

261
Luj



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO**

**ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
"ACATLAN"**

"DAÑOS Y PERJUICIOS DERIVADOS DEL DIVORCIO"

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A:
JOSE JUAN EDUARDO OLVERA ARIAS

ASESOR
LIC. JORGE SERVIN BECERRA



**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

ACATLAN, EDO. DE MEX.

SEPTIEMBRE DE 1997



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.

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES

ACATLAN

ASESOR: LIC. JORGE SERVIN BECERRA

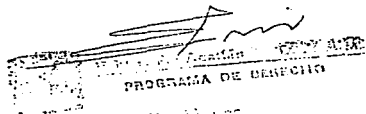
JOSÉ JUAN EDUARDO OLVERA ARIAS

8109057-0

TÍTULO DE LA TESIS

"DAÑOS Y PERJUICIOS DERIVADOS DEL DIVORCIO"

ACATLAN, EDO. DE MEX. A 30 DE AGOSTO DE 1996



28/08/96
Jorge Servin Becerra
16/08/96

A MIS PADRES.

**A LA MEMORIA DE MI SEÑOR PADRE.
JOSÉ CONCEPCIÓN OLVERA CAÑAMARES.**

**Por toda esa confianza que siempre
depositaste en mí papá, que acompañada
de tu apoyo incondicional me llevo a
comprometerme con tu ejemplo de trabajo y responsabilidad.**

A donde quiera que estés.

**A MI SEÑORA MADRE.
MA. CONCEPCIÓN ARIAS VDA. DE OLVERA.**

**A quien con su amor y comprensión
siempre me apoya y porque eres el pilar de la unión familiar.**

Te amo Co.

A MI ESPOSA.

**LIC. EVANGELINA GPE. DÍAZ RODRÍGUEZ.
A.M.P.F.**

Porque con tu ejemplo me haz enseñado el camino.

**Con admiración a tu tenacidad para alcanzar
lo que siempre te propones.**

**Con agradecimiento por haber aceptado unir tu vida
a la mía y coronado ese amor con la pequeña Maryfer.**

TE AMO.

A LA PEQUEÑA MARÍA FERNANDA OLVERA DIAZ.

**Porque con tu energía y tu alegría llenas todos los espacios.
y con tu inocencia le das un nuevo sentido a mi vida.**

Esperando siempre cumplir contigo y nunca fallarte.

**TE AMO
MI NIÑA FLACA.**

A MIS HERMANAS Y CUÑADOS.

MA. NIEVES Y ALEJANDRO PÉREZ.

MA. CELIA Y ANTONIO ELISARRARÁS.

MA. CRUZ Y FRANCISCO GARCÍA.

MA JUANA Y PEDRO PEÑA.

MA DE LOURDES Y JUAN JOSÉ OROZCO.

MA. GUADALUPE Y JUAN CARLOS DOMÍNGUEZ.

ASÍ COMO A MI HERMANO Y CUÑADA.

JOSÉ GONZALO Y SANDRA HERNÁNDEZ.

Con cariño agradecimiento y respeto.

A MIS SOBRINOS.

Toño, Nieves, Raymundo, Arturo, Alejandro, Elizabeth, Marycruz, Lalo,
Paco, Memo, Miguel Eder, Alejandra, Dany, Adrián, y al pequeño Cesarín.

Los quiero.

A MIS PRIMOS.

GEÑO, MIGUE Y CALLES.

Con la admiración de siempre.

A LA FAMILIA DÍAZ RODRÍGUEZ.

Con aprecio y agradecimiento.

A MEMO Y DULCE.

Gracias por su colaboración.

A LOS LICS.

**MANUEL GÓMEZ DÍAZ
Y
JORGE URIBE BARROSO.**

Con admiración y agradecimiento.

A TODOS MIS COMPAÑEROS DE GENERACION.

A LA

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO.

E. N. E. P. ACATLAN.

Entrañable Alma Mater que ha sembrado en mi
los deseos de superación en base al conocimiento.

AL LIC. JORGE SERVIN BECERRA.

Quien con gran paciencia y consejo sabio dirigió el presente trabajo

GRACIAS.

A LOS INTEGRANTES DE ESTE JURADO.

LIC. MA. DE LA PAZ VÁZQUEZ RODRÍGUEZ

LIC. JOSÉ MARTÍNEZ OCHOA.

LIC. JOSÉ CARMEN VIVEROS RIVAS.

LIC. ISIDRO MALDONADO RODEA

LIC. JORGE SERVIN BECERRA.

Por el tiempo dedicado al presente trabajo

GRACIAS.

INDICE

INTRODUCCION.

I

CAPITULO I. LA FAMILIA.

A) ORIGENES DE LA FAMILIA.	1
B) LA FAMILIA EN EL DERECHO ROMANO.	6
C) LA FAMILIA EN MEXICO.	11
D) LA FAMILIA EN LA LEGISLACION ACTUAL.	16

CAPITULO II. EL MATRIMONIO.

A) ETIMOLOGIA Y NOCIONES PRELIMINARES DEL MATRIMONIO.	17
B) EL MATRIMONIO EN EL DERECHO ROMANO.	18
C) EL MATRIMONIO EN EL DERECHO FRANCES.	21
D) EL MATRIMONIO EN EL DERECHO ESPAÑOL.	25
E) EL MATRIMONIO EN MEXICO.	28
F) EL MATRIMONIO CIVIL Y EL MATRIMONIO CANONICO.	32
G) EL MATRIMONIO EN LA LEY DE RELACIONES FAMILIARES.	35
H) DIFERENCIAS Y SIMILITUDES EN EL MATRIMONIO ENTRE LOS CODIGOS DE 1884, 1932 Y LA LEY DE RELACIONES FAMILIARES.	41
I) OBLIGACIONES ENTRE LOS CONYUGES Y DE AMBOS PARA CON LOS HIJOS.	44

CAPITULO III. EL DIVORCIO.

A) SURGIMIENTO DE LA FIGURA JURIDICA DEL DIVORCIO.	47
B) DIVORCIO EN EL DERECHO ROMANO.	49
C) EL DIVORCIO EN EL DERECHO FRANCES.	53
D) EL DIVORCIO EN EL DERECHO ESPAÑOL.	56
E) EL DIVORCIO EN MEXICO.	57
F) DIVORCIO CANONICO.	59
G) EL DIVORCIO EN LA LEY DE RELACIONES FAMILIARES.	63
H) DIFERENCIAS Y SIMILITUDES EN EL DIVORCIO ENTRE LOS CODIGOS DE 1884, 1932 Y LEY DE RELACIONES FAMILIARES.	67
I) CONSECUENCIAS JURIDICAS DE EL DIVORCIO.	76

**CAPITULO IV.
LOS DAÑOS Y PERJUICIOS DERIVADOS DEL DIVORCIO.**

A) CONCEPTO DE DAÑO Y PERJUICIO.	80
B) ARTICULO 267 DEL CODIGO CIVIL, CAUSALES DE DIVORCIO.	82
C) TIPOS DE DAÑO Y PERJUICIO QUE OCASIONA EL DIVORCIO.	98
D) JURISPRUDENCIA EXISTENTE ACERCA DE LOS DAÑOS Y PERJUICIOS QUE SE DERIVAN DEL DIVORCIO.	101
E) RESPONSABILIDAD DE LOS ABOGADOS Y LOS JUECES TANTO EN EL DIVORCIO COMO EN LOS DAÑOS Y PERJUICIOS QUE SE DERIVEN DE ESTE.	105.
F) CONDENA Y RESPONSABILIDAD DEL CONYUGE CULPABLE.	108
CONCLUSIONES.	111

INTRODUCCION

En el presente trabajo se intentará tocar los temas del origen de la familia, así como la regulación que el derecho le ha dado a tan importante institución, la cual encuentra su origen en el matrimonio.

Asimismo, se tratará de hacer hincapié en todos y cada uno de los requisitos que la legislación ha impuesto al matrimonio.

También se tocará, la figura jurídica del divorcio como única forma de romper el matrimonio, así como sus consecuencias jurídicas.

La intención de la legislación respecto a las consecuencias jurídicas del divorcio así como las condenas señaladas en el Código Civil para el cónyuge que fue encontrado culpable del divorcio, las cuales se han interpretado no como una condena al mismo sino que se han interpretado como una ampliación a sus obligaciones matrimoniales, como por ejemplo el suministrar alimentos al cónyuge inocente en los términos del artículo 288 del Código Civil.

Además de estar perfectamente contemplados dentro del artículo 288 último párrafo del Código Civil, la responsabilidad que por daños y perjuicios recibió el cónyuge inocente, trataremos respecto de la ineficacia o inaplicación de este artículo.

Al final, se tratará de emitir algunas opiniones y propuestas para la aplicación de los daños y perjuicios originados por el divorcio, como medidas preventivas para persuadir a los divorciantes o bien para concientizar más a los futuros cónyuges.

CAPITULO I.

LA FAMILIA.

A) ORIGENES DE LA FAMILIA.

Buscar el origen así como la evolución que ha tenido la familia, resulta una tarea difícil, es además una gran labor hasta la fecha no realizada ni por antropólogos, ni por sociólogos; y por lo que respecta a los juristas, éstos encuentran su fundamento en el Derecho Romano.

Así pues, trataremos de exponer en este punto, las teorías sobre los orígenes de la familia, no sin antes advertir que tal y como lo cita Luis Díez Pícaso al decir: " Los juristas tienen el hábito de contemplar la familia como Institución jurídica, formada por un complejo o entramado de relaciones, que están regidas por normas jurídicas. Para ellos la familia es una realidad jurídica. Es la familia aquello que el Derecho acota como familia y aquello que el derecho regula. Y lo es de la manera como lo regula. En cambio los sociólogos - y tal vez habría que decir que con ellos el común de los mortales - suelen concebir la familia como una realidad social para lo cual el Derecho es algo que no se dice de ella, es una Institución natural..."¹.

De lo anterior, establecemos que en el presente tema trataremos un problema tanto sociológico como jurídico, sin poder delimitar bien un campo de otro, y ambos con razonamientos distintos.

¹ DIEZ PICASO, LUIS, " Familia y Derecho ", Madrid, CIVITAS S.A., 1984, p. 21.

Mientras que para los sociólogos, la familia es una realidad social ajena al Derecho, esto hace pensar que nace espontáneamente en razón de la misma naturaleza, por la sola razón de la presencia del hombre en este mundo; por su parte, el derecho la concibe como una Institución que ha sido creada por las normas, con lo que se proyecta que no existen bases sólidas ni unánimes acerca de la aparición de la familia en el mundo.

Para comenzar a adentrarnos en materia, citaremos una primera teoría, acerca de los orígenes de la familia, que citada por Monzel dice: "... la forma de la familia evolucionó conforme a las siguientes etapas: partiendo de una promiscuidad o libertad sexual sin trabas entre nómadas, se pasó con la agricultura a un Derecho Materno y Matriarcado poligínico o monógamo, luego al Derecho Paterno o Patriarcado polígamo y posteriormente al Derecho Paterno o Patriarcado monógamo..."².

El contenido de la cita anterior, fue denominado como "La teoría evolucionista de la familia ", sustentada principalmente por Johann Bachofen, Lewis Henry Morgan y Karl Marx; y encuentran su base principal en la continuidad de las relaciones sexuales.

Debido a lo complejo que resultaría adentrarse en el análisis y estudio de la misma, y toda vez que consideramos que no es imprescindible para el presente trabajo, únicamente nos limitaremos a comentar que esta teoría ha sido duramente criticada, en base a las siguientes opiniones:

Nikolaus Monzel señala: "Contra todos los defensores de la Teoría Evolucionista de la familia, hay que decir que parten de la tesis indemostrada, según la cual, cuando más salvaje, bárbaro y animalesco es un fenómeno social, tanto más antiguo debe ser..."³.

² MONZEL, NIKOLAUS, " Doctrina Social ", Barcelona, Ed. Herder, 1972, p. 56.

³ MONZEL, NIKOLAUS, Op. Cit. pp. 63 y 64.

Asimismo, Ralph Lincon citado por From, Lorkhemer, también critica esta teoría al decir: " Lo que sabemos no solo del hombre, sino de los primates en general, nos induce a considerar estas primeras especulaciones como puras fantasías. Al parecer los únicos primates que viven en hordas sexualmente promiscuas son los monos araguatos de América del sur, una especie muy alejada de nuestra propia línea de descendencia. Los restantes primates son o bien monógamos o polígamos. "4.

Vistas las anteriores pequeñas evidencias, esta teoría ha sido abandonada por casi todos los científicos sociales.

La segunda teoría que citaremos, es la denominada " Historia de la familia ", según doctrina de la Escuela Etnológica de Viena ", y que versa: " Según la primitiva Escuela de Viena, La Historia Universal de la familia se basó en la siguiente división de las civilizaciones: 1.- Civilización Primitiva; 2.- Civilizaciones Primaria: 1) Caza Superior, 2) Agricultura Inferior; 3) Civilización de los grandes Pastores Nómadas; 3.- Civilizaciones Secundaria y Terciaria, mezcla de las civilizaciones primarias; 4.- Altas civilizaciones, organizadas por el influjo decisivo de los grandes pastores, en tocante a las organizaciones estatales. "5.

De la clasificación anterior, podemos advertir que esta teoría está basada en la economía de cada una de sus etapas.

El primer punto tratado por esta teoría, tenemos: **1.- CIVILIZACION PRIMITIVA**; tiene sus comienzos en el periodo Paleolítico en donde la actividad usual era la colección y la caza; siendo ésta, la actividad realizada por el hombre y la segunda por la

⁴ FROM, et. al., "Historia, Ciencia y Sociedad ", Tomo VII, " La Familia ", Barcelona, Ed. Península, 5a., Ed., 1978, p. 6.

⁵ MONZEL, NIKOLAUS, Op. Cit. pp. 69 y 70.

mujer; Teniendo como base geográfica en el actual norte de China y en el Noroeste de Asia, restos de esta cultura se han conservado en la actualidad sobre todo por los pigmeos, así como en ciertas tribus de Australia, las condiciones entre estos pueblos nos da la idea de la formación de la familia en aquellos tiempos existente.

El marido y la mujer viven en monogamia con igualdad de derechos, toda vez que la elección del cónyuge es conforme a las inclinaciones de cada quien.

El segundo punto es la **CIVILIZACIÓN PRIMARIA** .- Está subdividida en 1) **Caza Superior**, 2) **Agricultura Inferior** y 3) **Civilización de los Grandes Pastores Nómadas**.

Respecto de la **Caza Superior**, tenemos que en estas civilizaciones, se perfeccionaron las herramientas utilizadas para la caza, es decir, la maza, el arco, la flecha y el bumerang; y se planean expediciones para cazar, lo que representa una mejor organización, con lo que surge un **Derecho Paterno** mucho más asentado.

También en esta etapa baja la estima de la mujer, y por ser una etapa masculinizada, se tiene poca estima a la vida familiar, aparece la prostitución, etc. Restos de esta era, los encontramos en la actualidad en la India, Africa Oriental, Nueva Guinea, y en el oriente de las altas montañas del Asia Central.

En esta etapa también existe la prohibición del matrimonio entre parientes, en base a la experiencia adquirida respecto de que la convivencia cotidiana reducía la atracción sexual.

En cuanto al segundo punto de la subdivisión que estamos tratando, es decir, la **Agricultura Inferior**, sus características se pueden resumir mencionando que esta forma de economía fue descubierta por la mujer por que es la mujer quien en esta etapa adquiere más

derechos que en las etapas anteriores y el marido pasa a pertenecer a la parentela de la mujer. Aparece el matrimonio por servicio en donde el hombre debe ganarse las relaciones temporales con la mujer. Surge la Poliandra.

El tercer punto trata de los Pastores Nómadas, y se va a caracterizar por la domesticación de animales como el perro, toro, carnero, camello, cabra, asno, etc.; razón por la que se abocan al cuidado del ganado. Los hijos, cuando se casan, continúan bajo la potestad del padre. Existe la prohibición de matrimonio entre abuelos -padres- hijos y hermanos con la intención de mantener indiviso el rebaño. En esta etapa existe el matrimonio por raptó y la compra de la mujer a precio de ganado.

Los puntos tercero y cuarto de esta Teoría, surgieron cuando los pueblos nómadas y ganaderos y grandes pastores avanzaron hacia al sur y oeste, con lo que fueron enriqueciéndose debido a su superioridad para con los demás.

Nuestra opinión particular se manifiesta de conformidad con la teoría aquí sustentada; ya que la misma presenta un sentido lógico de evolución, basado principalmente en los modos de producción que a la fecha han sido determinantes en la vida social.

Pensamos que la idea general que pretendemos tratar aquí, no a quedado inconclusa, ya que tenemos que seguir un orden cronológico de la evolución de la familia, por lo que la idea aquí planeada no concluye; sino que más bien, continúa desarrollándose hasta dar paso al Derecho Romano.

B) LA FAMILIA EN EL DERECHO ROMANO.

Señala Guillermo Floris Margadant: " En un Tratado de Derecho Moderno, la exposición de Derecho de Familia debería comenzar con el matrimonio, Institución Central de esta materia en la actualidad. Sin embargo, en un Tratado de Derecho Romano debemos comenzar - después de unas nociones generales sobre el parentesco -, por la descripción de la posición jurídica del poder familiar, figura dominante en el Derecho Familiar antiguo "⁶.

Como ya lo mencionamos dentro de la evolución de la familia, en el Derecho Romano nos encontramos con un sistema estrictamente Patriarcal, es decir, solo el parentesco en línea paterna, cuenta en el Derecho.

Este sistema de parentesco se llama agnatio; en cambio el sistema moderno de parentesco, se denomina cognatio y es el que reconoce tanto el parentesco por la vía materna, como por la vía paterna.

Dicho lo anterior, partiremos de un concepto de familia: "... es un grupo de personas unidas por la jefatura de uno de sus miembros, es decir, un conjunto de individuos que viven sometidos al poder domestico de una sola autoridad "⁷.

En el anterior concepto de familia, éste no solo se refiere al parentesco, sino que además resulta ser sinónimo de patrimonio o herencia.

⁶ FLORIS MARGADANT, S. GUILLERMO, " Derecho Romano ", México, Ed. Esfinge, 13a. Edición., 1985, p. 212.

⁷ NINA PONSSA, " Derecho de Familia en el Derecho Romano ", Buenos Aires - Córdoba, Ed. Lerner, 1976, p. 9.

