derecho a divertirse en forma sana y sin que ello se ha considerado como faltas a la moral o al esposo, ésto lo tomamos en cuenta desde el punto de vista que la diversión representa una necesidad en todo ser humano.

Las causas de divorcio que eran exclusivamente para la mujer fueron distintas de las anteriores. Por lo que respecta a la primera encontramos la traición oculta del marido, entendiéndose por traición el delito que se comete en contra de la fidelidad o lealtad de alguien; sin embargo, este delito tenía que ser oculto y grave. Por lo tanto; los romanos tenían que establecer las distintas acciones que pudieran perfilar como traición; así también éstas debían ser distintas a las otras causas de divorcio. Es así que esta causa, resulta un poco confusa debido a que nos indica que la traición debía ser oculta; por lo cual cómo podía la mujer pedir el divorcio por esta vía.

Al igual que el hombre la mujer podía pedir el

divorcio por el atentado contra la vida; ya que consideramos que desde los romanos hasta nuestros días, la vida es considerada como el bien más preciado que se puede tener y por consiguiente nadie está facultado para matar a alguien.

La tercera causa la consideramos importante, ésto es en atención a que constituye una falta grave en cuanto a su persona, hogar e hijos. Esta causa que fue interpuesta por los legisladores romanos la encontramos en nuestra propia legislación de la materia actualmente dentro del denominado divorcio necesario. Es considerada como una causa grave, ya que su propio cónyuge es quien intentaba prostituirle con distintos hombres con el propósito de obtener algún beneficio; en consecuencia, esta actitud amenazaba con destruir el núcleo familiar, así como la propia integridad humana de la mujer.

La cuarta causa era la falsa acusación de adulterio, la cual se equipara al delito de calumnia; es por ello que los legisladores romanos al establecer esta causa, pensaron en que la simple sospecha por parte del hombre no bastaba ya que era indispensable mostrar la infidelidad de su esposa, y en consecuencia, al no existir los elementos suficientes que mostraran el adulterio; la mujer tenía el derecho de pedir el divorcio.

La última causa de divorcio nos señala dos

posibilidades por las cuales la mujer podía pedir el divorcio; la primera se refería para aquellos casos en que el esposo mantuviera a su amante en su propio domicilio conyugal, lo cual por obvias razones el divorcio tenía que ser declarado por los romanos así como sancionar dicho acto tan denigrante para la mujer. La otra posibilidad fue en relación a que el hombre tuviera una amante fuera de su domicilio conyugal pero éste fuera evidente y continuo; es decir, se puede hablar de escándalo público y en consecuencia ya no había a la luz alguna duda por parte de la mujer para probar las relaciones ilícitas que su cónyuge sostenía.

11 . EL DIVORCIO EN LA BIBLIA .

Dentro de la Biblia encontramos que el matrimonio es considerado como la unión entre un hombre y una mujer con la finalidad de multiplicar la especie humana, así como de respetarse, cuidarse y procurarse en forma recíproca. Por consiguiente; el matrimonio también es considerado como un vínculo indisoluble; estableciendo como causa de divorcio el repudio o la muerte de alguno de los cónyuges; ésto se debe a que el matrimonio fue elevado al rango de sacramento.

" Y dijo Jehová Dios, no es bueno que el hombre

esté sólo; le haré ayuda idonea para él ", (Génesis 2.18)."

9

Una vez establecidas las causas de disolución del vínculo matrimonial, encontramos que dentro de la tendencia del Cristianismo el divorcio o libelo de repudio fue evolucionando radicalmente.

A raíz de crear Dios a la pareja humana en el paraíso, tuvo como deseo que permanecieran unidos de modo indisoluble. Dentro del libro de Génesis encontramos lo siguiente:

" No es bueno que el hombre esté sólo, voy a darle una ayuda proporcionada a él; y tras un sueño que le infundió, tomó una de sus costillas, cerrando en su lugar su carne; de la costilla que del hombre tomara, formó Yahavé-Dios a la mujer, y se la presentó al hombre. Esté exultante de gozo exclamó: " ésto sí que es hueso de mis huesos y carne de mi carne ". Esta se llamará Varona porque del varón ha sido tomada. Por eso dejará el hombre a su padre y a su madre y se adherirá a su mujer; y vendrán a ser los dos, una sola carne ". (Génesis 2-18 y siguientes) "

10

De lo anterior, desprendemos que Dios tomó en cuenta la condición del hombre: es decir, pensó en la

9 B. R. Hicks. Concerniente al Matrimonio. Ediciones Gilgal, S.A. México, 1989, p. 4.

10 CHAVEZ Ascencio, Manuel F. La Familia en el Derecho, Relaciones Jurídicas Conyugales. Segunda edición. Ed. Porrúa S.A. México, 1990. p. 415.

soledad en que se encontraba y por ello decidió hacer de su propia carne del hombre a su compañera.

Anteriormente establecimos que la Biblia considera al matrimonio como un vínculo indisoluble y en atención a ésto encontramos las palabras de Concilio Vaticano. II :

" Este amor ratificado por el mutuo consentimiento y sobre todo por el sacramento de Cristo, resulta indisolublemente fiel, en cuerpo y en mente, en prosperidad y en adversidad, y por lo tanto, quedó excluido de él todo adulterio o divorcio ." 11

Ahora bien; Concilio Vaticano II estableció que del matrimonio quedaba excluido el divorcio o el adulterio; sin embargo, la Iglesia permite la disolución del matrimonio en determinadas circunstancias como es el propio adulterio ya que éste se encuentra sancionado por la propia Biblia; es por ello que las palabras mencionadas por Concilio Vaticano II resultan contradictorias con las estipulaciones que se encuentran impresas en la Biblia.

El divorcio podía entenderse como la disolución del vínculo matrimonial en todos los aspectos es por ello no era permitido.

Sin embargo; a partir de la legislación mosaica se autorizó y reglamentó el denominado divorcio en cuanto al

11 Ibidem, p.p. 433 y 434

vínculo, dentro del cual el procedimiento a seguir era a través de la entrega a la esposa del denominado libelo de repudio así como era obligatorio hacer de su conocimiento a la familia de su cónyuge el motivo por el cual elabora el repudio.

Así mismo si profundizamos el estudio del párrafo citado observamos que este tipo de divorcio era exclusivamente para el uso del varón; por lo tanto, la mujer estaba excluida de pedir el divorcio. También se estableció el procedimiento que el varón tenía que llevar a cabo, el cual consistía en hacerle saber a su esposa por medio de un escrito los motivos que lo obligan a pedir el divorcio, pero estos motivos tenían que constituir causas graves que fueran infames o denigrantes para la figura de su compañera; así también el marido tenía la obligación de informar a la familia de su cónyuge su decisión; es así que la mujer era entregada a su familia de nueva cuenta.

Anterior a Concilio Vaticano II, los profetas combatieron el divorcio que se practicaba desde tiempos anteriores a los de Moisés, esto último puede visualizarse en el contenido del libro de Malaquías.

El texto relativo a lo anterior es el contenido en los versículos 1 al 4 del Capítulo 24 del Deuteronomio, que dice:

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

Con este contenido podemos observar claramente el procedimiento que debe llevarse a cabo por el marido cuando tenga algún vicio notable o una falta grave su esposa, y en consecuencia, pueda pedir el divorcio.

" Si después de haber salido toma otro marido

" Y éste también concibiere, aversión a ella y le diere escritura de repudio y la despidiere de su casa, o bien si él viene a morir;

" No podrá el primer marido volverla a tomar por mujer; pues quedó amancillado y hecha abominable delante del Señor; no sufras que con un tal pecado sea contaminada la tierra, cuya posesión te ha de dar el Señor Dios tuyo ". 12

En estos últimos versículos observamos el denominado divorcio vincular en lo concerniente que este tipo de divorcio deja en aptitud a los cónyuges de contraer nuevas nupcias. Sin embargo, este divorcio no acepta la posibilidad que vuelvan a unir en matrimonio los cónyuges, después que la mujer volvió a intentar su vida conyugal con un varón distinto a su primer esposo.

12 La Santa Biblia. Deuteronomio 22. Sociedades Bíblicas en América Latina, p.199.

Otros casos de disolución establecidos por la Iglesia, de acuerdo con el Lic. Chávez son los siguientes:

- " a) Privilegio Paulino.
- b) En el matrimonio rato y no consumado.
- c) Por el reciente llamado privilegio de la Fe "

13 .

a) Privilegio Paulino. Esta causa de disolución se encuentra dentro del capítulo IX que trata " de la separación de los cónyuges ", en cuya primera parte se trata " de la disolución del vínculo ".

Con el propósito de poder entender mejor el privilegio paulino hemos citado al canon 1143, el cual nos dice lo siguiente:

" El matrimonio contraído por dos personas no bautizadas se disuelve por el privilegio paulino en favor de la fe de la parte que ha recibido el bautismo por el mismo hecho de que ésta contraiga nuevo matrimonio, con tal de que la parte no bautizada se separe ".

Este privilegio desde nuestro punto de vista era considerado como una gracia concedida a la persona bautizada para poder contraer nuevas nupcias posteriormente; siempre y cuando, sea con una persona que si poseía el bautizo tanpreciado para este privilegio.

Para entender la disolución del vínculo

13 Ibidem, p. 444.

matrimonial a través del privilegio paulino se exigen cinco condiciones, a saber son las siguientes:

" 1. Matrimonio legítimo, es decir, celebrado entre dos infieles; 2. Recepción del bautismo por uno de los cónyuges; 3. Interpelación previa, dirigida al esposo no bautizado, sobre si se quiere convivir o, por lo menos si consiente en cohabitar pacíficamente, sin injuria del Creador; 4. Negativa a convertirse o por lo menos a cohabitar pacíficamente por parte del infiel; 5. Matrimonio de la parte bautizada con persona católica, pues el privilegio se concede " in favorem fidei, favorece la fe ".

14

Una de las condiciones es el acuerdo de voluntad en llevar una convivencia tranquila por parte del esposo no bautizado. Así también se tiene como condición que el cónyuge no bautizado no tenga ninguna intención de obtener el bautizo.

En las dos últimas condiciones observamos que era indispensable tener el bautizo o en caso de no tenerlo, se requería la voluntad del cónyuge no bautizado para cambiar de religión.

" b) Dispensa sobre el Matrimonio Rato y no Consumado. Esta causa data de la Edad Media, la cual aún se

14 CHAVEZ, Op. cit., p.445.

encuentra vigente en el canon 1142, que dice: " El matrimonio no consumado entre bautizados o entre parte bautizada y parte no bautizada, puede ser disuelto con causa justa por el Romano Pontífice, a petición de ambas partes, o por una de ellas, aunque la otra se oponga... " Se señala que esta causa puede ser aplicada en los casos de impotencia de alguno de los esposos, que impide la consumación. La otra posibilidad, es en el caso de que no hubiere sido consumado el matrimonio, cuando alguno de ellos hubiere emitido votos solemnes en alguna orden religiosa " . 15

Las características de esta disolución podemos ver que son las siguientes:

1) La disolución puede ser llevada a cabo tanto por cristianos o por infieles.

2) La disolución del vínculo conyugal puede ser pedida por los dos cónyuges, o bien por alguno de ellos aún cuando exista oposición por el otro.

Las causas por las cuales se puede pedir dicha disolución es por la impotencia sexual de alguno de los cónyuges, y en consecuencia, no pueda llegar a consumarse su unión. Por lo tanto, al tener alguno de ellos impotencia no pueden realizar la obligación ineludible de su unión, procrear la especie. Ahora bien; en este tipo de causa

15 Ibidem, p. 446.

podemos encontrar el principio que se encuentra previsto en nuestra legislación civil, básicamente en el artículo 267, fracción VI, en la cual tenemos el denominado divorcio no vincular, ya que en este tipo de divorcio subsisten las obligaciones civiles, excepto la convivencia marital, ésto en atención a que su amor sigue prevaleciendo.

En cuanto a la segunda posibilidad nos hace mención a la decisión que manifiesta alguno de los cónyuges en emitir votos solemnes, siempre y cuando no hayan llegado a la consumación.

" c) Disolución por el Privilegio de la Fe. Este apartado comprende diversas situaciones, entre las que se encuentran las siguientes:

a) El matrimonio contraído entre parte bautizada y parte no bautizada, aun cuando hubiere sido consumado para disolverse por dispensa del Sumo Pontífice.

b) Matrimonio contraído y consumado en la infidelidad podía disolverse, aún después de la conversión de ambos cónyuges, con tal que no haya intervenido cópula carnal después de bautizados.

c) Matrimonio legítimo, consumado o no, no podía ser disuelto por la autoridad civil, y sí por el Sumo Pontífice. Entendiéndose por matrimonio legítimo el

contraído por dos infieles, afirmándose que no es disoluble (sea o no consumado) por intervención del Estado ". 16

La primera situación comprende únicamente el hecho que el matrimonio se hubiere celebrado entre un cónyuge bautizado y su compañero no tuviere dicho bautizo, en esta situación la dispensa se otorgaba sin importar la consumación o no del matrimonio.

La segunda situación se refiere al matrimonio celebrado entre no cristianos, esta disolución se podía dar salvo que hayan tenido contacto carnal.

Como última situación es solamente para los cónyuges infieles cuyo matrimonio no importaba si se había consumado o no; pero lo importante de esta situación es observar que el Estado representado por una autoridad civil no tiene competencia alguna para intervenir en la disolución del vínculo matrimonial; ya que esta disolución está sujeta al Sumo Pontífice por ser quien representa la ley divina.

I I I . EL DIVORCIO EN EL DERECHO CANONICO .

En el Derecho Canónico el matrimonio es considerado, al igual que en la sociedad romana y en el derecho bíblico, como una unión entre un hombre y una mujer, esta unión resulta indisoluble puesto que el matrimonio es

16 Ibidem, p. 446.

elevado al rango de sacramento, y en consecuencia, esta unión no puede ser disuelta por leyes humanas, y por lo tanto se rige por la ley divina.

Para el Derecho Canónico una vez establecido el matrimonio, acertaron en indicar la posibilidad que ese vínculo se viera disuelto. Es así que tomaron el término de disolución.

Para la Iglesia el matrimonio es un sacramento que no está sujeto a ninguna separación y en consecuencia las legislaciones creadas por los hombres no pueden separar dicha unión; sin embargo, posteriormente la Iglesia se ve en la necesidad de aprobar el divorcio en casos que se consideren graves y que afecten al núcleo familiar.

Es así que cabe recordar las palabras de Concilio Vaticano II que expresamos en apartados vistos. Estas palabras nos exponen lo siguiente:

" Este amor ratificado por el mutuo consentimiento y sobre todo por el sacramento de Cristo, resulta indisolublemente fiel, en cuerpo y mente, en prosperidad y adversidad, y por lo tanto quedó excluido de él todo adulterio o divorcio."

Resulta válido que todo matrimonio se celebre

con el propósito de consolidarse y estar siempre juntos en todo momento que deba pasar la vida conyugal, así también es aceptable el hecho que una vez casados se deben mutuamente respeto, fidelidad y lealtad entre otras obligaciones. Sin embargo; consideramos que la otra parte de las citadas palabras fue idealista, esto es en atención a que el adulterio o cualquier otra causa grave de divorcio han existido desde la antigüedad siempre, y que esta conducta es una falta grave para llevar una convivencia tranquila y estable en el núcleo familiar.

Tan cierto es lo anterior que la Iglesia condena el divorcio vincular, pero posteriormente se ve en la necesidad de considerar al divorcio no vincular como un medio que permite la separación del lecho marital únicamente en casos específicos. Es así que la Iglesia ya deja atrás ese tabú tan arraigado sobre el divorcio, aunque solo apruebe el divorcio no vincular.

En relación al último párrafo tenemos el divorcio en cuanto a cama y mesa, pero no en cuanto al vínculo (*divortium quoad torum et mensam, non quoad vinculum*), en este tipo de divorcio siguen subsistiendo todas las obligaciones civiles que se derivan del matrimonio; aunque la Iglesia únicamente nos dice que éste se permite en casos específicos, podemos considerar como

tales las enfermedades contagiosas, mismas que ponen en peligro la vida también del conyuge sano.

Es así que podemos desprender que al existir una causa lo bastante grave debe pedirse y otorgarse el divorcio; ya que de no otorgarlo la vida conyugal sufriría terribles cambios, y en consecuencia, los cónyuges serían infelices y sus vidas estarían llenas de frustraciones y rencores.

En consecuencia de la evolución que presenta el divorcio, la Iglesia se vió en la necesidad de precisar otras causas que llevaran a la separación del vínculo conyugal.

Al respecto el canon 1131 dice: " Si uno de los cónyuges da su nombre a una secta acatólica; si educa acatólicamente a los hijos; si lleva una vida de vituperio o de ignominia, si es causa grave de peligro para el alma o para el cuerpo de otro, si con sus servicios hace la vida en común demasiado difícil; esto y otras causas semejantes son todas ellas causas legítimas para que el otro cónyuge pueda separarse con autorización del Ordinario Local, y hasta por autoridad propia, si le consta con certeza y hay peligro en la tardanza ."

" En todos estos casos, al cesar la causa de

la separación, debe restaurarse la comunión de la vida; pero si la separación fue decretada por el Ordinario Local para un tiempo determinado o indeterminado, el cónyuge inocente no está obligado a ella, a no ser que medie un Decreto del Ordinario o que haya pasado el tiempo ". 17

Como podemos observar estas causas son básicamente de orden religioso . Ahora bien; llevar una vida conyugal con principios bajos o reprobatorios, son causas para solicitar la separación temporal del matrimonio, dentro de estas causas consideramos que deben explicarse las situaciones graves que la Iglesia define como vituperio o ignominia; ya que si citamos como ejemplo, la prostitución de la mujer o los hijos, entonces creemos que como causa grave debe otorgarse la separación del vínculo conyugal pero, esta separación debe otorgarse en forma definitiva.

Una vez otorgada la separación se tomaron en cuenta los efectos que podían tener lugar en relación a los hijos; es por ello que a continuación citamos al canon 1132 que nos dice lo siguiente:

" Verificada la separación, los hijos deben educarse al lado del cónyuge inocente, y si uno de los cónyuges es acatólico, al lado del cónyuge católico, a no ser que en uno y otro caso haya el Ordinario decretado otra

17 Ibidem, p. 449.

cosa atendiendo al bien de los mismos hijos, y dejando siempre a salvo su educación católica " . 18

Lo anterior nos hace pensar ante todos los demás efectos que produce el divorcio, los únicos intereses que se pretenden salvaguardar son los intereses religiosos.

I V . EL DIVORCIO EN MEXICO .

A . EL DIVORCIO EN EL MEXICO PRECOLONIAL .

Dentro de la cultura maya encontramos que el matrimonio era concebido como la unión entre un hombre y una mujer, cuya obligación era procrear a los hijos. Sin embargo; esta cultura tuvo sus propias características que hacían distinto al matrimonio.

Como causas de disolución del vínculo matrimonial se señaló el repudio de la mujer por causa de infidelidad. Para explicar lo anterior tenemos lo siguiente:

" La infidelidad de la mujer era causa de repudio si a tiempo del repudio los hijos eran pequeños los llevaba la mujer; si eran grandes las hembras pertenecían a la esposa y los varones al esposo. La mujer repudiada podía unirse con otro hombre y aún volver con el primero, había la mayor facilidad para tomarse o dejarse." 19

18 Ibidem, p. 449.

19 FALLETTA Y CIA. México a Través de los Siglos Tomo IV. Sucesores Editores, México, 1989, p. 118. Tomo IV. Sucesores Editores, México, 1989, p. 118.

La infidelidad de la mujer siempre ameritaba un castigo mas severo en tal situación se encontraba en una desigualdad de derechos y obligaciones que el hombre. Las consecuencias que traía consigo el repudio era que la mujer tenía que velar por el cuidado de los hijos, pero se hace una notoria diferencia entre los sexos; ya que si eran varones grandes quedaban al cuidado del hombre y si eran varones pequeños o mujeres, sin importar su edad quedaban al cuidado de la madre.

En relación al procedimiento que debía seguirse todo parece indicar que fue flexible, ya que la mujer podía volver a casarse con su primer esposo, y en lo concerniente a contraer un segundo matrimonio, encontramos en cierta forma, el divorcio que se regula en nuestro actual Código Civil al determinar que el divorcio vincular es el medio utilizado para disolver el vínculo matrimonial, y en consecuencia, deja en aptitud a los cónyuges de contraer nuevas nupcias.

Lo anterior nos indica que en determinada forma los cónyuges debían someterse a un procedimiento precario y por lo mismo hemos transcrito lo siguiente:

" Las quejas de matrimonio se presentaban al gran sacerdote, Patemuti. Las tres primeras veces los amonestaba reprendiendo al culpable; a la cuarta se

decretaba el divorcio. Si la culpable era la esposa seguía, sin embargo, viviendo en la casa marital; a no ser que fuera por causa de adulterio en que entregada al Patemuti la mandaba matar. En cambio, si la culpa era del varón, recogía a la mujer sus parientes y la casaban con otro. No se permitía un segundo divorcio ". 20

Como podemos observar el procedimiento a seguir no fue muy complicado, pero algo enérgico, ya que las tres primeras veces sólo se reprendía al cónyuge haciéndole saber de la falta que estaba cometiendo, la cuarta vez se decretaba el divorcio. Sin embargo; este procedimiento carecía de toda formalidad y término, ya que se sometía a la decisión del gran sacerdote, quien tenía autoridad para tomar dichas decisiones. Cabe resaltar que esta autoridad gozaba de atribuciones que actualmente le pertenecen al poder judicial. Mientras tanto, este sacerdote tenía el deber de decretar el divorcio y si la culpable era la mujer, en caso de adulterio, era privada de la vida.

En cambio, si el cónyuge culpable era el hombre, por causa de adulterio, éste simplemente devolvía a la mujer a sus padres, quienes se encargaban en buscar un segundo matrimonio para ella.

Además en relación al procedimiento establecido

20 Ibidem, p.10.

en Texcoco encontramos los siguientes indicios evolutivos del mismo:

" El marido y la mujer estando ante los jueces en su sala, tenía la obligación de oír primero al querellante, una vez hecha su narración y entablada la queja, preguntaba luego al otro si lo dicho anteriormente era verdad. Así mismo, preguntaba también en que situación se encontraba, si había sido en modo matrimonial, de consentimiento y licencias de sus padres y con las ceremonias usadas o por amancebados (modo fornicario). Y si era por modo de amancebados hacían poco caso de que se separasen o quedasen juntos; pero si eran casados según sus ritos matrimoniales, una y dos veces y muchas veces trabajaban de los concertar; sin embargo, nunca consentían en separarlos ". 21

Podemos observar que dentro de este procedimiento encontramos determinadas pautas para llevar un juicio, precisamente ante un juez competente, quien tiene la obligación de hacer ver a las partes la situación tan delicada que los llevó a tomar la decisión de promover el divorcio. También era de suma importancia identificar la calidad de su relación; es decir, conocer si estaban juntos por matrimonio legítimo y válido o bien, si vivían en modo contrario al matrimonio.

21 Ibidem, p. 413.

Esto último era indispensable para determinar en que forma el juez debía arreglar la situación que guardaban los cónyuges. El matrimonio por ser fundamental para la fomentación de un núcleo familiar sólido, el juez mostraba gran interés en consolidar la vida conyugal; sin embargo, es preciso indicar que los cónyuges nunca quedaban separados, por lo tanto, sólo se alargaba el proceso sin llegar nunca a la sentencia que trajera consigo el divorcio como tal.

Es así que en esta última parte del proceso consideramos que realmente ya no se trataba de un proceso como tal, porque carecía de los términos que se requiere, además no podían las partes estar sujetas a una decisión que nunca llegaría a sus manos, por lo cual en nuestra legislación vigente no tiene lugar tal acción, esto se debe a que el proceso a seguir contempla términos judiciales para actuar y uno de ellos, precisamente comprende dictar la sentencia en la que se determina si el divorcio ha procedido o se ha negado la petición de los cónyuges.

H. EL DIVORCIO EN EL DERECHO AZTECA.

El matrimonio entre los aztecas al igual que las anteriores culturas fue concebido como la unión entre un hombre y una mujer para procrear hijos. Sin embargo; este matrimonio no estaba sujeto a ninguna formalidad respecto a

las leyes; ya que esta cultura consideraba al matrimonio como un acto que estaba estrictamente apegado al orden religioso.

Los aztecas al considerar al matrimonio como un elemento único y exclusivo dentro de su sociedad para conseguir el desarrollo y el respeto de los demás pueblos no vieron con gran simpatía al divorcio, ya que este último, diversificaba la familia, y en consecuencia, produce vulnerabilidad en dicho núcleo.

En consecuencia, los jueces obstaculizaron el proceso que debía seguirse, ya que el vínculo matrimonial por medio del divorcio sólo podía decretarse por virtud de un fallo judicial. Ahora bien; al igual que la cultura maya los jueces aztecas antes que pudieran decretar el divorcio trataban por todos los medios de persuadir a las partes y con ello conseguir la tan esperada reconciliación.

Así también; el divorcio para que tuviera efectos como tal, se necesitaba que el juez pronunciara el fallo judicial correspondiente; es así que el hombre que repudiaba a su mujer sin existir el fallo judicial respectivo era castigado por infringir las normas establecidas durante ese tiempo.

Una vez promovido el divorcio era indispensable el fallo judicial para que realmente existiera el divorcio; sin

embargo, los jueces sólo permitían la separación y nunca decretaban el divorcio como la ruptura del vínculo matrimonial.

Así los jueces facultaban al varón para que tomara una decisión compatible con los principios que los primeros tenían en relación al matrimonio, pero nunca autorizaron el divorcio en forma directa, ya que permitían la separación de los cónyuges guardando con ello el estado de casados en ambos, y en consecuencia no podían volver a contraer nuevas nupcias. Por lo que nos hace pensar que el proceso a seguir carecía de rigidez, formalidades, competencia y solemnidades.

Es así que el hombre contaba con distintas causas que le pudieran servir para pedir el divorcio; entre estas causas sobresalen el descuido que la mujer presentara en su hogar y en su propia persona; es decir, la pereza, la negligencia, la falta de atención así como las manifestaciones desequilibradas en su carácter. Otra de las causas que el varón tenía a su favor era la impotencia sexual; sin embargo, esta causa se caracterizó en lo relativo a que también la mujer podía ejercitar dicha causa.

Ahora bien; podemos añadir que ya entre nuestros antepasados se configuraba el divorcio no vincular, mismo que actualmente está previsto en el Código Civil vigente. A

manera de introducirnos un poco más al estudio del divorcio que se exhibió durante esta época, encontramos que una vez permitida la separación, los hijos conservaban una condición muy especial; debido a que su propio sexo determinaba con cual de los dos cónyuges quedaría bajo su cuidado: es decir, la mujer tenía la obligación de cuidar a las hijas y obviamente los hijos quedaban al cuidado del varón.

Los demás efectos que el divorcio trae consigo es en relación a los bienes, al respecto tenemos lo siguiente:

"... Otra consecuencia del divorcio, consistía en que el cónyuge culpable perdía la mitad de sus bienes, durante el matrimonio, antes de que se llevara a cabo la separación, y "no siendo culpable ninguno de los consortes", se les devolvía lo que a cada quien le pertenecía ". 22

Para comprender mejor los efectos del divorcio en relación a los bienes, es necesario recordar que la mujer también podía poseer bienes; y en consecuencia, gozaba de la participación en diferentes actividades que eran exclusivas de los hombres. Ahora bien; una vez dictado el divorcio en relación al cónyuge culpable, éste perdía la mitad de sus bienes, que haya obtenido a lo largo del matrimonio ya que se respetaban los bienes que cada uno aportó a la sociedad conyugal, siendo ésta última según estudios que se han recopilado en lo relativo a la sociedad

22 MENDIETA Y Nuñez, Lucio. El Derecho Precolonial. Ed. Porrúa, S.A. México, 1987, p. 141.

conyugal bajo el régimen de separación de bienes.

Por último, tenemos que el divorcio se presentó entre los aztecas, aún cuando su propia sociedad lo reprobaba; sin embargo, este medio por el cual, los cónyuges se separaban careció de cualquier tipo de formalidades, así como de las normas legales que previnieran la forma en que debía llevarse a cabo.

C. EL DIVORCIO EN LA EPOCA COLONIAL.

En esta etapa histórica; México sufrió un cambio radical, lo anterior se debe a la Conquista Española. Por lo tanto, estuvo vigente en la Nueva España la legislación española.

Dentro de las legislaciones españolas que estuvieron vigentes durante este periodo, encontramos la denominada " Ley de las Siete Partidas ", su importancia radica en que este ordenamiento se ocupó de la materia de divorcio, básicamente en el título noveno, donde se estipularon las leyes más importantes de esta materia, a saber son las siguientes:

" La segunda que autoriza el divorcio por causa de adulterio y ordena al marido que tiene conocimiento de este

delito, que acuse a su mujer. Si no lo hace, peca mortalmente. La acusación deberá presentarse ante el Obispo o ante un Oficial suyo.

La ley tercera autoriza también la separación de los esposos cuando el matrimonio se celebró, no obstante existir un impedimento dirimente y también si los esposos son cuñados. En este caso, se trata más bien de pedir la anulación del matrimonio y no el divorcio.

La ley cuarta prohíbe que pidan la acción mencionada las siguientes personas: el que se supiese que estaba en pecado mortal o que se le probase estarlo, a menos que le correspondiese hacerlo por parentesco. Tampoco se deberá oír al que lo hiciese con intención de utilizarse de alguna cosa de aquellos a quienes acusa, ni el que hubiese recibido dinero u otra cosa por esta razón, siempre que se le pudiese probar . " 23

Así también, esta misma ley exige que el cónyuge que tenga a su conocimiento el adulterio cometido por su esposa tiene la obligación de denunciar dicha conducta, pero en caso contrario llevaba consigo para toda su vida el remordimiento de permanecer en pecado mortal.

En lo que respecta a la tercera ley, más que materia de divorcio, se habla de anulación del matrimonio que contrajeran los consortes aún cuando prevalecía algún

impedimento para celebrar dicha unión conyugal.

Por último; la ley cuarta nos indica quienes no pueden pedir la anulación del matrimonio; entre estas personas encontramos a la persona que viva en pecado mortal, aquel que tenía la intención de pedir la anulación porque representaba un beneficio para él, sea por dinero o por algún otro objeto que le satisficiera su ambición; pero era obligatorio probar lo dicho con antelación para conseguir la anulación del vínculo conyugal.

Sin embargo; se tuvo la necesidad de profundizar más en la materia de divorcio; así también se estableció en el Fuero Real, en la Ley Novena, Título Primero, Libro II, el denominado divorcio vincular. El divorcio vincular podía ser solicitado por alguno de los cónyuges o por ambos, este divorcio exigía que el matrimonio no hubiese llegado a su consumación y el motivo por el cual se implantó este sistema de disolver el vínculo conyugal fue el deseo que se haya manifestado de querer entrar a una orden de carácter religioso.

El ordenamiento legal más completo e importante durante la época colonial fue la Ley de las Siete Partidas, la cual estableció diferentes normas que regulaban el divorcio, entre ellas tenemos la

Partida Cuarta, que precisó con mayor extensión las estipulaciones acerca del divorcio, en esta Partida las leyes más importantes se encuentran previstas en el Título Décimo a saber cada una de ellas contempla lo siguiente:

" Ley I. Qué cosa es divorcio y de dónde tomo este nombre.

Ley II. Por qué razones se puede hacer esta separación

Ley III. Por qué el que se hace cristiano o cristiana se puede separar de la mujer o marido con quien estaba casado antes, según su ley.

Ley IV. Que diferencia hay entre los casamientos que hacen los cristianos y los que hacen los que son de otra ley.

Ley V. Cuándo se dice que los casamientos se han comenzado, son firmes y acabados.

Ley VI. De los maridos que cometen fornicación después que han sido sentenciados a separarse de sus mujeres por razón de adulterio.

Ley VII. Quiénes pueden sentenciar en caso de separación del matrimonio y de que manera.

Ley VIII. No pueden ser puestos en manos de arbitros de pleitos de separación de matrimonios". 24

A continuación explicaremos cada una de las leyes antes citadas.

En relación a la primera ley, encontramos que el divorcio proviene del latín *divortium*, por medio de él se obtiene la separación de los cónyuges este sistema contempla que los consortes deben manifestar su voluntad de romper con el vínculo que un día unieron. Es por ello que el divorcio, significa dividir, separar o romper el vínculo conyugal.

Las razones que se contemplaron para solicitar el divorcio, son el adulterio cometido por la mujer, el cual era obligatorio su probación, cambiar de religión y que no mostrara su deseo de enmendarse, o bien la separación con la Iglesia Católica. Al igual; el divorcio se solicitaba cuando alguno de los cónyuges después de haber consumado el matrimonio, quisiera entrar a alguna orden monástica; sin embargo, era necesario que el otro cónyuge consintiera en esa decisión. Así también debían acudir ante el Obispo para hacerle saber su deseo de ingresar a alguna orden y el otro cónyuge tenía la obligación de prometer guardar su castidad. Por lo tanto; consideramos que más bien estamos hablando de anulación de matrimonio; ya que el cónyuge que haya ingresado a alguna orden monástica no puede posteriormente hacer vida marital, y en consecuencia, el otro

cónyuge no debe estar unido a alguien que entregue su vida a la Iglesia y poder así rehacer su vida con otra persona que no presente dicho obstáculo.

La quinta nos alude a los principios derivados de todo matrimonio celebrado entre cristianos y que anteriormente establecimos. La Iglesia al considerar al matrimonio como indestructible, previno el caso que un matrimonio puede disolverse antes de llegar a su consumación si alguno de los cónyuges haya decidido ingresar a alguna orden religiosa.

Así mismo, esta ley contempló el adulterio; sin embargo, no fue visto como causa de divorcio, sino como una acción irregular.

La sexta ley nos habla un poco más sobre el adulterio, el cual puede ser cometido por la mujer o por el hombre. Sin embargo; esta ley presupone que la mujer está facultada para pedir el divorcio, siempre y cuando, ella haya cometido el adulterio primero y que su cónyuge haya demandado el adulterio debidamente probado.

Una vez cometido el adulterio por parte de la mujer se decreta el divorcio, y ésta queda en facultad de demandar a su cónyuge cuando éste tenga acto carnal con persona distinta, el objetivo de esta demanda es

reunir de nueva cuenta a los dos cónyuges.

En esta ley encontramos una profunda obstinación por el matrimonio, pero consideramos que si alguno de los cónyuges demanda el divorcio por causa de adulterio y sea probado, la autoridad competente debe otorgarlo; ya que el adulterio constituye una falta grave para el hogar, incluyendo a los hijos y al cónyuge inocente. Por lo tanto, creemos que fue error la segunda parte de la explicación de dicha ley; esto es en relación a que actualmente el adulterio probado es causa fundamental de pedir el divorcio necesario y que una vez obtenido éste, los cónyuges tienen la libertad de contraer nuevo matrimonio; es decir, con persona distinta al cónyuge culpable.

La séptima ley nos hace referencia a la competencia que las autoridades tenían a su cargo de aprobar o mostrar su descontento sobre la materia de divorcio. Es importante distinguir que dicha ley tenía un carácter religioso bastante obvio, lo cual hoy día es distinto, ya que la Iglesia no tiene competencia alguna en lo relativo a decidir sobre el divorcio, y por ende, la autoridad judicial competente goza de dicha facultad.

En la última ley al respecto tenemos lo

siguientes:

"Prohíbe ésta la Iglesia, aunque aquellos sean clérigos u obispos, por dos razones. Una, porque puestos en manos de éstos no pueden acabarse sino por miedo de pena, y ésta no puede ponerse en los matrimonios; y segunda razón, porque el matrimonio es espiritual". 25

D. EL DIVORCIO EN EL MEXICO INDEPENDIENTE .

Durante esta época el matrimonio también fue visto como en las demás culturas; por lo tanto, su composición y obligaciones las hemos dejado claramente, y con ello nos permitimos omitir dicha definición.

Ahora bien; el ordenamiento jurídico que tuvo gran relevancia en materia de divorcio, fue sin duda, el Código Civil para el Gobierno del Estado de Oaxaca de 1828.

Este Código trajo consigo innovaciones sobre el divorcio ; ya que estableció el denominado divorcio perpetuo y el divorcio temporal; y no por ello dejó de otorgar competencia a la Iglesia; ésto lo podemos explicar debido a que dicho Código mostró en forma explícita en cuanto que exigía que el conocimiento de las causas de divorcio, ya fuere temporal o perpetuo, le correspondía exclusivamente

25 Ibidem, p.21.

al tribunal eclesiástico; pero sólo en lo relativo a la separación de cuerpos y declaración de divorcio. Sin embargo, este Código estableció como deber que las providencias a que diesen lugar las demandas y sentencias del divorcio, ya fuere temporal o perpetuo, le correspondían exclusivamente al juez civil.

Por consiguiente este ordenamiento admitía el divorcio en cuanto a la separación de los cuerpos, pero no admitía el denominado divorcio vincular. De acuerdo con los estudios que se han realizado, puede decirse que para obtener el divorcio en el Estado de Oaxaca, el ordenamiento que regulaba dicha materia era el Código Civil del Estado de Oaxaca de 1828; el cual estipuló que en relación al divorcio era imprescindible hacer uso de la vía canónica y de la vía civil.

Así mismo; transcribiremos los artículos más importantes que regulaban el divorcio en Oaxaca en 1828 .

TITULO SEXTO

DEL DIVORCIO

Art. 144. Por divorcio se entiende solamente la separación del marido y la mujer, en cuanto al lecho y habitación, autoridad del juez.

Hay divorcio perpetuo y temporal.

Como podemos observar el artículo anterior sólo permitía el divorcio no vincular; es decir, el divorcio era considerado como la separación de los cónyuges únicamente en cuanto al lecho conyugal. Así también estableció dos clases de divorcio, el divorcio perpetuo y el divorcio temporal, pero ninguna de éstas dos clases otorgaba la separación de los cónyuges en todos los aspectos.

Art. 145. El marido puede pedir el divorcio perpetuo por causa de adulterio de su mujer. De la misma manera la mujer puede pedir el divorcio perpetuo por causa de adulterio de su marido.

Art. 146. De las demandas de divorcio por causa de adulterio conocerá exclusivamente el tribunal eclesiástico.

Pero éste no podrá admitir dichas demandas sin que se le haga constar que ha precedido el juicio de conciliación y que las partes se han avenido.

Art. 157. Declarado el divorcio perpetuo por sentencia ejecutoriada, solamente el conorte inocente podrá obligar al culpado a reunirse de nuevo y vivir como casados.

Art. 160. Los hijos serán confiados al esposo

que obtuvo el divorcio a menos que el juez en virtud de la demanda de los parientes, ordenase para el mejor bien de los hijos, que todo o algunos de ellos sean confiados al cuidado del otro esposo o de otra tercera persona.

Art. 161. Cualquiera que sea la persona a la que los hijos hayan sido confiados, el padre y la madre conservarán respectivamente el derecho de inspeccionar la mantención y educación de los hijos, y serán obligados a contribuir para estos objetos en proporción de sus facultades.

En relación al divorcio perpetuo encontramos que la única causa por la cual podía pedirse era por adulterio, dejando en igualdad de condiciones tanto al hombre como a la mujer para solicitarlo. Aunque el adulterio se tiene como una falta grave; éste solamente estaba previsto como un divorcio no vincular; es decir, las partes sólo podían obtener una separación en cuanto al lecho y por lo tanto, las demás obligaciones derivadas del matrimonio subsisten. Entre las obligaciones que subsisten son la educación de los hijos, proporcionar los alimentos, así como una manutención para el mantenimiento del hogar y una obligación característica del divorcio no vincular es que los cónyuges no pueden contraer nuevas nupcias.

Así también; observamos las facultades que tenía el tribunal eclesiástico para conocer las demandas de divorcio por causa de adulterio. Así mismo; la acción de divorcio se extingue por el perdón y reconciliación que muestren los cónyuges en cualquier etapa del proceso. Sin embargo; una vez ejecutoriada la sentencia; el cónyuge inocente puede obligar al cónyuge culpable a que vivan juntos otra vez; lo cual nos parece absurdo, ya que desde un principio el adulterio debió haberse considerado como causal del divorcio necesario; y en consecuencia, los cónyuges recobran su libertad y pueden volver a casarse con otra persona de su primer cónyuge.

En relación a los hijos quedaban al cuidado del cónyuge inocente, salvo que el juez considere pertinente que algunos de los hijos o todos sean encargados a otra persona o al cónyuge culpable; pero los padres conservan sus derechos y obligaciones para con sus hijos.

Ahora bien, el Código Civil de Oaxaca de 1828 nos dice en atención al divorcio temporal lo siguiente:

Art. 162. El marido y la mujer podrán pedir el divorcio temporal.

Primero: Porque uno de los consortes haya caído

en heregía o apostasia justificadas; pero en este caso si el consorte apostata o herege se convierte en católico está obligado a reunirse con él.

Segundo: Cuando la mujer temiese ser complicada en los crímenes de su marido, que pudieran causarle la pérdida de su vida, de su honor o de sus bienes, porque corriese peligro de ser reputada cómplice de aquel.

Tercero: Por la locura o furor de uno de los consortes si el otro corriese peligro en su vida o en su padecer otro daño muy grave pero se entiende en el caso de que usando de precaución no pueda libertarse del peligro.

Cuarto: Por causa de crueldad y malos tratamientos sea en obras, como golpes, heridas u otras considerables sean palabras ultrajantes y frecuentes transportes, sea por medio de amenazas capaces de inspirar miedo en un varón constante.

La acción que proviene de esta cuarta causa, así como de las otras tres, compete no sólo a la mujer sino también al marido.

Art. 164. El conocimiento de las causas de divorcio temporal o perpetuo, corresponde al tribunal eclesiástico en lo relativo a la separación de los consortes y declaración de divorcio de cualquiera

clase que sean, sin que se le haga constar que se celebró el juicio de conciliación y en que no hubo avenimiento de las partes.

Art. 166. Las providencias a que diessen lugar las demandas y sentencias de divorcio temporal o perpetuo corresponden exclusivamente al juez civil.

Ahora bien; en el divorcio temporal tenemos que la causa no permitía practicar algún culto religioso diferente al cristianismo; es por ello, que se permitía el divorcio.

La segunda causa consideramos que sólo fue establecida para el uso exclusivo de la mujer, podemos equipararla con el derecho romano al establecer como causa de divorcio el encubrimiento de maquinaciones en contra del Estado, sólo que esta causa era exclusiva del varón.

En alusión a la tercera causa observamos que la locura ha sido tomada como una causa grave que amerita el divorcio no vincular, debido a que la locura es considerada como una enfermedad grave que puede poner en peligro la vida de su cónyuge o incluso su vida propia; por lo tanto, esta enfermedad amerita pedir el divorcio no vincular.

La última causa; actualmente en nuestro Código

Civil es considerada como causal de divorcio necesario, debido a que se tomaron en cuenta los golpes, las palabras antiaconantes o las amenazas como faltas a la mujer que afectan su integridad y dignidad que todo humano trae consigo y, por lo tanto, producen daños considerables a la mujer.

Por último; notamos que este Código Civil permite que la mujer al igual que el hombre pueda solicitar el divorcio. También consideramos de suma importancia la intervención de dos autoridades distintas, pero indispensables dentro del proceso; la primera de ellas, es la autoridad canónica, la cual gozaba de facultades para intervenir dentro del juicio y la segunda autoridad que es la civil y que a nuestra forma de meditar consideramos la más importante dentro de dicho proceso y que debió haber sido la única que gozara de las facultades necesarias para actuar dentro del juicio; sin embargo, se le dio tanta importancia a la autoridad canónica que sin su intervención el proceso no podía seguir.

E. EL DIVORCIO EN EL CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL DE 1870 .

El Código Civil del año de 1870, estipuló que el matrimonio fue considerado como toda unión entre un hombre y una mujer indisoluble.

El divorcio no vincular estaba regulado en dicho ordenamiento y para solicitarlo se establecieron siete causas, de las cuales cuatro de ellas constituían delitos.

Este Código reguló únicamente el divorcio no vincular y cuyo fundamento establece lo siguiente:

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

Posteriormente en el artículo 240 previene como causas legítimas de divorcio:

" 1. El adulterio de uno de los cónyuges; 2. La propuesta del marido para prostituir a su mujer, no sólo cuando el marido la haya hecho directamente, sino cuando se pruebe que ha recibido dinero o cualquier remuneración con el objeto expreso de permitir que otro tenga relaciones lícitas con su mujer; 3. La incitación a la violencia hecha por un cónyuge al otro para cometer algún delito aunque no sea de incontinencia carnal; 4. El conato del marido o de la mujer para corromper a los hijos o a la convivencia en su corrupción; 5. El abandono sin causa justa del domicilio conyugal, prolongado por más de

dos años; 6. La sevicia del marido con su mujer o la de ésta con aquel; 7. La acusación falsa hecha por un cónyuge al otro ". 26

Aunque este Código Civil a estudio, contempló únicamente el divorcio no vincular; las causales por las cuales se podía solicitar el divorcio, sirvieron de base para configurar el denominado divorcio vincular que actualmente contempla nuestro Código Civil.

Así mismo, estas causales nos dan un indicio que tanto el hombre como la mujer podían encontrarse en igualdad de condiciones y con ello podían ser sujetos de cometer las mismas faltas.

Creemos conveniente establecer que las causales de divorcio que el Código Civil de 1870 determinó, únicamente permitían la separación en la convivencia del lecho conyugal; y en consecuencia, permanecen subsistentes las demás obligaciones civiles, sin embargo, resulta lógico precisar que dichas causales son humillantes, denigrantes y contradictorias para los propios fines que trae consigo el matrimonio, ésto lo consideramos porque el matrimonio requiere de una convivencia sana, agradable, armoniosa y con capacidad enorme para consolidar su unión; y por lo tanto, cuando se pierde el respeto por uno de los cónyuges al hogar, a los hijos y al otro cónyuge la

26 Ibidem, p.425.

convivencia conyugal resulta inadecuada, impropia e intolerable para que un núcleo familiar se establezca y perdure. Es así que estas causales fueron creadas aun con la noción del matrimonio que la propia Iglesia introdujo a la sociedad, mismo que fue considerado como una unión indisoluble y al lo relacionamos con el divorcio no vincular encontramos que éste solamente autoriza la separación en el lecho marital y en ningún caso permite la separación de cuerpos, es por ello que no manifestamos acuerdo con este Código al permitir el divorcio no vincular cuando existen causas tan graves que ya no hacen posible una vida conyugal digna, estable y tranquila, pero estamos de acuerdo en que dichas causales permitieron una evolución considerable dentro del ordenamiento que regula el divorcio y que gracias a ello, esas causales ahora son suficientes para pedir el divorcio vincular, el cual durante el Código Civil de 1870 estuvo prohibido y por ende, no estuvo ni siquiera regulado.

El divorcio no vincular exigía que los cónyuges cumplieran con el requisito de que el matrimonio haya sido celebrado por lo menos con dos años como mínimo antes de que se diera origen a la causa que amerita pedir el divorcio; otorgaba a cualquier cónyuge que lo solicitara, aún cuando existiera alguna causal. Así que se estableció como prohibición la siguiente:

a) Los cónyuges que solicitaban el divorcio no vincular tenían el deber de probar que su matrimonio fue constituido con un tiempo menor a veinte años o más; y en consecuencia, si el matrimonio se constituyó por más tiempo del permitido no se podía llevar a cabo el divorcio por separación de cuerpos.

Así mismo; los artículos más importantes que regulaban el divorcio no vincular, encontramos entre otros a los siguientes:

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

Art. 248: Los cónyuges que pidan de conformidad su separación del lecho y habitación, acompañarán a su demanda una escritura que arregle la situación de los hijos y la administración de los bienes durante el tiempo de separación.

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

efectos producidos por la reconciliación.

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

27

Una vez hecha la transcripción de los anteriores artículos encontramos que mediante este divorcio sólo se obtiene la separación de cuerpos; entendiéndose que esta separación es sólo en lo relativo a la obligación de cohabitar, la cual es necesaria que sea declarada por el juez para que surta efectos legales, en consecuencia, tenemos que los posibles casos que pudieran presentar la separación de cuerpos por la simple voluntad no surte ningún efecto.

El divorcio no vincular visto como un medio de separación de cuerpos, fue visto con desagrado, y en consecuencia, su regulación manifestó un proceso evolucionado. De ahí surge la idea de que el proceso a seguir era largo y lleno de requisitos y formalidades previamente establecidos.

Así también podemos observar que la autoridad canónica ya no tiene competencia en materia de divorcio, y en consecuencia, se delimita dicha competencia a la autoridad civil.

27 ROJINA Villegas, Rafael. Compendio de Derecho Civil. Tomo II. Ed. Porrúa, S.A. México, 1989, p.p. 390 y 391.

Además, este ordenamiento en su artículo 261 consideró que la demencia, la enfermedad declarada como contagiosa, o cualquier otra calamidad semejante de uno de los cónyuges no constituía causal de divorcio, empero, el juez con conocimiento de causa y sólo a instancia de uno de los consortes, podía suspender en cualquiera de dichos casos, la obligación de cohabitación; quedando sin embargo, las demás obligaciones emanadas del matrimonio.

De lo anterior, consideramos que la demencia, cualquier enfermedad contagiosa u otra desgracia similar, son motivos que a nuestro modo de pensar son suficientes para pedir el divorcio vincular; ya que éstas ponen en peligro la vida del otro cónyuge y de sus hijos, así como la estabilidad que un hogar necesita. Es así que este divorcio se solicita exclusivamente con el propósito de evitar cualquier contacto carnal que pudiera traer graves e irreparables consecuencias.

F. EL CODIGO CIVIL DE 1884 .

El Código Civil de 1884 al igual que el Código Civil de 1870 únicamente admitió el divorcio por separación de cuerpos, y en consecuencia, el divorcio vincular no fue admitido. Además este Código a diferencia que el Código Civil de 1870, se distinguió en lo relativo a la

disminución de los grados; esto último, es en lo referente a los requisitos, audiencias y plazos para que el juez pueda decretar el divorcio.

En consecuencia de la reproducción que presenta el Código Civil de 1870, encontramos que el divorcio por separación de cuerpos, es solamente en lo relativo a la convivencia en el lecho conyugal quedando subsistentes las demás obligaciones civiles que el matrimonio exige; es por ello que el divorcio no vincular es conocido como separación de cuerpos.