La jefatura de la familia está a cargo de un solo miembro que se llama Paterfamilias, mientras que los demás miembros se les denomina Filii familias y a la autoridad que ejerce aquél sobre éstos, es conocida con el nombre de Manus o Potestas.

Así, tenemos que en los inicios del Derecho Romano nos encontramos con la familia agnatita en donde debido al marcado Patriarcado existente los Filii familias no cuentan con capacidad jurídica, siendo único titular de los derechos el Paterfamilias; reconociéndole al primero únicamente el derecho para contraer nupcias, votar en los comicios y ser elegido magistrado.

El Paterfamilias como concepto, es definido por Guillermo Floris Margadant: "...a un romano libre y sui iuris, - en otras palabras "una persona" -, independientemente de la cuestión de si está casado y tiene descendientes"⁸.

De la definición anterior, se desprende que no era necesario tener hijos para poder ser un Paterfamilias; y de manera genérica diremos que un Paterfamilias era aquél que no se encontraba sometido a ninguna potestad, es decir, no está sujeto a una familia.

En el Derecho Romano las mujeres no estaban consideradas como sujeto de derecho, por lo que no existían jurídicamente las Materfamilias.

Al respecto, Margadant comenta: "El antiguo Paterfamilias, en resumen, es la única persona que en la antigua Roma tiene una plena capacidad de goce y de ejercicio; y una plena capacidad procesal en los aspectos activo y pasivo. Todos los demás miembros de la Domus dependen de él, y participan de la vida jurídica de Roma a través de él."⁹.

⁸ FLORIS MARGADANT, S. GUILLERMO, Op. Cit. p. 197.

⁹ IDEM.

Para mayor entendimiento, diremos que los miembros que forman una familia agnatita son el Paterfamilias y el Filii familias, siendo estos últimos todos los descendientes legítimos del Paterfamilias en cualquier edad, los adoptivos, la mujer al casarse con el Pater o con algún Filii familias, queda sometida al poder doméstico (matrimonio cum manu).

Partiendo de esta base de formación familiar, tenemos que la familia agnatita poco a poco iba evolucionando, siendo principio fundamental para su evolución, la manera en que cada uno de sus miembros iba siendo sujeto de derechos como fuentes de la Patria Potestad.

Los principios de la evolución de la familia se dan a partir de que Valentiniano otorga al Paterfamilias cierto poder de corrección; y en casos graves, éste debía dirigirse al Magistrado.

Posteriormente, la capacidad adquisitiva del Filii familias, va aumentando comenzando con los llamados peculium que otorga el Paterfamilias al Filii familias, que no adquiere éste, sino que administra y aprovecha su usufructo. También adquiere la herencia materna, sino legados y donaciones nupciales.

Constantino en el año de 326 a.c. otorga una remuneración a quienes ejercen los cargos públicos, y es Justiniano quien otorga la plena propiedad al Filius de todo lo que adquiere por cualquier medio.

Así, tenemos, que mientras cada miembro de la familia va adquiriendo un patrimonio, éste, necesariamente tiende a convertirse en sujeto de derechos y obligaciones.

Encontramos entonces, que "Constantino da impulso a una nueva revolución en materia de peculios. Este emperador establece que los bienes de la madre o bona materna, no siguen el régimen general de absorción por el patrimonio paterno..."¹⁰. Es por eso que en

¹⁰ NINA PONSSA, Op. Cit. p. 30.

el año de 319 establece que los bienes heredados por vía materna quedan reservados a los hijos, enriqueciendo así el patrimonio de los Filii familias.

En virtud de lo anterior, hubo necesidad de crear acciones derivadas de los actos realizados por el filius, siendo entre otras:

“ 1) Actio quod iussu: cuando el Pater manifiesta expresamente su voluntad de aceptar el negocio jurídico llevado a cabo por el filius .

2) Actio exaeratoria: Si el filius ejerce el comercio como capitán de una nave o magister nais, puesto por el cual ha sido nombrado por el Pater en su condición de armador o propietario de una empresa naviera.

3) Actio institoria: Tiene lugar cuando el Pater familias coloca la filius al frente de un negocio industrial o un comercio y en calidad de institor, éste realiza negocios jurídicos ¹¹.

Asimismo la evolución de los Filii familias y el desuso de ciertas costumbres respecto a los mismos, fue naciendo con el transcurso de muchos siglos, la familia unida por el nexo de la sangre a la que se le denominó cognación.

La cognación es “ El nexo biológico constitutivo del parentesco de la sangre ¹².

Para llegar a la familia cognada, fue importante una figura jurídica del Derecho Romano conocida como la emancipación, que es el modo solemne de adquisición.

Esta se daba cuando el filius era vendido o concedido por el Pater por una culpa cometida o como garantía de una obligación.

Así pues Nina Ponssa de la Vega, resume esta evolución de la siguiente manera: “Paulatinamente y a medida que el Derecho de la Familia va evolucionando hasta la familia

¹¹ NINA PONSSA, Op. Cit. p. 33 y 34.

¹² NINA PONSSA, Op. Cit. p. 13.

natural, la *cognatio* adquiere prominencia sobre el vínculo civil o agnación, en una transformación que dura siglos, el desarrollo de la familia natural que va suplantando a la agnata, comienza a perfilarse en las constituciones justinianas y termina su evolución más allá de la caída del mundo romano. La *manus cae* en desuso, las facultades del *Pater* disminuyen, la capacidad patrimonial del *alieni iuris* va adquiriendo un especial desenvolvimiento y los emancipados dejan de ser totalmente ajenos a la familia de la cual salieron. Primitivamente en materia sucesoria, tienen preeminencia los agnados hasta que el pretor se manifiesta en favor de los cognados pero solo bajo Justiniano por las novelas 118 y 127 desaparecen los privilegios de la agnación y el parentesco natural o cognación, basta para conferir los derechos sucesorios¹³.

Para delimitar el parentesco de sangre en razón de las consecuencias jurídicas, éste se computa "...en líneas y grados. La línea puede ser recta en forma ascendente o descendente; o colateral. La línea recta es la serie individuos engendrados unos por otros; por ejemplo, el abuelo, el padre, el hijo, el nieto, el bisnieto, etc., constituyen una línea descendente; y nieto, padre, abuelo, bisabuelo, etc., forman una línea ascendente. La línea colateral (transversalínea), es la constituida por los parientes que no descienden unos de otros, pero que están vinculados entre sí, por un antepasado común. Así, por ejemplo, hermanos, tíos, sobrinos"¹⁴.

Este sistema de parentesco lo encontramos en la mayoría de los países de occidente, y en nuestro derecho, es el sistema de parentesco que se utiliza, llamado grado de parentesco al vínculo existente entre dos personas, es decir, dentro del parentesco en línea

¹³ NINA PONSSA, p. 14.

¹⁴ IDEM.

recta, cada generación constituye un grado, por ejemplo, entre el padre y el hijo hay un grado de parentesco; entre el abuelo y el nieto existen dos grados de parentesco en línea recta.

Respecto al parentesco en línea colateral, se cuenta éste, sumando el número de grados de la persona que se quiere comparar hasta el tronco común y de éste hasta el otro pariente; así, tenemos que entre tío y sobrino existe un parentesco en tercer grado en línea colateral.

C) LA FAMILIA EN MEXICO.

Para iniciar este breve análisis de la familia en México debemos hacer notar que diversos sociólogos, al igual que en el origen de la familia en general, han sostenido que ésta, parte de una promiscuidad sexual; teoría que carece de fundamento y por consiguiente de medio de comprobación alguno.

Consideramos que el presente estudio, tiene su punto de partida en la raza Azteca a su llegada al Anáhuac (1168), tal y como lo cita Antonio de Ibarrola al decir: "Al llegar era un número insignificante (unos 5000), indios a cual más, por todos despreciados... La base de su sociedad era la plebe (los macehualli), de donde salían a la postre agricultores y guerreros. Entre los aztecas la comunidad, no el individuo, era la propietaria de la tierra, y la mayor parte de las decisiones eran tomadas por voto popular. La casa (calli) se convertía en calpulli (casa grande). A nadie se le daba el título de la tierra que trabajaba, sólo se le permitía hacerla producir. El conjunto de familias formaba un clan"¹⁵.

¹⁵ DE IBARROLA, ANTONIO, "Derecho de Familia", México, 1984, Ed. Porrúa, 3a. Edición, p. 104.

De la cita anterior, podemos ver que aunque a primera vista existe cierta similitud con la familia en el Derecho Romano y la familia Azteca; existen diferencias, pues mientras que en Roma el Paterfamilias era la autoridad suprema de la familia y único propietario de todos los bienes pertenecientes a cualquiera de sus miembros; en la Sociedad Azteca prevalecía la sociedad comunal.

La organización de la familia Azteca se da en torno al Calpulli, ya que "...en el mandaba el calpulle, (Jefe de Barrio) a quien ayudaban los calpixqui, (recaudadores), y miembros de la policía".¹⁶

Por otro lado, como base de toda la familia, en la Sociedad Náhuatl, existía el matrimonio, más sin embargo no como acto jurídico, sino sólo como acto religioso, careciendo de validez cuando no se observaba en la ceremonia el ritual tradicional, en el cual, no se daba intervención alguna a los representantes del poder público ni a los sacerdotes, ni a los ministros, contando únicamente con la intervención de los parientes cercanos y amigos íntimos de los contrayentes.

"Entre los aztecas, se confirma la existencia de un clan, agrupación de individuos, parientes entre sí, porque suponen descender de un antepasado común el que puede ser un animal, una planta, un mineral, y a veces hasta un fenómeno de la naturaleza. El antepasado legendario se llama Totem"¹⁷.

Este tipo de clases, por su prohibición de contraer matrimonio entre sus miembros, resulta siempre exogámico.

¹⁶ DE IBARROLA, ANTONIO Op. Cit. p. 104.

¹⁷ DE IBARROLA, ANTONIO Op. Cit. p. 106.

“ Podían pasar las mujeres de una Tribu enemiga a determinado clan, al que pertenecían los capturadores: pasaban entonces en propiedad de quien los capturó o compró. pierde la mujer su primacia, que le hemos visto asumir en el seno del clan exogámico y la familia pasa del Matriarcado al Patriarcado. Paulatinamente se sustituye la endogamia a la exogamia: los miembros de un mismo clan, varones y mujeres, que antes tenían prohibición de unirse en matrimonio, podrán hacerlo en lo sucesivo. La escasez de los medios de subsistencia determinan el paso de la familia poligámica a la monogámica. Siempre fue la poligamia, derecho reservado a los pudientes y a quienes se distinguían en los campos de batalla ”¹⁸.

De lo anterior se desprende como evolucionó la familia en la sociedad Azteca, aunque reconocemos que la misma carece de varios elementos, consideramos que el presente trabajo en este aspecto, tiene como finalidad una simple ubicación y no un análisis profundo de la investigación de la familia Azteca.

Aclarando lo anterior, nos abocaremos a hacer mención de la familia en la sociedad Novohispana, resaltando el aspecto de que en el periodo de la conquista española se pierde el sentido de la integración familiar que anteriormente señaláramos debido precisamente a la fase en que tuvo lugar la Conquista, en donde se otorgaron o tomaron por parte de los españoles, una serie de derechos tales como: el derecho a una segunda mujer a la que se le denominó Barragana.

Para hablar de la familia en México, es necesario aclarar que “ En la nueva España, - como en el México actual - funcionaban., en forma paralela y en diversos niveles sociales, varios sistemas de familias y para saber en realidad como funcionaban cada uno de ellos, el

¹⁸ DE IBARROLA, ANTONIO Op. Cit. p. 106.

Derecho no es la mejor de las guías, es demasiado centralizador, y además tiene la tendencia de apuntar más bien hacia lo que debería hacerse, que hacia lo que realmente se hacía ¹⁹.

Así, podemos decir que el estudio de la familia en México, no dependerá de un estudio completo acerca de todas y cada una de las familias existentes en nuestro país de los siglos XVI a XIX, debido a que el desarrollo de la familia no se dio en una realización uniforme en todo el Territorio Nacional; sino que parcialmente ésta fue evolucionando con sus propias características, y que éstas nacieron de acuerdo a sus necesidades del sector de personas donde se encontraban.

El principal problema es esclarecer la transformación existente entre la poligamia precortesiana y la monogamia requerida por el Derecho Canónico.

"La poligamia tiene límites naturales, sobre todo un límite social, consistente en el hecho de que a la edad en que normalmente la gente joven se casa y existe aproximadamente un equilibrio cuantitativo entre ambos sexos, de manera que cada esposa en exceso de la primera, significa que algún otro hombre arriesgue quedarse soltero, y un límite individual, consistente en el hecho de que los gastos domésticos aumentan con cada esposa adicional (aunque generalmente no al ritmo proporcional) ²⁰.

Aquí nos percatamos de que solo se podían dar el lujo de ejercer la poligamia los grandes caciques que contaban con cierto poder político y con un gran respaldo económico.

Pero surgió el problema no con el gobierno, sino con la Iglesia que siempre fue más inclinada hacia la austeridad que a la libertad; motivo por el cual los caciques tuvieron que

¹⁹ FLORIS MARGADANT S. GUILLERMO, (Cit. por PILAR GONZALBO AIZPURU), " Familias Novohispanas. Siglos XVI al XIX ", México, D. F., 1991, El Colegio de México, p. 27.

²⁰ FLORIS MARGADANT S. GUILLERMO, (Cit. por PILAR GONZALBO AIZPURU), Op. Cit., p. 33.

prescindir de todas sus esposas, menos aquella con la que primeramente habían contraído matrimonio.

El papel de la mujer en la familia era limitado ya que "...estuvo sometida a la autoridad del marido cuyo permiso necesitaba para rechazar herencias, o aceptar éstas sin beneficio del inventario, para celebrar o rescindir contratos, reclamar derechos derivados de relaciones quasi-contractuales, o ejercer una acción"²¹.

" Desde la Edad Media el Derecho Castellano había adoptado el sistema de los gananciales, que hallamos perfilado en el Fuero Real y en las Partidas. Por este sistema, los aumentos del patrimonio de la familia, con ciertas excepciones como eran herencias, legados, donaciones y ganancias castrenses, pertenecían en común a ambos cónyuges, y después de disolverse la unión, se distribuía por mitades entre el cónyuge supérstite y los herederos del otro"²².

Consecuentemente, encontramos que en la familia Novohispana no se alejaba, sino que más bien, seguía los lineamientos previamente establecidos por el Derecho Romano, distinguiéndose en todas sus etapas, una monogamia natural, que si no era impuesta por la ley, era buscada por los propios cónyuges, quienes requerían una estabilidad emocional.

También encontramos en el México Colonial, que el requisito para formar una familia, era el matrimonio, figura jurídica que más adelante trataremos; la cual, en principios era una imposición religiosa y con el tiempo, fue generándose la legislación respectiva.

²¹ FLORIS MARGADANT S. GUILLERMO, (Cit. por PILAR GONZALBO AIZPURU), Op. Cit. p. 42.

²² FLORIS MARGADANT S. GUILLERMO, (Cit. por PILAR GONZALBO AIZPURU), Op. Cit. p. 43.

D) LA FAMILIA EN LA LEGISLACION ACTUAL.

Nuestro derecho actual, reconoce tres tipos de parentesco: por **consanguinidad**, **afinidad** y el parentesco **civil**. El primero de éstos, reconocido por el Derecho Romano, denominado **cognación**, era el nexo biológico, y así es actualmente, ya que es el vínculo familiar de sangre. El segundo de ellos la **afinidad**, es el parentesco que se adquiere por el matrimonio, y relación a un cónyuge, con los familiares del otro cónyuge. El tercero, el parentesco civil, nace únicamente por la adopción y existe únicamente entre el adoptante y el adoptado.

Estos tres tipos de parentesco, actualmente se encuentran regulados por los artículos 292 al 300 del Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal.

Rafael de Pina, define a la familia como: "agregados social constituido por personas ligadas por el parentesco"²³.

Podemos decir que el parentesco es el vínculo jurídico existente entre las personas, presuponiendo la existencia de una relación de pareja que lo origina; la cual nuestra legislación regula a través del matrimonio, Institución de cuyo estudio nos ocuparemos en el capítulo respectivo del presente trabajo.

²³ DE PINA VARA, RAFAEL, " Diccionario de Derecho ", Ed. Porrúa, México, D.F., 1984, p. 136.

CAPITULO II.

EL MATRIMONIO.

A) ETIMOLOGIA Y NOCIONES PRELIMINARES DEL MATRIMONIO.

Los antecedentes de la pareja, los encontramos en el Libro del Génesis, remontándose al origen del mundo y de los pueblos. Dios ofrece una noción del designio original sobre la unión conyugal.

Nos encontramos entonces con que: " después de modelar al hombre con arcilla y de infundirle un soplo de vida, Dios dijo: no es bueno que el hombre esté solo. Es preciso que le haga una ayuda que sea semejante a él. Y para acabar con su obra todavía imperfecta, tomo una costilla de Adán e hizo de ella a la mujer " ²⁴.

Lo esencial en el texto anterior, es la posibilidad del amor entre el hombre y la mujer.

Aunado a lo anterior, Dios ordenó a la pareja: " Sed fecundos, multiplicaos, llenad la tierra y sometedla " ²⁵.

Como se puede apreciar, de los comentarios anteriores, se desprende que el mundo se encuentra en manos de la pareja, cuya finalidad es la procreación.

Estos son los designios otorgados por Dios, que el hombre y la religión, regularon con posterioridad, por la figura denominada Matrimonio.

²⁴ JEAN PIERRE BAGOT, (Cit. al Génesis), " Para Vivir el Matrimonio ", Pamplona, 1987, Ed. Verbo Divino, p. 25.

²⁵ JEAN PIERRE BAGOT, Op. Cit. p. 26.

B) EL MATRIMONIO EN EL DERECHO ROMANO.

En Roma, según Bonfante, - quien es citado por De la Vega de Miguens -, el matrimonio Romano es: "la cohabitación de dos personas de distinto sexo con la intención de ser marido y mujer, procrear y educar a los hijos y constituir entre ellos una verdadera sociedad perpetua íntima y permanente"²⁶.

A la intención a la que nos referíamos anteriormente, de unirse con una persona del sexo opuesto, se le conoció como *affectio maritalis*, que es la voluntad de los hombres de cohabitar, procrear y educar a los hijos.

Este vínculo, unía a la pareja; la que en sus inicios, nunca fue regulada por norma alguna, y ni siquiera se hacía necesario celebrar la unión ante una autoridad.