Es así que este Código a estudio presentó una obstinada aberración en establecer el divorcio por separación de cuerpos, como único medio de disolución; ya que podemos darnos cuenta que en dicho divorcio no se llega nunca a la disolución del vínculo matrimonial, y en consecuencia, este vínculo queda indisoluble aún cuando exista una causa tan grave que haga imposible la continuación del matrimonio.

Así también es preciso indicar que este Código introdujo nuevas causales que en combinación con las ya establecidas con antelación, integran actualmente el divorcio vincular, es decir, el divorcio necesario y que a través de éste se llega a la disolución del vínculo matrimonial.

El Código Civil de 1884, en lo concerniente a las causas de divorcio, respetó las causas que previamente fueron establecidas por el Código Civil de 1870; sin embargo, determinó lo siguiente:

" Como causas, a las contenidas en el Código Civil de 1870, se agregaban: El que la mujer diera a luz durante el matrimonio a un hijo concebido antes del contrato de matrimonio y que judicialmente se declarará ilegítimo; el hecho de negarse a administrar los alimentos conforme a la ley; los vicios incorregibles de juego, embriaguez, enfermedad crónica e incurable que fuera contagiosa y hereditaria, anterior al matrimonio; la infracción de las capitulaciones matrimoniales; y el mutuo consentimiento ". 28

Este ordenamiento como réplica del cuerpo normativo anterior, se presentó con diferencias en sus términos, formalidades y en las propias causas de divorcio. Es precisamente en lo relativo a las causas que encontramos situaciones que no estaban previstas y que dan origen a una separación. También podemos decir que surgen términos importantes que son derivados de una relación conyugal y que en relación a su naturaleza es necesario que se regule; esto último es debido a que se hace presente la preocupación de los legisladores en lo que respecta a la filiación de un hijo, los alimentos que deben

28 Ibidem, p. 24.

ser suministrados, los vicios de embriaguez y juego que uno de los dos cónyuges sea adicto; la enfermedad contagiosa o crónica y el denominado divorcio por mutuo consentimiento.

Sin embargo; creemos pertinente indicar que aún cuando el Código Civil de 1884 mostró un interés en los problemas familiares que dieron origen a las causales que se agregaron en ningún caso se permitió el divorcio vincular, lo cual a nuestro modo de ver fue injusto que un núcleo familiar continuara unido a pesar de la existencia de un motivo tan grave que no permite llegar a la consolidación de los principios que trae consigo el matrimonio una vez celebrado.

Ahora bien; la causal que indica el divorcio por mutuo consentimiento, consideramos que es un acuerdo de voluntades que los cónyuges expresan y que su deseo es simplemente romper con el vínculo que un día los unió, y por lo tanto, pretenden obtener una separación en todos los aspectos derivados del matrimonio y que esta separación sea definitiva. En cambio; simplemente se estipuló como causal de divorcio no vincular y que consideramos que ya era momento en permitir que el divorcio vincular tuviera lugar dentro de este Código.

Anteriormente habíamos hecho mención a que este Código redujo en forma considerable los trámites a seguir

por parte de los cónyuges en el juicio de divorcio. Es por ello; que nos permitimos añadir las disposiciones relativas a los trámites, a saber tenemos lo siguiente:

" Art. 233. La separación no puede pedirse sino pasados dos años después de la celebración del matrimonio. Presentada la solicitud, el juez citará a los cónyuges a una junta, en que procurará restablecer entre ellos la concordia; y si no lo lograre, aprobará el arreglo provisorio con las modificaciones que crea oportunas, con audiencia del ministerio público y cuidando que no se violen los derechos de los hijos o de un tercero.

Art. 234. Transcurrido un mes desde la celebración de la junta que previene el artículo anterior, a petición de cualquiera de los cónyuges, el juez citará otra junta en que los exhortará de nuevo a la reunión, y si ésta no se lograre, decretara la separación, siempre que le conste que los cónyuges quieren separarse libremente, y mandará reducir a escritura pública el convenio a que se refiere el artículo anterior." 29

Por último, observamos que este Código expresa su deseo en mantener unidos a los cónyuges a pesar de las causas que dieran origen al divorcio. Los cónyuges solicitan el divorcio no vincular, en el cual sólo se otorga la separación de cuerpos; es decir, esta separación debe ser

29 Ibidem, p. 392.

decretada por el juez y sólo es en lo relativo a la convivencia en el lecho conyugal, y en consecuencia, las demás obligaciones civiles propias del matrimonio subsisten. Así también encontramos el origen del convenio que los conyuges deben presentar ante el Ministerio Público como parte integrante del proceso y que la importancia que este convenio llevaba consigo ha trascendido hasta nuestro actual Código Civil y que se encuentra regulado en el denominado divorcio voluntario judicial.

G . LEY SOBRE LAS RELACIONES FAMILIARES .

Venustiano Carranza como Primer Jefe del ejército constitucionalista, cambió en forma radical la materia de divorcio que en Códigos anteriores sólo autorizaban el divorcio no vincular. En consecuencia, encontramos un avance significativo a partir de que el matrimonio se tiene como la unión entre un hombre y una mujer con el fin de procrear hijos y que esta unión puede ser considerada disoluble.

El divorcio vincular; en consecuencia, se presentó como el medio para disolver el vínculo matrimonial y que deja en aptitud a cada uno de los cónyuges en contraer nuevas nupcias. Este tipo de divorcio fue regulado debido a

que se tomo en consideración al matrimonio como una unión que puede estar sujeta a una disolución; esta disolución puede otorgarse cuando estén presentes en el matrimonio causas tan graves que no permitan la continuidad de un matrimonio estable y apegado a sus propios principios o bien, se consideró el mutuo consentimiento también en su decisión de separarse; ya que si los cónyuges expresan su deseo de romper con el vínculo que un día los unió es en atención a que sus caracteres no congenian y antes de comenzar con una vida conyugal llena de problemas han decidido llegar a un mejor término.

Es así que desde nuestro punto de vista consideramos importante la Reforma que la Ley de Diciembre de 1914 trajo al Código Civil de 1884, esto lo encontramos pertinente porque el divorcio no vincular otorga a los cónyuges la aptitud de separarse en todos los aspectos, y en consecuencia, quedan en capacidad de contraer nuevas nupcias.

Para una mejor comprensión de lo anterior transcribiremos lo siguiente:

" Que el matrimonio tiene por objetos esenciales la procreación de la especie, la educación de los hijos y la mutua ayuda de los contrayentes por soportar las cargas de la vida; que en esa virtud, se contrae siempre en

concepto de unión deficiativa, pues los cónyuges al unirse entienden conseguir por ese medio la realización de sus más altos ideales pero desgraciadamente, no siempre se alcanzan los fines...

Por tanto, he tenido a bien decretar lo siguiente:

Art. 1º. Se reforma la fracción IX del artículo 23 de la Ley del 14 de Diciembre de 1874 reglamentaria de las adiciones y reformas de la Constitución Federal decretada el 25 de Diciembre de 1873, en los términos siguientes:

Fracción IX: El matrimonio podrá disolverse en cuanto al vínculo, ya sea por 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 dos cónyuges, que hagan irreparable la desaveniencia conyugal. Disuelto el matrimonio los cónyuges pueden contraer una nueva unión legítima " . 30

Es en atención a lo expuesto con antelación que observamos un paso fundamental en materia de matrimonio, y en consecuencia, el divorcio vincular se ve como una opción que tienen los cónyuges cuando su vida matrimonial se desenvuelve en un ambiente lleno de problemas, faltas morales, contrariedades, desajustes emocionales e

30 Ibidem, p.p. 429 y 430.

irregularidades que conllevan a un matrimonio funesto, y por lo tanto, traen serias consecuencias al hogar, a los hijos, a los bienes y a los propios cónyuges.

Posteriormente; surge la Ley de Relaciones Familiares de 1917 creada por el Primer Jefe del ejército constitucionalista don Venustiano Carranza; esta ley siguió los lineamientos en materia de divorcio que el anterior ordenamiento había regulado y que evoluciona de manera radical el sistema que se había interpuesto sobre el divorcio.

Esta ley en su artículo 75 es el fundamento del divorcio, y a través de este artículo encontramos que se entiende por divorcio la disolución del vínculo matrimonial y deja en aptitud a los cónyuges para contraer nuevas nupcias.

Por otra parte; es preciso indicar que al igual que el divorcio vincular, el divorcio por separación de cuerpos, se respetó y continuó su reglamentación. Sin embargo; hubo la necesidad de determinar las causas por las cuales el divorcio no vincular procedía, y en consecuencia, se estableció que las enfermedades crónicas e incurables, contagiosas o hereditarias, eran causas específicas que estaban a disposición del cónyuge sano y que éste tenía la libertad de decidir que tipo de divorcio prefería; es decir,

se le otorgaba la libertad de pedir el divorcio vincular si es que su deseo era romper con todos los lazos que los mantuviera unidos, o bien podía solicitar el divorcio por separación de cuerpos, en el cual sólo podía obtener la separación legal de la obligación en convivir con el cónyuge enfermo en el lecho conyugal.

Así mismo; el artículo 76 establecía las causales de divorcio, este artículo sufrió una modificación, ya que se agregó una causal más, al respecto añadimos lo siguiente:

"... Cometer un cónyuge contra la persona o los bienes de otro, un acto que sería punible en cualquier otra circunstancia, o tratándose de persona distinta de dicho consorte, siempre que tal acto tenga señalado en la ley, una pena que no baje de un año de prisión ". 31

También; podemos ver que esta Ley determinó que el divorcio requería de formalidades para llevarlo a cabo; ésto lo encontramos previsto para el caso de divorcio por mutuo consentimiento, el cual exigía que por lo menos hubiere pasado tres años después de su celebración ésto fue estipulado debido a que se pretendía que los cónyuges recapacitaran y con ello pudieran llegar a la reconciliación y continuar con su matrimonio.

Además se estableció que la mujer no podía volver a contraer nupcias, sino hasta pasados trescientos días

31 Ibidem, p. 341.

después de la disolución de su primer matrimonio. Pero tratándose de los casos de nulidad o de divorcio este término se cuenta a partir del momento en que se interrumpió la obligación de cohabitar.

Se estableció que era necesario que la autoridad judicial competente decretara el divorcio y con ello pudiera surtir sus efectos, por lo tanto, la reparación de común acuerdo que los cónyuges tuvieran en relación al hecho conyugal era inexistente.

Como medidas especiales en relación a la sociedad conyugal; se dispuso que una vez ejecutoriado el divorcio se procedía a la liquidación de la sociedad conyugal si bajo ese régimen se casaron, teniendo la obligación cada uno de aportar conforme a sus posibilidades una cantidad suficiente para la educación de los hijos. Pero si el divorcio hubiera sido solicitado por la mujer, el varón tiene la obligación de proporcionarle una cantidad suficiente que le permitiera vivir en forma desahogada y honesta; sin embargo, esta obligación subsiste hasta en tanto no contraiga la mujer nuevo matrimonio. Así también; se salvaguardaron los derechos del varón cuando éste sea inocente y además esté imposibilitado de allegarse los medios necesarios para su subsistencia, la mujer tiene la obligación de ayudarlo; es decir, de proporcionarle los alimentos.

II . EL CODIGO CIVIL VIGENTE .

A través de todos los intentos que habían ocurrido dentro de la historia de divorcio en México; encontramos que a partir de la Ley del 29 de Diciembre de 1914, y posteriormente la Ley de Relaciones Familiares de 1917, son las bases fundamentales en que nuestro Código Civil vigente se sustenta en admitir tanto al divorcio no vincular como al divorcio vincular.

Ahora bien; este Código reprodujo el artículo 75 de la Ley de Relaciones Familiares en su artículo 266 al establecer que el divorcio disuelve el vínculo del matrimonio y deja en aptitud a los cónyuges de contraer un nuevo matrimonio. Encontramos una preocupación por los legisladores en que un matrimonio sea sólido y que perdure, pero al mismo tiempo consideraron que un matrimonio en donde sólo hay problemas, rencores y contrariedades no puede permanecer unido; ya que un matrimonio así no ayuda en nada al desarrollo integral del núcleo familiar y con ello el desarrollo del país

En consecuencia; este Código Civil a estudio reglamentó el divorcio voluntario, el divorcio necesario y el divorcio no vincular.

Posteriormente; el artículo 267 establece las

causales que otorgan el divorcio a través del proceso que los conyuges deben seguir ante la autoridad judicial competente. Es por ello; que consideramos conveniente que, en el siguiente capítulo exploremos más a fondo el estudio del divorcio necesario.

CAPITULO II



"NOCIONES GENERALES DEL DIVORCIO"

CAPITULO II

I. NATURALEZA JURIDICA DEL MATRIMONIO.

Dentro del capítulo anterior precisamos la evolución del divorcio, y hemos establecido que la razón de ser del divorcio es el matrimonio y que este último en las distintas culturas que analizamos, es considerado como la unión entre un hombre y una mujer que tienen la obligación de procrear la especie, entre otras obligaciones, así como dar cumplimiento a los fines propios derivados del matrimonio.

En relación a lo anterior podemos decir que el matrimonio se ha considerado desde el punto de vista religioso, natural y civil.

a) Para una mejor comprensión encontramos que el matrimonio natural es considerado como la forma original y primitiva de la unión entre un hombre y una mujer. Sin embargo; algunos autores han estimado que en nuestro Derecho actual, su importancia es mínima, debido a las escasas consecuencias jurídicas que produce; ya que únicamente viene a llevar una de las necesidades y uno de los fines del hombre, la reproducción.

Al respecto; podemos decir que la propia esencia del matrimonio y de la humanidad, presuponen la continuación de la especie y con ello podemos determinar que las

consecuencias jurídicas no concluyen si no que siguen su curso.

Además; el matrimonio visto desde el punto de vista natural encontramos que es la unión más perfecta dentro de cualquier cultura o sociedad y ocupa un primer lugar dentro del propio desarrollo del país. Por lo tanto; no compartimos el punto de vista de los autores que dan un término inferior del que debe ocupar el matrimonio, esto lo consideramos debido a que el vínculo marital es la base idónea para ayudar a la consolidación de los valores socio-culturales que una sociedad como la nuestra necesita.

b) Desde el punto de vista de la Iglesia Católica, la primera pareja, Adán y Eva, se unieron en matrimonio natural, el cual fue bendecido por el Ser Supremo; el vínculo matrimonial era considerado también como la unión corporal del hombre y la mujer para permanecer juntos y lograr la procreación.

En el seno de la Iglesia Católica, también evoluciona el concepto de matrimonio, llegando a ser elevado al grado de sacramento; ya que representa la unión de Cristo con la Iglesia estando Cristo representado por el hombre y la Iglesia por la mujer.

Desde el punto de vista; el matrimonio

es concebido como la unión más profunda de un hombre con una mujer, esta unión significa la entrega que cada uno se hace, así como la procreación de la especie.

Encontramos que el matrimonio ha sido elevado al rango de sacramento, considerándose una unión estable e indisoluble.

Por lo tanto; esta unión se realiza con la voluntad que muestran los cónyuges en lo concerniente a cumplir con las obligaciones y los fines que derivan del propio matrimonio.

Por último; el matrimonio implica una relación perpetua y con ello los cónyuges están conscientes del deber de permanecer juntos soportando las cargas de la vida.

c) El matrimonio civil. En México es hasta con las Leyes de Reforma, expedidas por el Lic. Benito Juárez en el año de 1859 en el Puerto de Veracruz, cuando surge a nuestra vida jurídica el denominada matrimonio civil; en consecuencia inmediata de la separación del Estado con la Iglesia.

Podemos decir que el matrimonio como un acto que celebran el hombre y la mujer, produce consecuencias jurídicas, su función se entiende a partir del momento en que se trata de mejorar las relaciones conyugales; es decir,

se tuvo la necesidad de regular el estado que adoptan los cónyuges una vez celebrado el matrimonio, así como la sociedad conyugal que a partir de ese momento empieza su constitución, y por último, se establecieron normas que son fundamentales para la protección de los hijos.

También creemos que el matrimonio tuvo un cambio radical a partir de la separación del Estado con la Iglesia; es decir, el matrimonio ocupa un lugar especial dentro del ordenamiento competente, a fin de evitar disgustos, pesares o controversias entre los consortes una vez que han contraído nupcias.

Animismo; los estudiosos del Derecho han tratado de explicar la naturaleza jurídica del matrimonio, al respecto se han establecido dos tendencias, a saber son las siguientes:

- a) El matrimonio considerado como un contrato.
- b) El matrimonio considerado como una institución.
- c) El matrimonio considerado como un contrato.

La concepción del matrimonio como un contrato surge ante la noción del matrimonio como un sacramento, como una manifestación del poderío del Estado ante la Iglesia, pero es una fórmula fallida como justificación de una actitud política.

De acuerdo con esta posición el matrimonio es un contrato civil que celebran los contrayentes respecto al régimen legal que van a quedar sujetos sus bienes durante el matrimonio.

Dentro de esta postura podemos observar que los autores postulantes determinaron que fue un grave error el haber considerado al matrimonio como un contrato civil; ésto se debe a que dichos autores nos dejan ver que son opositores debida a la manipulación religiosa que llevan entre sí. Lo anterior es de consideración debido a que la religión previene que el matrimonio es una unión indisoluble y con motivo de su importancia ha sido elevado al rango de sacramento, y por lo tanto, el matrimonio no puede regularse por las leyes de los hombres, en consecuencia, mucho menos cabe la posibilidad de estar considerado como un contrato en el cual las partes sólo someten su voluntad con el propósito de evitar controversias en lo concerniente a los bienes que configurarán la sociedad conyugal.

Sin embargo; se tuvo la necesidad de clasificar el contrato de acuerdo con sus propias características, a saber tenemos:

- a) Es un contrato de orden público que concierne sólo al patrimonio de los esposos.
- b) Es forzoso celebrarlo. El art. 187 del Código

ESTA TESIS NO PUEDE
SALIR DE LA BIBLIOTECA

Civil dice: " El contrato de matrimonio debe celebrarse bajo el régimen de sociedad legal o bajo el de separación de bienes " .

c) Es contrato formal porque exige para su validez el requisito de escritura.

d) Es contrato de tracto sucesivo bilateral, oneroso y conmutativo ". 32

En relación a lo anterior podemos determinar que el matrimonio visto como un contrato civil, se encuentra ubicado dentro del grupo sui generis, ésto se debe a que el matrimonio con sus respectivos elementos de validez y existencia, lo hacen único en su especie. Además encontramos que el matrimonio observado desde el punto de vista de los estudiosos del Derecho, es un acto jurídico que produce consecuencias jurídicas y que debido a ello es necesario establecer normas que regulen sobre la materia del matrimonio.

Así también; el contrato civil del matrimonio que los consortes deben celebrar, reúnen elementos propios de un contrato, tales como son el mutuo consentimiento, la capacidad, el objeto, la solemnidad, las formalidades, la ausencia de vicios ocultos en la voluntad y las normas que rigen dicho acto.

32 Ibidem, p. 18.

Ahora bien: creemos indispensable transcribir los fundamentos jurídicos que regulan la naturaleza de los contratos, a saber son:

" Art. 1793. Los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos toman el nombre de contratos.

Art. 1794. Para la existencia del contrato se requiere:

I. Consentimiento.

II. Objeto que pueda ser materia del contrato". 33

Este tipo de contrato requiere de un especial estudio debido a que nos encontramos por una parte ante la tendencia que determina al matrimonio como un contrato civil, y por otra parte tenemos la tendencia que explica la naturaleza jurídica del matrimonio como una institución social. Sin embargo: los autores que están a favor de la primera tendencia argumentan que el contrato civil del matrimonio además de las características que presentamos con antelación, cuenta con algunas más, las cuales son:

Por ser un contrato sui generis, la ley establece como obligación que los consortes manifiesten su voluntad, así como cumplir con los requisitos previamente establecidos, y por lo tanto, este contrato es objeto de

33 Distrito Federal. Código Civil. 66a. edición. Ed. Porrúa, S.A. México, 1996, p. 325.

validez y eficacia jurídicas.

b) El contrato civil de matrimonio es observado como un auténtico contrato de Derecho Público; en donde el Estado y la propia sociedad muestran un interés en mantener al matrimonio unido y firme, así como en proteger los derechos e intereses de los hijos, los bienes y de los propios cónyuges, y por último, el matrimonio debe ser celebrado de conformidad con las normas jurídicas que el propio Código Civil ha constituido en materia de matrimonio y de divorcio, respectivamente.

c) En el inciso anterior, básicamente en la última parte, establecimos que el matrimonio debe ser celebrado de conformidad con las leyes mexicanas que tratan de una forma delicada tanto al matrimonio como al divorcio, y en consecuencia, encontramos que se tiene como nulo cualquier pacto que hayan acordado los cónyuges en relación a las leyes, así como a los propios fines que trae consigo el matrimonio.

d) Por último; estos autores han manifestado que el contrato civil de matrimonio en relación a los demás contratos, sólo puede disolverse a través del divorcio, por lo tanto, encontramos una característica esencial, nos referimos a los términos que los demás contratos están sujetos; es decir, en este tipo de contrato por su

naturaleza no se puede utilizar los terminos acostumbrados como son la rescisión o las propias causas de terminación de un contrato.

En general; podemos decir que el matrimonio visto como un contrato civil, es único en su especie, además es indispensable su celebración para surtir los efectos jurídicos correspondientes y con ello el matrimonio es considerado como válido.

Ahora bien, el matrimonio así analizado, podemos ver claramente que tiene tanto elementos esenciales, como elementos de validez de un contrato; sin embargo, no creemos conveniente que el matrimonio sea visto como un contrato; ya que éste merece un trato especial que debe estar sujeto a un régimen jurídico sin tener la necesidad de enfocarlo como un contrato, en el cual previamente están establecidas las estipulaciones a que los consortes se obligan, y por ende, así visto el matrimonio, limita la libertad de los futuros consortes a expresar su voluntad en estipulaciones diferentes de las ya establecidas y que las mismas resulten importantes para dar inicio a la vida conyugal.

A pesar de las desavenencias que ha sufrido esta tendencia, nuestro propio Código Civil nos deja ver claramente la naturaleza contractualista que se ha mantenido en materia de matrimonio, ésto se debe a que nuestra propia

Constitución Política de los Estados Unidos, nos señala en su artículo 130, que el matrimonio es un contrato civil. Es por ello, que no permitimos transcribir los siguientes artículos:

" Art. 130 constitucional. El principio histórico de la separación del Estado y las iglesias orienta las normas contenidas en el presente artículo. Las iglesias y demás agrupaciones religiosas se sujetarán a la ley.

Los actos del estado civil de las personas son de la exclusiva competencia de las autoridades administrativas en los términos que establezcan las leyes, y tendrán la fuerza y la validez que las mismas les atribuyan " . 34

A su vez, el Código Civil, nos señala:

" Art. 146. El matrimonio debe celebrarse ante los funcionarios que establece la ley y con las formalidades que ella exige.

Art. 178 El contrato de matrimonio debe celebrarse bajo el régimen de sociedad conyugal o bajo el de separación de bienes " . 35

b) El matrimonio considerado como una institución jurídica. Los sostenedores de esta tesis consideran al matrimonio como una institución. Esta postura es definida,

34 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos 113a. edición. Ed. Porrúa, S.A. México, 1996, p.p.132 y 133.
35 Código Civil, Op. cit., p.p. 72 y 78.

entre otros por D' Agnano, en Italia, por Sánchez Roman, en España, y por Julián Bonbecasse, en Francia.

De acuerdo con Maurio, como institución se entiende un hecho social que vive y se desarrolla sin necesidad de las voluntades individuales en este sentido la institución se compone de una idea objetiva lanzada al medio social y que al mismo tiempo recluta voluntades que subordina a su servicio de una manera indefenida.

Aplicando este concepto de institución al matrimonio, tenemos que la idea objetiva viene a ser la constitución de la familia con todo lo que ello implica, las voluntades adheridas a esta idea son las de los cónyuges que celebran el matrimonio entre los que la idea común crea una serie de vínculo de carácter jurídico.

Dentro de esta tendencia encontramos que la naturaleza jurídica del matrimonio radica en la importancia que esta unión implica en la propia sociedad, así mismo esta postura está consiente que por tratarse de un acto jurídico es indispensable que el Estado intervenga en su celebración. Así también; nos hace referencia que el matrimonio es una institución de carácter social y que el mutuo consentimiento que muestran los cónyuges produce consecuencias jurídicas propias del matrimonio.

Por lo tanto; tenemos que el matrimonio es la base

fundamental en la estructuración de las sociedades tanto antiguas como modernas, además el matrimonio aparece como la fuente principal moral para la constitución de la familia. En relación a lo anterior han surgido distintas tendencias que han tratado de explicar la naturaleza jurídica del matrimonio, sin embargo, podemos hacer una conjunción de todas ellas; es así que encontramos al matrimonio como un acto jurídico que a su celebración produce efectos jurídicos en relación a los cónyuges, a la sociedad conyugal y a los hijos.