"El matrimonio se mantiene por la *affetio maritalis*, es decir, que es una relación de hecho en forma continua"²⁷.

En el Derecho Romano, para contraer matrimonio, y para que éste fuera legítimo, eran necesarios los siguientes requisitos:

" I) En Primer lugar, es indispensable que los contrayentes gocen de capacidad civil para contraer matrimonio, lo que se denomina *ius connubii*, y consiste en la posesión del *status civitatis* y del *status libertatis*, ambos englobados"²⁸.

²⁶ NINA PONSSA, "Derecho de Familia en el Derecho Romano", Buenos Aires - Córdoba, Ed. Lerner, 1976, p. 49.

²⁷ NINA PONSSA, Op. Cit. p. 50.

²⁸ NINA PONSSA, Op. Cit. p. 53.

El alcanzar este status, es propio únicamente de los ciudadanos romanos, siendo éstos, los únicos que pueden contraer matrimonio entre sí, dejando para la unión de peregrinos y extranjeros el inist ustae nuptiae.

" 2) Otra condición para contraer matrimonio legítimo, es la capacidad natural. Se requiere que los cónyuges hayan alcanzado la pubertad, fijada en doce años para las mujeres y catorce para los varones, Justiniano prohíbe que los eunucos contraigan matrimonio, cualquiera que fuese su edad"²⁹.

Como ya lo mencionamos en la definición de Bonfante, el matrimonio romano cuenta con la intención de procrear, lo que justifica esta condición, prohibiendo el matrimonio para aquellas personas impedidas de alguna manera para la procreación.

" 3) En tercer lugar, es preciso que el matrimonio sea válido, el consentimiento o consensus de los cónyuges, que no debe de ser inicial, sino constante, de manera que contribuya verdaderamente affectio maritalis"³⁰.

El cumplimiento de este requisito, se exteriorizaba por los usos sociales, que eran únicamente representados por festejos y celebraciones, existiendo la presunción que la convivencia de ciudadano con mujer honorable y la misma condición social implicaba matrimonio; si no se reunía esta última, se estaba en presencia de un concubinato.

" Además del consentimiento de los contrayentes, se requiere el del Paterfamilias"³¹.

Este último requisito, poco a poco fue desapareciendo para considerarse manifestado por la no oposición o el silencio para tenerse por cumplido.

²⁹ IDEM.

³⁰ NINA PONSSA, Op. Cit. p. 54.

³¹ IDEM.

Existían además otras condiciones como el de no tener otros lazos matrimoniales con alguna otra persona; que no existieran entre los contrayentes parentesco en ciertos grados; las viudas deberían dejar pasar cierto tiempo antes de estar en posibilidad de volver a contraer matrimonio y; que no existiera entre los cónyuges, relación de tutela.

Dentro de esta figura encontramos que para obtener de alguna manera efectos jurídicos, debía celebrarse el matrimonio agregando a éste la conventio in manum.

“ Si se pretende que la mujer integre la familia del marido, es preciso que al matrimonio se agregue la conventio in manus. Esta manus implica la Potestad doméstica del Paterfamilias sobre la mujer que entra en su familia agnatita ”³².

La mujer que contrae matrimonio y celebra la conventio in manu, deja su familia anterior para formar parte de la familia de su marido y someterse al Paterfamilias de éste.

Cabe señalar que la conventio in manu podría celebrarse fuera del matrimonio, porque como ya mencionamos, el matrimonio en el Derecho Romano, no requería de conformidad alguna.

“ Una vez que la esposa había entrado en alguna domus distinta a la original, el nuevo Paterfamilias, - su suegro ó su marido - tenía un poder sobre ella, análogo al que tenía sobre sus hijos. Mediante la conventio in manu, la esposa entraba en la nueva familia loco filiae, es decir, en el lugar que correspondía a una hija; así, en el ius civile, la esposa cum manu, es tratada en relación varias materias, por ejemplo cuando se trata de la repartición de la herencia del marido, como si fuera hija de su propio cónyuge ”³³.

³² NINA PONSSA, Op. Cit. p. 59.

³³ FLORIS MARGADANT, S. GUILLERMO, " Derecho Romano ", México, Ed. Esfinge, 13a. Edición, 1985, p. 199.

En resumen, encontramos que los efectos jurídicos de las justae nuptiae, son los siguientes:

- a) Los cónyuges se deben fidelidad, sancionando con más severidad a la esposa que al marido.
- b) La esposa tiene el derecho y el deber de vivir con el marido.
- c) Los hijos siguen la condición social del padre.
- d) Ambos cónyuges tienen la obligación recíproca de darse alimentos.
- e) Está prohibido hacerse mutuamente donaciones.
- f) Se prohíbe a la esposa ser fiadora del marido.
- g) Ninguno de los cónyuges tiene acción en contra del otro, por robo.
- h) En materia civil, en caso de condena de un cónyuge respecto del otro, ésta no puede ser superior a las posibilidades del condenado.
- i) En caso de quiebra del marido, los bienes adquiridos por la esposa, se presume proceden de éste y entran a la masa de la quiebra.

C) EL MATRIMONIO EN EL DERECHO FRANCES.

“La cultura jurídica de nuestra época no solo es obra de nosotros mismos, en gran medida la hemos recibido del Derecho Romano, del Derecho de los pueblos Germánicos y del Derecho Canónico, por lo que atañe al Derecho Privado...”³⁴.

³⁴ BERNAL BEATRIZ Y LEDEZMA JOSE DE JESUS, “Historia del Derecho Romano y de los Derechos Neoromanistas”, Ed. Porrúa, 2a. Edición, México 1983, p. 22.

Consideramos que es importante el análisis del Derecho Francés, por ser éste el que a la caída del Imperio Romano de occidente en el año de 476 y sobre todo en la época de Carlo Magno, el que en su legislación impone un sentido de romanidad, aunado al Cristianismo.

Además de que en Roma debido a la facilidad con que los hombres se deshacían de sus mujeres, los valores morales se encontraban perdidos, fue necesaria la intervención del Cristianismo con la finalidad de reorganizar a la familia, santificando el matrimonio.

“ El Instituto Matrimonial, tal y cual se ha afirmado en el mundo civilizado contemporáneo, está sin duda - en relación de derivación del matrimonio canónico-, más próximo a éste que al romano ”³⁵.

Lo anterior se ve reforzado con el hecho de que las leyes francesas de 1972, en el Código Civil, se ve reproducido con pequeñas variantes el matrimonio implantado por el Derecho Canónico.

“Forzoso es reconocer con total prescindencia de razones de tipo confesional que el Cristianismo contribuyó en gran medida a dignificar la Institución matrimonial y que cupo a la Iglesia trascendente misión en tal sentido ”³⁶.

Encontramos entonces que la Iglesia logró perfeccionar el régimen monogámico del matrimonio, sosteniendo siempre la indisolubilidad del mismo.

En los años de 1545 a 1563, en el Concilio de Trento, se ratificó el carácter sacramental del matrimonio.

³⁵ JEMOLO, ARTURO C. (Cit. por “ ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA ”, Tomo XIX. Buenos Aires, Argentina , 1964, pp. 149 y 150.

³⁶ ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA, TOMO XIX, Dir. BERNARDO LENER, De. Bibliográfica Argentina, 1964, Buenos Aires, Argentina, p. 150.

Mientras, en Francia imperaba una "legislación" apegada a las normas religiosas, las que dan al matrimonio el carácter Institucional que se le atribuye.

No es sino hasta la Constitución Francesa de 1791, en donde se considera al matrimonio como un mero contrato civil.

La diferencia existente entre el matrimonio contrato y el matrimonio institución, la encontramos partiendo de que para la Iglesia, el matrimonio no fue realizado por los hombres, sino que fue creado por obra divina, en la que sus leyes no pueden estar sujetas al arbitrio de ningún hombre; lo anterior, no obstante que la misma Iglesia - como veremos con posterioridad -, le reconozca la calidad de contrato que también se le atribuye.

Cabe mencionar que el matrimonio es considerado como un contrato, en base a que cumple con los requisitos de un contrato, como son: Sujetos.- el hombre y la mujer; Objeto.- El cuerpo de éstos, sobre los cuales ejercerán los fines del matrimonio; y por último, El Consentimiento.- Que deberá ser mutuo y recíproco.

Retomando nuestro tema, como ya mencionamos anteriormente, el matrimonio en Francia, estuvo regido por el Derecho Canónico, el cual llegó a considerar nulo el matrimonio no celebrado ante un cura y dos testigos.

" El Código Civil Francés, aunque manteniendo el principio de la secularización establecida por la revolución, se ha guardado de reproducir las disposiciones legislativas contrarias a la tradición; por el contrario, ha tomado del Derecho Canónico la reglamentación matrimonial"³⁷.

³⁷ PLANIOL, MARCELO Y RIPERT, JORGE, " Tratado Práctico de Derecho Civil Francés ", Tomo II, " Matrimonio Divorcio Filiación ", Editorial Cultura, S.A., 1946, La Habana, p. 53.

Luego entonces, la Revolución Francesa quita al matrimonio el carácter religioso y lo plasma en el Código Civil.

Con lo anterior, se beneficia a los Protestantes, ya que según la Iglesia, al no contraer matrimonio religioso, su unión no era válida.

No obstante el carácter civil otorgado al matrimonio, "Es más aparente que real, puesto que el matrimonio religioso coexiste frecuentemente con el matrimonio civil y las costumbres rodean esa ceremonia religiosa de una pompa que no dan a la ceremonia civil"³⁸.

En la exposición de motivos del código Civil Francés, encontramos que Portalis da la siguiente definición:

"El matrimonio es la sociedad del hombre y la mujer, que se unen para perpetuar su especie, para ayudarse con socorros mutuos a llevar el peso de la vida, y para participar de su común destino"³⁹.

En esta definición, aunque no se expresa literalmente la palabra contrato, la esencia de tal definición se desprende de que al calificarla de sociedad, se encuentra sujeta a un contrato.

No obstante lo anterior, en el Derecho Civil Francés, se excluye, que no se considera matrimonio sino bajo sus relaciones civiles.

Concluyendo el presente capítulo, podemos resumirlo, citando lo expuesto por Portalis en la exposición de motivos de el Código Civil Francés, en su título V:

" Todos los pueblos han hecho intervenir al cielo en un contrato que tiene una muy grande influencia en la suerte de los cónyuges, y que, ligando el porvenir con el presente,

³⁸ PLANIOL, MARCELO Y RIPERT, JORGE, Op. Cit., p. 54.

³⁹ LAURENT F., " Principios de Derecho Civil Francés ", Tomo II, 1890, De. Joaquín. Guerra y Valle Editor., p. 383.

parece hacer depender su felicidad de una sucesión de acontecimientos inciertos, cuyo resultado se presenta como el fruto de una bendición particular. En tales ocasiones es cuando nuestras esperanzas y nuestros temores han implorado siempre los socorros de la religión establecidos entre el cielo y la tierra para llenar el espacio inmenso que los separa"⁴⁰.

D) EL MATRIMONIO EN EL DERECHO ESPAÑOL

La institución de la familia en el Derecho Español, se encuentra integrada teniendo como antecedentes el Derecho Romano, costumbres germanas y la doctrina canónica.

Debe partirse entonces de la España Goda, pues en esta época es como se ofrece a la España como una verdadera nacionalidad.

En esta época, aparecen como formas de relaciones entre los sexos, las figuras del matrimonio, concubinatio y contubernio en España.

"Era muy frecuente la práctica de hacer preceder los esponsales al matrimonio. El requisito esencial de éste, consistía en el consentimiento de los contrayentes"⁴¹.

Tanto era esencial el consentimiento de los contrayentes, que se consideraba nulo el matrimonio efectuado contra la voluntad de la mujer.

En las leyes visigodas no se encuentra algún límite en la edad de los contrayentes, mas se entiende que ésta debería ser la de la pubertad.

⁴⁰ PORTALIS, Cit. por LAURENT. F., Op. Cit., p.386.

⁴¹ SANCHEZ ROMAN, FELIPE, " Estudios de Derecho Civil ", Vol. I, Madrid, 1912. Editorial Sucesores de Rivadeneira, p. 323.

Las leyes visigodas regularon también los impedimentos por consanguinidad, afinidad, orden religiosa, fuerza, mayor edad en la mujer que en el hombre y otros.

“ Respecto del concubinato, ninguna de las leyes godas sanciona ni organiza expresamente esta forma de unión de los sexos, procedente de las leyes y costumbres romanas, y que los visigodos sin duda toleraron, toda vez que no la prohibían ni la castigaban, como lo hicieron con las relaciones sexuales que nacen de la prostitución, imponiéndose penas se veras a la prostituta.”⁴².

No obstante lo anterior, en el fuero Juzgo se da a entender que se consentía la barraganía, que estaba prohibida a los de Vigos.

El contubernio (unión de esclavos entre si), tampoco fue reglamentado en España goda, en donde se celebraban ceremonias iguales a los hombres libres que a los esclavos.

La familia en la España de la conquista fue influenciada por el espíritu feudal.

En esta etapa, existieron dos tipos de matrimonio: el solemne, que se celebraba con el consentimiento previo de los padres, so pena de desheredación, los esponsales, las arras, la bendición sacerdotal; y la ceremonia se celebraba en al parroquia de uno de los contrayentes y posteriormente la bendición en la Iglesia, las habitaciones el tálamo, las arras y demás efectos de la propiedad , concluyendo esta solemnidad con los banquetes y otras fiestas.

El Matrimonio a yuras o civil, se celebraba sin solemnidad alguna, ni intervención del sacerdote. Este Matrimonio estaba constituido simplemente por el contrato de esponsales seguido de las relaciones sexuales.

Ambos matrimonios eran reconocidos con la ley.

⁴² SANCHEZ ROMAN, FELIPE, Op. Cit., p. 327.

“ El fuero real asienta los principios de publicidad de solemnidad en el matrimonio; limita por la edad de la contrayente la necesidad del conocimiento paterno, relevando este requisito a la soltera que haya cumplido 20 años; opta como tasa de las arras o dote por el uso muy general, o sea, la décima de la ley visigoda, y habla de las donaciones de la esposa al esposo, que ya las costumbres habían introducido, por lo general de escasa cuantía ”⁴³.

En esta época también se formaron las partidas, cuya mayor aportación fue el reconocimiento a ambos cónyuges, de la patria potestad.

En la Familia Castellana de los Reyes Católicos, con las ordenanzas reales de Castilla, se enaltecíó la Institución de los Esponsales.

Con la nueva recopilación, se fomenta y estimula a la celebración de los matrimonios, otorgándose prerrogativas a los casados en el orden administrativo y fiscal.

Así, podemos concluir mencionando únicamente que los cambios regidos desde la novísima recopilación y hasta la Ley de matrimonio civil, no se registran preceptos legales respecto del derecho de familia más que en el conalio de tenio que autorizó a los párrocos a la celebración del matrimonio de sus feligreses sin necesidad de la licencia de diocesano.

En la época de la reconquista española, es cuando se sucede el descubrimiento de América, por lo que las ideas vertidas con anterioridad son con las que los europeos llegan a México, tierra conquistada y por consiguiente, sufre la imposición de éstas junto con las costumbres observadas hasta entonces.

⁴³ SANCHEZ ROMAN, FELIPE, Op. Cit., p. 334.

E) EL MATRIMONIO EN MÉXICO.

Para iniciar este tema del matrimonio en México, queremos aclarar que aquí trataremos el matrimonio en la Nueva España y su evolución hasta el momento de la Independencia.

" El derecho canónico ha mostrado siempre un especial interés en el matrimonio, por ser ésta una Institución, según el catolicismo, un sacramento. Así, el corpus iuris canonico (1500) y las posteriores normas tridentinas (1563) - cuya normas sobre ésta materia fueron incorporadas en el Derecho Castellano en 1564 - aportaron varios elementos al perfil jurídico del matrimonio castellano "44.

Según lo anterior, los elementos de referencia eran que todo matrimonio se debía celebrar ante un párroco, y con dos o tres testigos, en cálculo especial de los grados de parentesco, parentesco espiritual, la publicidad de la intención de casarse, la reducción del grado de parentesco por violación, etc.

Con estas bases sobre el matrimonio, llegan los españoles a América, en donde se encontraban con una poligamia, sin otro limite que los naturales, como son el que una esposa de más significaba que otro quedase soltero; los gastos domésticos, etc.

La corona española tenia la intención de gobernar a los indios a través de sus lideres tradicionales, y los cuales por su posibilidad económica contaban con diversas esposas, y la Corona no queria ofenderlos quitándoles a una de ellas.

⁴⁴ FLORIS MARGADANT, S. GUILLERMO, et. al., " Familias Novohispanas, Siglos XVI al XIX ". El Colegio de México, México D.F., 1991, pp. 31 y 32.

Sin embargo, la Iglesia coloco a sus caciques en la necesidad de prescindir de sus esposas, excepto la primera.

Ahora, y pasándonos por alto un sinnúmero de problemas ocasionados por el hecho de la diversidad de clases y castas las que impedían el matrimonio entre miembros de distintas clases, debemos abocarnos a los requisitos e impedimentos previstos a fin de poder celebrar el matrimonio, tomando en cuenta que en cuanto a requisitos se refiere, algunos de éstos podían ser dispensados.

" Las Partidas presentan una serie de vicios dirimentes, (demencia, intimidación, error esencial sobre la persona, y el hecho de que el varón tuviera menos de catorce o la mujer menos de doce años, el parentesco demasiado cercano condiciones incompatibles con la esencia del matrimonio, el voto de castidad, el hecho de que el hombre se hubiere vuelto homicida para allanarse el camino hacia el matrimonio en cuestión, la diversidad de religión, la impotencia, el adulterio con promesa de futuro matrimonio y el rapto.), también los esponsales con otro, eran un impedimento "⁴⁵.

Como requisito, y en cuanto a la autorización paterna, según el Real Derecho de 10 de abril de 1803, los hijos hasta los 25 años, y las hijas hasta los 23 años, debían obtener licencia del padre, y a falta de éste, de la madre; pudiéndose autorizar la licencia reduciéndose las edades a 24 y 22 años respectivamente.

" Y si ni abuelos hubiera, la licencia tenía que darse por el tutor, o en su caso, por el Juez (en cuyo caso, las mencionadas edades eran de 22 y 20 años) "⁴⁶.

⁴⁵ FLORIS MARGADANT, S. GUILLERMO, et. al., " Familias Novohispanas, Siglos XVI al XIX ", El Colegio de México, México D.F., 1991, p. 30.

⁴⁶ FLORIS MARGADANT, S. GUILLERMO, et. al., " Familias Novohispanas, Siglos XVI al XIX ", El Colegio de México, México D.F., 1991, p. 31.

Reunidos los requisitos anteriores, y sin encontrarse algunos de los cónyuges en algún caso de los previstos como impedimento, procedían a contraer matrimonio en el que al celebrarse se observaba las siguiente formalidad:

“Para mejor servir a Dios, ésta era la fórmula con la que se presentaba el hombre ante el ara de una parroquia cuando quería contraer matrimonio, según el Orden de Nuestra Santa Madre Iglesia. Por su parte, el cura le explicaba la gravedad del juramento y de la materia, obligación de decir verdad en el caso, pecados en que incurría y penas eternas y temporales a que de lo contrario se sujetaba. En seguida, recibía el juramento por Dios Nuestro Señor y la Santa Cruz, y le preguntaban de donde era originario, de donde era vecino su calidad, su estado, su legitimidad, su edad, el nombre de la mujer con la que deseaba casarse; así como el origen, la vecindad, la calidad, el estado y la legitimidad de ésta. Después de consignar estos datos en el libro respectivo, pasaba a preguntarle sino tenía con la pretensa vínculo de algún parentesco por consanguinidad o afinidad de cúpula lícita o ilícita, parentesco espiritual, o tenía esponsales con alguna persona, o si los había celebrado con la hermana de su novia.

El cura también le preguntaba si había hecho voto simple o solemne de castidad o religión, o si estaba ligado con otro matrimonio o tenía impedimento de crimen o de honestidad. El hombre tenía que declarar igualmente si sabía de algún impedimento canónico para el matrimonio que tuviera su futura esposa. Lo último que declaraba se refería a la libre y espontanea libertad que tenía para contraer matrimonio, lo mismo que su pretensa, quién tampoco había sido engañada, forzada o compelida para casarse”⁴⁷.

⁴⁷ CASTAÑEDA, CARMEN, et. al., “Familias Novohispanas, Siglos XVI al XIX”, El Colegio de México, México D.F., 1991, pp. 76 y 77.

Posteriormente se tomaba la declaración a la mujer en los mismos términos, añadiendo solamente el dato de la edad.

Después, el hombre presentaba tres testigos, quienes corroboraban la verdad de lo declarado.

Procedía el párroco a la aprobación y a amonestar a los pretendientes, es decir, se publicaba el matrimonio en tres días festivos de acuerdo a lo ordenado por el Concilio de Trento.

Posteriormente, sino existiera impedimento alguno, se les declaraba hábiles para casarse.

El contraer matrimonio era y es un evento de suma importancia, en los tiempos de la Colonia, significaba para los grupos de la élite, establecer lazos de parentesco con otros, para que esto redundara en el incremento de su fortuna, poder o prestigio.

"Tanto la Iglesia como la corona consideraban como su deber, velar por el orden social; la primera estableciendo con puntualidad las normas eclesiásticas, que regían y rigen el matrimonio cristiano; la segunda también pretendía ser la salvaguarda del orden social, aunque desde el punto de vista temporal, ya que la alianza matrimonial y de la certeza de la paternidad; es decir, de la legitimidad de los hijos derivaban diversas consecuencias sociales, tales como la distribución de las herencias, los derechos de sucesión en honores y canongas (mayorazgos, títulos, etc.) así como el acceso a ciertos cargos y oficios"⁴⁸.

⁴⁸ VILLAFUERTE GARCIA, LOURDES, et. al., " Familias Novohispanas, Siglos XVI al XIX ", El Colegio de México, México D.F., 1991, pp. 92 y 93.

**Q) EL MATRIMONIO EN LA LEY DE
RELACIONES FAMILIARES.**

El estudio de este cuerpo de leyes es importante en materia de matrimonio, por encontrarse en él plasmado de diversas maneras, la igualdad entre el hombre y la mujer.

Esta Ley, en su Artículo 13o., nos brinda la definición del matrimonio en los siguientes términos:

“El matrimonio es un contrato civil entre un sólo hombre y una sólo mujer, que se unen con un vínculo disoluble para perpetuar su especie y ayudarse a llevar el peso de la vida”³⁴.

De acuerdo con la definición anterior, las finalidades del matrimonio son la perpetuación de la especie y la ayuda mutua entre los cónyuges.

También de esta definición se desprende que el matrimonio sólo puede ser celebrado entre un sólo hombre y una sólo mujer, lo que se traduce en la familia monogámica.

Dentro de la misma Ley el Artículo 18o. señala como edad mínima para la celebración del matrimonio en el hombre, la de 16 años, y 14 para la mujer; y para todo caso en que no contaran con la edad de 21 años, se debe obtener el consentimiento de los padres, y a falta de éstos, de los abuelos paternos, y si éstos faltaren, de los abuelos maternos, y de no existir ninguno de ellos, el consentimiento lo dará quien ejerce la patria potestad. (Arts. 19, 20 y 21)

³⁴ LEY DE RELACIONES FAMILIARES, Art. 13o.

F) EL MATRIMONIO CIVIL Y EL MATRIMONIO CANONICO.

Hasta aquí, hemos visto una intrínseca relación por cuanto hace al matrimonio entre la religión y el derecho.

"Para el Derecho Canónico el matrimonio es una Institución de Derecho Natural, que fue elevado por Jesucristo a la categoría de sacramento. El cristianismo consideró desde los primeros tiempos al matrimonio como sacramento y así se ha afirmado por diversos autores"⁴⁹.

También encontramos como fines del matrimonio canónico el bien de los cónyuges y la procreación y educación de la prole.

El canon 1055 expresa: "La alianza matrimonial por la cual el varón y la mujer constituyen una comunión para toda la vida ordenado por la naturaleza para el bien de los cónyuges y la procreación y la educación de la prole, fue elevada por Cristo, para los bautizados, a la dignidad de sacramento"⁵⁰.

El matrimonio canónico se distingue por el cumplimiento e incumplimiento de sus requisitos esenciales.

Hay que manifestar que del matrimonio religioso se derivan dos propiedades esenciales, que son su unidad y la indisolubilidad.

⁴⁹ CHAVEZ ASCENCIO, MANUEL F., "La Familia en el Derecho". Ed. Porrúa, 2a. Edición, México, 1990, p. 26.

⁵⁰ NINA PONSSA, "Derecho de Familia en el Derecho Romano", Buenos Aires - Córdoba, Ed. Lerner, 1976, p. 27.

La misma sólo señala una causa por la que el matrimonio puede ser disuelto con dispensa del sumo pontífice, que es el matrimonio rato y no consumado, que es aquél que adolece de un vicio esencial o dirimente.

Por lo tanto, el matrimonio que es rato, entre bautizados y consumado, no puede ser disuelto por poder humano alguno.

“ La relación entre los cónyuges se sitúa en la caridad o amor cristiano. Ya no es sólo el amor natural, siquiera purificado por la moral cristiana, sino en el amor sobrenatural que es posible por la santificación del hombre por Cristo ”⁵¹.

De la celebración del matrimonio canónico, podemos decir:

“ Antes de la celebración del matrimonio hay actuaciones entre las cuales se encomienda al párroco indagar con tiempo oportuno, si hay algún impedimento para contraerlo. Para tal efecto, interrogará por separado a los que pretenden contraer matrimonio, indagando si están ligados por algún impedimento, si libremente han prestado su consentimiento y si están debidamente instruidos en la doctrina cristiana. (Cánones 1066 y 113) ”⁵².

En cuanto a la celebración del matrimonio canónico en sí, ésta está regida por cánones 1105 al 1123, los que previenen que son válidos aquellos matrimonios celebrados con asistencia del párroco o quien pueda suplirlo y además ante los testigos.

La Iglesia también reconoce la validez del matrimonio celebrado sin el párroco, siendo esto en el caso de peligro de muerte, siempre y cuando se celebre ante dos testigos.

⁵¹ CHAVEZ ASCENCIO, MANUEL F., Op. Cit. p. 33.

⁵² CHAVEZ ASCENCIO, MANUEL F., Op. Cit. p. 37.

El matrimonio dentro del derecho civil, crea diversos deberes, además crea obligaciones y en estado de vida.

El matrimonio, como es de todos conocido, es considerado como un contrato, así como también es considerado como una Institución; no obstante que nuestro derecho positivo, la Constitución lo define como un mero contrato.

Es por esto que concordamos con Chávez Ascencio al citar a Boncace:

“ El contrato dentro del Código Civil, se encuentra reglamentado dentro del Derecho Patrimonial; en cambio el matrimonio el matrimonio se refiere más a los valores familiares y conyugales.

En el contrato la supremacía de la voluntad es la regla; en cambio en el matrimonio se encuentra fuertemente limitada ”⁵³.

Para reforzar lo anterior, en cuanto a que el matrimonio no obstante que nuestro derecho positivo lo ve como un contrato, señalamos que:

Por Institución, de acuerdo al diccionario de la Real Academia, entendemos “establecimiento o fundación de una cosa”.

Sin embargo, la doctrina acertadamente señala que el matrimonio es un acto jurídico, formal y solemne.

En resumen, podemos concluir que el matrimonio es un acto del cual deriva las consecuencias del parentesco legítimo diferenciado del consanguíneo que es producto de la naturaleza de la procreación.

⁵³ CHAVEZ ASCENCIO, MANUEL F., Op. Cit. p. 48.

**G) EL MATRIMONIO EN LA LEY DE
RELACIONES FAMILIARES.**

El estudio de este cuerpo de leyes es importante en materia de matrimonio, por encontrarse en él plasmado de diversas maneras, la igualdad entre el hombre y la mujer.

Esta Ley, en su Artículo 13o., nos brinda la definición del matrimonio en los siguientes términos:

"El matrimonio es un contrato civil entre un sólo hombre y una sólo mujer, que se unen con un vínculo disoluble para perpetuar su especie y ayudarse a llevar el peso de la vida "54.

De acuerdo con la definición anterior, las finalidades del matrimonio son la perpetuación de la especie y la ayuda mutua entre los cónyuges.

También de esta definición se desprende que el matrimonio sólo puede ser celebrado entre un sólo hombre y una sólo mujer, lo que se traduce en la familia monogámica.

Dentro de la misma Ley el Artículo 18o. señala como edad mínima para la celebración del matrimonio en el hombre, la de 16 años, y 14 para la mujer; y para todo caso en que no contaran con la edad de 21 años, se debe obtener el consentimiento de los padres, y a falta de éstos, de los abuelos paternos, y si éstos faltaren, de los abuelos maternos, y de no existir ninguno de ellos, el consentimiento lo dará quien ejerce la patria potestad. (Arts. 19, 20 y 21)

⁵⁴ LEY DE RELACIONES FAMILIARES, Art. 13o.

Existía la posibilidad de que la edad mínima fuera dispensada y en el caso de que el consentimiento no se diera por las personas señaladas, éste podía otorgarlo el Juez, de Primera Instancia de el lugar.

Estaban impedidos para contraer matrimonio, las personas que se encontraban en alguno de los siguientes supuestos:

“... I.- La de edad requerida por Ley cuando no haya sido dispensada;

II.- La falta del consentimiento del que o los que ejercen la patria potestad, del tutor o del Juez en su respectivo casos;

III.- El error, cuando sea esencialmente sobre la persona;

IV.- El parentesco de consanguinidad legítima o natural, sin limitación del grado en línea ascendente o descendente. En la línea colateral, igual, el impedimento se extiende a los hermanos y medios hermanos. En la colateral desigual, el impedimento se extiende a los tíos y sobrinos, y al contrario, siempre que estén en el tercer grado y no hayan obtenido dispensa. La computación de éstos grados se hará en los términos que previene esta ley;

V.- La relación de afinidad línea recta sin limitación alguna;

VI.- El atentado contra la vida de alguno de los casados para casarse con el quede libre ;

VII.- La fuerza o miedo graves. En caso de rapto, subsiste el impedimento entre el raptor y la robada, mientras ésta no sea restituida a un lugar seguro, donde libremente manifieste su voluntad.

VIII.- La embriaguez habitual, la impotencia por causa física para entrar al es todo matrimonial, siempre que sea incurable, la sífilis, la locura y cualquier otra enfermedad crónica e incurable, que sea además contagiosa o hereditaria;

IX.- El matrimonio subsistente con persona distinta de aquella con quien se pretende contraer; y

X.- El Fraude, las maquinaciones o artificios para inducir al error a alguno de los contrayentes siempre que versen sobre hechos substanciales, que si hubieran sido conocidos de la otra parte, no habría consentido en celebrar matrimonio, y que dicho hechos se prueben por escrito procedente de la parte que empleo el fraude, las maquinaciones o los artificios.

De estos impedimentos sólo son indispensables la falta de edad y el parentesco de consanguinidad en la línea colateral desigual ⁵⁵.

Una de las reformas más importantes que tuvo esta ley en relación al Código Civil de 1870 y reformado en 1884, es el aumento en la edad mínima para celebrar el matrimonio, era de 14 años en el hombre, y 12 años en la mujer y fue incrementada a 16 y 14 respectivamente.

"Art. 180.- Solamente pueden contraer matrimonio el hombre que ha cumplido 16 años y la mujer que ha cumplido 14. El Gobernador del Distrito Federal o de un territorio, puede conceder dispensa de edad en casos excepcionales y por causas graves y justificadas, siempre que el hombre tenga 12 años cumplidos ⁵⁶.

⁵⁵ LEY DE RELACIONES FAMILIARES, Art. 17o.

⁵⁶ LEY DE RELACIONES FAMILIARES, Art. 18o.

Lo anterior fue como resultado de la necesidad de que los cónyuges fueran lo suficientemente aptos para cumplir con las funciones físicas y morales del matrimonio.

El procedimiento para contraer matrimonio se regulaba por lo dispuesto en el artículo 1o. de la Ley de Relaciones Familiares, que ordenaba:

"Las personas que pretendan contraer matrimonio, presentarán personalmente o por medio de apoderado legitimamente constituido ante un Juez del Estado Civil a que esté sujeto el domicilio de cualquiera de los pretendientes, un escrito en que consten:

I.- El nombre y apellido completo de cada uno de los solicitantes, el lugar de su nacimiento, el de su residencia, su edad, ocupación, y si alguno de ellos o los dos han sido casados, expresando, en caso afirmativo el nombre de la persona con quien se celebró el anterior matrimonio, la causa de su disolución, y la fecha en que éste se verificó.

II.- El nombre y apellido completos del padre y de la madre de cada uno de los pretendientes, si viven o son ya difuntos, el lugar de su nacimiento, el de su última residencia, su edad y ocupación.

III.- Que no tienen impedimento legal para celebrar el contrato de matrimonio; y

IV.- Que es su voluntad unirse en matrimonio legítimo.

Esta solicitud, deberá ir firmada por los pretendientes, y si no pudieren o no supieren escribir, firmará por el que no pudiere o no supiere hacerlo, un testigo conocido, mayor de edad y vecino del lugar.

Firmarán también la solicitud, en caso de que los pretendientes o alguno de ellos sea menor de edad, sus padres o tutores.

Si alguno de los pretendientes fuere menor de edad, y no tuviere padre o tutor, se acompañará a la solicitud, la autorización del Juez de Primera Instancia del lugar de su domicilio, que lo faculte para contraer matrimonio con la persona que en unión de él firma dicha solicitud.

Si alguno de los pretendientes hubiera estado en tutela, por causa de demencia o idiotismo, se acompañará igualmente a la solicitud, la resolución del Juez que haya declarado la cesación de la tutela por haber desaparecido la causa que la motivó.

Los pretendientes pueden acompañar a la misma solicitud, las constancias expedidas por dos o más médicos titulados, en las que bajo protesta de decir verdad, se asegure que dichos pretendientes, no tienen impedimento para celebrar el matrimonio que desean contraer, por estar en el uso expedito de sus facultades mentales, no tener alguna de las enfermedades que menciona la ley, ni defecto físico que les impida entrar en estado matrimonial.

La solicitud deberá ser autorizada también por dos testigos mayores de edad vecinos del lugar, que conozcan a los pretendientes, cuando menos tres años antes de la fecha de ella; los que declararán así, bajo protesta de decir verdad, asegurando además que saben y les consta de ciencia cierta, que aquéllos tienen la edad requerida por la ley para contraer matrimonio, y que carecen de impedimento legal para celebrarlo.

Si no hubiera dos testigos que conozcan a la vez a los dos pretendientes, deberán presentarse dos testigos por cada uno de ellos, que llenen el requisito indicado ³⁷.

³⁷ LEY DE RELACIONES FAMILIARES, Art. 1o.

El Juez del Estado Civil, una vez recibidos los anteriores requisitos, ordenará hacer ratificar ante él a los testigos, pretendientes y demás personas que participan para hacer posible la realización del matrimonio.

El día designado, comparecerán ante el Juez del Estado Civil, los pretendientes y dos testigos de identidad por cada uno. Se dará lectura a la solicitud y se interrogará a los testigos de identidad de los cónyuges. En seguida, preguntará a los contrayentes si es su voluntad unirse en matrimonio, y si respondieren afirmativamente, los declarará unidos en nombre de la ley y de la sociedad.

“ La celebración del matrimonio se hará en público y en el día y hora señalados...”⁵⁸.

El Artículo 6o. de la Ley de Relaciones Familiares, sanciona con pena que no será menor de 2, ni excederá de 6 años a quienes aseguren hechos falsos y a los que dolosamente afirmaren la exactitud de los pretendientes.

Por último, cabe señalar que esta Ley no obliga a cumplir la promesa de matrimonio, ya que se da importancia suprema a la espontaneidad de los contrayentes para la celebración.

⁵⁸ LEY DE RELACIONES FAMILIARES, Art. 4o.

**D) DIFERENCIAS Y SIMILITUDES EN EL
MATRIMONIO ENTRE LOS CODIGOS DE 1884,
1932, Y LA LEY DE RELACIONES
FAMILIARES.**

En el pasado histórico de nuestra Legislación, existen únicamente dos códigos, relacionados intimamente con nuestro tema: el Código Civil de 1870 y el de 1932, sufriendo el primero importantes reformas en el año de 1884.

El Código Civil de 1884, para celebrar matrimonio requería:

...I.- Nombres, apellidos, profesiones y domicilios, así de los cónyuges, como de sus padres, si éstos fueren conocidos;

II.- Los de dos testigos que presentarán cada contrayente, para hacer constar su aptitud para contraer matrimonio conforme a la ley;

III.- Las licencias de las personas cuyo consentimiento se necesite, para contraer matrimonio, o la constancia de no ser aquél necesario;

IV.- El certificado de viudedad, si alguno de los pretendientes hubiere sido casado otra vez;

V.- La dispensa de impedimento si hubiere ⁵⁹.