Es por ello que no podemos determinar la naturaleza jurídica del matrimonio en una sola tesis, ya que todas aportan una razón considerable para poder integrar una tendencia con cada una de ellas. Lo consideramos esto último a partir de que el matrimonio exige para su celebración el mutuo consentimiento de los cónyuges, su importancia es elevada al rango de solemnidad, su celebración debe llevarse ante los funcionarios competentes; así también estamos de acuerdo en considerar que el matrimonio es un elemento indispensable para la integración y consolidación de la familia y debido a ello tanto el Estado como la sociedad están interesados en mantener unido al matrimonio, debido a lo anterior el matrimonio es visto como un acto jurídico que para algunos es considerado como una institución social, como un contrato o bien como un acto

unión. Por lo tanto; determinamos que el matrimonio es un acto jurídico que una vez celebrado produce consecuencias jurídicas y que si bien es cierto que nuestro Código Civil vigente ha adoptado la tendencia contractualista por los propios elementos que presenta como un contrato, también es cierto que los cónyuges se obligan al protocolo que se les presenta en el acta de matrimonio, y en consecuencia, el denominado contrato civil de matrimonio es único para todos aquéllos que deseen celebrarlo, y visto de esta manera los futuros cónyuges no pueden celebrar un contrato de matrimonio distinto al que hasta hoy existe.

Por otra parte; encontramos que son varias las tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que han sustentado la tesis contractualista del matrimonio en lo relativo a que el matrimonio es de orden público, por lo que la sociedad está interesada en su mantenimiento y sólo por excepción permite que se rompa el vínculo matrimonial.

Es así que el matrimonio recobra elementos importantes de los diferentes puntos de vista que han precisado el concepto del matrimonio y, por ello podemos decir que el matrimonio está constituido por un hombre y una mujer que tienen obligaciones; la procreación de la especie, la procreación, el cuidado en forma recíproca, proporcionarles mutuamente los alimentos, y en general, estar

siempre juntos y afrontar las cargas de la vida de manera estable, por lo tanto, el matrimonio una vez celebrado es considerado como un acto jurídico que su integración es tan importante que tanto el Estado como la propia sociedad muestran signos de interés en lo concerniente a mantener unidos a los cónyuges.

II. CONCEPTO DE DIVORCIO.

El matrimonio es visto por la sociedad como la unión indisoluble entre un hombre y una mujer, y que sólo puede disolverse por causas muy graves debidamente comprobadas, por el mutuo consentimiento, o bien por causas que permitan la separación en la obligación de cohabitar. Es por lo anterior; que el medio por el cual se disuelve el vínculo matrimonial o la separación del lecho conyugal, ha sido denominado con el nombre de divorcio. A manera de tener una mejor noción del término de divorcio, nos permitimos añadir lo siguiente;

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

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

"En un sentido metafórico, más amplio y moderno,

divorcio es la separación de cualesquiera cosas que estaban unidas.

"En un sentido jurídico, abarca dos posibilidades una mayor y otra menor: la disolución del vínculo matrimonial y la mera separación de cuerpos que deja subsistente el vínculo. En ambos casos en virtud de sentencia judicial fundada en causa legal...". 36

En general; el término de divorcio ha sido utilizado en todos los sentidos como la separación que sufren dos cónyuges. Para algunos es el medio idóneo a que se somete un matrimonio para llegar a su disolución. Sin embargo; otros afirman que el divorcio es la peor situación que puede enfrentarse un matrimonio.

Así encontramos que el divorcio, desde su trayectoria histórica hasta nuestros días; es definido como el medio que disuelve el vínculo conyugal y que deja en aptitud a los consortes para contraer un nuevo matrimonio; siempre y cuando se hayan cumplido con los requisitos previamente establecidos por los ordenamientos jurídicos competentes.

Por lo que respecta a el denominado divorcio no vincular, solamente se otorga una separación legal en lo relativo a la obligación de cohabitar; es por ello que los consortes siguen permaneciendo casados y las demás

36 ROJINA, Op. cit; p. 383

obligaciones civiles derivadas del matrimonio siguen existiendo.

Ahora bien: el divorcio al igual como el matrimonio es considerado como un acto jurídico que produce consecuencias legales en relación a los cónyuges a la sociedad conyugal, así como a los hijos si es que éstos existen.

III. LAS DIFERENTES CLASES DE DIVORCIO.

Para comprender mejor el divorcio como un medio que permite una separación del vínculo matrimonial es indispensable referirnos a las dos clases de divorcio que a través de la historia y aún en nuestros días se ha estipulado en nuestros Código Civil y el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal y Territorios.

Es así que nos estamos refiriendo al divorcio vincular y al divorcio no vincular, ambos presentan características propias, es por ello que nos permitimos transcribir lo siguiente:

"a) El divorcio ante el oficial del Registro Civil que sólo puede llevarse a cabo cuando los esposos son mayores de edad, no tienen hijos y de común acuerdo han liquidado la sociedad conyugal, si bajo ese régimen se

casaron. Arts. 272 al 276 del Código Civil;

b) El divorcio judicial denominado voluntario que es procedente cuando sea cual fuere la edad de los cónyuges, y habiendo procreado hijos, están de acuerdo en disolver el vínculo conyugal y para ello celebran un convenio que someten a la aprobación de un juez de primera instancia, todo en los términos que previenen los Arts. 673 al 682 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal y Territorios y 272 último párrafo, 273 al 276 del Código Civil.

c) El divorcio contencioso necesario, que puede pedirse por el cónyuge inocente cuando el otro ha cometido uno de los hechos que enuncian los Arts. 267 y 268 del Código Civil y que se consideran como causas de divorcio."

37

En el capítulo anterior pudimos observar que en la evolución del divorcio, de manera restrictiva el divorcio vincular fue apareciendo, siendo así que la propia sociedad incluyendo a los legisladores se vieron en la necesidad de regular además del divorcio no vincular, el divorcio vincular, esto se debió sobre todo a determinar que si los cónyuges manifestaban su deseo por terminar con el vínculo matrimonial, o mejor aún cuando exista una causa suficientemente grave y haga difícil la continuación del

matrimonio; se pensó que a través del divorcio vincular los cónyuges podían separarse y con ello quedaban en aptitud de contraer un nuevo matrimonio.

Sin embargo, el divorcio no vincular continúa reglamentado debido a su importancia para los autores que están a favor de este tipo de divorcio han manifestado que esta misma radica en que a pesar de las desavenencias que pudieran presentarse en el matrimonio, éste tenía el deber de continuar estable y es por ello que el divorcio por separación de cuerpos sólo autoriza la separación legal de la vida común y de la obligación de cohabitar.

Es así que encontramos que este tipo de divorcio exclusivamente otorga la separación legal en lo relativo al lecho conyugal, y en consecuencia, las demás obligaciones civiles derivadas del matrimonio siguen vigentes.

IV. DIVORCIO NO VINCULAR.

"Los autores clasifican al divorcio considerando dos sistemas... 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..." 38

Ahora bien; en el capítulo anterior precisamos que el divorcio no fue recibido con un total agrado por las

38 Ibidem, p. 112.

distintas culturas que analizamos; debido a que cada uno tuvo como característica peculiar, establecer que el matrimonio es la unión indisoluble de un hombre y una mujer con las obligaciones que el propio matrimonio trae consigo y en consecuencia, solamente la muerte de alguno de los cónyuges pone fin al matrimonio.

Posteriormente se adoptó en forma limitativa como una segunda forma de disolver el vínculo matrimonial, el denominado divorcio por separación de cuerpos, en el cual, única y exclusivamente se obtenía la separación en el lecho matrimonial, por ende, las demás obligaciones civiles derivadas del matrimonio subsisten. Así tenemos que este tipo de divorcio no disuelve el vínculo conyugal; debido a que se considera indisoluble e indestructible.

Al respecto, podemos decir que este sistema de divorcio nos deja ver un claro proteccionismo que sobre todo el Derecho Canónico sembró en la sociedad, lo anterior es objeto de consideración desde el punto de vista que el matrimonio fue como unión indisoluble y que pese a las causas tan graves que pudieran generarse en un matrimonio, éste debe seguir estable y sólido en su continuación. Por lo tanto; creemos que el divorcio no vincular encontró su fundamento en la idea de la perpetuidad del matrimonio.

Sin embargo, consideramos importante determinar

que actualmente el Derecho Canónico autoriza este tipo de divorcio, pero resulta oportuno señalar que a diferencia de esta disolución que puede otorgarse en relación a un matrimonio, también se ha adoptado la posibilidad de hablar sobre la anulación del mismo, y que al igual que en materia civil, ésta se otorga cuando existe alguna de las causas que su propio ordenamiento ha determinado, entre estas causas podemos señalar las siguientes:

1. La impotencia, no la esterilidad.

2. Un matrimonio anterior no disuelto.

3. Es nulo el matrimonio celebrado entre parientes en línea recta; es decir, entre ascendientes y descendientes, (padres e hijos), o el celebrado entre parientes en línea colateral hasta el tercer grado, (tías y sobrinos, tíos y sobrinas).

4. Si alguno de los dos no quiere hijos.

5. Por enfermedad mental comprobada por peritos o médicos psiquiatras.

6. Por inmadurez psicológica.

7. Por homosexualismo.

Consideramos conveniente añadir las anteriores razones que la Iglesia ha señalado como motivos suficientes para solicitar la anulación del matrimonio, la importancia para nosotros de éstos, se deriva en que algunas de estas

razones las encontramos en materia civil, es decir, nos referimos a que son consideradas de acuerdo con nuestro Código Civil vigente en impedimentos dirimentes o impedientes; o bien como causas de divorcio por separación de cuerpos, mismas que son previstas en el art. 267, fracciones VI y VII del Código Civil.

El divorcio no vincular otorga solamente la separación legal en lo concerniente al lecho conyugal, y por ende, los conyuges no pueden celebrar un nuevo matrimonio.

Por lo tanto; no estamos de acuerdo con este tipo de divorcio, ya que debemos recordar que su regulación sin duda alguna muestra un enorme proteccionismo al matrimonio, el cual se ve truncado en la definición que el Derecho Canónico introdujo a la sociedad. Sin embargo; las normas que implantó este derecho en materia de matrimonio sufrieron una modificación radical debido a que la sociedad constantemente hizo uso de este medio de disolución, el cual se encontraba prohibido; así el divorcio surge como un medio para obtener la separación legal en lo relativo al lecho conyugal. Posteriormente el mismo Derecho Canónico regula algunas de las causas que nuestro Código Civil vigente establece como causas de divorcio no vincular, a diferencia que el primero otorga la anulación del matrimonio y nuestro ordenamiento legal solamente autoriza a petición

del cónyuge sano la separación legal en la obligación de cohabitar. Es por ello que a nuestra forma de pensar nuestro Código Civil vigente es rígido al determinar que las causales a que hicimos mención con antelación, sólo otorga el denominado divorcio no vincular, nuestro desacuerdo es debido a la injusticia que se comete en relación a obligar a una persona en mantenerla unida en matrimonio con su compañero que se encuentra imposibilitado para llevar una vida sana y normal.

Es así que consideramos que el matrimonio una vez celebrado y que desafortunadamente se desenvuelve en medio de una circunstancia tal que haga imposible llevar una vida matrimonial común, éste debe ser sometido al denominado divorcio vincular, en el cual los cónyuges quedan en aptitud de contraer un nuevo matrimonio, y desde luego, podíamos encontrar un equilibrio entre las razones que el Derecho Canónico ha estipulado como motivos para pedir y otorgar la anulación del matrimonio, y nuestro Código Civil al permitir que el matrimonio sea objeto del divorcio vincular.

A pesar que existen motivos suficientes que pueden apotarse para determinar que el matrimonio esté sujeto a una disolución; algunos autores han determinado que este acto jurídico es indisoluble y que el divorcio no vincular debe permanecer aún cuando la sociedad esté a merced de la

evolución. La importancia que presenta este tipo de divorcio radica en que el matrimonio se ve envuelto en circunstancias desagradables tanto para el cónyuge sano como para el cónyuge enfermo; pero ello no implica que el matrimonio siga su continuidad, ya que están presentes los sentimientos de amor, fidelidad, compañerismo, solidaridad, entre otros, y algunos autores aseguran que estos sentimientos deben ser tomados en cuenta en una determinación de este tipo, y otros autores determinan que uno de los deberes de los cónyuges es permanecer juntos pese a las desavenencias que puedan ocurrir.

Para profundizar lo anterior, tenemos que el art. 267, en sus fracciones VI y VII, respectivamente nos señala lo siguiente:

"Son causas de divorcio:

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

VII. Padecer enajenación mental incurable, previa declaración de interdicción, que se haga respecto del cónyuge demente". 39

Los efectos que produce este tipo de divorcio no vincular son los siguientes:

39 Código Civil, Op. cit., p. 93.

a) Los cónyuges permanecen unidos; es decir, están imposibilitados en contraer segundas nupcias.

b) La separación legal en lo relativo a la obligación de cohabitar; así como en las demás obligaciones relativas a la vida común.

c) Las obligaciones civiles derivadas del matrimonio subsisten.

También determinamos que en este tipo de divorcio el cónyuge que lo promueve puede solicitar la suspensión de obligar a seguir llevando a cabo la obligación de cohabitar con el cónyuge que padece alguna de las enfermedades previstas en las fracciones VI y VII del art. 267 de Código Civil, y en consecuencia, el juez que tenga conocimiento de la existencia de dichas causas tiene la facultad de decretar la suspensión legal de la obligación de cohabitar, pero como no se trata de un divorcio vincular, las demás obligaciones civiles que derivan de un matrimonio, siguen subsistiendo.

Ahora bien; la suspensión legal que decreta el juez en lo relativo al lecho conyugal y las demás obligaciones relacionadas con la vida común, su importancia implica la protección a la salud del cónyuge sano y de los propios hijos, si es que éstos existen; con esta separación se trata de evitar de una manera más propicia el posible contacto sexual que pudiera presentarse entre los cónyuges.

El propio Código Civil vigente establece la posibilidad de que el cónyuge sano pida el divorcio necesario, el cual se funda en las fracciones VI y VII del art. 267 de dicho ordenamiento, o bien podemos entender que si aún se encuentran subsistentes los sentimientos de amor y afecto que los unieron en matrimonio, puede solicitar únicamente la separación en lo relativo a la cohabitación, lo anterior se funda en el principio que marca el texto del art. 277 del ordenamiento a estudio, el cual a la letra dice lo siguiente:

"El cónyuge que no quiera pedir el divorcio fundado en las causas enumeradas en las fracciones VI y VII del art. 267 podrá, sin embargo, solicitar que se suspenda su obligación de cohabitar con el otro cónyuge, y el juez, con conocimiento de causa, podrá decretar esa suspensión, quedando subsistentes las demás obligaciones creadas por el matrimonio". 40

El artículo anterior nos señala dos diferentes posibilidades, la primera se refiere a pedir la separación legal en todos los aspectos; es decir, nos referimos a la solicitud del divorcio vincular, y la segunda opción se refiere a pedir la separación legal en cuanto a la convivencia en el deber de cohabitar, es por ello que se tomaron en cuenta aspectos muy importantes que se

40 Código Civil, Op. cit., p.97.

desenvuelven en un matrimonio con esas causas, estos aspectos son:

a) Establecer que la convivencia dentro del lecho marital, puede resultar muy perjudicial al cónyuge sano, así como poner en peligro la vida de los hijos si es que los mismos existen.

b) Solo y exclusivamente se establece la separación legal de cuerpos, dejando a salvo los sentimientos de afectividad, amor, los religiosos, e incluso la ausencia de culpa del cónyuge enfermo. Es por ello; que simplemente se trata de una suspensión legal en lo relativo a la obligación de cohabitar, siempre y cuando, se trate de alguna de las enfermedades que se establecen en las fracciones VI y VII del art. 267 del Código Civil.

Una vez que es decretada la separación de la obligación de cohabitar, uno de los efectos que produce es el hecho que la figura del domicilio conyugal termina y con ello los cónyuges están en aptitud de señalar cada uno su propio domicilio.

Las consecuencias jurídicas que produce el divorcio no vincular, son creadas precisamente, por el cónyuge sano, quien tiene la obligación de cumplir con los gastos a que hace mención el art. 164 del Código Civil. Por

lo tanto este artículo nos señala:

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

Los derechos y obligaciones que nacen del matrimonio serán siempre iguales para los cónyuges e independientes de su aportación económica al sostenimiento del hogar". 41

En el divorcio no vincular como ya lo habíamos comentado termina la figura del domicilio conyugal, pero las obligaciones civiles derivadas del propio matrimonio siguen vigentes; estas obligaciones como las podemos observar en el artículo transcrito anterior se refieren a la ayuda recíproca, el suministro de alimentos, la educación; sin embargo, es importante precisar que tratándose de que alguno de los cónyuges no pueda aportar dichas cantidades, ya sea por alguna enfermedad señalada en el art. 267 en las fracciones VI y VII, ésta queda exento de dicha obligación;

41 Código Civil, Op. cit., p.76.

y en consecuencia, el cónyuge sano esta obligado a satisfacer todas las necesidades que presenten tanto el cónyuge enfermo como los propios hijos.

Así mismo, el cónyuge que se separe del otro queda obligado a cumplir con las deudas contraídas, mismas que son reguladas por el art. 323. En caso que los cónyuges no logren ponerse de acuerdo, el juez determinará la suma mensual que deberá aportarse, debe tomar en consideración las circunstancias que prevalecen, así como fijará las medidas necesarias para llevar a cabo la entrega de dicho monto y de lo que se ha dejado de proporcionar a partir de la separación. Para tal efecto, el art. 323 nos señala lo siguiente:

" El cónyuge que se haya separado del otro, sigue obligado a cumplir con los gastos a que se refiere al art. 164. En tal virtud, el que no haya dado lugar a ese hecho, podrá pedir al juez de lo familiar de su residencia, que obligue al otro a que le ministre los gastos por el tiempo que dure la separación en la misma proporción en que lo venía haciendo hasta antes de aquella, así como también satisfaga los adeudos contraídos en los términos del artículo anterior. Si dicha proporción no se pudiera determinar, el juez, según las circunstancias del caso, fijará la suma mensual correspondiente y dictará las medidas necesarias

para asegurar su entrega y de lo que ha dejado de cubrir desde que se separó". 42

Por otra parte, consideramos conveniente precisar que dentro de un matrimonio que se desenvuelve con alguna enfermedad que sea contagiosa o hereditaria o el padecimiento mental, no impide que se lleve a cabo la finalidad ineludible del matrimonio, es decir, nos referimos a que sin importar la enfermedad que padece alguno de los cónyuges, pueden llegar a procrear. Asimismo; el legislador fue precavido en considerar la paternidad y la filiación dentro del divorcio no vincular; por lo tanto, son considerados hijos del matrimonio aquellos que nazcan después de la orden judicial que dicte la separación legal, el nacimiento debe efectuarse dentro de los trescientos días siguientes computados a partir de la fecha en que sea decretada dicha orden. Al respecto el art. 324, frac.II, nos dice lo siguiente:

"Se presumen hijos de los cónyuges:

II. Los hijos nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio, ya provenga ésta de nulidad del contrato, de muerte del marido o de divorcio. Este término se contará, en los casos de divorcio o nulidad, desde que de hecho quedaron separados los cónyuges por orden judicial". 43

42 Código Civil, Op. cit., p.p. 104-105.

43 Código Civil, Op. cit., p. 105.

En este sentido encontramos que se intensificó aún más la protección al núcleo familiar, ya que podemos observar que tanto la paternidad como la filiación ocupan un lugar importante en este tipo de divorcio. Por ello, resulta de suma importancia indicar que la paternidad puede considerarse como la relación jurídica que se entabla entre personas que descienden de un progenitor en común. Por lo que respecta a la filiación, ésta la debemos entender como la relación que existe entre dos personas, una de las cuales ocupa el lugar del padre o de la madre, y la otra respectivamente ocupa el lugar del descendiente. La paternidad y la filiación son elementos muy importantes dentro de un matrimonio es por ello que el legislador mantuvo un carácter de proteccionismo a las consecuencias jurídicas que se producen.

Además; queremos señalar que el matrimonio en lo relativo al parentesco, su importancia radica en la prueba de filiación. Por otra parte; tratándose de los hijos nacidos después de los trescientos días de la orden judicial que decreta la separación; el marido tiene el derecho de desconocer la paternidad, lo anterior está fundamentado en el art. 327, el cual nos indica lo siguiente:

" El marido podrá desconocer al hijo nacido después de trescientos días, contados desde que judicialmente y de

hecho tuvo lugar la separación provisional prescrita para los casos de divorcio y nulidad; pero la mujer, el hijo o el tutor de éste pueden sostener en tales casos que el marido es el padre". 44

En relación al artículo anterior; el art. 339 nos expresa lo siguiente:

"Las cuestiones relativas a la paternidad del hijo nacido después de trescientos días de la disolución del matrimonio podrán, promoverse en cualquier tiempo por la persona a quien perjudique la filiación". 45

Una vez hecho el estudio al denominado divorcio no vincular; encontramos que este tipo de divorcio en realidad está basado en la definición del matrimonio fundada por el Derecho Canónico, en esta definición observamos un proteccionismo aferrado y un idealismo utópico al considerar que el matrimonio es una unión indisoluble. Es por ello que nosotros no contemplamos a este divorcio como un medio para disolver el matrimonio; ya que únicamente se obtiene la separación legal en lo concerniente al lecho conyugal, y en consecuencia, nos parece injusto y egoísta permitir que un matrimonio continúe unido bajo un ambiente distinto al que un matrimonio debe desarrollarse

V. DIVORCIO VINCULAR.

44 Código Civil, Op. cit., p. 106.

45 Código Civil, Op. cit., p. 106.

Anteriormente precisamos que el divorcio es una de las formas que trae consigo la disolución del vínculo matrimonial; pero solamente el divorcio vincular es el que permite la disolución del matrimonio.

Ahora bien, lo ideal de todo matrimonio es que su desarrollo se realice a través de la tranquilidad, la armonía, la felicidad, los buenos principios, la fidelidad, la ayuda recíproca, el amor, el respeto y la comprensión; pero desafortunadamente no todos los matrimonios consiguen lo anterior y por lo tanto, deciden optar por el divorcio antes que sus vidas terminen frustradas y llenas de odio y rencor y que tales condiciones hagan imposible una vida conyugal feliz. Al respecto; creemos conveniente incluir las palabras mencionadas por el Lic. Juan Antonio González:

"...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". 46

El divorcio vincular es aquel que disuelve el vínculo matrimonial, y en consecuencia, deja a los cónyuges en absoluta libertad de contraer un nuevo matrimonio.

46 SOTO Alvarez, Clemente. Prentuario de Introducción al Estudio del Derecho y Nociones de Derecho Civil. Tercera edición. Ed. Limusa. México, 1990, p. 122.

El Código Civil vigente en su art. 266 nos previene:

"El divorcio disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro". 47

Por lo tanto: en el artículo anteriormente transcrito tenemos el fundamento legal del divorcio vincular, cuya principal característica es la libertad que cada uno de los cónyuges obtiene y así poder contraer un segundo matrimonio.

Dentro del denominado divorcio vincular, encontramos una división bipartita, la cual es el denominado divorcio necesario y el divorcio voluntario. En relación con el divorcio voluntario tenemos que puede seguirse en la vía judicial sujetándose a los trámites previamente establecidos por el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, y el que puede seguirse en la vía administrativa que se sigue ante el Oficial del Registro Civil del domicilio conyugal.

En atención al divorcio necesario se decreta por alguna de las primeras dieciséis causales que señala el artículo 267 del Código Civil vigente.

De acuerdo con el Lic. Rojina Villegas, las causales establecidas por el art. 267, están sujetas cada

una de ellas a una naturaleza que su propio marco ha delimitado, a saber estos grupos están compuestos por los siguientes:

"...a) Por delitos entre los cónyuges, de padres a hijos o de un cónyuge en contra de terceras personas; b) Hechos inmorales; c) Incumplimiento de obligaciones fundamentales en el matrimonio; d) Actos contrarios al estado matrimonial, y e) Enfermedades o vicios enumerados específicamente". 48

Creemos conveniente hacer una relación de las primeras dieciseis causales previstas en el art. 267 de nuestro Código Civil vigente, con los diferentes grupos que el Lic. Rosina Villegas estableció con el objeto de entender la naturaleza de dichas causales; por lo tanto, tenemos:

a) Por delitos entre los cónyuges, de padres a hijos o de un cónyuge en contra de terceras personas. Dentro de este bloque, las causales que se encuentran son:

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

Frac. III. La propuesta del marido para prostituir a su mujer; no sólo cuando el mismo marido la haya hecho directamente sino cuando se pruebe que ha recibido dinero o cualquiera remuneración con el objeto expreso de permitir

que otro tenga relaciones carnales con su mujer;

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

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

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

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

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

Frac. XVI. Cometer un cónyuge contra la persona o los bienes del otro un acto que sería punible si se tratara de persona extraña, siempre que tal acto tenga señalada en la ley una pena que pase de un año de prisión". 49

Como podemos observar la naturaleza de estas causales manifiestan un carácter delicado; ya que anteriormente algunas de ellas sólo configuraban causales

49 Código Civil, Op. cit., p.p. 93- 94.

para pedir el divorcio no vincular y debido a la delicadeza e importancia que presentan, el legislador se vio en la necesidad de regular tales conductas como causas suficientes para pedir el divorcio necesario. Por otra parte; consideramos que este tipo de conductas afectan de una manera trascendente el núcleo familiar, ésto se debe al efecto que se producen en la integridad tanto física como moral del cónyuge inocente, el crecimiento de los hijos, el desarrollo propio de todos los matrimonios.

b) El segundo grupo se refiere a todos los hechos inmorales, en este grupo encontramos:

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

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

Frac. V. Los actos inmorales ejecutados por el marido o por la mujer con el fin de corromper a los hijos, así como la tolerancia en su corrupción ". 50

Estas causales nos permiten mostrar que todo matrimonio necesita de una base sólida que se constituye por el amor, la ayuda recíproca, la comprensión, la comunicación, el respeto y los buenos principios, siendo en estos últimos donde descansa la moralidad, la cual se relaciona con los actos de bondad que todo ser humano es capaz de realizar.