Una vez reunidos estos elementos, el Juez del Estado Civil ordenará, se fijen copias del acta en su despacho, y en dos lugares públicos que deberán tener una continuidad de 15 días, y si uno de los pretendientes no fuere vecino del lugar, o no tuviera 6 meses de residencia en el lugar, se ampliará este término a 2 meses.

⁵⁹ CODIGO CIVIL DE 1884, Art. 109.

La publicación de esta acta, tenía la finalidad de hacer del conocimiento general, el próximo enlace entre los pretendientes, y si alguien conocía algún impedimento, lo podría denunciar, y el Juez del Estado Civil, remitiría las pruebas y el acta, al Juez de Primera Instancia, quien resolverá sobre el impedimento.

La Ley de Relaciones Familiares, suprimió las publicaciones ordenadas en el Código de 1884, argumentando que las mismas resultaron ineficaces, pero asimismo se aseguraron los intereses de los contrayentes, con la implantación de sanciones drásticas a los testigos.

Otra de las reformas importantes en el Código de 1884, fue la de incrementar la edad mínima requerida para contraer matrimonio, ya que en la Ley de Relaciones Familiares se establecía que ésta era de 12 años para la mujer y 14 años para el varón. (Art. 180. de la Ley de Relaciones Familiares).

Una reforma de igualdad que se ordenó en la Ley de Relaciones Familiares, fue en el sentido de que siempre se había hecho indispensable el consentimiento por parte del padre del padre de los contrayentes; y con la reforma, se dio la misma importancia de ser indispensable el consentimiento de la madre, a la que se le reconoció el interés por el bienestar de su hijo.

Otras reformas importantes se dieron respecto del patrimonio familiar.

El actual Código Civil que data de 1932, en cuestión de el matrimonio, reveló en sí, diferencias mínimas con relación a la ley de Relaciones Familiares, dejando subsistentes normas relativas a la denuncia de los impedimentos para contraer matrimonio.

El Código Civil de 1932, recogió el artículo 1o. de la ley de Relaciones Familiares, la cual señala el procedimiento para contraer matrimonio, mismo que estaba plasmado en su artículo 97o.

Las reformas habidas entre la ley de Relaciones Familiares y el Código Civil de 1932, son de poca trascendencia, ya que como lo comentamos, los artículos que formaron parte de ésta, quedaron integrados en el Código Civil de 1932.

Como parte de este trabajo, consideramos importante hacer notar que en los diferentes cuerpos de leyes que regulan el matrimonio, lo que ha cambiado con el tiempo, son los requisitos para contraer matrimonio, entendiéndolos como secundarios, pues siempre se ha dado preponderante importancia a la voluntad de los contrayentes para celebrar el matrimonio.

Aún en los supuestos de extrema urgencia para contraer matrimonio, es requisito indispensable la manifestación y ratificación de la voluntad de los pretendientes de unirse en matrimonio.

Como lo hemos venido tratando, siempre se ha visto y se ha considerado la celebración del matrimonio como un acto solemne, el que deberá ser celebrado ante el funcionario competente.

D) OBLIGACIONES ENTRE LOS CONYUGES Y DE AMBOS PARA CON LOS HIJOS.

Las obligaciones que contraen los cónyuges entre sí y para con los hijos, los analizaremos a la luz del Código Civil vigente.

Para revisar esta situación, señalamos que en nuestro derecho positivo las obligaciones adquiridas por la celebración del matrimonio, no se encuentran contempladas dentro del Código Civil en el capítulo correspondiente de las obligaciones; sino que estas obligaciones a que nos referimos, se encuentran en el Libro Primero del Código Civil, denominado " de las personas ".

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

Toda persona tiene el derecho de decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de sus hijos. Por lo que toca al matrimonio, este derecho será ejercido de común acuerdo por los cónyuges ⁶⁰.

" 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 forma y proporción que acuerden para tal efecto, según sus posibilidades ⁶¹.

Así, encontramos que las obligaciones entre los cónyuges, y de éstos para con los hijos, son en principio, los alimentos y la educación.

⁶⁰ CODIGO CIVIL, Art. 162.

⁶¹ CODIGO CIVIL, Art. 164.

Por alimentos, el Código Civil vigente comprende: " Los alimentos comprenden la comida, el vestido, la habitación y la asistencia en el caso de enfermedad. Respecto a los menores, los alimentos comprenden además los gastos de educación primaria del alimentista, y para proporcionarle un oficio, arte o profesión honestos y adecuados a su sexo y circunstancias personales "⁶².

Es importante resaltar que en relación a las obligaciones de los cónyuges para con los hijos, el Código Civil señala una cierta igualdad al consagrar: " Los derechos y obligaciones que nacen del matrimonio serán siempre iguales para los cónyuges, e independientes de su aportación económica al sostenimiento del hogar "⁶³.

En nuestra realidad social, encontramos que aún continuamos con un sistema "machista" que refleja que los indicados para cumplir con la obligación alimentaria son los varones; resultando ilógica e inaplicable la práctica de demandar alimento a las mujeres.

No obstante lo anterior, nuestro Código Civil vigente prevé la obligación que ambos cónyuges tienen de proporcionarse alimentos.

Los cónyuges como tales, tienen diversas obligaciones, y por cuanto hace al matrimonio, vale la pena comentar que nuestra legislación vigente no nos proporciona una definición de lo que es el matrimonio, sin embargo nuestra Constitución Política en el contenido anterior del artículo 130 nos dice que el matrimonio es un contrato⁶⁴.

Es importante mencionar de paso que la tutela del Estado en materia familiar, requiere de solemnidades, ya sea para contraer matrimonio o para reconocimiento de los hijos.

⁶² CODIGO CIVIL, Art. 308.

⁶³ CODIGO CIVIL, Art. 164.

⁶⁴ CONSTITUCIÓN POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.

El documento que el Estado otorga como acta de nacimiento así como el acta de matrimonio, es la base para hacer valer los derechos inherentes a las personas.

Cabe mencionar aquí, la carencia de un eficaz registro de nacimientos, de tal manera que a cualquiera le resulta muy sencillo desconocer a sus propios hijos; lo anterior en virtud de que se expiden y se asientan registros de nacimiento con la sola presencia del hijo, y la declaración de la madre para atribuir la paternidad de su hijo a cualquiera.

Es por lo anterior, que aunque esto no forme parte del presente trabajo, consideramos oportuno sugerir que se imponga como obligación para los cónyuges el reconocimiento de los hijos ante el Oficial del Registro Civil.

También consideramos necesario el sugerir que nuestra legislación debería contar con una definición o señalamiento sobre las obligaciones que adquiere cada uno de los cónyuges al celebrar el matrimonio, esto es, se aclare y se precise en que consiste, de manera enunciativa y no limitativa, la obligación de los cónyuges para cumplir con los fines del matrimonio.

A través de los tiempos se ha considerado como un fin del matrimonio la perpetuación de la especie, situación que para estos días consideramos un tanto corta, por deber contener ésta, la obligación de los padres para alimentar y educar a los hijos.

CAPITULO III.

EL DIVORCIO.

A) SURGIMIENTO DE LA FIGURA DEL DIVORCIO.

Es del conocimiento general que la mayor parte del tiempo y en todas y cada una de las diferentes culturas existentes en el mundo, la duración del matrimonio ha sido muy variable.

Esto es en base a las normas de conducta subjetivas, morales y éticas, de ambos o de uno solo de los cónyuges.

"...en las edades primogénias sólo se conocieron las formas más brutales de la ruptura del vínculo de la convivencia, que interrumpían los lazos entre los cónyuges en base a la arbitraria y prepotente autoridad marital, con el procedimiento alevoso del repudio"⁶⁵.

Así, tenemos que el repudio es el antecedente histórico más remoto que encontramos en el divorcio.

Para muchos autores el repudio era la expresión del deseo de poner fin al matrimonio, y para otros el repudio aludía a la disolución por voluntad unilateral de uno de los cónyuges.

El repudio fue reconocido por diversos pueblos de Oriente.

⁶⁵ ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA, Tomo IX, Dir. BERNARDO LERNER, Buenos Aires, Argentina, 1969, p. 26.

"El Marqués de Pastoret, entre otros, admirablemente versado en las instituciones judías, afirma que el divorcio es muy antiguo entre los hebreos, como que se practicaba ya antes de Moisés, según afirman muchos rabinos, fundándose en el destierro a que condenó Abraham a la madre de Ismael. (Génesis, Cap. XXI, V, 14) "⁶⁶.

Lo anterior nace de una confusión entre lo que es el repudio y lo que es el divorcio, pues el repudio se encuentra señalado en el viejo testamento, específicamente en el versículo 14 del Capítulo XXI del Génesis.

" En el Deuteronomio (Cap. XXIV, vers. 1 y sigs.) se hayan reglamentadas las formas para la consumación legal de la repudiación (y el divorcio simultáneamente). Allí encontramos los siguientes preceptos: " cuando alguno tomare mujer y se casare con ella, si no le agradare por haber hallado en ella alguna cosa torpe, le escribirá carta de repudio y se la entregará en su mano y depedírala de su casa. Y salida de su casa podrá ir y casarse con otro hombre. Y si la aborreciere este último, y le escribiere carta de repudio y se la entregara en su mano, y la despidiere de su casa; o si muriere el postrer hombre, que la tomó para sí por mujer, no podrá su primer marido, que la despidió volverla a tomar para que sea su mujer; después que fue amancillada; porque es abominación delante de Jehová "⁶⁷.

Las expresiones antes señaladas son ejemplos que nos ilustran demostrando como el repudio era movido a voluntad del hombre, aunque posteriormente como ya lo hemos mencionado, se le reconoció el derecho de repudio a la mujer.

"...Pero si pueden haber disputas acerca de la originalidad del recurso de la repudiación, o de su práctica en algunos pueblos, es obvio que éste precedió al divorcio,

⁶⁶ ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA, Tomo IX, Buenos Aires, Argentina, 1969, p. 29.

⁶⁷ IDEM.

como última forma evolutiva de la disolución matrimonial. Al primitivismo brutal y ostentoso de la autoridad masculina sobre la mujer, surgió una institución que se sujetaba a determinadas normas, más o menos ecuanímes y justas a requisitos y formalidades que hicieron cada vez más limitada la omnipotencia del hombre, asegurando el respeto y la dignidad del elemento débil en el matrimonio ⁶⁸.

Los romanos ubican en el siglo VI D.C. los primeros casos de divorcio.

Los autores coinciden que en la primera época de la historia Romana, el marido tenía el poder absoluto sobre la mujer, y el repudio era unilateral.

Posteriormente, En el Derecho Romano, con el matrimonio sine manu, al marido se le resta poder sobre la mujer, y el repudio se fue haciendo más equitativo para el matrimonio.

Podemos concluir señalando que "El repudio fue la forma usual de romper el matrimonio...El Derecho Musulmán permitía la disolución en la vida de los cónyuges por cuatro maneras distintas: repudio del hombre, divorcio obligatorio para ambos, el mutuo consentimiento y el consensual retribuido ⁶⁹.

B) DIVORCIO EN EL DERECHO ROMANO.

Entre los romanos, el divorcio era la separación absoluta del marido y la mujer, por lo que ambos recuperaban su capacidad para contraer un nuevo matrimonio.

⁶⁸ ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA, Tomo IX, Buenos Aires Argentina, 1969, p.27.

⁶⁹ DICCIONARIO JURIDICO MEXICANO, Dir. JORGE MADRAZO, De. Porrúa, México, D.F., 1989, p. 1185.

Cabe mencionar que como ya lo expusimos, el matrimonio se basaba en la *affectio maritalis*, por lo que al desaparecer ésta, el matrimonio era disuelto.

"Además se disolvía el matrimonio por declaración unilateral hecha por uno de los cónyuges (*repudium*). Los romanos consideraban que no debía subsistir un matrimonio si una de las partes se daba cuenta de que la *affectio maritalis* había desaparecido"⁷⁰.

Al igual que en el matrimonio en el Derecho Romano el divorcio por su naturaleza, no requiere de formas especiales.

En los tiempos primitivos las mujeres no contaban con la facultad de divorciarse, pues no se encontraban sujetas a la del marido.

Bastaba para divorciarse un aviso verbal o una simple notificación escrita o por mensaje.

"La ley Iulia establece que el repudio debe hacerse en presencia de siete testigos y un liberto, pero dada la naturaleza del matrimonio romano los juristas se resisten a admitir la nulidad del matrimonio en caso de no observarse estas formas"⁷¹.

Debido a la facilidad otorgada para la disolución del matrimonio, el divorcio fue cada vez más frecuente.

"Cuando a partir de Constantino, los emperadores cristianos inician la lucha contra la facilidad del divorcio, no atacan éste cuando se efectúa por mutuo consentimiento. Más bien combaten el repudio, fijando las causas por las cuales un cónyuge puede obtener la disolución del vínculo matrimonial, aunque la otra parte no consienta en ello"⁷².

⁷⁰ FLORIS MARGADANT, S. GUILLERMO, "Derecho Romano", México, Ed. Esfinge, 13a. Edición., 1985, p. 211.

⁷¹ NINA PONSSA, "Derecho de Familia en el Derecho Romano", Buenos Aires - Córdoba, Ed. Lerner, 1976, p. 65.

⁷² FLORIS MARGADANT, S. GUILLERMO, "Derecho Romano", México, Ed. Esfinge, 13a. Edición., 1985, p. 212.

Aquí nace en el derecho Romano, las causales que autorizan el divorcio:

" a) Por mutuo consentimiento.

b) Por culpa del cónyuge demandado en los casos tipificados por la Ley.

c) Sin mutuo consentimiento y sin causa legal, en cuyo caso el divorcio es válido, pero da lugar a un castigo del cónyuge que hubiera insistido en el divorcio (típica ilustración de una disposición legal minus quam perfecta).

d) Bona Gratia, es decir, no basado en la culpa de uno de los cónyuges, pero si fundado en circunstancias que harían inútil la continuación del matrimonio (impotencia, cautividad prolongada o inmoral, voto de castidad) ⁷³.

La causal señalada en el inciso b), es permitida cuando uno de los cónyuges ha violado los fines del matrimonio y son conductas tales como malas costumbres de la mujer, atentado contra la vida del otro cónyuge, etc.

El divorcio sin motivo y sin causa legal también es permitido pero trae consigo diversas consecuencias como pérdidas patrimoniales.

Para los efectos del Derecho Romano, existe diferenciación en la concepción del divorcio y el repudio: " En cuanto a la terminología hace notar Bonfante que la expresión repudium significa en el derecho clásico, la manifestación de voluntad en contra de la continuación del matrimonio, y la palabra divortium alude más bien a los efectos que produce su disolución ⁷⁴.

⁷³ FLORIS MARGADANT, S. GUILLERMO, " Derecho Romano ", México, Ed. Esfinge, 13a. Edición., 1985, p. 212.

⁷⁴ NINA PONSSA, " Derecho de Familia en el Derecho Romano ", Buenos Aires - Córdoba, Ed. Lerner, 1976, pp. 65 y 66.

Con el tiempo, esta concepción del Derecho Romano cambió, aplicando la voz de divorcio a la extinción del matrimonio por mutuo consentimiento, y repudium cuando sucede por la voluntad de uno solo de los cónyuges.

“ Justiniano aporta nuevas restricciones a esta materia, castigando también el divorcio por mutuo consentimiento; pero con esto, va más lejos de lo que permite su época, de manera que su sucesor tiene que derogar las normas correspondientes ”⁷⁵.

El avance que se le reconoce a Justiniano, es basado en que con el Cristianismo, el matrimonio se encaminaba a la indisolubilidad.

“Dada la idiosincrasia romana y su concepción del matrimonio, a pesar de la lucha que inician los emperadores, especialmente desde Constantino, el matrimonio indisoluble triunfa recién en la Edad Media, bajo la influencia cristiano-canónica ”⁷⁶.

En esta etapa cristiana del Derecho Romano, existe el divorcio para situaciones inaguantables, traduciéndose esto por cuanto hace a cama y mesa, pero no como disolución del vínculo matrimonial.

También concluye el lazo matrimonial como consecuencia de la muerte de uno de los cónyuges.

Como ya lo mencionamos, el matrimonio en su evolución alcanza la indisolubilidad cuando entra en juego la Iglesia Católica que llena un gran vacío en la legislación; es en tal virtud que al respecto la Iglesia se impone en la etapa Cristiana del Derecho Romano.

⁷⁵ FLORIS MARGADANT, S. GUILLERMO, Op.Cit. pp. 212 y 213.

⁷⁶ NINA PONSSA Op.Cit. p. 605.

C) EL DIVORCIO EN EL DERECHO FRANCÉS.

Como mencionáramos anteriormente, en la etapa cristiana del Derecho, éste fue difundido por el Imperio Francés, siendo la postura de la Iglesia en contra del divorcio.

" El punto de partida de este movimiento se halla en las palabras de Jesucristo, respecto a las cuales existe entre los evangelistas una notable diferencia: en tanto que San Mateo parece admitir el divorcio cuando tiene como causa el adulterio, San Marcos y San Lucas lo condenan de una manera absoluta "77.

Como consecuencia de que el Derecho Francés estuvo regido por la religión, los protestantes que no admitían las reglas impuestas por la religión católica se rebelaron:

" En el siglo XIII, la Reforma provocó un vivo movimiento en favor del divorcio, que fue restablecido en los países protestantes. Llegó a sobrepasarse el texto del Evangelio, autorizando el divorcio en otros casos, además de aquéllos en que existiese el adulterio de la mujer "78.

Posteriormente, con la Revolución, se consideró al matrimonio como un contrato civil, con lo que se abrió más el campo del divorcio.

La legislación francesa, para el año de 1792, además de reconocer el divorcio por mutuo consentimiento, reconoció el divorcio por incompatibilidad de caracteres; lo que resalta la flexibilidad de dicha legislación, para la disolución del vínculo matrimonial.

Las posturas que prevalecieron al aprobarse esta legislación fueron: el divorcio por mutuo consentimiento, por incompatibilidad de humor y por decisión de un juez. Este último

⁷⁷ PLANIOL, MARCELO Y RIPERT, JORGE. " Tratado Práctico de Derecho Civil Francés ", Tomo II, La Habana, Ed. Cultura, S.A. p. 14.

⁷⁸ IDEM.

caso se determinaba en base a causas patológicas, demencia, locura, furor, casos políticos, fortuitos, ausencia, emigración, hechos culpables, etc.

Posteriormente se agrega la causal de que cuando los esposos vivían separados desde hacía seis meses.

El Código de Napoleón siguió una vía media, buscando la conciliación entre la tradición y las nuevas aspiraciones divorcistas.

" Habían vivido la experiencia revolucionaria del divorcio y temían que los ciudadanos se rebelasen. Consideraban que el matrimonio era la base misma de la sociedad; por tanto, no solo interesaba a los dos contrayentes, sino también a los hijos y a la sociedad, es decir, al orden público "79.

De ahí, se instituyó el divorcio sanción, y solo se obtenía si uno de los cónyuges probaba una culpa grave cometida por su cónyuge.

" Se suprimió el divorcio por incompatibilidad de humor. El divorcio por mutuo disenso, aunque subsistió, se le rodeó de tantas precauciones que terminó relegado a un segundo plano "80.

Se requería de diversos elementos para poder pedir el divorcio. Por ejemplo, que el matrimonio no fuere inferior a dos años, ni mayor de veinte; tener más de 25 años el varón, y la edad de la mujer debería fluctuar entre los 21 y los 45 años; también se requería la autorización de los progenitores, y era necesario expresar la voluntad de divorciarse por cuatro veces en el transcurso de tres años.

⁷⁹ FELIX BALLESTA, MARIA DE LOS ANGELES, " El Divorcio en el Derecho Francés ", Barcelona, España, publicaciones de la Universidad de Barcelona, 1988, p. 7.

⁸⁰ FELIX BALLESTA, MARIA DE LOS ANGELES, Op.Cit. p. 7.

“Siempre se había dicho que Napoleón Bonaparte fue el instigador del divorcio por mutuo consentimiento. Creencia que fue desmentida por Locré, al revelarnos que Bonaparte aborrecía el divorcio, no permitiendo su uso a las personas allegadas a él, ni a sus familiares, como nos lo demuestran los Estatutos de la Familia Imperial”^{*1}.

Posteriormente, con la restauración de la Monarquía, y con la religión católica, como religión del Estado, se promulgó la ley de 8 de mayo de 1816, que abolió el divorcio.

Esta Ley en su artículo primero señala:

“ Que todas las peticiones de divorcio por causas determinadas, se convertían en peticiones de separación legal. Y que todos los actos hechos para conseguir el divorcio por consentimiento mutuo, quedaban anulados”^{*2}.

En la Ley Naquet de 27 de julio de 1884, con la República Francesa, se volvió a establecer el divorcio.

La Ley Naquet sólo admitió el divorcio-sanción; no tomó en cuenta como causas del divorcio más que culpas graves cometidas por uno de los cónyuges, por lo que no bastaba para obtenerlo, establecer la imposibilidad de continuar la vida conyugal, sino que debían probarse dichas culpas para que el divorcio pudiese recaer como un castigo sobre el cónyuge culpable”^{*3}.

El procedimiento para llevar a cabo el divorcio era demasiado lento y complicado; por lo que esta Ley fue Reforma de 1886, aunque con ésta, se logró un gran aumento en los divorcios existentes.

^{*1} FELIX BALLESTA, MARIA DE LOS ANGELES, Op.Cit. p. 8.

^{*2} FELIX BALLESTA, MARIA DE LOS ANGELES, Op.Cit. p. 10.

^{*3} FELIX BALLESTA, MARIA DE LOS ANGELES, Op.Cit. p. 12.

Posteriormente vinieron diversas reformas, que para los fines del presente trabajo, consideramos no relevantes; y no es sino hasta la reforma presentada ante el parlamento en 1925 que se pretendía convertir el divorcio sanción al divorcio remedio.

Lo anterior debemos entenderlo como que en el divorcio existen dos campos, uno es el divorcio sanción, que se da cuando uno de los cónyuges ha faltado al matrimonio; y el divorcio remedio era aquél en el que no existía un culpable; sino que la vida matrimonial de los cónyuges ya no es posible, por no vivir juntos o por mutuo consentimiento.

D) EL DIVORCIO EN EL DERECHO ESPAÑOL.

" No debe llamarnos la atención el hecho de que en las leyes españolas no aparezca, sino en alguna de ellas, normas relativas al divorcio. Esta omisión se explica fácilmente, si se toma en cuenta que todo lo concerniente al matrimonio y al propio derecho, pertenecía a la jurisdicción eclesiástica, y que la iglesia mediante decretales, resolución de concilios y Código Canónico, era la que reglamentaba esas materias "84.

Cabe mencionar que un número considerable de Leyes Españolas que si hablaban del divorcio, tuvieron aplicación en México, por ejemplo el Fuero Juzgo y otros más.

No obstante que por cuanto hace a esta materia, en muchos de los casos regía el Derecho Canónico; con el Conalio de Trento, el matrimonio alcanza el carácter de indisoluble.

⁸⁴ PALLARES, EDUARDO. " El Divorcio en México ", México, Ed. Porrúa, 1968, p. 16.

"Hay dos casos y dos modos de hacer esta separación. Una es por la religión y la otra es por el pecado de fornicación. Por aquélla se hace cuando uno de los cónyuges, después de haberse unido carnalmente quisiera entrar en orden y se lo concediese el otro prometiéndole guardar castidad, siempre que fuera tan viejo que no se pudiera sospechar que podía pecar carnalmente, pero deberá hacerlo por mandato del Obispo, u otro prelado de la Iglesia que tenga esa facultad. En el caso de que la mujer cometiera adulterio, siendo acusada ante el juez Eclesiástico, y probada la acusación; o si se volviese hereje, o de otra ley, y no quisiere enmendarse, es el otro modo en que ocurre propiamente el divorcio"⁹³.

Además de estas maneras de disolución del vínculo matrimonial, la muerte de uno de los cónyuges también trae como consecuencia la disolución. Lo anterior, de acuerdo a lo establecido por la Iglesia Católica; no obstante que el Código Español contempla terminantemente que la declaración de fallecimiento de alguno de los cónyuges no autoriza a celebrar un segundo matrimonio.

Aunque el Código Civil Español utiliza el término de divorcio, el mismo sólo se resume en la suspensión de la vida en común.

E) EL DIVORCIO EN MEXICO.

Al igual que la historia del matrimonio en México; resulta un tanto obscura la situación del divorcio en el Derecho de la época precortesana, pues los datos encontrados son imprecisos, y por lo tanto no se puede proporcionar un criterio bien definido al respecto.

⁹³PALLARES, EDUARDO, Op. Cit. p. 19.

Entre los mayas existía el matrimonio revestido de una verdadera formalidad; el divorcio por el contrario, disolvía el vínculo matrimonial, por el solo repudio de los cónyuges.

La infidelidad de la mujer, era causa de repudio; la viudez, que también disolvía el vínculo matrimonial debía durar por lo menos un año, hasta antes de contraer un nuevo matrimonio.

En el pueblo azteca, el divorcio se permitía, ya que: "un hombre podía obtener el derecho de arrojar a su mujer de su casa, en caso de esterilidad, si sufría mal carácter continuo o si descuidaba sus deberes domésticos. La mujer podía liberarse de su marido, cuando no pudiera sostenerla o educar a los hijos, o cuando la maltratara físicamente"⁸⁶.

También era costumbre entre los aztecas, que la unión posterior de los cónyuges divorciados, era sancionada con la pena de muerte.

Con la conquista de los españoles, se impuso en México la religión católica, con lo que se implantó en la Nueva España el Derecho Canónico.

Durante la recopilación de Leyes realizada en 1680, en tiempo de Carlos II, que fue sancionada la recopilación de Leyes de Indias, como se le denominó a dicho cuerpo legal, reglamentó todos los pleitos y negocios pertenecientes a América, aunque algunos de los preceptos ahí contenidos, fueren contradictorios a la ley de Castilla, y en éste, no encontramos debidamente reglamentadas disposiciones de carácter civil y menos aún, el divorcio como lo conocemos actualmente.

⁸⁶ VAILLANT, GEORGE, " La Civilización Azteca ", México, D.F., 1966, Ed. Fondo de Cultura Económica, p. 142.

Los cuerpos legales impuestos en tiempos de la Conquista, comenzando con las Leyes de Toro de 1805, así como el Fuero Real, Fuero Juzgo, Fueros Municipales y las partidas; legislaciones que comprenden el Derecho Español, y donde encontramos diversas disposiciones sobre varias instituciones jurídicas; pero no encontramos la figura del divorcio, toda vez que como mencionamos al principio de este apartado, la corriente ideológica de España era eminentemente católica en su legislación; y por ende no considera que el divorcio beneficie en forma alguna los fines morales de la familia.

Respecto a la legislación propiamente mexicana, ya revisaremos más adelante los Códigos Civiles de 1884 y 1932.

F) DIVORCIO CANONICO.

El principio fundamental de la indisolubilidad del matrimonio, lo encontramos en el canon 1118 que dice: "El matrimonio válido, rato y consumado no puede ser disuelto por ninguna potestad humana ni por ninguna causa, fuera de la muerte"⁸⁷.

Luego entonces, el Derecho Canónico no autoriza el divorcio; pero paradójicamente, autoriza la disolución del vínculo bajo condiciones muy especiales.

La nulidad del matrimonio desde el punto de vista religioso; no implica el rompimiento del matrimonio, sino que declara que éste no ha tenido verdaderamente lugar.

⁸⁷ CODIGO CANONICO, Art. 1141.

"El matrimonio no consumado entre bautizados, o entre parte bautizada y parte no bautizada, puede ser disuelto con justa causa por el Romano Pontífice, a petición de ambas partes o de una de ellas, aunque la otra se oponga ^{**88}.

En términos del mismo Código, matrimonio consumado es: "El matrimonio válido entre bautizados se llama solo rato, si no ha sido consumado; rato y consumado, si los cónyuges han realizado de modo humano el acto conyugal apto de por sí para engendrar la prole, al que el matrimonio se ordena por su misma naturaleza y mediante el cual los cónyuges se hacen una sola carne ^{**89}.

Con la palabra "rato", el legislador canónico define al matrimonio sacramental válido entre los bautizados y que no ha sido consumado.

"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 un nuevo matrimonio, con tal de que la parte no bautizada se separe ^{**90}.

Las condiciones para obtener este privilegio son:

1.- La existencia de un matrimonio no sacramental y celebrado por personas no bautizadas (si uno de ambos cónyuges es bautizado, entonces no puede aplicarse el privilegio de la disolución contenida en el Código Canónico).

2.- La base de este artículo, es la protección de la fe del cónyuge bautizado, por lo que éste deberá ser bautizado.

3.- La parte no bautizada deberá alejarse del cónyuge que fue bautizado.

^{**88} CODIGO CANONICO, Art. 1142.

^{**89} CODIGO CANONICO, Art. 1061, primer párrafo.

^{**90} CODIGO CANONICO, Art. 1143, primer párrafo.

4.- En el momento que la parte bautizada contrae nuevo matrimonio, se disuelve el anterior.

El Código Canónico, también reglamenta la separación de cuerpos, subsistiendo el vínculo matrimonial por incumplimiento de las obligaciones que impone la convivencia conyugal.

" 1.- Aunque se recomienda encarecidamente que el cónyuge, movido por la caridad cristiana y teniendo presente el bien de la familia, no niegue el perdón a la comparsa adúltera ni interrumpa la vida matrimonial; si a pesar de todo no perdonase expresa o tácitamente esa culpa, tiene derecho a romper la convivencia conyugal, a no ser que hubiera consentido en el adulterio, o hubiese sido causa del mismo, o el también hubiere cometido adulterio.

2.- Hay condonación tácita si el cónyuge inocente, después de haberse cerciorado del adulterio, prosigue espontáneamente en el trato marital con el otro cónyuge; la condonación se presume si durante seis meses continúa la convivencia conyugal, sin haber recurrido a la autoridad eclesiástica o civil.

3.- Si el cónyuge inocente interrumpe por su propia voluntad la convivencia conyugal, debe proponer en el plazo de seis meses causa de separación ante la autoridad eclesiástica competente, la cual, ponderando todas las circunstancias, ha de considerar si es posible mover al cónyuge inocente a que perdone la culpa y no se separe para siempre "91.

Este canon regula el adulterio como causal de separación entendiendo por adulterio el comercio sexual de uno de los cónyuges, con otra persona de distinto sexo que no es el consorte.

⁹¹ CODIGO CANONICO. Art. 1152.

Para solicitar la separación de los cónyuges, en base a esta circunstancia, es necesario que no se dé la condonación del adulterio, ya sea tácita o expresa; siendo esta última aquella en que un cónyuge a sabiendas del adulterio de su consorte, continúa en convivencia con él durante seis meses sin recurrir a ninguna autoridad.

Dado un caso de separación de los cónyuges, el Código Canónico dice: "Realizada la separación de los cónyuges, hay que proveer siempre de modo oportuno, la debida sustentación y educación de los hijos"⁹².

Este canon es ambiguo, pues a pesar de que tiene presente tanto el sustento como la educación de los hijos, no reglamenta la forma en que habrá de hacerse, sino que solamente señala que deberá hacerse de modo oportuno.

El Derecho Canónico no establece el divorcio en sí, únicamente la nulidad del matrimonio no consumado y en caso de existir una causa de nulidad señala:

" 1.- Para convalidar el matrimonio que es nulo por causa de un impedimento dirimente, es necesario que cese el impedimento, o se obtenga dispensa del mismo, y que renueve el consentimiento por lo menos del cónyuge que conocía la existencia del impedimento.

2.- Esta renovación se requiere por Derecho Eclesiástico para la validez de la convalidación, aunque ya desde el primer momento los contrayentes hubieran dado su consentimiento y no lo hubiesen revocado posteriormente "⁹³.

Mediante la convalidación regulada en este canon, un matrimonio nulo se hace válido en los casos de un matrimonio nulo por causa de un impedimento, para su convalidación, se

⁹² CODIGO CANONICO, Art. 1154.

⁹³ CODIGO CANONICO, Art. 1156.

requiere que haya cesado el impedimento o que se haya obtenido dispensa. También es necesario que para la convalidación del matrimonio, el que se renueve el consentimiento.

Concluyendo el Derecho Canónico declara indisoluble el matrimonio rato y consumado.

G) EL DIVORCIO EN LA LEY DE RELACIONES FAMILIARES.

Es a partir de esta Ley cuando se estableció el divorcio y se caracterizó el matrimonio como un vínculo disoluble.

"El divorcio disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro"²⁴.

Esta Ley, basada en el interés económico demostrado por los varones que al contraer matrimonio eran quienes se encargaban de la administración de los bienes de la sociedad conyugal, y toda vez que hasta ese entonces se defendía la indisolubilidad del matrimonio; se creó la sociedad legal o separación de bienes entre los consortes. Esto aunado a la disolución del vínculo matrimonial con iguales derechos para ambos cónyuges.

Aunque la legislación es novedosa, no permite el divorcio abiertamente, sino que lo condiciona a la observancia de ciertas conductas:

" Son causas del divorcio:

I.- El adulterio de alguno de los cónyuges,

²⁴ LEY DE RELACIONES FAMILIARES, Art. 75.

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

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

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

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

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

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

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

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

X.- El vicio incorregible de la embriaguez;

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

XII.- El mutuo consentimiento ⁹⁵.

De estas doce causales de divorcio, la mayoría, (por no decir en la totalidad) a excepción de la señalada por el número doce; se requiere que se dé el divorcio, de una conducta dolosa o que pueda afectar a la familia, por lo que se puede culpar a un cónyuge de la separación.

Asimismo, la ley señala como término para formular la demanda de divorcio que el cónyuge que no ha dado pie al divorcio tiene derecho a solicitarlo, mientras no haya otorgado el perdón.

" Ninguna de las causas enumeradas en el artículo 76 puede alegarse para pedir el divorcio, cuando haya mediado perdón o remisión expresa o tácita ⁹⁶.

La misma Ley de Relaciones Familiares condena y sanciona al cónyuge que dio pie al divorcio.

" El cónyuge que diere causa al divorcio, pierde todo su poder y derechos sobre la persona de sus hijos, mientras viva el cónyuge inocente...⁹⁷.

⁹⁵ LEY DE RELACIONES FAMILIARES. Art. 76.

⁹⁶ LEY DE RELACIONES FAMILIARES. Art. 89.

⁹⁷ LEY DE RELACIONES FAMILIARES. Art. 97.

Una sanción proteccionista para la mujer es la que se encuentra contenida en el artículo 101 de la Ley de Relaciones Familiares que consagra:

“ Si la mujer no ha dado causa al divorcio, tendrá derecho a alimentos, mientras no contraiga nuevas nupcias y viva honestamente. El marido inocente solo tendrá derecho a alimentos cuando esté imposibilitado de trabajar y no tenga bienes propios con que subsistir. El cónyuge que deba pagar alimentos podrá liberarse de esa obligación entregando desde luego el importe de las pensiones alimenticias correspondientes a cinco años ”⁹⁸.

Una vez ejecutoriado el divorcio, ambos cónyuges recobrarán su entera capacidad para contraer otro matrimonio, aunque en diferentes circunstancias.

“ Por virtud del divorcio, los cónyuges recobrarán su entera capacidad para contraer un nuevo matrimonio...”⁹⁹.

Este mismo artículo señala que el cónyuge que dio lugar a que se diera el divorcio, no podrá contraer matrimonio, sino después de dos años de pronunciada la sentencia de divorcio. Lo anterior sin perjuicio de que haya sido encontrado culpable de la disolución del vínculo, “ la mujer no puede contraer segundo matrimonio sino hasta pasados trescientos días después de la disolución del primero. En los casos de nulidad o de divorcio puede contarse este tiempo desde que se interrumpió la cohabitación ”¹⁰⁰.

La referencia que mencionamos con anterioridad, tiene la finalidad de prevenir un posible caso de embarazo, cuya paternidad sería atribuible al cónyuge del que se divorció..

Esta Ley también daba lugar al divorcio por mutuo consentimiento. Este divorcio no podía solicitarse sino hasta un año después de celebrado el matrimonio.

⁹⁸ LEY DE RELACIONES FAMILIARES, Art. 101.

⁹⁹ LEY DE RELACIONES FAMILIARES, Art. 102.

¹⁰⁰ LEY DE RELACIONES FAMILIARES, Art. 140.