Así también; es necesario establecer que algunas de estas causales las contemplamos en el grupo anterior; y por lo tanto, podemos decir que el cónyuge que se atreve a realizar alguna de estas conductas, carece de estima, moralidad, buenos principios y sobre todo de sentimientos, es por ello que consideramos que un ser humano con estas características de vileza, frustración e ira no es un ser que produzca algún beneficio para su propio matrimonio.

c) Los hechos contrarios al estado matrimonial están previstos en las siguientes causales:

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

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

Frac. X. La declaración de ausencia legalmente hecha, o la de presunción de muerte, en los casos de excepción en que no se necesita para que se haga que preceda la declaración de ausencia.

Frac. XII. La negativa injustificada de los cónyuges a cumplir con las obligaciones señaladas en el artículo 164, sin que sea necesario agotar previamente los procedimientos tendentes a su cumplimiento, así como el incumplimiento, sin justa causa, por alguno de los cónyuges, de la sentencia ejecutoriada en el caso del artículo 168".51

Creemos pertinente señalar que el matrimonio en lo relativo al hecho de vivir juntos, a través de la historia se ha sometido a una evolución congruente y que actualmente la separación de los cónyuges por el tiempo previamente establecido por el Código Civil constituye causa suficiente para pedir el divorcio.

Es por ello que somos partícipes con el legislador cuando utilizó de una manera importante la lógica jurídica para regular estas separaciones, esto se debe a que un matrimonio requiere de una convivencia permanente.

En lo concernientes a la fracción XII, consideramos que es una causal de divorcio que de cierta manera agobia a muchos matrimonios; debido a que actualmente

51 Código Civil, Op. cit., p.p. 93-94.

se requiere que tanto el hombre como la mujer aporten una cantidad suficiente que les permita tener un modo de vivir honesto y digno, y a su vez contribuyan al desarrollo de los hijos como futuras generaciones.

d) Incumplimiento de obligaciones fundamentales en el matrimonio, en este grupo encontramos las siguientes fracciones:

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

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

Frac. XII. La negativa injustificada de los cónyuges a cumplir con las obligaciones señaladas en el art. 164, sin que sea necesario agotar previamente los procedimientos tendentes a su cumplimiento, así como el incumplimiento, sin justa causa, por alguno de los cónyuges, de la sentencia ejecutoriada en el caso del artículo 160".52

En atención a este grupo, encontramos causas suficientes para pedir el divorcio; debido a que si no se cumplen con las obligaciones derivadas del matrimonio,

52 Código Civil, Op. cit, p. p. 93-94.

estamos frente a una situación distinta de la que en un vínculo conyugal debe existir.

e) Enfermedades o vicios enumerados específicamente, se constituye este grupo por las siguientes causas:

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

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

Frac. XV. Los hábitos de juego o de embriaguez o el uso indebido y persistente de drogas enervantes, cuando amenazan causar la ruina de la familia o constituyen un continuo motivo de desavenencia conyugal". 53

En lo concerniente a este grupo podemos observar que su regulación es importante debido a que la naturaleza de estas causales pone en peligro la vida del otro cónyuge así como la de los hijos y la vida del propio cónyuge culpable o enfermo, además del peligro que presenta la estabilidad e integridad del núcleo familiar.

VI. DIVORCIO VOLUNTARIO ADMINISTRATIVO.

53 Código Civil, Op. cit., p.p. 93-94.

En relación a este tipo de divorcio, algunos autores han señalado que este medio de disolver el vínculo conyugal, se promueve con el objeto de ocultar la verdad por la cual la pareja ha decidido separarse, por lo tanto, recurren a este divorcio para proteger la reputación de ambos, evitar todo tipo de escándalos o por vergüenza de sus propios actos, entre otros.

El fundamento del divorcio voluntario se encuentra previsto en el art. 267, fracción XVII, del Código Civil vigente; a saber tenemos lo siguiente:

"Son causas de divorcio:

Frac. XVII. El mutuo consentimiento". 54

El divorcio voluntario administrativo tiene como características, el mutuo consentimiento de los cónyuges, se tramita ante el Oficial del Registro Civil del domicilio conyugal como autoridad competente para tal efecto; sin embargo, es preciso indicar que este tipo de divorcio debe seguirse de conformidad con los ordenamientos jurídicos competentes. Es por ello que el Código Civil en su art. 272 nos señala lo siguiente:

"Cuando ambos consortes convenga en divorciarse y sean mayores de edad, no tengan hijos y de común acuerdo hubieren liquidado la sociedad conyugal, si bajo ese régimen se casaron, se presentarán personalmente ante el juez del

54 Código Civil, Op. cit., p. 24.

registro civil del lugar de su domicilio; se comprobarán con las copias certificadas respectivas que son casados y mayores de edad y manifestarán de una manera terminante y explícita su voluntad de divorciarse.

El juez del registro civil, previa identificación de los consortes, levantará un acta en que hará constar la solicitud de divorcio y citará a los cónyuges para que se presenten a ratificarla a los quince días. Si los consortes hacen la ratificación, el juez del registro civil los declarará divorciados, levantando el acta respectiva y haciendo la anotación correspondiente en la del matrimonio anterior.

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

Los consortes que no se encuentren en el caso previsto en los anteriores párrafos de este artículo, pueden divorciarse por mutuo consentimiento, ocurriendo al juez competente en los términos que ordena el Código de Procedimientos Civiles". 55

Como podemos ver este artículo nos marca el

55 Código Civil, Op. cit., p.p. 95-96.

procedimiento al que se sujetan los cónyuges que además de expresar su voluntad referente al divorcio, deben encontrarse en las circunstancias específicamente determinadas.

Así también; es necesario recordar que aún cuando los legisladores son sumamente protectores de la estabilidad y continuidad del matrimonio, permiten el divorcio en aquellos casos que los matrimonios se convierten en escenarios de desaveniencias, disgustos y confrontaciones.

Este tipo de divorcio es considerado un acto personalismo; es decir, implícitamente la ley prohíbe que su realización se lleve a cabo por personas distintas de los cónyuges; además se requiere que el divorcio no puede pedirse sino hasta pasado un año de la celebración del matrimonio.

"Art. 274. El divorcio por mutuo consentimiento no puede pedirse sino pasado un año de la celebración del matrimonio". 56

El Código Civil prevé la posibilidad que los cónyuges puedan reconciliarse en cualquier momento, siempre y cuando no haya sido decretado el divorcio. Por lo tanto; la reconciliación de los cónyuges pone fin al trámite que se inició con el propósito de pedir y conseguir el divorcio.

56 Código Civil, Op. cit., p. 96.

Por último, tenemos que si falta algún requisito previsto en el art. 272 se considera nulo de pleno derecho el divorcio que se hubiese decretado con antelación.

VII. DIVORCIO VOLUNTARIO JUDICIAL.

Es preciso indicar que este tipo de divorcio en relación con el divorcio voluntario administrativo, únicamente tiene como semejanza el mutuo consentimiento de los cónyuges. Ahora bien, el divorcio voluntario judicial tiene sus propias características, entre las causales encontramos que debe pedirse por los cónyuges sean éstos mayores o menores de edad, es decir, la edad de los consortes no es un requisito indispensable, no hayan liquidado la sociedad conyugal, haya pasado por lo menos un año de la celebración del matrimonio, y por último se requiere otorgar un proteccionismo a los hijos concebidos durante esa unión.

La forma en que se lleva a cabo el trámite correspondiente, es en primer lugar con una solicitud de divorcio, a la cual se le adjunta un convenio, en este último se debe señalar el nombre de la persona a la cual se le confiarán los hijos durante el procedimiento y después de ejecutoriado el mismo.

El propio Código Civil nos establece como medidas provisionales, las enumeradas en el art. 273, que a la letra

dice:

"Los cónyuges que se encuentren en el caso del último párrafo del artículo anterior, están obligados a presentar al juzgado un convenio en que se fijen los siguientes puntos:

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

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

III. La casa que servirá de habitación a cada uno de los cónyuges durante el procedimiento;

IV. En los términos del artículo 208, la cantidad que a título de alimentos un cónyuge debe pagar al otro durante el procedimiento y después de ejecutoriado el divorcio, así como la forma de hacer el pago y la garantía que debe otorgarse;

V. La manera de administrar los bienes de la sociedad conyugal y durante el procedimiento y después de ejecutoriado el divorcio, así como la designación de liquidadores. A ese efecto se acompañará un inventario y avalúo de todos los bienes muebles o inmuebles de la sociedad". 57

57 Código Civil, Op. cit., p.96.

De manera que si los cónyuges se reconcilian, el proceso que se haya iniciado termina, lo anterior es de conformidad con lo dispuesto en el art. 276.

"Art. 276. Los cónyuges que hayan solicitado el divorcio por mutuo consentimiento, podrán reunirse de común acuerdo en cualquier tiempo, con tal de que el divorcio no hubiere sido decretado. No podrán volver a solicitar el divorcio por mutuo consentimiento sino pasado un año desde su reconciliación". 58

El procedimiento a seguir en este tipo de divorcio comprende la celebración de dos juntas de avenencia, las cuales están previstas en el Código de Procedimientos Civiles, a saber tenemos lo siguiente:

"Art. 674. Cuando ambos consortes convengan en divorciarse en los términos del último párrafo del artículo 272 del Código Civil, deberán ocurrir al tribunal competente presentando el convenio que se exige en el artículo 273 del código citado, así como una copia certificada del acta de matrimonio y de las de nacimiento de los hijos menores. 59

"Art. 675. Hecha la solicitud, citar el tribunal al los cónyuges y al representante el Ministerio Público a una junta en la que se identificarán plenamente ante el juez, que se efectuará después de los ocho y antes de los

58 Código Civil Op. cit., p. 96.

59 Distrito Federal. Código de Procedimientos Civiles. Sexta edición. Ediciones Delma. México, 1975. p. 163.

quince días siguientes, y se asistieren los interesados los exhortará para procurar su reconciliación. Si no logra avenirlos, aprobará provisionalmente, oyendo al representante del Ministerio Público, los puntos del convenio relativos a la situación de los hijos menores o incapacitados, a la separación de los cónyuges y a los alimentos de aquéllos y de los que un cónyuge deba dar al otro mientras de aseguramiento." 60

"Art. 676. Si insistieren los cónyuges en su propósito de divorciarse, citará el tribunal a una segunda junta que se efectuará después de los ocho y antes de los quince días de solicitada; y en ella volverá a exhortar a aquéllos con el propio fin que en la anterior. Si tampoco se lograre la reconciliación y en el convenio quedaran bien garantizados los derechos de los hijos menores o incapacitados, el tribunal, oyendo el parecer del representante del Ministerio Público sobre este punto dictará sentencia en que quedará disuelto el vínculo matrimonial y decidirá sobre el convenio presentado".61

Estos artículos citados nos hacen referencia a la tarea que tiene el juez de lo familiar en tratar de reconciliar a los cónyuges; además una de las partes importantes en este procedimiento es la intervención del Ministerio Público como representante de la sociedad.

60 Código de Procedimientos Civiles, Op. cit., p.164.

61 Código de Procedimientos Civiles, Op. cit., p.164.

Por otra parte; la muerte de alguno de los cónyuges pone fin al juicio, entendiéndose para tal efecto que esta disposición es aplicable tanto para el divorcio voluntario ya sea administrativo o judicial, como para el divorcio no vincular y el divorcio necesario.

Una vez que se obtenga la sentencia ejecutoriada en la que se decreta el divorcio, el juez de lo familiar remitirá copia de la misma al Oficial del Registro Civil que levantó el acta del matrimonio, lo anterior debe llevarse a cabo para los efectos del levantamiento del acta de divorcio y la anotación correspondiente deberá ir al margen del acta de matrimonio. Esta disposición es de conformidad con el art. 291 del Código Civil y los demás artículos relativos del Código de Procedimientos Civiles.

Al igual que el divorcio voluntario administrativo, el divorcio voluntario judicial se considera un acto personalísimo; por lo tanto, este tipo de divorcio no acepta la intervención de ninguna otra persona que no sean los cónyuges, salvo el caso que se trate de menores emancipados, los cuales necesitan de la intervención de un tutor especial.

En relación a la sentencia que decreta el divorcio voluntario judicial, es apelable en el efecto devolutivo, la que lo niegue es apelable en ambos efectos, de acuerdo con el art. 681 del Código de Procedimientos Civiles. El recurso de apelación puede ser interpuesto por cualquiera de los cónyuges o por el Ministerio Público.

Podemos agregar que los cónyuges que promuevan el divorcio por mutuo consentimiento no pueden interponer el recurso de apelación a la sentencia que decreta la disolución del vínculo conyugal. Sin embargo, el recurso de apelación podrá interponerse contra la sentencia que niegue la disolución del matrimonio, además contra aquéllos puntos resolutivos de la sentencia del mismo, siempre que estos puntos hayan modificado una o varias cláusulas del convenio que se requiere. Por otra parte; el Ministerio Público en su calidad de representante de la sociedad tiene la facultad de apelar la resolución judicial que decreta o no autorice el divorcio, así como de la resolución sobre los puntos relativos a la situación que guardan los hijos y la liquidación y disolución de la propia sociedad conyugal.

**VIII. PERSONAS QUE PREVEEN EL DIVORCIO VOLUNTARIO
JUDICIAL, ASÍ COMO LA AUTORIDAD COMPETENTE PARA
LLEVARLO A CABO.**

El divorcio voluntario judicial, como hemos

establecido es considerado como un acto personalísimo, el propio Código Civil señala quienes pueden solicitarlo: por lo tanto, encontramos que será solicitado por aquéllos cónyuges que sean mayores de edad o menores de edad, tengan hijos y no hayan liquidado la sociedad conyugal. Así también el Código de Procedimientos Civiles en su art. 678, argumenta los siguiente:

"Los cónyuges no pueden hacerse representar por procurador en las juntas a que se refiere los artículos 675 y 676, sino que deben comparecer personalmente y, en su caso, acompañados del tutor especial". 62

Podemos decir que este principio ha sido establecido con el propósito de conseguir la reconciliación entre los cónyuges a través del juez en las juntas de aveniencia, por lo tanto, ninguna persona distinta de los cónyuges puede actuar en representación de alguno de los cónyuges, debido a que su actuación es vista como un obstáculo para conseguir la reconciliación.

En relación con los menores de edad en su calidad de emancipados el Lic. Rojina Villegas nos señala:

"Para comparecer en juicio, el menor emancipado necesita de un tutor especial. Es por esta razón que en el juicio de divorcio necesario, o en general, en cualquier

62 Código de Procedimientos Civiles, Op. cit; p. 164.

juicio, el emancipado por razón de su matrimonio, o por virtud de haber cumplido dieciocho años de edad y habérsele concedido la emancipación, deberá estar asistido de un tutor en los negocios judiciales..."⁶³

Con el propósito de fundamentar lo anterior, el Código de Procedimientos Civiles, en su art. 677 nos indica:

"El cónyuge menor de edad necesita de un tutor especial para poder solicitar el divorcio por mutuo consentimiento".⁶⁴

Por lo que respecta a la autoridad competente ante quien debe tramitarse el divorcio voluntario judicial podemos decir que la autoridad competente es el juez de primera instancia, es por ello que el Código de Procedimientos Civiles nos indica lo siguiente:

"Art. 156. Es juez competente:

Frac. VIII. En los actos de jurisdicción voluntaria, el del domicilio que promueve, pero si se tratara de bienes raíces, lo será el del lugar donde estén ubicados;

Frac. XII. En los juicios de divorcio, el tribunal del domicilio conyugal, y en caso de abandono de hogar, el del domicilio del cónyuge abandonado".⁶⁵

⁶³ ROJINA, Ob.cit. p. 398

⁶⁴ Código de Procedimientos Civiles, Op. cit., p.164.

⁶⁵ Código de Procedimientos Civiles, Op. cit., p. 42.

En relación a esto último, el Lic. Pallares nos dice:

"a) Que también en el caso en que el convenio de divorcio concierna a bienes raíces pertenecientes a los cónyuges, será juez competente el del domicilio conyugal y no el de la ubicación de dichos bienes...

b) Que de acuerdo con lo que dispone la Ley Orgánica de los Tribunales del Distrito Federal y Territorios, los jueces de primera instancia, son los únicos competentes para conocer de los actos de jurisdicción voluntaria". 66

Por lo tanto; podemos observar que pueden ser las dos autoridades competentes de acuerdo a las características propias de los matrimonios, es decir, puede ser competente el juez del domicilio conyugal, o bien el juez de primera instancia por tratarse de jurisdicción voluntaria.

IX. PARTES QUE INTERVIENEN EN EL DIVORCIO VOLUNTARIO JUDICIAL.

Anteriormente observamos que el divorcio voluntario judicial, se considera un acto personalísimo, por lo tanto las partes que exclusivamente intervienen en él son:

a) Los cónyuges. Tratándose de los cónyuges que

66 Ibidem, p. 400.

sean menores de edad, por ser emancipados se requiere de la intervencion de un tutor especial. Pero en caso que sean mayores de edad, no se admite representante alguno.

Por lo que respecta a los cónyuges menores de edad el Código Civil, en su art. 643, frac. II establece:

"El emancipado tiene la libre administracion de sus bienes, pero siempre necesita durante su menor edad:

II. De un tutor para negocios judiciales". 67

b) El Ministerio Público, como representante de la sociedad, se le atribuye la facultad de salvaguardar los derechos e intereses de toda índole de los hijos, así como debe proteger el patrimonio de éstos cuando sean menores o se trate de interdictos. Además la participación del Ministerio Público es de suma importancia debido a que debe verificar que se cumplan estrictamente las leyes mexicanas que regulan el matrimonio, y en consecuencia, el divorcio.

c) Desde luego, la intervención del juez de primera instancia, quien es el que decreta o niega el divorcio, además es el encargado de aprobar el convenio que exige el divorcio voluntario judicial.

X. DOCUMENTOS QUE DEBEN ADJUNTARSE AL ESCRITO DE DEMANDA.

El divorcio voluntario judicial, requiere para su

67 Código Civil, Op. cit., p. 160.

tramitación de determinados documentos que deben adjuntarse al escrito inicial de demanda. La finalidad de presentar los documentos consta en la certeza jurídica de comprobar que el matrimonio existe, que los hijos fueron concebidos durante esa unión, así como el inventario y el avalúo de todos los bienes que conforman la sociedad conyugal.

Es por ello que los documentos exigidos son:

a) Se requiere la copia certificada del matrimonio de los cónyuges que deseen divorciarse.

b) Copia certificada del acta de nacimiento de cada uno de los hijos procreados durante esa unión.

c) El convenio a que hace mención el art. 273 de nuestro Código Civil vigente.

d) El inventario y el avalúo de los bienes que conforman la sociedad conyugal, la cual será objeto de disolución.

Ahora bien, es conveniente señalar que estos documentos se consideran indispensables para la tramitación de este tipo de divorcio, y en consecuencia, la falta de ellos produce el desechamiento de la demanda, de acuerdo con las propias facultades que tiene el juez.

XI. NATURALEZA JURIDICA DEL CONVENIO QUE DEBE ANEXARSE A LA SOLICITUD DE DIVORCIO VOLUNTARIO JUDICIAL.

De acuerdo con el Código Civil vigente, en relación al convenio el art. 1792, nos indica la naturaleza jurídica del mismo, a saber tenemos:

"Convenio es el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones". 68

Sin embargo; para el Lic. Pallares el convenio es visto como un contrato sui generis, de orden público, en su celebración intervienen los cónyuges, el ministerio Público, el Estado en calidad de protector del núcleo familiar y la propia sociedad como factor interesado en conseguir el desarrollo a través de la integridad, estabilidad y continuidad de los núcleos familiares. Desde nuestro particular punto de vista consideramos que si atendemos la definición que nos ofrece nuestro cuerpo normativo competente, se van a producir tanto derechos como obligaciones para ambos cónyuges y para su celebración se requiere indispensablemente del mutuo consentimiento, y el convenio sólo crea, modifica o extingue obligaciones. Por lo tanto; creemos que en relación a este tipo de divorcio, los cónyuges no pierden los derechos propios del matrimonio; es decir, nos referimos básicamente a los hijos, lo anterior se debe a que estos derechos son considerados irrenunciables.

Ahora bien; una vez definida la naturaleza jurídica del convenio que requiere el divorcio voluntario

68 Código Civil, Op. cit., p. 325.

judicial, encontramos que este convenio debe ser sometido al dictamen que realice el Ministerio Público como parte integrante del juicio correspondiente, ésto es en atención a la facultad específica que le fue otorgada, su intervención se debe en lo concerniente a la presentación del convenio, cuando éste no llene los requisitos exigidos por la propia ley, además también está facultado para interponer el recurso de apelación y ordenar la tramitación del procedimiento cuando el juez haya dado entrada a la demanda correspondiente y no esté debidamente integrado el convenio.

El convenio deberá estar integrado por las siguientes estipulaciones:

- a) Las relativas a las personas de los cónyuges;
- b) Las concernientes a los hijos, y
- c) Las que se refieren a la liquidación de la sociedad conyugal.

Estas estipulaciones las encontramos reguladas en el art. 273 del Código Civil vigente. En general; podemos determinar que las estipulaciones contenidas en este artículo que anteriormente transcribimos, fueron tomadas en consideración debido a la importancia que en ellas se establece, y que cada una de ellas representa tanto los fines y obligaciones derivadas del matrimonio.

Si bien es cierto que se trata de un divorcio voluntario, encontramos que el convenio en relación a la situación de los hijos, presenta un desacuerdo, ya que básicamente alguno de los dos cónyuges pretende que el otro pierda la patria potestad, es por ello que continuamente se presentan desacuerdos entre los cónyuges, y al respecto el Lic. Rojina Villegas nos señala lo siguiente:

"Generalmente es en relación con el primer punto del artículo 273, como los cónyuges no llegan a un acuerdo estrictamente legal para definir la situación de los hijos porque en realidad pretende alguno de ellos excluir al otro de la patria potestad...". 69

Podemos decir que la patria potestad se considera un derecho irrenunciable y que este tipo de divorcio no admite que alguno de los cónyuges pierda la patria potestad, debido a que en este sistema de separación no existe alguna causa grave que amerite dicha pérdida.

XII. MEDIDAS PROVISIONALES QUE DEBE ADOPTAR EL JUEZ

EN CASO DE QUE HAYA DIVORCIO.

Este tipo de divorcio no está excluido de medidas que en su carácter de provisional tienden a proteger la situación de los cónyuges, de los hijos y de los bienes que conformen la sociedad conyugal. Estas medidas fueron

69 Ibidem, p. 400.

adoptadas por nuestro Código Civil con la finalidad de evitar cualquier tipo de controversia que tuviera su origen en la decisión de los cónyuges, aún cuando esta decisión sea de carácter voluntario.

Al respecto recopilamos los siguientes artículos:

"Art. 275. Mientras que se decreta el divorcio, el juez autorizará la separación de los cónyuges de una manera provisional y dictará las medidas necesarias para asegurar la subsistencia de los hijos, a quienes hay obligación de dar alimentos ".70

"Art. 282 Al admitirse la demanda de divorcio, antes si hubiere urgencia, se dictarán provisionalmente y sólo mientras dure el juicio, las disposiciones siguientes:

I. (Derogada).

II. Proceder a la separación de los cónyuges de conformidad con el Código de Procedimientos Civiles.

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

IV. 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;

V. Dictar, en su caso, las medidas precautorias

70 Código Civil, Op. cit; p.96.

que la ley establece respecto a la mujer que quedé en cinta.

VI. Poner a los hijos al cuidado de la persona que de común acuerdo hubiere designado los cónyuges, pudiendo ser uno de éstos. En defecto de ese acuerdo el cónyuge que pida el divorcio propondrá la persona en cuyo poder deben quedar provisionalmente los hijos. El juez, previo el 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".⁷¹

El juez al admitir la demanda debe ordenar que se adopten determinadas medidas cautelares, cuya vigencia es provisional. Estas medidas básicamente fueron reguladas con la finalidad de cuidar la situación de los dos cónyuges, de los hijos, así como de los bienes que constituyan la sociedad conyugal y por último se señala la cuantía de los alimentos y su protección. En general, podemos afirmar que las medidas provisionales buscan evitar todo tipo de motivos que resulten inestables para el matrimonio que desee separarse.

XIII. DIVORCIO NECESARIO.

El divorcio necesario o contencioso, se encuentra

⁷¹ CODIGO CIVIL, Op. cit., p.p. 97-98.

previsto en el art. 267 dentro de sus primeras dieciséis fracciones, del Código Civil, por medio de este divorcio los cónyuges recobran su capacidad de contraer un segundo matrimonio. El Código Civil en el artículo antes citado, pone a disposición de los cónyuges la posibilidad legal de terminar con su matrimonio, siempre y cuando, su núcleo familiar se desarrolle en alguna de las circunstancias que regula dicho artículo.