Para solicitar el divorcio se presentaba la solicitud al Juez de Primera Instancia del domicilio conyugal, el cual remitía un extracto de ésta, y la enviaba al Juez del Registro Civil; éste la publicaba en la tabla de avisos y posteriormente citaba a los cónyuges a una junta de avenencia, la cual de no lograrse y de así solicitarlo los divorciantes, daba lugar hasta a dos juntas más, las que se celebraban en plazos no menores de un mes; y si los cónyuges persistían en su voluntad de divorciarse, el Juez aprobaba tal arreglo.

H) DIFERENCIAS Y SIMILITUDES EN EL DIVORCIO ENTRE LOS CODIGOS DE 1884, 1932 Y LEY DE RELACIONES FAMILIARES.

La diferencia existente entre estos cuerpos legislativos, por cuanto hace al divorcio, es grande.

Por ejemplo, el Código de 1884 no concibe el divorcio como lo conocemos actualmente; ya que únicamente autoriza la separación de cuerpos: "El divorcio no disuelve el vínculo del matrimonio, suspende solo algunas de las obligaciones civiles..."¹⁶¹.

Este sistema de divorcio cuenta con un procedimiento más sencillo que el anterior, ya que "Salta a la vista, pues que el gran número de juntas o audiencias que hacía mención el Código de 1870, quedaron reducidas exclusivamente a tres; y los plazos de tres meses que señala ese código, se limitaron exclusivamente a un mes; además de que ya no se reprodujo el artículo 258 del Código Civil de 1870, en donde se duplicaban los plazos de tres meses

¹⁶¹ CODIGO CIVIL DE 1884, Art. 266.

señalados por los artículos 248 a 257. Así pues, señalamos como diferencia radical entre ambos ordenamientos, la de haber facilitado el divorcio por separación de cuerpos ¹⁹².

El Código Civil de 1884 en su artículo 277, señalaba como causales de divorcio las siguientes:

- 1.- El adulterio de uno de los cónyuges;
- 2.- El hecho de que la mujer dé a luz durante el matrimonio a un hijo concebido antes de celebrarse el contrato y que judicialmente sea declarado ilegítimo;
- 3.- La propuesta del marido para prostituir a su mujer, no obstante cuando el mismo marido lo haya hecho directamente, sino cuando se pruebe que ha recibido dinero o cualquiera remuneración con el objeto expreso de permitir que otro tenga relaciones ilícitas con su mujer;
- 4.- La incitación a la violencia hecha por un cónyuge al otro para cometer algún delito, aunque no sea de incontinencia carnal;
- 5.- El conato del marido o de la mujer para corromper a los hijos; o la tolerancia en su corrupción;
- 6.- El abandono del domicilio conyugal sin justa causa, o aún cuando sea con justa causa, siendo ésta bastante para pedir el divorcio, se prolonga por más de un año el abandono sin que el cónyuge que lo cometió, intente el divorcio;
- 7.- La sevicia, las amenazas o las injurias graves de un cónyuge para con el otro;
- 8.- La acusación falsa hecha por un cónyuge contra el otro;

¹⁹² ROJINA VILLEGAS, RAFAEL. " Derecho Civil Mexicano ", Tomo II, " Derecho de Familia ", 4a Edición, Editorial Porrúa, México, D.F., 1975.

9.- La negativa de uno de los cónyuges a ministrar al otro alimentos conforme a la ley;

10.- Los vicios incorregibles del vicio o la embriaguez;

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

12.- La infracción de las capitulaciones matrimoniales;

13.- El mutuo consentimiento ¹⁰³.

Todas estas causales, se refieren a la separación de cuerpos y de bienes, pues como ya señalamos, el divorcio vincular no se estableció, utilizando erróneamente la palabra divorcio; cuando en realidad se trata solamente de la separación de cuerpos; pues nunca se disuelve el vínculo.

A mayor abundamiento, en la época porfiriana que es cuando empieza a germinar la idea de la disolución del vínculo matrimonial, como característica fundamental del divorcio; idea que paradójicamente se encuentra en las ideas socialistas de los caudillos revolucionarios; por lo que observamos que en la Ley de Relaciones Familiares de 1917, expedida por el C. Venustiano Carranza, en su carácter de Jefe del Ejército Constitucionalista encargado del Poder Ejecutivo; en su artículo 13° dice:

'El matrimonio es un contrato civil entre un solo hombre y una sola mujer, que se unen con vínculo disolubles para perpetuar la especie y ayudarse a llevar el peso de la vida'¹⁰⁴.

¹⁰³ CODIGO CIVIL DE 1884, Art. 277.

¹⁰⁴ LEY DE RELACIONES FAMILIARES, Art. 13.

La misma ley en su artículo 75° señala:

"El divorcio disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro "¹⁰⁵.

Esta Ley con respecto al Código Civil de 1884, es más explícita en cuanto a las causales de divorcio que éste establecía, para la separación de cuerpos.

Sin embargo, algunas de estas causales se han conservado hasta nuestros días, ya que como podemos ver a continuación, estas son las causales de divorcio que en su artículo 76°, establecía la Ley de Relaciones Familiares.

" Art. 76.- Son causas de divorcio:

I.- El adulterio de uno de los cónyuges;

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

III.- La perversión moral de alguno de los cónyuges, demostrada por actos del marido para prostituir a la mujer, no solo cuando lo haya hecho directamente, sino cuando haya recibido cualquiera remuneración con el objeto expreso de que otro tenga relaciones ilícitas con ella; por la incitación o la violencia de uno de los cónyuges al otro para cometer algún delito, aunque no sea de incontinencia carnal; por el conato de cualquiera de ellos para corromper a los hijos o la simple tolerancia en su corrupción, o por algún otro hecho inmoral tan grave como los anteriores;

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

¹⁰⁵ LEY DE RELACIONES FAMILIARES, Art. 75.

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

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

VII.- La sevicia, las amenazas o injurias graves o los malos tratamientos de un cónyuge para el otro, por delito que merezca pena mayor de dos años de prisión;

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

IX.- El vicio incorregible de la embriaguez;

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

XI.- El mutuo consentimiento¹⁰⁶.

Como lo señaláramos anteriormente, existe gran semejanza entre las causas de divorcio contempladas en esta ley y las que actualmente señala el Código Civil que nos rige que data de 1932.

Lo importante de todo esto es que esta ley, concretamente por lo que respecta al divorcio, es que no obstante de no haber entrado en vigor, marcó la pauta para que el divorcio disolviera el vínculo del matrimonio, y dejara a los divorciantes en aptitud de contraer otro.

Por lo tanto, podemos apreciar que las causales de divorcio contempladas en la ley de Relaciones Familiares son más explícitas; ya que dicha ley amplió y detalló las causales de

¹⁰⁶ LEY DE RELACIONES FAMILIARES, Art. 76.

divorcio; ya que implementó algunas nuevas como la perversión moral, ser incapaz para los fines del matrimonio, sufrir sífilis, tuberculosis, enajenación mental, enfermedad crónica incurable, contagiosa y hereditaria, el abandono injustificado por seis meses consecutivos, el abandono de obligaciones por un año, los malos tratos, la acusación calumniosa, cometer un delito cuya pena sea mayor de dos años; además, la de cometer en perjuicio del otro cónyuge un acto punible cuya pena sea mayor de un año.

Es importante señalar que en la Ley de Relaciones Familiares, " el divorcio por separación de cuerpos se relegó a segundo término exclusivamente como excepción relativa a la causal señalada en la fracción IV del artículo 76, que se refería a enfermedades crónicas e incurables, contagiosas o hereditarias dejando a la voluntad del cónyuge sano, pedir el divorcio vincular o la simple separación del lecho y habitación "¹⁰⁷.

Podemos concluir que aunque la ley de Relaciones Familiares nunca entró en vigor, es trascendental; ya que es la pionera de la figura jurídica del divorcio, tal y como se conoce en la actualidad.

El Código Civil vigente en su artículo 266 reprodujo el artículo 75 de la Ley sobre Relaciones Familiares cuando cita: " El divorcio disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro "¹⁰⁸.

En el Código de 1932, que es el que está en vigor actualmente, se encuentran las mismas causales de divorcio que en el Código de 1884 y la Ley de Relaciones Familiares; solamente que este Código se utilizan términos más técnicos y más claros, que dan una mejor idea de su contenido, además de que añadieron las causales de declaración de

¹⁰⁷ ROJINA VILLEGAS, RAFAEL. " Derecho Civil Mexicano "; Tomo II, " Derecho de Familia ". 4a Edición, Editorial Porrúa, México, D.F., 1975.

¹⁰⁸ ROJINA VILLEGAS, Op. Cit. p. 394.

ausencia, haber cometido delito no político pero que sea infamante, cuya pena sea mayor de dos años de prisión, además de cometer delito en contra de su cónyuge, siempre que la pena sea mayor de un año de prisión.

He aquí el texto vigente del artículo 267 del Código Civil:

“ Art. 267.- Son causas de divorcio:

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

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

III.- La propuesta del marido para prostituir a su mujer, no solo cuando el mismo marido, lo 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.

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

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

VI.- Padecer sífilis, tuberculosis o 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.

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

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

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

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

XII.- La negativa de los cónyuges de darse alimentos, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 164, siempre que no puedan hacerse efectivos los derechos que les conceden los artículos 165 y 166.

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

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

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

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

XVII.- El mutuo consentimiento ¹⁰⁹.

Además de reciente reforma, se adiciona la fracción XVIII y a la letra dice:

¹⁰⁹ CODIGO CIVIL 1932, Art. 267.

"...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"¹¹⁰.

"En nuestro código a estudio, se trató de equiparar en lo posible las causas de divorcio, en lo que se refiere al hombre y la mujer; pero sobre todo se intentó garantizar los intereses de los hijos que a menudo son víctimas de la disolución de la familia"¹¹¹.

De las causales señaladas en el artículo antes citado, podemos distinguir que existen cuatro formas distintas de divorcio: Divorcio Necesario, Divorcio Voluntario, Divorcio Voluntario de tipo administrativo, y; Separación de cuerpos.

Para efectos de este trabajo, únicamente repararemos en el Divorcio Necesario, considerando al mismo de dos tipos: Divorcio Sanción y Divorcio Remedio.

"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 las enfermedades crónicas o incurables que sean además, contagiosas o hereditarias"¹¹².

Es importante señalar que nuestro Código en su artículo 278, anota que el divorcio puede pedirlo, el cónyuge que no haya dado causa a él, dejando al Divorcio Remedio o Divorcio Voluntario fuera de este supuesto. Lo anterior es motivo de comentarse en el próximo capítulo.

¹¹⁰ CODIGO CIVIL, Art. 267, Frac. XVIII.

¹¹¹ ROJINA VILLEGAS,

¹¹² IDEM, p. 396.

"..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 "¹¹⁰.

" En nuestro código a estudio, se trató de equiparar en lo posible las causas de divorcio, en lo que se refiere al hombre y la mujer, pero sobre todo se intentó garantizar los intereses de los hijos que a menudo son víctimas de la disolución de la familia "¹¹¹.

De las causales señaladas en el artículo antes citado, podemos distinguir que existen cuatro formas distintas de divorcio: Divorcio Necesario, Divorcio Voluntario, Divorcio Voluntario de tipo administrativo, y; Separación de cuerpos.

Para efectos de este trabajo, únicamente repararemos en el Divorcio Necesario, considerando al mismo de dos tipos: Divorcio Sanción y Divorcio Remedio.

" 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 las enfermedades crónicas o incurables que sean además, contagiosas o hereditarias "¹¹².

Es importante señalar que nuestro Código en su artículo 278, anota que el divorcio puede pedirlo, el cónyuge que no haya dado causa a él, dejando al Divorcio Remedio o Divorcio Voluntario fuera de este supuesto. Lo anterior es motivo de comentarse en el próximo capítulo.

¹¹⁰ CODIGO CIVIL, Art. 267, Frac. XVIII.

¹¹¹ ROJINA VILLEGAS,

¹¹² IDEM, p. 396.

D) CONSECUENCIAS JURIDICAS DE EL DIVORCIO.

El divorcio produce una serie de efectos en relación a los cónyuges, debido a la fuerza desvinculatoria del matrimonio, estos efectos del divorcio, se pueden clasificar en:

A) PROVISIONALES.- Estos son los que el juez determina mientras se sustancia el procedimiento tendiente a la subsistencia de los hijos y autorizando la separación provisional de los cónyuges.

B) DEFINITIVOS.- En los casos de divorcio, su declaración deja a los cónyuges en aptitud de contraer nuevo matrimonio, y fija la situación de los hijos.

Dentro de los efectos provisionales del divorcio, encontramos los señalados por el artículo 282 del Código Civil que dice: "Al admitirse la demanda de divorcio, o antes si hubiera urgencia, se dictarán provisionalmente y solo mientras dure el juicio, las disposiciones siguientes:

I.- (Derogada).

II.- Proceder a la separación 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 la sociedad conyugal en su caso;

V.- Dictar, en su caso, las medidas precautorias que la ley establece respecto a la mujer que quede encinta;

VI.- Poner a los hijos al cuidado de la persona que de común acuerdo hubieren designado los cónyuges, pudiendo ser uno de éstos. En defecto de este acuerdo, el cónyuge que pidió 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 el peligro para el normal desarrollo de los hijos, los menores de siete años deberán quedar al cuidado de la madre ¹¹³.

En cuanto a los efectos definitivos del divorcio encontramos que el principal fin de éste es el señalado por el Art. 266 del Código Civil, que dice: " El divorcio disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro " ¹¹⁴.

Esta consecuencia jurídica del divorcio se encuentra limitada, para el cónyuge que dio lugar al divorcio y se condenó como culpable, el cual de acuerdo al Art. 289 del Código Civil, solo podrá volver a contraer nuevo matrimonio pasados dos años contados a partir de que se decretó el divorcio.

En caso de que el divorcio se hubiese dado por mutuo consentimiento sólo podrán volver a contraer otro matrimonio transcurrido un año después de que hayan obtenido el divorcio.

Los padres aunque pierdan la patria potestad sobre los hijos, quedan sujetos a todas las obligaciones que tienen para con sus hijos, " La sentencia de divorcio fijará la situación de los hijos, para lo cual el juez gozará de las más amplias facultades para resolver todo lo relativo a los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad, su pérdida, suspensión o limitación, según el caso, y en especial a la custodia y cuidado de los hijos..." ¹¹⁵.

¹¹³ CODIGO CIVIL, Art. 282.

¹¹⁴ CODIGO CIVIL, Art. 266.

¹¹⁵ CODIGO CIVIL, Art. 283.

Además en consecuencia del divorcio el cónyuge culpable pierde todo lo que hubiere dado o prometido por su consorte o por otra persona en consideración o por otra persona en consideración a éste (Art. 286 del Código Civil).

Cuando el matrimonio se da bajo el régimen de sociedad conyugal, el divorcio rompe dicha sociedad, procediendo a la división de los bienes del haber social, garantizando las obligaciones pendientes de los cónyuges en relación con los hijos.

El artículo 287 del Código Civil dice: 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 mayoría de edad.

En el primer párrafo del artículo 288 del Código Civil, se concede plena facultad al juez, para que sin que se le solicite, condene al cónyuge culpable del divorcio al pago de alimentos en favor del cónyuge inocente, el cual puede gozar de dicha pensión sin limitación alguna.

Asimismo, en dicho precepto, en su último párrafo nos da la pauta para la elaboración del presente trabajo, al decir: "...cuando por el divorcio se originen daños o perjuicios a los intereses del cónyuge inocente, el culpable responderá de ellos como autor de un hecho ilícito".

El artículo de 1910 del Código Civil señala: "El que obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres cause daño a otro, está obligado a repararlo, a menos que demuestre que el daño se produjo como consecuencia de culpa o negligencia inexcusable de la víctima"¹¹⁶.

¹¹⁶ CODIGO CIVIL, Art. 1915.

"La reparación del daño debe consistir a elección del ofendido en el restablecimiento de la situación anterior, cuando ello sea posible, o en el pago de los daños y perjuicios".

De lo anterior se desprende que uno de los efectos definitivos que tiene el divorcio, además del rompimiento del vínculo del matrimonio, en nuestro particular punto de vista y sin perjuicio del aseguramiento de los alimentos de los menores hijos, es la condena del cónyuge culpable, el cual deberá ser condenado a responder de los daños y perjuicios que ocasionó al cónyuge inocente, con su conducta que originó el divorcio.

CAPITULO IV.

LOS DAÑOS Y PERJUICIOS DERIVADOS DEL DIVORCIO.

A) CONCEPTO DE DAÑO Y PERJUICIO.

Tanto en el lenguaje jurídico como en el lenguaje común, se asigna a veces, un distinto alcance a las voces "Daño y perjuicio", en el "Diccionario de la Lengua Española", daño y perjuicio son, respectivamente, el efecto de dañar y el de perjudicar, según este diccionario, dañar es causar perjuicio, menoscabo, dolor, molestia; y "perjudicar", sería ocasionar daño o menoscabo material o moral.

Para el Diccionario Jurídico Mexicano del Instituto de Investigaciones Jurídicas daño es: "Del latín *damnum*, daño, deterioro, menoscabo, destrucción, ofensa, o dolor que se provocan en la persona, cosas o valores morales o sociales de alguien".

Este mismo diccionario al referirse a la palabra perjuicio únicamente señala que éste es: "Indemnización por daños y perjuicios".

En el Diccionario de Derecho Usual de Guillermo Cabanellas encontramos la definición de daño como: "En sentido amplio, toda suerte de mal material o moral.// Más particularmente, el detrimento, perjuicio o menoscabo que por acción de otro se reciben en la persona o en los bienes". Y perjuicio lo define como: "Generalmente mal.// lesión moral.// daño en los intereses patrimoniales.// deterioro.// pérdida.// En el sentido técnico estricto, la ganancia lícita que se deja de obtener o los gastos que ocasiona una acción u

omisión ajena culpable o dolosa; a diferencia del daño o mal efectivamente causado en los bienes existentes y que debe de ser reparado”.

Nuestro actual Código Civil conceptúa de una manera clara y precisa estas dos palabras señalando que: “ Se entiende por daños la pérdida o menoscabo sufrido en el patrimonio por la falta de cumplimiento de una obligación ”¹¹⁷.

Y “ Se reputa perjuicio la privación de cualquier ganancia lícita que debiera haberse obtenido con el cumplimiento de la obligación ”¹¹⁸.

Estos conceptos definidos por el Código Civil, encuentran una diferencia muy clara entre si, pues mientras que para el daño es la afectación en algún bien que ya poseemos el perjuicio es la imposibilidad causada por otra persona de obtener una ganancia lícita.