Las causas que regula el art. 267 del Código Civil, son consideradas de naturaleza grave, es por ello que algunos autores han denominado al divorcio necesario como "un mal necesario", mismo que procede cuando la conducta de alguno de los cónyuges ponga en peligro la vida de los hijos, la vida de su cónyuge, la estabilidad y solvencia del hogar, así como su propia vida afectiva y personal.

Para efectos del divorcio necesario o contencioso, tenemos que es solicitado por el cónyuge que no haya dado motivo al mismo, así mismo esta acción debe ejercitarla dentro de los seis meses siguientes al día que tuviera conocimiento de la causa; el juez debe decretar el divorcio necesario una vez que haya valorado la causa grave que amerita pedir el divorcio vincular.

Dentro del divorcio necesario, encontramos una clasificación, ésta consiste en el denominado divorcio

remedio y el divorcio sanción, a saber cada uno se basa en lo siguiente:

"...El divorcio sanción se encuentra previsto por aquellas causales que señalan un acto ilícito o bien, un acto en contra de la naturaleza misma del matrimonio. El divorcio remedio se instituye como una protección en favor del cónyuge sano o de los hijos, contra enfermedades crónicas o incurables, que sean además, contagiosas o hereditarias". 72

Las causales que fundamentan el divorcio necesario han sido objeto de una clasificación en atención a la naturaleza propia de cada una de ellas. Esta clasificación se constituye por los siguientes grupos:

a) Por delitos entre los cónyuges, de padres a hijos o de un cónyuge en contra de terceras personas.

b) Hechos inmorales.

c) Incumplimiento de obligaciones fundamentales en el matrimonio.

d) Actos contrarios al estado matrimonial.

e) Enfermedades o vicios enumerados específicamente

Estos grupos fundamentan las causales a que hace

72 Ibidem, p. 396.

mención el art. 267 de nuestro Código Civil, cabe señalar que este tipo de divorcio se puede pedir aún en contra de la voluntad del cónyuge culpable o enfermo y sea a petición del cónyuge inocente.

Además, este tipo de divorcio no deja al vacío la situación que guardan los hijos, los bienes que conformen la sociedad conyugal, así como la propia situación de los cónyuges. Para tal efecto el juez adopta medidas de carácter provisional, siendo las que especifica el art. 282 de nuestro Código Civil vigente.

Como podemos observar, este tipo de divorcio puede pedirse por el hombre o por la mujer, además se previene la situación tan delicada que guardan los hijos, los bienes y la persona de los propios cónyuges. La naturaleza de las medidas provisionales se deriva de la preocupación que mostró el legislador cuando un núcleo familiar se desenvuelve en circunstancias tan graves, mismas que truncan el normal y sano desarrollo del mismo.

CAPITULO III



"DIVORCIO NECESARIO. GENERALIDADES."

CAPITULO 111

1. CONCEPTO DE DIVORCIO NECESARIO O CONTENCIOSO.

El divorcio necesario o contencioso pertenece al grupo del divorcio vincular; dentro de este sistema el vínculo conyugal queda disuelto y una de las consecuencias jurídicas que produce este tipo de divorcio es que los cónyuges quedan en aptitud de contraer un nuevo matrimonio.

Sin embargo; los cónyuges que pidan este tipo de divorcio están obligados a incurrir dentro de alguna de las causas que sean consideradas de naturaleza grave, y por ende, hagan inevitable la continuación del núcleo familiar, es por ello que el Código Civil vigente en su art. 267 estableció en sus primeras dieciséis fracciones, las causales por las cuales el divorcio necesario puede pedirse.

Cabe recordar que el divorcio necesario se solicita por el cónyuge inocente aún cuando el cónyuge culpable se oponga. Algunos autores consideran que este tipo de divorcio es un mal necesario para los matrimonios que desafortunadamente se desarrollan en situaciones tan graves que ponen en peligro la estabilidad, continuidad e integridad de la familia.

Por último; podemos establecer que el divorcio

necesario deberá tener conocimiento del mismo. La autoridad competente para ello; en este caso será el juez de lo familiar del domicilio conyugal, pero tratándose de abandono de hogar, la autoridad competente estará determinada por el domicilio del cónyuge abandonado.

En relación a la gravedad de las causales de divorcio contencioso, recopilamos lo siguiente:

" Divorcio. Interpretación restrictiva de las disposiciones legales que lo establecen. Siendo el matrimonio la base de la familia que a su vez es de la sociedad, el Estado preocupándose por ello mismo, por la estabilidad de la institución, sólo permite su disolución por divorcio en casos verdaderamente graves, expresamente señalados por la ley. De allí que todas las disposiciones legales que establecen tal disolución, son de interpretación restrictiva y que únicamente es procedente decretar aquél solo por las causas específicamente enumeradas en la ley."

"Directo 3536/1955, Emigdio Torres Ulrich. Resuelto el 26 de enero de 1956. Por mayoría de 3 votos, contra los de los Sres. Mtro. Castro Entrada Ramírez Vázquez. Ponente el Sr. Mtro. García Rojas. Srio. Lic. Raúl Ortiz Urquidí."

Citada por EDUARDO PALARES, El Divorcio en México, México, 1948, página 213. Véase también Boletín de Información Judicial, 1959, 3a. Sala, página 517. Directo 5329/58. Beatriz Margarita Machín de Moreno ". 73

73 GALINDO Garfias, Ignacio. Derecho Civil. Primer Curso. Parte General Personas. Familia. Décima edición. Editorial Porrúa, S.A. México 1990 p. 585.

II. PRINCIPIO DE LA LIMITACION DE LAS CAUSAS.

CRITERIO DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACION.

El divorcio necesario o contencioso ha establecido un principio de suma importancia debido a la gravedad de las circunstancias que orillan al cónyuge inocente en pedir este tipo de divorcio.

El principio que estamos analizando, indica que única y exclusivamente el divorcio necesario se podrá solicitar por las causales que específicamente están reguladas en los arts. 267 y 268 de nuestro Código Civil vigente. Por lo tanto, en materia de divorcio contencioso queda prohibido utilizar la analogía jurídica.

Además encontramos que nuestra Suprema Corte de Justicia de la Nación ha precisado que las causales de divorcio contencioso son autónomas, es en relación a lo anterior que podemos decir que desafortunadamente ha quedado relegado el sistema de divorcio vincular; ya que nuestra sociedad como figura central de la evolución presenta constantemente actos que no se encuentran regulados y que muchos de ellos son funestos para un matrimonio.

Ahora bien; la autonomía de las causales nos indica que no puede haber ninguna combinación entre las causales; es así que el cónyuge inocente debe estar

conciente que a pesar de la posible existencia de conductas ilícitas, sólo puede demandar este divorcio a su cónyuge por la causal que se encuentre expresamente en nuestro ordenamiento jurídico competente. También se ha determinado que estas causales no pueden ser interpretadas en forma extensiva y mucho menos aplicarlas a casos contrarios.

" Autonomía de las causales de divorcio. Las causales de divorcio que establece la ley son autónomas, y no deben involucrarse las unas en las otras. Además son limitadas y no cabe respecto de ellas la interpretación extensiva por analogía o por mayoría de razón."

Sexta época, Cuarta Parte.

Volumen XXX, página 145.

Volumen LII, página 117.

Volumen LXVIII, página 76.

Volumen LXXIV, página 18.

Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de los fallos pronunciados en los años de 1917 a 1965, página 492 ". 74

De acuerdo con la jurisprudencia antes citada y con algunos autores, encontramos que las causales diversas que conllevan al divorcio necesario son autónomas y que cada

74 GARFÍAS, Op. Cit; p. 385.

una de ellas se debe adecuar a la conducta del conyuge culpable, es por ello que se ha marcado como un principio limitado que estas causales no puedan combinarse o utilizarse por la denominada analogía jurídica. Sin embargo, creemos conveniente determinar que la sociedad esta sujeta a cambios trascendentales y que se dan momento a momento, por lo tanto, consideramos que el legislador no previno tal situación y que las distintas causas que desafortunadamente agobian al núcleo familiar y hacen imposible la continuidad del mismo, no pueden considerarse como causales de divorcio necesario, ya que no se encuentran reguladas y no se puede utilizar tampoco la analogía jurídica. De esta forma, podemos observar que nuestro Código Civil en su art. 267 debe sujetarse a una reforma que de manera prudente regule las conductas ilícitas que alguno de los dos cónyuges realice, y en consecuencia, obstaculiza la continuidad armoniosa de un núcleo familiar.

III. CLASIFICACION DE LAS CAUSALES DE DIVORCIO.

El divorcio necesario como hemos observado se fundamenta en causas que se consideren graves y hagan inevitable la continuación del núcleo familiar; sin embargo, este tipo de divorcio sólo podrá pedirlo el cónyuge inocente, mismo que deberá pedirse por alguna de las

causales que regula el art. 267 y el art. 268 de nuestro Código Civil. Es por ello que estas causales se han clasificado de acuerdo a su género, entre ellas podemos observar que se han regulado desde el incumplimiento de las obligaciones derivadas de un matrimonio hasta los delitos que puede cometer alguno de los cónyuges o ambos hacia los descendientes.

En el capítulo anterior establecimos esta misma clasificación, sin embargo, a manera de profundizar más, el tema el lic. Pallares nos dice:

" a)Causas en las que los tribunales gozan de cierta facultad discrecional para decretar el divorcio o abstenerse de hacerlo, teniendo en cuenta la gravedad de los hechos que la ley considera como causas...

b)Las contrarias a las anteriores, en las que los tribunales no tienen esa facultad discrecional...

c)Un tercer grupo está formado por las causas que implican un hecho culpable, e incluso la comisión de un delito, por parte del cónyuge demandado... En sentido opuesto hay causas que no tienen esa naturaleza jurídica...

d)El cuarto grupo comprende el incumplimiento de las obligaciones, de modo especial las relativas a suministrar alimentos al otro cónyuge y a sus hijos, y la de

vivir en el domicilio cónyugal. En oposición a estas causas pueden señalarse aquéllas que sin constituir el incumplimiento de las obligaciones matrimoniales, revelan una condición de inmoralidad tal del cónyuge culpable, que es del todo necesario disolver el matrimonio para evitar su influencia perniciosa en la vida de los hijos o del otro consorte;

e) Finalmente, hay otras causas que deben producir la disolución del matrimonio, sea por motivos de honor o porque ponen al cónyuge que ha incurrido en ellas, en la imposibilidad de continuar cumpliendo sus obligaciones familiares... " 75

Esta clasificación fue creada con el propósito de observar el género de la causal que conlleva al divorcio necesario y creemos pertinente indicar que este sistema de divorcio sólo procede por alguna de las primeras dieciséis causales que contempla el Código Civil vigente en su art. 267, sin olvidar lo dispuesto por el art. 268 de dicho ordenamiento. Al respecto recopilamos lo siguiente:

"El artículo 267 del Código Civil incluye entre las causas de divorcio, unas, que operan de modo absoluto, sin sujeción alguna, en tanto que otras, sólo dan lugar al divorcio, si se encuentran condicionadas por ciertas

75 PALLARES, Op. cit; p.p. 62-63.

circunstancias que perturban gravemente la armonía conyugal. En estos casos el derecho deja la estimación del juez, la calificación de la gravedad de la causa." 76

Las causales de divorcio que regula el art. 267; a continuación las analizaremos de acuerdo al orden de aparición.

Primera Causal de Divorcio.

" El adulterio debidamente probado de uno de los cónyuges." 77

Podemos ver que el adulterio puede ser cometido por el hombre o por la mujer; entendiéndose como tal las relaciones sexuales que mantienen uno de los cónyuges con persona distinta de su consorte, siendo posible que los denominados adúlteros sea alguno de los dos cónyuges o ambos. Además debemos establecer que el adulterio requiere que las relaciones sexuales sean con personas de distinto sexo y debido a la gravedad de esta causal de divorcio necesario, se exige su comprobación.

Cabe recordar que el adulterio regulado como causal de divorcio es completamente distinto e independiente del adulterio visto como un delito, mismo que es sancionado por el Código Penal.

76 GARFIAS, Op. Cit., p. 585.

77 CODIGO CIVIL, p. 93.

Así también, se ha precisado que todo aquel cónyuge que pida el divorcio contencioso por el adulterio debe probarlo de forma directa. En este sentido se admiten como pruebas los resultados de la investigación que se llevó a cabo a los grupos sanguíneos, si es el caso de probar la paternidad de un hijo; así también la confesión; en virtud de la gravedad de la citada causal se aceptan las presunciones graves que puedan existir.

Al respecto tenemos lo siguiente

" ADULTERIO COMO CAUSA DE DIVORCIO. Siendo muy difícil producir la prueba directa del adulterio, debe admitirse la indirecta en los juicios de divorcio.

Quinta EPOCA, Cuarta Parte Volumen XIV pág.9.

Volumen XXX Pág. 120.

Volumen XXXIII Pág. 69.

Volumen LII Pág.10.

Tesis relacionadas, que no hacen jurisprudencia.

El adulterio que la ley civil considera como causal de divorcio no se identifica con el delito de adulterio que castiga el Cód. Penal. Para que exista aquél bastará que uno de los cónyuges tenga relaciones sexuales con persona distinta del otro cónyuge porque el matrimonio se fonda en la fidelidad de los esposos. Idem" 78

78 PALLARES, Op. Cit., p.p. 225 y 226.

Por último podemos agregar que el adulterio regulado como una de las causales del divorcio necesario, es en atención a la falta de fidelidad de alguno de los cónyuges, recordando que la fidelidad se tiene como uno de los fines básicos del matrimonio.

Segunda Causal de Divorcio.

" El hecho de que la mujer dé a luz, durante el matrimonio, un hijo concebido antes de celebrarse este contrato, y que judicialmente sea declarado ilegítimo." 79

Esta causa es absoluta y su regulación se debe a la conducta inmoral y el silencio de la mujer, así como la infidelidad, deshonra y deslealtad hacia su consorte es por esto último que esta causal se considera como una injuria grave que se comete en contra del esposo.

La carga de la prueba recae en el actor en este sentido debemos tomar en cuenta los términos, que nuestro propio Código Civil estableció en relación a la paternidad. Es así que se consideran como hijos legítimos aquéllos que nacen después de 180 días de celebrar el matrimonio y en consecuencia, los hijos que nazcan dentro de este término se presume que ya no son hijos del cónyuge varón. Por lo tanto el marido deberá probar que no mantuvo relaciones sexuales

79 CODIGO CIVIL, Op. cit., p. 93.

antes de celebrar el matrimonio o bien que ignoraba el embarazo de su cónyuge; además hace prueba plena la pericial médica que se lleve a cabo; así como la copia certificada de la sentencia ejecutoriada que decreta la ilegitimación del hijo; ya que esta última sirve de base para pedir el divorcio.

Tercera Causal de Divorcio.

" La propuesta del marido para prostituir a su mujer, no sólo cuando el mismo marido la haya hecho directamente sino cuando se pruebe que ha recibido dinero o cualquiera remuneración con el objeto expreso de permitir que otro tenga relaciones carnales con su mujer". 80

Podemos decir que este tipo de conducta atenta contra la salud de la mujer; ya que puede adquirir cualquier enfermedad venérea.

Esta causal nos permite observar que hay una conducta inmoral y denigrante por parte del marido debido a permitir el comercio carnal con su esposa y que esta conducta puede tipificarse como el delito de lenocinio, el cual se encuentra sancionado en el art.207 de nuestro Código Penal. Considerando la naturaleza tan grave de esta causal, corresponde a la esposa probar estas conductas que además de

80 CODIGO CIVIL, Op. cit., p. 93.

inmorales son deprimentes, denigrantes, deplorables e intolerables para la integridad tanto física como moral de la mujer; las pruebas que en este caso pueden mostrarse son la confesional de la esposa, la testimonial, así como la tentativa de prostituir; por lo tanto, la presunción no puede tomarse en cuenta debido a la gravedad y delicadeza de esta causal.

Cuarta Causal de Divorcio.

"La incitación o la violencia hecha por un cónyuge al otro para cometer algún delito, aunque no sea de incontinencia carnal". 81

Esta causal es absoluta y en ella podemos encontrar la falta de respeto y de los demás fines semejantes del propio matrimonio.

Además podemos observar que se requiere indispensablemente la provocación a cometer algún delito ya sea con o sin violencia, lamentablemente encontramos que esta causal puede existir frecuentemente cuando falta elementos suficientes para tener una vida conyugal normal y sana y debido a sus consecuencias puede llegar a tipificarse algún delito. Por lo tanto, encontramos que existe una situación seria y desagradable para desarrollar un núcleo familiar.

81 CODIGO CIVIL, p. 93.

Quinta Causal de Divorcio.

" Los actos inmorales ejecutados por el marido o por la mujer con el fin de corromper a los hijos, así como la tolerancia en su corrupción." 82

La sociedad como escenario de constantes cambios está sujeta a conductas eludibles y que desafortunadamente hay personas que hacen uso de ciertas actividades deplorables con el fin de satisfacer sus necesidades y en este sentido nos hacen pensar que hay una carencia de los principales valores que todo ser humano debe poseer.

Esta causal requiere que el hombre o la mujer ejecute actos inmorales hacia sus hijos, además que toleren dicha corrupción, es por ello que el juez de acuerdo a sus facultades deberá estimar la gravedad de los actos inmorales y que a nuestro juicio esta causal presupone la malicia de todo aquel cónyuge que permite estas conductas ilícitas que atentan contra la integridad de los hijos y de los buenos principios.

Sexta Causal de Divorcio.

" Padecer sífilis, tuberculosis o cualquiera otra enfermedad crónica o incurable, que sea, además, contagiosa o hereditaria y la impotencia incurable que sobrevenga

82 Código Civil Op. cit., p.93.

después de celebrado el matrimonio." 83

Esta causal al igual que la siguiente indican el peligro en que se encuentran tanto el cónyuge sano como los hijos debido a que pueden contraer las enfermedades contagiosas que agobian al cónyuge enfermo; así también en relación a las enfermedades, actualmente existen otras más que no se encuentran reguladas en esta causal y que ponen peligro la vida de los demás, tal es el caso del Síndrome de Inmuno Deficiencia Adquirida (SIDA).

De acuerdo al texto de esta causal se requiere que la enfermedad sobrevenga después de celebrar el matrimonio. Sin embargo; como hemos precisado anteriormente esta causal y la siguiente se han regulado en el denominado divorcio no vincular y a petición del cónyuge sano puede pedir este último divorcio o el divorcio necesario, es importante esto debido a que se toma en cuenta los sentimientos y el peligro del cónyuge sano y de los hijos.

Por último; la impotencia incurable es motivo de divorcio debido a que la obligación ineludible del matrimonio no puede realizarse.

Séptima Causal de Divorcio.

"Padecer enajenación mental incurable, previa

83 Código Civil, Op. cit., p. 93.

declaracion de interdiccion que se haga respecto del cónyuge demente ". 84

Al igual que la causal anterior son consideradas como hechos inesperados y desafortunados; y que a petición del cónyuge sano puede solicitar el divorcio necesario siendo este último visto como un divorcio remedio, el cual trata de hacer menos los problemas emocionales que se presentan.

En atención a esta causal, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha resuelto que se debe comprobar el estado de interdicción es decir; se exige como prueba la copia certificada que dicte tal estado.

Por último; queremos recordar que la naturaleza de estas dos causales no ameritan perder la patria potestad.

Octava Causal de Divorcio.

"La separación de la casa conyugal por más de seis meses sin causa justificada." 85

Esta causal es de tracto sucesivo y nos hace referencia a un elemento indispensable en cualquier matrimonio es decir estamos hablando de la convivencia marital en todos los sentidos la cual debe solidarse en el

84 Código Civil, Op. cit , p. 93.

85 Código Civil, Op. cit , p. 93.

propio domicilio conyugal.

Un factor indispensable que se encuentra previsto en esta causal es sin duda alguna, el denominado domicilio conyugal; el cual ha sido objeto de múltiples controversias, es por ello que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha determinado en jurisprudencia que se tiene como domicilio conyugal, aquél sitio en donde los cónyuges vivan bajo un mismo techo, con independencia y autoridad propias.

El tiempo que establece esta causal como separación debe ser por un período de seis meses ininterrumpidos; además, encontramos que esta separación requiere como elemento indispensable que no exista ningún tipo de causa, es decir podemos hablar que en este sentido opera la mera voluntad del cónyuge que decide separarse; lo cual creemos que este modo de actuar siempre se rige por una causa y que debe entenderse que de acuerdo con el criterio del juzgador deberá abstenerse o decretar el divorcio. La carga de la prueba recae en el actor.

Novena Causal de Divorcio.

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

entable la demanda de divorcio". 86

El actor en esta causal es sin duda alguna el cónyuge abandonado, así también la separación exige que se haya originado por una causa suficiente para pedir el divorcio.

Ahora bien; debemos precisar que esta causal se estableció con el objeto de salvaguardar los derechos e intereses del núcleo familiar así como las obligaciones que derivan del propio matrimonio. Al igual que la causal anterior exige como requisito indispensable para que pueda operar esta causal el domicilio conyugal.

Por último; podemos establecer que esta causal debe ejercitarse dentro del año siguiente al abandono y en caso contrario comienza a configurarse la caducidad en virtud que si el cónyuge que abandona no interpone ninguna demanda de divorcio durante ese año llega a entenderse lo anterior como un perdón tácito.

Décima Causal de Divorcio.

"La declaración de ausencia legalmente hecha, o la de presunción de muerte, en los casos de excepción en que no se necesita para que se haga que preceda la declaración de ausencia " 87

86 Código Civil Op. cit., p.p. 93-94.

87 Código Civil, Op. cit., p. 94.

Esta causal fue prevista en virtud de la incertidumbre que opera cuando alguien se ausenta por cierto periodo y no se tiene ningún tipo de noticias. Es por ello que el legislador previó dicha situación como un hecho funesto que pone en peligro la estabilidad, la integridad de un núcleo familiar.

Por otra parte, esta causal manifiesta que el cónyuge que pida el divorcio necesario requiere probar que legalmente se declare por sentencia la presunción de muerte; sin embargo, el cónyuge actor tiene la posibilidad de entablar el juicio de divorcio necesario sin tener que esperar a que se decrete la presunción de muerte; y que de suceder lo contrario sería más tardado que este cónyuge quedara en el término legal para contraer nuevas nupcias.

Décima Primera Causal de Divorcio.

"La sevicia, las amenazas o las injurias graves de un cónyuge para el otro." 88

Esta causal nos hace pensar en todos los actos denigrantes, deplorables y humillantes que todo ser humano puede ser sujeto. Además encontramos que de acuerdo con el texto de esta causal no se requiere que haya una conjunción de todos los actos.

88 Código Civil. Op. cit., p. 94.

Debemos entender que estos actos constituyen delitos que se sancionan por nuestro Código Penal y de conformidad con el criterio del juzgador deberá calificar la gravedad de las amenazas y de las injurias y en relación a la sevicia, ésta la podemos entender como la crueldad excesiva a la que somete un cónyuge al otro; sin embargo, esta crueldad es distinta de los otros actos inhumanos que prevé esta causal.

Décima Segunda Causal de Divorcio.

"La negativa injustificada de los cónyuges a cumplir con las obligaciones señaladas en el artículo 164, sin que sea necesario agotar previamente los procedimientos tendentes a su cumplimiento, así como el incumplimiento, sin justa causa, por alguno de los cónyuges, de la sentencia ejecutoriada en el caso del artículo 168." 89

La negativa injustificada por alguno de los cónyuges a cumplir con las obligaciones derivadas del matrimonio, constituye una falta grave a este vínculo ya que los cónyuges al momento de celebrar el contrato civil del matrimonio saben perfectamente los fines y deberes del mismo y la negativa a darles cumplimiento pone en un desequilibrio grave al matrimonio.

89 Código Civil, Op. cit., p. 94.

Por último; podemos observar que esta causa no exige como requisito agotar previamente el procedimiento correspondiente a la falta de las obligaciones del vínculo conyugal.

Décima Tercera Causal de Divorcio.

" La acusación calumniosa hecha por un cónyuge contra el otro, por delito que merezca pena mayor de dos años de prisión." 90

Debemos entender esta causal que su regulación se debe a cualquier acusación falsa que haga un cónyuge hacia el otro, teniendo como requisito que la calumnia reúna los elementos del tipo penal que el Código de la materia estableció. Sin embargo; consideramos que es un error que se combinen la vía penal con la vía civil; ya que la calumnia vista desde el punto de vista penal, es un delito que se persigue por querrela, y en consecuencia, el desistimiento de la acción penal también trae consigo que el cónyuge inocente no tenga ningún derecho a pedir el divorcio contencioso por esta causal. Por lo tanto; cabría la posibilidad que el legislador tomara en cuenta esta cuestión y en este sentido establecer más concreta y específicamente que debé entenderse por calumnia desde el punto de vista civil.

90 Código Civil, Op. cit., p.94.

Décima Cuarta Causal de Divorcio.

" Haber cometido uno de los cónyuges un delito que no sea político, pero que sea infamante, por el cual tenga que sufrir una pena de prisión mayor de dos años. 91

Debemos entender por infamia la deshonra, la maldad, la vileza y desacédito; y con tal definición podemos deducir que un núcleo familiar que se encuentra con actos inmorales y crueles no puede preservarse. De esto último podemos decir que el cónyuge que comete un delito debe hacerse acreedor a una sanción; ya que una persona que delinque es un mal ejemplo para la sociedad y con ello pone en la peligro estabilidad, integridad y buenos principios del núcleo familiar.

La excepción que trae consigo esta causal es que el delito político no sirve de base para pedir el divorcio; por lo tanto, sólo se toman en consideración los delitos infamantes.

Décima Quinta Causal de Divorcio.

" Los hábitos de juego o de embriaguez o el uso indebido y persistente de drogas enervantes, cuando amenazan causar la ruina de la familia o constituyen un continuo motivo de desavenencia conyugal." 92

91 Código Civil, Op. cit., p. 94.

92 Código Civil, Op. cit., p. 94.

Los actos que enumera esta causal, desde nuestro punto de vista consideramos que ameritan pedir el divorcio desde el momento en que el cónyuge inocente tiene conocimiento; sin embargo, se requiere que ponga en peligro la estabilidad conyugal o amenacen causar una ruina en la familia. Por lo tanto; consideramos que a partir de la presencia en una familia de un adicto a las drogas o a los juegos pone en peligro el bienestar familiar; ya que como podemos suponer existirá una mayor preferencia a todo aquéllo que le produce una satisfacción.

Décima Sexta Causal de Divorcio.

"Cometer un cónyuge contra la persona o los bienes del otro un acto tal que sería punible si se tratase de persona extraña, siempre que tal acto tenga señalada en la ley una pena que pase de un año de prisión." 93

El texto de esta causal nos hace pensar que los delitos cometidos por un cónyuge no resultan punibles, siempre y cuando, exista por ley una pena que merezca más de un año de prisión; lo cual desde nuestro punto de vista es injusto debido a que el cónyuge culpable debe ser tratado como un ser racional que es dueño de sus actos salvo el caso que se trate de una persona incapacitada; y de no ser así, el cónyuge culpable debe ser considerado como cualquier delincuente que pone en peligro la estabilidad de su hogar,

93 Código Civil, Op. cit., p. 94.

o incluso la vida propia de su conyuge e hijos. Es por ello que el legislador debe tomar esta causal entre otras a estudio a modo que sea más específico y de oportunidad de evitar tantos fracasos, desajustes y frustraciones dentro de los matrimonios.

Décima Séptima Causal de Divorcio.

"El mutuo consentimiento". 94

De acuerdo a nuestro criterio, esta causal debe estudiarse por separado ya que no existe según el propio texto, una causa grave que amerite pedir el divorcio.

Por lo tanto, la propia esencia de esta causal se sujeta a las características del divorcio voluntario judicial o al denominado divorcio voluntario administrativo, respectivamente. A manera de recordar el capítulo anterior; estas dos formas distintas de divorcio producen la separación de los cónyuges, quedando en aptitud para contraer nuevo matrimonio después de un año en que obtuvieron el divorcio.

Décima Octava Causal de Divorcio.

"La separación de los cónyuges por más de dos años, independientemente del motivo que haya originado la

separación, la cual podrá ser invocada por cualesquiera de ellos." 95

Consideramos que esta causal debe ser objeto a estudio por parte del legislador; en virtud de que exclusivamente pide que exista una separación por más de dos años; siendo éstos consecutivos, pero el juez que tenga conocimiento de dicha causal no debe entrar a estudio del motivo que haya originado la separación, lo cual nos parece contradictorio con la propia propuesta del Código a estudio; es decir, nos referimos a la protección del núcleo familiar.

Es así que debemos pensar que la separación por este lapso, deja al cónyuge abandonado en la incertidumbre sobre si vive o no su cónyuge, lo cual a nuestro modo de ver deben tomarse las medidas necesarias a efecto de investigar el estado que guarda el cónyuge culpable antes de decretar la sentencia de divorcio.

Una causal más de divorcio que contempla el Código Civil, aún sin estar prevista en el art. 267, la encontramos regulada en el art. 268, esta causal se tiene como una injuria grave, y uno de los efectos jurídicos que se producen es que el cónyuge inocente no queda obligado a vivir junto al cónyuge culpable. Este artículo a estudio

95 Código Civil, Op. cit., p. 94.

presupone lo siguiente:

" Cuando un cónyuge haya pedido el divorcio o la nulidad del matrimonio por causa que no haya justificado o se hubiere desistido de la demanda o de la acción sin la conformidad del demandado, éste tiene a su vez el derecho de pedir el divorcio, pero no podrá hacerlo sino pasados tres meses de la notificación de la última sentencia o del auto que recayó al desistimiento. Durante estos tres meses los cónyuges no están obligados a vivir juntos." 96

Esta causal se considera como injuria grave debido a que el cónyuge que demande el divorcio y no haya justificado su causa, atenta contra la integridad y dignidad de su cónyuge además es conveniente que los cónyuges no estén obligados a vivir juntos, en virtud que resulta incómodo y deplorable permanecer junto a una persona que tiene como fin destruir la imagen de su cónyuge, ante sus hijos y ante los demás.

IV. EFECTOS QUE PRODUCE EL DIVORCIO EN LA SOCIEDAD.

En apartados anteriores precisamos que el matrimonio debido a su importancia es considerado de orden público, el matrimonio como todo acto jurídico presenta

96 Código Civil, Op. cit, p.p.94-95.

características propias así mismo se derivan de este derechos y obligaciones para los cónyuges, bienes e hijos de tanta importancia que la propia sociedad trata de conciliar los matrimonios una vez celebrados, ésto es en virtud que la familia constituye la base fundamental de la sociedad y por ende del propio país. Sin embargo; en un núcleo familiar pueden producirse distintos problemas que hacen imposible cumplir con los fines u obligaciones del vínculo conyugal y al respecto se encuentra en el divorcio, el medio idóneo para acabar con los desajustes que se presentan.

Es por lo anterior que después de analizar la causa grave que hace imposible continuar con una vida conyugal armoniosa y aún después de haberse brindado mutuamente la última oportunidad de recapacitar y continuar con su matrimonio, deciden que la mejor opción que tienen en sus manos es el divorcio. En este sentido, encontramos lo siguiente:

"No debía divorciarme sin antes darle a mi matrimonio la última oportunidad, pero no como se da una simple advertencia o amenaza egoísta, si no como una promesa de sacrificio total y trabajo incondicional para salvarlo".

97

Ahora bien; el divorcio ante nuestra sociedad todavía no es del todo aceptado ya que hay determinados

factores como es el caso de los denominados convencionalismos sociales, que impiden que el divorcio florezca, sin embargo, consideramos que el divorcio visto como un medio que disuelve el vínculo conyugal produce ciertos efectos jurídicos en relación a la persona de los cónyuges, los bienes y los hijos, es así, que el divorcio resulta oportuno en aquellos matrimonios que su relación se desenvuelve en conductas inmorales, actos ilícitos o simplemente existe una causa tan grave que afecta e imposibilita un normal desarrollo del núcleo familiar.

El divorcio es un medio que sirve para separar una relación conyugal y que entre sus consecuencias, podemos mencionar la frustración del cónyuge inocente, la culpabilidad de cónyuge que actuó equivocadamente y un factor importante es el aspecto psicológico de los propios hijos, los cuales deben afrontar una situación de tal magnitud; y es precisamente en este sentido, que el divorcio toma demasiada importancia para la sociedad ya que se busca consolidar la familia y con ello conseguir un desarrollo más congruente y sólido para el propio país.

Desde nuestro punto de vista, consideramos que si bien es cierto el divorcio trae consigo una separación en la vida conyugal, y produce ciertos efectos jurídicos,

psicológicos y socio-económicos también es cierto que pone fin a todas las escenas desagradables que afectan el normal desarrollo de los hijos, la integridad tanto física como moral del cónyuge inocente y en virtud de ello, estamos de acuerdo con el divorcio debido a que un matrimonio que desafortunadamente se ve envuelto en estas situaciones, no deben los cónyuges ser obligados a continuar con su matrimonio.

Por último; podemos decir que si estamos de acuerdo con el divorcio es en virtud del propio fin que persigue este sistema; es decir, nos referimos a la disolución del vínculo matrimonial que por distintas pero funestas causas hacen imposible la continuación y conservación del vínculo y debido a ello consideramos que nadie está obligado a continuar con una vida conyugal que sólo produce daños y perjuicios al cónyuge inocente y a los propios hijos, como víctimas del cónyuge culpable.

V. EFECTOS DEL DIVORCIO EN RELACION CON LOS CONYUGES.

La sentencia que decreta el divorcio contencioso por alguna de las causas, produce determinados efectos en relación a la persona de los cónyuges, hijos y a los bienes.

Los efectos que se presentan en relación a los cónyuges es, sin duda alguna, la aptitud de recobrar su capacidad y libertad en relación a su estado civil, por lo tanto, quedan en aptitud de contraer un segundo matrimonio, siempre y cuando, cumplan con los requisitos que nuestro propio Código Civil ha establecido. Este ordenamiento jurídico presupone que el cónyuge culpable podrá volver a casarse hasta después de dos años contados a partir de la fecha en que se dicta la sentencia de divorcio correspondiente.

Sin embargo; la mujer no puede contraer nuevas nupcias antes de los trescientos días siguientes a la disolución del vínculo matrimonial anterior, salvo que dentro de ese término naciera el hijo; esta disposición se explica desde el punto de vista que el Código Civil vigente aunque regula el divorcio necesario, también contempla la paternidad y la filiación ya que las obligaciones derivadas del matrimonio no terminan aún después de disuelto dicho vínculo.

Por último, tratándose del cónyuge inocente el tiempo de espera es mínimo, en virtud que sólo debe aguardar a que cause ejecutoria la sentencia que decreta el divorcio y que tenga la cualidad que ningún recurso extraordinario combata dicha sentencia.

Las disposiciones anteriores se encuentran previstas en los arts. 289 y 324, fracción II del Código Civil Vigente.

Otro de los efectos jurídicos que producen la sentencia de divorcio es en lo relativo al pago de daños o perjuicios que se provoquen por el divorcio al cónyuge inocente, y en este sentido el cónyuge obligado deberá responder de ello, según lo previsto por el art. 288, último párrafo del Código Civil.

Ahora bien; disuelto el vínculo matrimonial se deben cumplir determinadas obligaciones civiles que derivan del propio vínculo; es decir, nos referimos a la administración de alimentos por parte del cónyuge culpable; sin embargo, este pago de alimentos deberá ser cubierto mientras el cónyuge inocente tenga un modo honesto de vivir y no haya contraído un nuevo matrimonio; por último, el juez deberá tomar en cuenta para el pago de alimentos la capacidad para trabajar de ambos cónyuges así como sus posibilidades económicas. Esta situación se encuentra prevista en el art. 288 de nuestro ordenamiento jurídico competente.

VI. EFECTOS DEL DIVORCIO EN RELACION A LOS HIJOS.

El divorcio necesario visto como un medio que

disuelve el matrimonio y deja en aptitud a los cónyuges para contraer un segundo matrimonio, según lo previene el art. 266 del Código Civil a estudio, ha procurado proteger la situación que guardan los hijos una vez disuelto el matrimonio.

De esta manera; encontramos que de acuerdo a la naturaleza de las causales de divorcio necesario, se puede llegar a perder o suspender la patria potestad por parte del cónyuge culpable, ésto se debe a que un núcleo familiar que se desarrolla con conductas inmorales y actos deplorables constituyen un verdadero peligro para el normal desarrollo de los hijos. Sin embargo, debemos señalar que la pérdida o suspensión de la patria potestad no libera al cónyuge culpable a cumplir con las obligaciones civiles a las que se encuentra sujeto, entre ellas podemos señalar la administración de alimentos, según los arts. 285 y 287 de nuestro Código Civil.

Las causales de divorcio necesario que trae como consecuencia jurídica la suspensión de la patria potestad, son aquéllas que se encuentran señaladas en las fracciones VI, VII del art. 267 del Código antes citado.

En lo relativo al cónyuge culpable, los hijos quedarán al cuidado del cónyuge inocente cuando se trate de

Los actos que se regulan en las fracciones I, II, III, IV, V, VIII, XIV y XV del artículo antes citado; pero si ambos cónyuges son culpables, los hijos quedarán bajo el ascendiente o ascendientes que correspondan y en caso de que éstos no existan se nombrará un tutor, de acuerdo a lo previsto por el art.283 del Código Civil, mismo artículo que comprende tres diferentes grupos que procuran la figura jurídica de la patria potestad y que cada grupo se regula según la naturaleza de las causales de divorcio.

El último grupo comprende las fracciones IX, X, XI, XII, XIII, XIV, este grupo también afirma que la patria potestad la ejerce el cónyuge inocente y como característica propia se establece que la patria potestad puede volver a ejercer este derecho el cónyuge culpable solamente cuando el cónyuge sano se muera. Por lo tanto; podemos observar que este bloque toma en cuenta las causales que no llevan una conducta tan inmoral e ilícita como el anterior grupo y debido a ello, ofrecen la posibilidad al cónyuge culpable de enmendar su error.

Por último; las demás disposiciones que rige al anterior grupo en cuanto a la persona o personas que pueden ejercer el derecho de la patria potestad, son también aplicables a este grupo.

VII. EFECTOS DE LA SENTENCIA DE DIVORCIO EN RELACION
A LOS BIENES.

Entre los efectos jurídicos que se presentan en la sentencia de divorcio correspondiente, podemos nombrar de acuerdo con el art. 206, que el cónyuge culpable se le condena a la pérdida total de las donaciones entre consortes siendo esta pérdida en favor del cónyuge inocente. Este efecto lo podemos entender desde el punto de vista que el legislador tomó en cuenta los aspectos sentimental y económico del cónyuge inocente.

De acuerdo al art. 207 del Código Civil, señala lo siguiente:

"Ejecutoriado el divorcio, procederá desde luego a la división de los bienes comunes y se tomarán las precauciones necesarias para asegurar las obligaciones que quedan pendientes entre los cónyuges o con relación a los hijos. Los consortes divorciados tendrán obligación de contribuir, en proporción a sus bienes e ingresos, a las necesidades de los hijos, a la subsistencia y a la educación de éstos hasta que lleguen a la mayor edad." 98

Cabe señalar, que el matrimonio que se rige por el régimen de sociedad conyugal, no termina solamente por el

98 Código Civil, Op. cit., p. 59.

divorcio de acuerdo a lo previsto por el art. 197 del ordenamiento jurídico a estudio.

El artículo anteriormente transcrito nos hace referencia a que el juez deberá tomar las precauciones necesarias a efecto de salvaguardar las obligaciones civiles que deben cumplirse; sin embargo, consideramos que en este artículo al respecto existe una laguna; ya que no nos especifica de que tipo de precauciones se trata, o bien si pueden ser las medidas precautorias a que hace mención el art.282, mismas que tienen el carácter de provisional y que fueron dictadas una vez admitida la demanda.

Debido al artículo transcrito anteriormente, nos permitimos recopilar lo siguiente:

" El artículo 287 del C.C: en su segunda parte vuelve a tratar las obligaciones con relación a los hijos y recalca la obligación de los divorciados de contribuir, en la proporción a sus bienes e ingresos, a las necesidades de los hijos a la subsistencia y a la educación de éstos hasta que lleguen a la mayor edad, lo cual es parte también de lo que debe contenerse en la disolución de la sociedad conyugal y la división de los bienes comunes." 99

99 CHAVEZ, Op. cit., p. 569.

CAPITULO IV



"LA HOMOSEXUALIDAD COMO CASUAL DIVORCIO"

CAPITULO IV

I. EL ADULTERIO A TRAVES DE LA HISTORIA.

El adulterio a través de las distintas culturas y épocas que analizamos en el primer capítulo, se concibe como un acto ilícito y de conducta inmoral que pone en peligro la estabilidad e integridad tanto física como moral del cónyuge inocente, así como del propio núcleo familiar.

Es por ello que el adulterio se define como todas aquéllas relaciones extramaritales que sostiene un consorte con persona distinta de su cónyuge.

Debido a la gravedad del adulterio que a partir de Roma como base fundamental de otras culturas y aún en nuestra propia cultura, el adulterio se concibe como una falta moral en la que incurre un cónyuge, y por lo tanto, se considera como una causal de divorcio, además este mismo acto también se ha regulado en materia penal; es decir, se tipifica como un delito cuando reúne los elementos del tipo penal que exige el mismo, debemos señalar que el adulterio en materia civil es distinto al adulterio que se persigue como un delito, y por ende, son independientes.

Podemos recordar que la cultura romana admitió el

divorcio por causa de adulterio, el cual podía ser cometido por el hombre o por la mujer. A diferencia de esta cultura, la propia Biblia y el Derecho Canónico recriminan el divorcio, y en consecuencia, el adulterio es repudiado. De esta forma encontramos la aparición del denominado repudium, el cual equivale al propio divorcio, sin embargo, sólo el varón estaba facultado para hacerlo valer, teniendo como causas para solicitarlo el propio adulterio.

Posteriormente la sociedad sujeta a los constantes cambios, se vio en la necesidad de que la Iglesia permitiera el denominado divorcio no vincular, sin importar la gravedad de las causas. De esta manera la teología protestante estipuló que el adulterio considerado como una falta grave que afecta uno de los principales fines del matrimonio, es suficientemente intolerante e inmoral y debido a ello el divorcio se debe pedir y otorgar; además el cónyuge culpable incurre en pecado mortal, el cual se encuentra estipulado en el séptimo mandamiento de la ley divina: "No cometerás adulterio".

En relación con la cultura maya, el adulterio, podía cometerse por el hombre o por la mujer; sin embargo, la infidelidad de la mujer ameritaba un mayor castigo que la infidelidad de un hombre, la severidad con la que se

castigaba a la mujer podía llegar al grado de la privación de la vida. Esta misma situación prevaleció en la cultura azteca, en este sentido, podemos observar una desigualdad de derechos, debido al poder patriarcal de estos pueblos (por ser de origen patriarcal).

Durante la época Colonial, México se ve sometido a los ordenamientos españoles, entre éstos podemos hacer mención de la " Ley de las Siete Partidas ", la cual establece que el adulterio debía ser denunciado por el cónyuge varón, en virtud de ello, el varón era el único facultado para denunciar el adulterio.

Dentro del Código Civil de Oaxaca de 1828; se estipuló que el divorcio perpetuo era solicitado exclusivamente por adulterio, dejando en igualdad de condiciones al hombre como a la mujer, este tipo de divorcio únicamente concedía la separación de los cónyuges en cuanto al lecho conyugal. Esta misma disposición continuó vigente en los Códigos Civiles de 1870 y 1884, respectivamente, de este modo, debemos establecer que a pesar de la gravedad del adulterio, sólo se autorizaba el divorcio no vincular debido a que retomaron la definición del matrimonio que ofreció tanto la Biblia como el Derecho Canónico, es por ello que el matrimonio visto como una unión indisoluble no aceptaba el

divorcio vincular, el cual se reguló a partir de la Ley Sobre Relaciones Familiares, este ordenamiento determinó que el matrimonio es una unión disoluble, y causas tan graves como es el caso del adulterio, son motivos suficientes para pedir y otorgar el divorcio vincular.

Por último, encontramos que nuestro actual Código Civil, establece que el adulterio debidamente comprobado, es una causal que conlleva a pedir el divorcio vincular.

II. DIFERENCIAS ENTRE EL ADULTERIO EN MATERIA CIVIL Y EN MATERIA PENAL.

Gramaticalmente se entiende por adulterio la relación sexual voluntaria entre persona casada y otra de distinto sexo que no sea su cónyuge." 100

Por lo tanto; debemos considerar que la definición de adulterio, es la misma tanto para el adulterio regulado como causal de divorcio, como para el adulterio es diferente e independiente de la vía que se trate. Es por ello que el adulterio como causal de divorcio se encuentra regulado en la fracción I del artículo 267 de nuestro Código Civil, el cual nos establece:

" Son causas de divorcio:

I.-El adulterio debidamente probado de uno de los

100 Gran Diccionario Enciclopédico Ilustrado. Tomo I. Editorial Selecciones del Reader's Digest. p. 40

cónyuges ". 101

El adulterio regulado como causal de divorcio es de importancia considerable debido a que esta conducta atenta contra la fidelidad a que los cónyuges se obligan, además presenta los elementos suficientes que requiere una injuria grave, ya que son serias las consecuencias que se producen. El divorcio será solicitado por el cónyuge inocente, dicha acción podrá ejercitarse dentro del término de seis meses contados a partir de que tuvo conocimiento del adulterio.

Debido a que se trata de una situación inmoral y delicada, se ha establecido que los medios de prueba serán los que muestren directamente el adulterio, pero en virtud de la delicadeza del adulterio se admiten las presunciones graves así como las pruebas de carácter indirecto.

Cabe señalar que el adulterio regulado como una causal de divorcio es independiente del adulterio tipificado como un delito, y la única semejanza que presentan es en lo concerniente a las relaciones extramaritales que sostiene el cónyuge culpable con persona distinta de su cónyuge.

En relación al adulterio como causal de divorcio, hemos recopilado lo siguiente:

101 Código Civil, Op. cit, p.24.

"DIVORCIO. ADULTERIO COMO CAUSAL DE.

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.

Sexta Epoca.

Amparo civil directo 414/47. Díaz Candelaria. 24 de octubre de 1949. Mayoría de cuatro votos.

Amparo directo 2809/57. Jesús Ruiz Jiménez. 27 de agosto de 1958. Cinco votos.

Amparo directo 7803/58. María Cristina de Borbón de Patiño. 9 de diciembre de 1959. Mayoría de cuatro votos.

Amparo directo 2181/59. Jesús Alcántara. 3 de marzo de 1960. Cinco votos.

Amparo directo 7226/60. Antonia Verde Barrón. 6 de marzo de 1960. Cinco votos.

Tercera Sala, tesis 671. Apéndice 1988. Segunda parte, pag. 119." 102

Ahora bien; el adulterio tipificado como un delito, se encuentra previsto en el art. 273 de nuestro Código Penal, mismo que a la letra señala:

"Se aplicará prisión hasta de dos años y privación de derechos civiles hasta por seis años, a los culpables de adulterio cometido en el domicilio conyugal o con escándalo". 103

102 PODER JUDICIAL FEDERAL. Apéndice al Semanario Judicial de la Federación. Tomo IV. Materia Civil. México, 1995. p. 152.
103 Distrito Federal. Código Penal. Editorial Sieta, S.A de C.V. México, 1996, p. 75.

De acuerdo con nuestro Código Penal, sólo encontramos el castigo que merece el cónyuge adúltero, en virtud de ello, podemos observar claramente que al igual que nuestro Código Civil, no ofrece alguna definición de adulterio.

El adulterio tipificado como un delito se persigue por querrela; es decir, es a petición del cónyuge inocente, la acción penal se extingue por el perdón de este mismo, siempre y cuando sea antes de haber dictado sentencia, debemos señalar que esta misma situación también prevalece en materia civil.

Así también tenemos que el Código Penal señala que única y exclusivamente se castiga el adulterio consumado.

Con la finalidad de abundar más al respecto, recopilamos lo siguiente:

" ADULTERIO, ESCANDALO COMO ELEMENTO DEL DELITO DE.

Se configura el elemento escándalo como constitutivo del delito de adulterio, cuando éste va acompañado de grave publicidad, afrontosa para el cónyuge inocente.

Sexta Epoca:

Amparo directo 4535/60. Francisco Romo Gálvez 27 de septiembre de 1960. Cinco votos.

Amparo directo 7522/60. José Cisneros Hernández y coaga. 9 de febrero de 1961. Unanimidad de votos.

Amparo directo 7877/60. Ramón de la Mora. 25 de septiembre de 1961. Mayoría de cuatro votos.

Amparo directo 9378/61. José Luis Macías Nuño. 10 de septiembre de 1962. Cinco votos.

Amparo directo 9741/65. Antonio Beltrán Hernández. 28 de septiembre de 1966. Cinco votos.

Primera Sala, Tesis 91, Apéndice 1988, Segunda Parte, pág. 152.

" ADULTERIO, PRUEBA DEL.

Para la comprobación de las relaciones sexuales, como elemento constitutivo del delito de adulterio, basta la prueba presuntiva.

Quinta Época:

Amparo en revisión 248/30. Hourani Margarita. 19 de mayo de 1931. Mayoría de tres votos.

Amparo directo 1384/31. Rubio de Pereyra Ocejo Lidia. 12 de julio de 1932. Unanimidad de cuatro votos.

Amparo en revisión 259/33. Mazón Victoriano y coag. 21 de noviembre de 1934. Cinco votos.

Amparo en revisión 325/37. Guerrero Prudencio. 22 de julio de 1937. Unanimidad de cuatro votos.

Primera Sala, Tesis 92, Apéndice 1988, Segunda parte, pág. 153. " 104

III. LA HOMOSEXUALIDAD VISTA A LO LARGO DE LA HISTORIA.

104 PODER JUDICIAL FEDERAL. Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1995. Jurisprudencia. Tomo II. Materia Penal. México, 1995, p.p. 9-10.

La sexualidad ha sido y es objeto de discusión debido a que se somete continuamente a constantes cambios. mismos que permiten tratar con frecuencia este tema y los falsos tabues y hermetismos han ido desapareciendo. Debemos entender a la sexualidad tanto como un acto, así como una necesidad que se presenta en el cuerpo humano.

En este sentido, encontramos que desde la antigüedad ya se trataba este tema y en mayor amplitud se aceptó de acuerdo a la cultura y época como un acto bello y necesario que requiere todo ser humano, así mismo la homosexualidad también tuvo su aparición. Es así que podemos observar que dentro de la cultura romana el sexo era considerado como un acontecimiento bueno y bello que estaba sujeto a la estética del propio cuerpo humano, en este mismo sentido se exaltaba la atracción sexual entre personas con una peculiaridad significativa, y que dicha atracción no se basaba en los órganos genitales que se mostraban, sino en las propias características estéticas que el cuerpo poseía y por ende esta atracción no se limitaba a personas del sexo opuesto. Debemos señalar que los romanos por ser grandes admiradores del cuerpo humano, presentaron un número considerado del nudismo de atletas, así como el amor que existía entre hombres se tomaba como una situación cotidiana, normal y aceptable. De esta manera encontramos

que la sexualidad ocupaba un lugar importante para los romanos y en virtud de ello Sócrates y Platón eran ardientemente defensores de la igualdad de sexos, siendo Platón quien defendió la libertad sexual tanto del hombre como de la mujer. Sin embargo, a través de las diferentes investigaciones que se han llevado a cabo, se ha establecido que los romanos despreciaron las variedades sexuales, entre ellas el homosexualismo, siendo este último considerado como el amor entre los griegos; sin embargo, nunca llegaron los romanos a prohibir esta desviación sexual.

La cultura griega que fructificó al igual que la cultura romana, tuvo grandes rasgos afines con esta cultura en lo que respecta a la sexualidad, es en este sentido que los griegos practicaron la homosexualidad ampliamente, su importancia fue tan significativa que contribuía a sostener el valor en el soldado. Además encontramos que el lesbianismo fue practicado con un menor índice, debido al papel secundario que ocupaba la mujer en la sociedad.

Dentro de la cultura bíblica se consideró que el sexo era un acto inmoral, indigno y vergonzoso, y sólo aprobaban como unión perfecta entre un hombre y una mujer el matrimonio; en consecuencia, el adulterio es regulado y castigado por la Biblia, y en este sentido la homosexualidad no tiene lugar. Es así que a partir del pensamiento de los

teólogos y predicadores de la Alta Edad Media hasta el Papa Paulo VI que condenan cualquier relación sexual contra natura que pudiera existir.

Es así que la homosexualidad a través de la historia se ha manifestado como una conducta inmoral, repudiada por la sociedad, y mediante la revolución sexual se logra un paso fundamental en este ámbito, ya que en Inglaterra en 1967 se legalizan por primera vez las relaciones entre homosexuales de más de veintidós años de edad.

En países europeos occidentales, los actos homosexuales realizados en privado generalmente no son punibles, sin embargo, las leyes prohíben cualquier anuncio que conlleven a la práctica de esta desviación sexual. Con respecto a Estados Unidos de Norteamérica, sólo se consideran como ofensas delictivas algunos actos que se realicen entre homosexuales a pesar que sean éstos en privado, en virtud de ello, debemos establecer que esta determinación sólo se encuentra prevista en determinados Estados en sus respectivas legislaciones.

Por último, debemos precisar que la homosexualidad a partir de su surgimiento hasta nuestros días, ha sido contemplada con desagrado y que en una sociedad como la

nuestra, el índice de esta conducta se encuentra en aumento constante, debido a las consecuencias que trae consigo la propia civilización.

En atención al estudio histórico que recopilamos sobre la homosexualidad, el autor Giraldo nos señala lo siguiente:

"La historia ha demostrado que muchos homosexuales son personajes de un gran valor moral, social, cultural o científico, tal como algunos heterosexuales. Los seguidores de la teoría de la "normalidad", como futuro de la capacidad de aprender de todos los mamíferos, incluido el hombre, se basan en los siguientes argumentos.

a) La evidencia estadística de su frecuencia en la cultura americana y posiblemente en otras. (el 50% de los hombres han tenido experiencias - actos o excitaciones eróticas homosexuales de acuerdo con el informe de Kinsey).

b) La evidencia antropológica de su aceptación en otras culturas, aun como una característica normal de todos sus hombres y necesaria para la masculinidad.

c) La evidencia histórica de su existencia en otros tiempos y sociedades." 105

IV. ¿ QUÉ ES LA HOMOSEXUALIDAD ?.

105 GIRALDO Nerra, Octavio. Explorando las Sexualidades Humanas. Aspectos psicosociales. Ed. Trillas, México, 1981, p.p 154-155.

La homosexualidad ha sido objeto de estudio en diferentes ámbitos, es decir, la han tratado de explicar los médicos, psicólogos, sociólogos y actualmente los legisladores deben tomar conciencia de esta conducta. Sin embargo; se ha considerado que este tipo de aspecto humano representa una desviación sexual que puede llevarse a cabo por el hombre o por la mujer.

De esta manera encontramos prudente precisar el origen y significado de la palabra homosexualidad.

" La palabra homosexualidad, es un término que se forma de dos voces, griega una y latina la otra; deviene de " homos " que significa semejante y de " sexus " que quiere decir, sexe. La significación de la palabra homosexualidad, se refiere a la atracción sexual o a las relaciones sexuales que mantienen entre si dos personas del mismo sexo ".106

" Homosexualidad. Homoerotismo. Amor sexual entre personas del mismo sexo, inversión sexual. Entre hombres se llama también uranismo; entre mujeres amor lébbico, tribadismo y saftimo. Una forma especial en el hombre es la pederastia. La seducción o el atentado sexual en la infancia o la adolescencia puede influir decisivamente en la conducta sexual, inclinándola a la homosexualidad; en otros casos, puede haber una disposición congénita..." 107

106 M. Narramore Clyde. Enciclopedia de Problemas Psicológicos. Libros Logos, tercera edición. España, 1988, p. 235.

107 DOKSCH, Friedrich. Diccionario de Psicología. Editorial Herder. Barcelona, 1978, p. 459.

Sin embargo, este término fue creado por C. G. Chaddock, quien utilizó esta palabra con la finalidad de realizar las investigaciones convenientes; debemos señalar que esto no significa que la homosexualidad no existía anteriormente, ya que aquéllos hombres que practicaban este tipo de relaciones sexuales, recibían el nombre de "sodomitas", dicho término fue atribuido en virtud de todos los vicios ocultos que eran practicados por los habitantes de Sodoma.

Ahora bien, debemos entender a la homosexualidad como cualquier relación sexual que mantienen dos personas del mismo sexo, sin importar religión, edad, cultura, status social y económico.

Para algunos investigadores, la homosexualidad proviene del propio gen de la madre, para otros ésta deriva de las hormonas y otros más aseguran que la homosexualidad se presenta como la atracción sexual que se inicia en la pubertad del individuo. Sin embargo, hasta este momento no existe tendencia alguna que en su totalidad explique la naturaleza biológica tanto de los homosexuales varones como de las mujeres, en este sentido, es importante indicar que las relaciones sexuales que mantienen las mujeres ha recibido el término de lesbianismo.

Gramaticalmente el lesbianismo se define como la mujer a quien le gustan sexualmente las mujeres.

Por último; encontramos que pese a todas las investigaciones que continuamente se están llevando a cabo, la homosexualidad ha sido y es objeto de controversias, inmoralidades y repudio por parte de la sociedad y punto de partida para las distintas investigaciones.

V. DIFERENCIAS ENTRE ADULTERIO Y HOMOSEXUALIDAD.

Entendemos por adulterio las relaciones extramaritales que sostiene un cónyuge con persona distinta de su consorte, el cual puede ser soltero o casado.

En virtud de ello debemos entender que el adulterio presupone el mantenimiento de las relaciones sexuales con persona distinta de su cónyuge. Además estas relaciones deben llevarse a cabo con personas de distinto sexo.

El adulterio es causal de divorcio necesario debido a la propia naturaleza del acto, ya que estamos ante una injuria grave debido a que atenta contra la propia integridad tanto física como moral del cónyuge inocente y de los hijos, viola uno de los principales fines del matrimonio, así como afecta la estabilidad que necesita un

núcleo familiar. Por último, el adulterio se ha regulado como una causal de divorcio, en atención a que este acto viola las fines propios del matrimonio como son el respeto, la fidelidad y la procuración mutua.

La homosexualidad también conlleva a mantener relaciones sexuales, a diferencia del adulterio, este acto sexual requiere que se realicen con personas del mismo sexo, ya sean hombres o mujeres.

Podemos enumerar como diferencias entre el adulterio y la homosexualidad, las siguientes:

1) La homosexualidad es definida como las relaciones sexuales que matienen personas del mismo sexo.

2) La homosexualidad de acuerdo a su naturaleza pertenece al grupo de desviaciones sexuales y debido a ello se les ha llamado relaciones sexuales contra natura.

3) El adulterio desde la antigüedad hasta nuestros días, es regulado como una causal de divorcio a su vez también se encuentra previsto en el ordenamiento jurídico competente como un delito, siempre que reúna los elementos del tipo penal que exige dicho ordenamiento.

4) A diferencia del adulterio, la homosexualidad

en nuestros cuerpos normalivos competentes no esta reestrado, ni como causal de divorcio ni siquiera como delito.

b) El adulterio no esta sujeto a ningun tipo de clasificacion; en este sentido, la homosexualidad debido a su propia fuerza, se ha visto en la necesidad de clasificarla, esta clasificacion se compone de los siguientes grupos:

a) La pareja de homosexuales abierta, esta pareja presenta un acuerdo de voluntades en lo relativo a mantener contactos extraconyugales.

b) La pareja cerrada, a diferencia del anterior inciso, en este impera el acuerdo mutuo en mantener una fidelidad absoluta.

c) El homosexual funcional. Su caracterizacion es referente a la promiscuidad, es el prototipo del homosexual que tiene gusto por relacionarse y compartir sus experiencias con otros de su mismo gusto.

d) El homosexual disfuncional. A este grupo pertenece tanto los hombres como las mujeres que no toleran su atraccion sexual y buscan una salida a su sufrimiento en otra persona de distinto sexo; es decir, se refugian en el matrimonio.

e) El homosexual asexual. Este grupo se forma por todos aquellos que practican la homosexualidad de una manera reservada y debido a ello su patrón de vida se encuentra marcado por la soledad.

f) Existen varias teorías que han tratado de explicar el origen de la homosexualidad, entre ellas encontramos la siguiente:

"Matrimonio mal avenido. En el caso de muchos homosexuales, parte de la causa subyacente puede remontarse a malas relaciones conyugales de los padres. El hijo de ese ambiente hogareño crece con la actitud de que el matrimonio es una institución desdichada y frustrante..." 108

Como podemos observar a través de la clasificación anterior, el cónyuge que practica la homosexualidad se encuentra marcado en el inciso d, del apartado 5, en este grupo encontramos el fundamento de que todo matrimonio celebrado por un homosexual, está marcado por el fracaso, conlleva a la desintegración y a la frustración del núcleo familiar.

VI. LOS EFECTOS QUE PRODUCE LA HOMOSEXUALIDAD EN LA HISTORIA.

El estereotipo de la homosexualidad a partir de su

108 GIRALDO, Op. Cit: p. 35.

aparición en la sociedad, ha sufrido variaciones debido a la propia civilización que trae consigo las grandes culturas.

La cultura griega encontró en la homosexualidad una libertad sexual que podía ser practicada tanto por hombres como por mujeres. En Grecia se practicó entre los soldados guerreros a fin de mantener el vigor y la valentía y con ello poder combatir al enemigo, también en la propia sociedad aristocrática tuvo relevancia, y por último entre los hombres dedicados a la ciencia, entre ellos encontramos a Sócrates, Platón y Aristóteles, quienes compartían su filosofía a cambio de mantener relaciones sexuales con sus jóvenes discípulos. En este sentido encontramos que la cultura griega aprobó la homosexualidad como una relación sexual común, abierta, necesaria y normal su práctica y por ende era aprobada. A diferencia de la cultura griega, la cultura romana recriminó los actos homosexuales, pero nunca llegó a ser prohibida.

Posteriormente con el surgimiento del Cristianismo, el auge en el que se encontraba la homosexualidad, se restringe, es así que después de haberse considerado como un placer, llegó a ser considerado como un pecado y su castigo podía llegar hasta la pena de muerte. De acuerdo con los avances que presenta la propia Iglesia

Católica, en Europa en el siglo XIII, la sodomía como fue denominada la homosexualidad, fue catalogada de herejía y debido a ello se tuvo la necesidad de regularse en las leyes respectivas.

Dentro de la etapa histórica de la Inquisición, los misioneros propagaron un desagrado total hacia estas prácticas, al grado que todos aquéllos que practicaban la homosexualidad eran conducidos a la hoguera.

La historia continuó y la sociedad recriminaba a todos los homosexuales, ya que aún en nuestros días es un prototipo de inmoralidad, así como portadores de enfermedades mortales o vicios; sin embargo, la homosexualidad continúa y a través de la revolución sexual encuentra una forma de poder expresar tanto su gusto, atracción y libertad sexual.

Es así que la homosexualidad se ha tratado de explicar en diferentes teorías como una alteración genética, un fenómeno biológico producido por las hormonas, como una atracción simplemente que se presenta en el organismo del individuo, o bien estuvo considerada como una enfermedad mental, la cual se eliminó de la lista de enfermedades mentales, en 1974, debido al análisis que realizó la institución denominada American Psychiatric Association.

Lo anterior fue un triunfo fundamental para la liberación sexual de estos individuos, y es virtud de ello, algunos países en sus legislaciones han permitido que se unan legalmente los homosexuales, tal es el caso que en Dinamarca, en 1990, se llevó la realización de la primera unión entre homosexuales; sin embargo, esta unión en su legislación ha sido elevada al rango de matrimonio, lo cual nos parece absurdo e ilógico utilizar el término de unión debido a que tanto la definición como los fines del matrimonio no son acordes a la relación entre homosexuales.

En lo relativo al incremento considerable que presenta la homosexualidad, debemos retomar los estudios de Alfred Kinsey (1953), quien se caracterizó por el interés que mostraba en esclarecer tanto a la sexualidad como a la homosexualidad; al respecto recopilamos:

"...Según Kinsey, cuatro de cada cien hombres que vemos por las calles se consideran así mismo homosexuales, y desarrollan plenamente esta preferencia..." 109

Respecto a nuestra sociedad, la homosexualidad no presenta ningún índice, con ello no queremos decir que no existe, sino que este tipo de relaciones sexuales mantuvo cierta discreción y en consecuencia de la influencia de otras culturas está desarrollándose con fuerza aún en contra

109 "Gays Unidos Por la ley del Deseo. BAHON", Félix. Moy Interesante, México, 1995, p.42.

de los tabues y costumbres tan arraigados que poseemos.

Por último, podemos decir que la homosexualidad a través de la historia se presenta como una manifestación sexual, en donde impera la libertad, la atracción y el deseo en sostener relaciones sexuales con personas del mismo sexo, pese a las críticas y recriminaciones de que son objeto.

VII. LOS EFECTOS QUE PRODUCE LA HOMOSEXUALIDAD DENTRO DEL NÚCLEO FAMILIAR.

El núcleo familiar para su desarrollo y solidez requiere de amor, afecto, respeto, comunicación, fidelidad, así como de todos los buenos principios y principales valores sociales y morales que una familia debe poseer. La falta de alguno de estos elementos proporciona un desequilibrio dentro del núcleo familiar.

Ahora bien, la presencia de la infidelidad vulnera la estabilidad e integridad del cónyuge inocente, más aún, dar a conocer la atracción y gusto sexual que presenta su consorte, y que está encaminada a la satisfacción de sus necesidades sexuales con alguien de su mismo sexo, provoca un estado emocional funesto, frustrante e indigno hacia el cónyuge inocente, los hijos, y en general, representa una falta irreparable de respeto hacia el hogar.

El conyuge que practica relaciones homosexuales, se olvida del daño irreparable que produce a su familia, ya que la imagen del buen compañero, suieto a la admiración y respeto por su familia, así como portador de buenos principios, se convierte en presa de odio y rencor.

Debido a la situación tan delicada que impera en un matrimonio con la característica anterior, hace imposible la continuación de la vida conyugal y más aún debemos considerar que la actividad homosexual tiene un alto índice en el grupo de portadores de enfermedades venéreas, como es el caso del SIDA, la cual pertenece a la clasificación de enfermedades mortales e incurables y contagiosas, y por sus propias características pone en peligro la vida del cónyuge inocente y de los hijos.

Por último, debemos establecer que el cónyuge homosexual también provoca una inestabilidad en el aspecto socio-económico de su matrimonio, debido a que la sociedad ridiculiza, critica y no aprueba las relaciones homosexuales, y con ello hace vulnerable a la familia en lo relativo a los reproches sociales, y por otra parte el factor económico se ve restringido; debido a que está por encima de las necesidades y bienestar de su familia, su propia satisfacción está encaminada a sus necesidades

sexuales y en este sentido debe proporcionar una cantidad suficiente de dinero que le permita mantener sus relaciones homosexuales.

VIII. LA HOMOSEXUALIDAD COMO FALTA MORAL EN RELACION AL CONYUGE E HIJOS.

Anteriormente hemos observado que la homosexualidad de acuerdo con la época y el lugar, ha sido considerada como un delito, un pecado mortal, una enfermedad mental o una falta moral.

Debemos contemplar a la homosexualidad como una falta moral que produce serias e irreparables consecuencias dentro del núcleo familiar, entre ellas podemos destacar las siguientes:

1) La falta de respeto hacia el cónyuge inocente así como a los propios hijos.

2) La desintegración familiar que trae consigo una separación absoluta de todos los factores que hacen posible la armonía en la convivencia familiar.

3) La integridad tanto física como moral del cónyuge inocente y de los hijos se ve sujeta a la frustración producida por un acto de esa naturaleza.

4) La falta de lealtad, fidelidad, respeto y

dignidad por parte del conyuge culpable hacia la familia.

b) La falta de la imagen paterna o materna, según el caso, como un ejemplo digno, responsable y leal hacia su hicia desaparece, y en consecuencia, produce, un ambiente de incertidumbre, engaño y crítica.

Por lo tanto, debemos estimar importante que la presencia de este acto en un hogar resulta denigrante, deplorable e indigno, lo cual conlleva a la desintegración de la familia, así como nos hace pensar que el cónyuge que mantiene una vida sexual de ese tipo, carece de amor propio, de buenos principios y de los principales valores que todo ser humano debe ser capaz de poseer.

IX. LA HOMOSEXUALIDAD CONTEMPLADA COMO CAUSAL DE DIVORCIO.

Consideramos de suma importancia que la homosexualidad practicada por cualquier cónyuge, debe tomarse en cuenta por parte del legislador, con el propósito que llegue a ser regulada como una causal de divorcio.

La homosexualidad de acuerdo con sus características propias y su naturaleza, crea la destrucción de la armonía, la estabilidad y el respeto que todo matrimonio exige, es decir, nos referimos a que un acto de

esa gravedad produce la destrucción de los principales valores y sentimientos que todo ser humano posee, además incumple tanto en las obligaciones como en los fines del vínculo matrimonial; en consecuencia, sólo provoca que el núcleo familiar se convierta en un escenario rodeado de frustraciones, disgustos, críticas y pesares.

Así mismo, debemos recordar que la homosexualidad resulta un factor importante en los altos niveles de las enfermedades venéreas, tal es el caso del SIDA, misma que sabemos que es una enfermedad incurable, contagiosa y mortal. La cual entre otras razones, se adquiere por el contacto sexual, es por ello que nos atrevemos a decir que esta relación sexual pone en peligro las vidas del cónyuge inocente y de los hijos.

Por lo tanto; en atención a las consecuencias tan funestas, desagradables e irreparables que produce la homosexualidad, consideramos que debe ser contemplada como una causal más de divorcio.

CAPTULO V



"CONCLUSIONES"

CAPITULO V

CONCLUSIONES.

1. La homosexualidad por sus propias características y naturaleza, se considera un factor integrante de las denominadas relaciones sexuales contra natura.

2. A partir del origen de la homosexualidad hasta nuestros días, siempre ha sido objeto de investigaciones, críticas y rechazos por parte de la sociedad.

3. Estamos conscientes que este tipo de relaciones sexuales atenta contra la costumbre, los principales valores y buenos principios que rigen a una sociedad como es la nuestra.

3. A través de los estudios realizados demuestran que los homosexuales son altamente portadores de enfermedades venéreas, incurables, mortales y contagiosas tal es el caso del SIDA.

4. A pesar de la evolución y fuerza que ha tomado este movimiento sexual, nuestra legislación no contempla nada al respecto, y en consecuencia, sólo encontramos causales de divorcio, mismas que fueron creadas en la época adecuada y debido a su importancia se encuentran aún vigentes.

5. Debido a las características propias de la homosexualidad, encontramos que sus consecuencias pueden estar en cualquier rango socio-económico, no hace distinción alguna de raza, edad, cultura o culto religioso.

6. El legislador por ser un perito en Derecho debe considerar que la homosexualidad por su propia naturaleza debe incluirse como una causal más de divorcio debido a la falta de respeto y moral que surge ante un acto de esa índole.

7. La homosexualidad como producto de una libertad sexual por cualesquiera de los conyuges, construye un escenario rodeado de disgustos, frustraciones, burlas, humillaciones y críticas, y solamente crea un núcleo familiar inestable.

8. Una de las principales características del Derecho es la estática, y debido a ello no puede permanecer aislado a los cambios tan drásticos que presenta nuestra sociedad y en tal virtud, la homosexualidad debe considerarse como una causal más de divorcio.

9. Por último; consideramos importante que el legislador tome conciencia de los cambios que presenta la sociedad, y tratándose de la homosexualidad se convierta en una causal de divorcio, y considere que pese a la libertad

sexual que todo ser humano posee, nadie tiene el derecho de destruir de una manera tan indigna e inhumana la vida familiar; además este tipo de relaciones sexuales atenta contra el matrimonio, visto como una unión natural entre un hombre y una mujer, así como va en contra de los propios fines que derivan del matrimonio.

BIBLIOGRAFIA .

1. BALLESTA Y CIA. México a Través de los Siglos. Tomo IV. Senceros Editores. México, 1989.
2. B. R. Hicks. Concuernto al Matrimonio. Ediciones Gilpal, S.A. México, 1989.
3. CHAVEZ, Ascencio, Manuel F. La Familia en el Derecho. Relaciones Jurídicas Conyugales. Segunda edición. Ed. Porrúa, S.A. México, 1990.
4. DORSEH, Friedrich. Diccionario de Psicología. Ed. Herder. Barcelona, 1978.
5. FLORIS Margadant u' Guillermo. El Derecho Privado Romano. Décima edición. Ed. Porrúa, S.A. de C.V. México, 1993.
6. GALINDO Garfias, Ignacio. Derecho Civil. Primer Curso. Parte General. Personas. Familia. Décima edición. Ed. Porrúa, S.A. México, 1990.
7. GIRALDO Neira, Octavio. Explorando la Sexualidad Humana. Aspectos psicosociales. Ed. Trillas. México, 1981.
8. Gran Diccionario Enciclopédico Ilustrado. Tomo I. Ed. Selecciones del Reader's Digest.

9. IGLESIAS, Juan. Derecho Romano, Instituciones de Derecho Privado, Sexta edición, Ed. Ariel, Barcelona, 1972.
10. M. Narramore, Clyde. Enciclopedia de Problemas Psicológicos, Libros Logos, Tercera edición, España, 1988.
11. MENDIETA Y Nuñez, Lucia. El Derecho Precolonial, Ed. Porrúa, S.A. México, 1989.
12. PALLARES, Eduardo. El Divorcio en México, Sexta edición, Ed. Porrúa, S.A. de C.V. México, 1991.
13. PETIT, Eugène. Tratado Elemental de Derecho Romano, Ed. Cárdenas, Mexico, 1989.
14. PODER JUDICIAL FEDERAL. Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1995, Jurisprudencia, Tomo IV, Materia Civil, México, 1995.
15. PODER JUDICIAL FEDERAL. Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1995, Jurisprudencia, Tomo II, Materia Penal, México, 1995.
16. ROJINA Villegan, Rafael. Compendio de Derecho Civil, Tomo II, Ed. Porrúa, S.A. México, 1989.
17. LA SANTA BIBLIA, Deuteronomio 22, Sociedades Bíblicas en América Latina.
18. SAINZ Gómez S., José María. Derecho Romano I, Ed.

Limusa, S.A. de C.V. México, 1990.

19. SÁNCHEZ, Cuauhtémoc Carlos. La Última Oportunidad. Ediciones Selectas Diamante, S.A. de C.V. México, 1995.
20. SOTO Álvarez, Clemente. Prontuario de Introducción al Estudio del Derecho y Nociones de Derecho Civil. Tercera edición. Ed. Limusa, México, 1990.
21. VENTURA Silva, Sabino. Derecho Romano. Quinta edición. Ed. Porrúa, S.A. México, 1990.

HEMEROGRAFIA .

1. S. Hoyos, Pilar. Muy Interesante. Año XII No. 4. " GAYB: Unidas por la Ley del Deseo. BAHON ". FELIX. Ed. Televisa. México, 1995, p. 42.

LEYES Y CODIGOS COMPILADOS .

1. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. 113a. edición. Ed. Porrúa, S.A. México, 1996.
2. Código Civil para el Distrito Federal. 66a. edición. Ed. Porrúa, S.A. México, 1996.
3. Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal. Sexta edición. Ed. Delma, México, 1995.
4. Código Penal para el Distrito Federal en Materia Común

y para toda la República en Materia Federal, Ed. Sinto,
S.A. de C.V., Mexico, 1926.