En nuestra legislación, también encontramos en el artículo 288 del Código Civil que el juez tiene la facultad de condenar al cónyuge culpable al pago de alimentos en favor del inocente.

Asimismo dicho precepto en su último párrafo dice que: “ Cuando por el divorcio se originen daño o perjuicio a los intereses del cónyuge inocente, el culpable responderá de ellos como autor de un hecho ilícito ”¹¹⁹.

Esto es que si la conducta de uno de los cónyuges durante el matrimonio, fue la que a la postre dio origen al divorcio, el cónyuge culpable será responsable por los daños y perjuicios ocasionados al cónyuge inocente, el cual tendrá derecho al resarcimiento de los mismos toda vez de que “No está en la mano del hombre descartar del mundo de la realidad hechos acaecidos. A lo sumo, se podrán detener sus efectos presentes y futuros, mediante

¹¹⁷ CODIGO CIVIL, Art. 2108.

¹¹⁸ CODIGO CIVIL, Art. 2109.

¹¹⁹ CODIGO CIVIL, Art. 288.

ciertas providencias y precauciones, pero nunca borrar los ya ocurridos y realizados. Por eso, cuando se ha producido un daño que el derecho ordena reparar, lo único hacedero es cortar el paso a sus consecuencias, mientras se estén gestando. Así, puede afirmarse como axioma inconcluso que toda reparación de daños representa una indemnización ¹²⁰.

Así pues, nuestras normas civiles ordenan que para el caso de que se hayan originado daños y perjuicios por el divorcio, de éstos se hará responsable el cónyuge que fue encontrado culpable del divorcio.

B) ARTICULO 267 DEL CODIGO CIVIL, CAUSALES DE DIVORCIO.

El artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal, señala las 18 causales que dan lugar a que proceda el divorcio, ya que sólo se puede pedir el rompimiento del matrimonio por una o varias de las causas señaladas, en dicho precepto.

Estas causales, de acuerdo a su naturaleza pueden ser clasificadas en la forma siguiente:

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

¹²⁰ HANS A. FISCHER, " Los Daños Civiles y su Reparación ", Madrid, España, 1928, Edit. Librería General de Victoriano Suárez, pp. 31-4.

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

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

IV.- Causas de orden puramente individual (Incompatibilidad de caracteres, consentimiento mutuo).¹²¹

Así encontramos que el artículo 267 del Código Civil es un pequeño catálogo de conductas que dan pie a que alguno de los cónyuges pueda pedir el divorcio fundado en cualquiera de las causales ahí mencionadas, así tenemos que la primera de ellas es:

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

“...aún cuando varios códigos no definan el delito de adulterio, la etimología indica que consiste en la violación de la fe conyugal consumada corporalmente con los tres requisitos clásicos:

- Unión sexual, matrimonio de uno o ambos prevenidos y dolo o voluntad de parte de la persona casada ”¹²².

Este mismo autor señala que para evitar la dificultad de acreditar, la doctrina y la jurisprudencia y la misma ley, permiten que con acreditar antecedentes indudables a dicha conducta se presume que se da el adulterio, como por ejemplo:

¹²¹ PLANIOL Y RIPERT, pp. 340 y 341.

¹²² DE IBARROLA, ANTONIO. “ Derecho de Familia ”, pp. 320.

La reunión de las personas en un recinto cerrado, el hecho de ser sorprendidos en ropas menores o la actitud de estar uno en brazos del otro, etc., estas apreciaciones quedan al arbitrio pleno del juzgador.

Esta causal la podemos ubicar dentro de las clasificadas con el inciso I ya que implica un hecho delictivo por parte de uno de los cónyuges.

El divorcio decretado con fundamento en esta causal da lugar a que se condene al cónyuge que ha sido encontrado culpable del mismo a las consecuencias jurídicas de su conducta.

La segunda causal de divorcio señalada por el artículo 267 del Código Civil:

“ I.- 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; ”.

“ Respecto de esta causal, cabe decir: 1º el hijo sólo puede ser declarado ilegítimo cuando nace antes de que se cumplan los 180 días siguientes a la celebración del matrimonio, porque si el nacimiento se efectúa después, el hijo se presume legítimo, y por lo tanto del marido...”¹²³.

“ II.- La acción de desconocimiento de la paternidad sólo puede ser intentada por el marido dentro del término que señala el artículo 330 del Código Civil, o sea el de “ 60 días ”, contados desde el nacimiento, si está presente el marido, desde el día en que llegó al lugar, si estuvo ausente, desde el día en que descubrió el fraude, si se le ocultó el nacimiento ”.

¹²³ PALLARES, EDUARDO. “ El Divorcio en México ”, Ed., Porrúa, México, D.F., 1968, p. 65.

“ III.- La acción de divorcio en este caso, únicamente puede ser intentada después de que se obtenga por el marido sentencia ejecutoria que declare la ilegitimidad del hijo,...”.

Esta causal podría confundirse un poco con la anterior, pero debemos aclarar que el hecho de que una mujer de a luz durante el matrimonio un hijo concebido antes de celebrarse éste, no es adulterio, ya que la concepción se da antes de celebrarse el matrimonio por lo que no se puede tipificar la conducta adulterina, pero si es necesario para acreditar esta causal que se obtenga resolución judicial que declare que el hijo es ilegítimo.

En esta causal también encontramos que la resolución que decrete el divorcio con fundamento en esta causal, dará lugar a que se condene a la mujer como cónyuge culpable, haciéndole acreedora a todas las consecuencias jurídicas por dicho hecho.

La tercera causal de divorcio:

“ I.- 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 cualquiera remuneración con el objeto expreso de permitir que otro tenga relaciones carnales con su mujer ”.

Esta causal, nace de la simple propuesta, sin que sea necesario que la mujer caiga en la prostitución; la prostitución como comercio sexual hace que la propuesta del marido debe ir encaminada a que la mujer prodigue sus favores sexuales a cambio de dinero. Analizando esta causal de divorcio, que por su naturaleza queda incluida en las causas de orden criminológico la cual puede llegar a tipificar el delito de lenocinio con lo cual se debe

condenar al cónyuge culpable al pago de una indemnización y a proveer de alimentos al cónyuge inocente.

La cuarta causal de divorcio:

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

Aquí encontramos que al amparo de esta causal, si uno de los cónyuges comete cualquier delito, por leve que éste sea puede pedir el divorcio aduciendo que su cónyuge lo incitó para cometerlo.

“Es frecuente entre las personas pertenecientes a la clase humilde, que la mujer provoque el valor del hombre, apelando a su honor, para que ejecute un acto violento. La conocida frase “no seas cobarde” o “no te dejes”, ha sido causa de que en México se hayan cometido y se cometan muchos delitos de sangre, por lo que se deberá sancionar al cónyuge culpable de los divorcios que se funden en esta causal.

La quinta causal:

“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”.

“De todas las causas de divorcio que enuncia la ley, tal vez sea ésta la más odiosa, la más culpable, la que demuestra mayor depravación, excepto en aquellos casos en que la

miseria obliga a los padres a consentir en la prostitución de sus hijos, hecho éste que la pobreza explica, pero no justifica de ninguna manera”¹²⁴.

Esta causal de divorcio encierra una conducta delictiva, la que puede ser, la corrupción de menores, ya que la misión sagrada de los padres hacia los hijos es la educación y la inculcación de las buenas costumbres, la ley considera esta corrupción como actos positivos y no como simples omisiones.

La sentencia dada a los divorcios que se fundaron en esta causal no sólo debe condenar al culpable, del pago de una indemnización y al pago de una pensión alimenticia, sino que además debe sancionar a los culpables con la pérdida de la patria potestad.

Las causales sexta y séptima :

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

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

Estas causales son las únicas que dan paso a la separación de cuerpos, pues el artículo 277 del Código Civil, señala: “ El cónyuge que no quiera pedir el divorcio fundado en las causas enumeradas en las fracciones VI y VII del artículo 267 podrá, sin embargo, solicitar que se suspenda su obligación de cohabitar con el otro cónyuge, y el juez, con

¹²⁴ PALLARES, EDUARDO, Op. Cit. p. 73.

conocimiento de causa, podrá decretar esa suspensión, quedando subsistentes las demás obligaciones creadas por el matrimonio ”.

En nuestro concepto, estas causales deberían ser un poco más acorde a las finalidades del matrimonio, ya que, éste prodiga el socorro mutuo que se deben los cónyuges, y al enfermar uno de ellos, el otro le debe auxiliar y no como lo previene la ley, que además de enfermo su cónyuge lo dejaría solo descuidándose de él y dejándolo a su suerte, pensamos que en estas causales, no obstante que la sífilis es una enfermedad sexual existen otros tipos de contagio además de ser curable, por lo que no consideramos que ésta sea una causal en la que deba hacerse la declaración de cónyuge culpable, ya que nadie está exento de enfermar.

La octava causal:

“ La separación de la casa conyugal por más de 6 meses sin causa justificada; ”.

Esta causal presupone tres elementos, primero la preexistencia de un domicilio conyugal, la segunda la separación de uno de los cónyuges, y la tercera que la misma no haya sido por causa justificada. Entendiendo por separación u abandono no solo el abandono del domicilio conyugal, sino además, el rompimiento de las relaciones conyugales; debemos entender que las causas graves para separarse del hogar no deben de estar reguladas por la ley, bastando que las mismas sean de carácter moral o social, sin las cuales el abandono no está justificado y por lo tanto deberá de sancionarse al cónyuge que incumplió con su débito conyugal.

La novena causal:

“ 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; ”.

“El texto dice que la separación justificada que se prolongue por más de un año, sin que el esposo que se separa demande el divorcio, lo que explica que el legislador cuidadoso de que tanto los cónyuges como los hijos no permanezcan en una situación de incertidumbre sobre la subsistencia del vínculo matrimonial concede al cónyuge abandonado el derecho de pedir el divorcio para que su situación jurídica no quede indefinida por más tiempo ”¹²⁵.

Esta causal podría responder a la pregunta de que ¿ Cuáles son las causas justificadas para la separación ?, pues teniendo en cuenta que la acción para demandar el divorcio dura 6 meses, y durante el término del año no se pidió el divorcio, la causa que en su momento pudo ser justificada, con el transcurso del tiempo ya no lo es por lo que deberá condenarse al cónyuge culpable.

La décima causal:

“ La declaración de ausencia legalmente hecha, o la presunción de muerte, en los casos de excepción en que no se necesita para que se haga que proceda la declaración de ausencia ”.

¹²⁵ PALLARES, EDUARDO, Op. Cit. p. 78.

Esta causal sujeta al cónyuge que quiera pedir el divorcio a la substanciación del juicio de declaración de ausencia, el cual dada la lentitud de la impartición de justicia en nuestro país este trámite se llevaría aproximadamente año y medio, resultando más fácil demandar el divorcio fundado en la causal anterior; ésta es una de las causales que menos se invocan en la vida práctica.

La décima primera causal:

“ La sevicia, las amenazas o las injurias graves de un cónyuge para el otro; ”.

Por sevicia entendemos: “ Todos los malos tratos materiales, desde los golpes simples en vías de hecho, hasta la tentativa de homicidio ”¹²⁶.

La injuria según Planiol: “ Debe considerarse como injuria toda ofensa o ultraje, cualquiera que sea su forma verbal o escrita ”¹²⁷.

Los diccionarios definen a la amenaza como: “ La intimidación de un mal futuro que depende de la voluntad del que amenaza y para producir temor en la persona a quién se intimida ” y la intimidación consiste en causar o producir miedo.

De las anteriores descripciones podemos ver que debido a la amplitud de esta causal esta se torna en la más utilizada para pedir el divorcio, para lo cual el juzgador deberá emplear ampliamente su criterio para valorar la perturbación de la conducta sobre la convivencia familiar para lo cual deberá de condenar al cónyuge que encontró culpable y sancionarlo como responsable de la disolución del vínculo matrimonial.

¹²⁶ PLANIOL, Op. Cit. p. 28.

¹²⁷ PLANIOL, Op. Cit. p. 29.

La décima segunda causal:

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

En esta causal encontramos que el incumplimiento injustificado de uno de los cónyuges a proporcionar alimentos es causa suficiente para pedir el divorcio, sin que se tenga que substanciar previamente el procedimiento respectivo, asimismo también sanciona el incumplimiento de cualquiera de los cónyuges de la sentencia respectiva del manejo del hogar, formación y educación de los hijos y la administración de los bienes.

Asimismo y en virtud de la naturaleza de esta causal la misma es susceptible de condenar al cónyuge culpable de la conducta descrita, por lo que se debe sancionar con todas las consecuencias jurídicas respectivas.

La décima tercera causal:

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

No obstante el número reducido de divorcios que se dan con base en esta causal, la misma contraviene los propósitos del matrimonio de la mutua ayuda, por lo que el cónyuge culpable deberá ser condenado entable la demanda de divorcio.

No es necesario la existencia de una sentencia penal para que al demandar el divorcio se pueda fundar en esta causal.

“ Basta la intención dolosa de afrentar y causar deshonor al cónyuge acusado, que revela desprecio o falta de estimación que hace imposible la continuación de la vida en común ”¹²⁸.

La décima cuarta causal:

“ 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; ”.

Tal y como lo señala Eduardo Pallares: “ I.- Las penas infamantes están prohibidas por el artículo 22 de la Constitución General de la República, y de esta circunstancia pudiera inferirse que tampoco hay delitos infamantes ante la ley. En el Código Penal no existe ninguna norma de la cual pueda basarse la calificación de esa especie de delitos...”¹²⁹.

“ En la Legislación Mexicana fue la Constitución de 1857 la primera que suprimió las penas de que se viene hablando, y a excepción hecha de la mención que hace el artículo 267, en su fracción XIV del Código Civil, no hay en el Código Penal y menos en el de Procedimientos Penales, norma alguna de la que pueda inferirse que existen todavía los llamados delitos infamantes, porque puede sostenerse que la referencia a ellos que hace dicha fracción no tiene más razón que ser que lo prevenido en el artículo 95 de la Constitución....”¹³⁰.

¹²⁸ DE IBARROLA, ANTONIO, Op. Cit. p. 362.

¹²⁹ PALLARES, EDUARDO, Op. Cit. p. 90.

¹³⁰ PALLARES, EDUARDO, Op. Cit. pp. 92 y 93.

La Constitución en su artículo 95 señala como delitos infamantes: el robo, fraude, falsificación, abuso de confianza por lo que en la práctica ésta es un de las causales que menos se citan en los divorcios. No obstante que es una de las causales en donde se puede declarar al cónyuge culpable.

La décima quinta causal:

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

En esta causal encontramos que los hábitos de juego perjudican el patrimonio familiar en exclusiva los juegos de azar.

“El vicio de la embriaguez degenera de tal modo al que lo tiene, que por sí solo convierte a su víctima en un ser inepto para cumplir sus obligaciones familiares”¹³¹.

Sin perjuicio de la herencia patológica hacia los hijos. La crítica que se hace al legislador respecto de esta causal es que condiciona la solución del divorcio a que dicha conducta amenace causar la ruina de la familia o constituyan motivo continuo de desavenencia familiar. Los hábitos y los vicios son conductas que pueden ser superadas por una persona común porque la que se deja llevar o enajenar por un vicio o un mal hábito, debe ser responsable de las consecuencias que esto le acarrea.

¹³¹ PALLARES, EDUARDO, Op. Cit. p. 92.

La décima sexta causal:

“ Cometer un cónyuge contra la persona o los bienes del otro un acto que sería posible si se tratara de persona extraña, siempre que tal acto tenga señalado en la ley una pena que pase de un año; ”¹³².

Esta norma se refiere a cierta clase de delitos que no son punibles cuando los comete un cónyuge en contra del otro ”.

Siendo clásico de esta causal el robo de infante que no es punible cuando es cometido por alguien quien tiene la patria potestad del menor; y debido a la lentitud de la impartición de justicia se dan muchos casos en que antes de que el juez resuelva sobre la guarda y custodia, uno de los cónyuges amparado en la impunidad que le da por exclusión el artículo 366, fracción VI, segundo párrafo que dice: “ Cuando el delito lo comete un familiar del menor que no ejerza sobre él la patria potestad ni la tutela, la pena será de 6 meses a 5 años de prisión ”¹³³.

La décimo séptima causal:

Esta causal a nuestro particular punto de vista va en contra de la Constitución, ya que en su artículo 4º, segundo párrafo dice: “ El varón y la mujer son iguales ante la ley. Esta protegerá la organización y el desarrollo de la familia ”.

¹³² PALLARES, EDUARDO, Op. Cit. p. 94.

¹³³ CODIGO PENAL., Art. 366, 2º párrafo, fracción VI.

“ Gracias a esta impunidad de que gozan los ascendientes, es frecuente en México que personas desnaturalizadas roben a sus esposas los hijos, y no permiten que los vean, durante años enteros ”¹³⁴.

Una situación contradictoria a la prevista por el legislador, en esta fracción ya que trata al matrimonio no como una institución, sino que esta causal lo ve como un simple contrato y basado en que la “ consecuencia bien francesa de la libertad razona, los esposos fueron libres al unirse, deben permanecer libres cuando les venga en gana separarse ”¹³⁵.

Como cualquier tipo de contrato que puede deshacerse de acuerdo el uno con el otro, ya que así como fueron libres de obligarse así lo son para desobligarse, sin tomar en cuenta que, aquí no se trata del cumplimiento de obligaciones sino de la desintegración de una familia que es la base de toda sociedad, y que el Estado de acuerdo a su constitución es la obligada a proteger.

La décimo octava causal:

“ 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 ”.

En esta causal encontramos el llamado divorcio remedio que se da cuando una pareja de hecho se encuentra divorciada, pero formalmente aún se encuentra casada. En nuestro

¹³⁴ PALLARES, EDUARDO, Op. Cit. p. 94.

¹³⁵ IBARROLA, CLAUDIO, Op. Cit. p. 373.

punto de vista una vez más el legislador facilita la disolución del vínculo familiar, aunque para algunos fue una solución

Para cientos de parejas que vivían ya separadas, pero que no encontraban la manera de lograr el divorcio. Existe otra causal que no se encuentra prevista dentro de este artículo ya "Que el legislador la consideró de una naturaleza especial, por que no la incluyó entre las que enuncia el artículo 267, y fijó un término dilatorio para poder iniciar legalmente el juicio de divorcio, que de ella procede; "

El artículo 268 que la enuncia dice: " Cuando un cónyuge haya pedido el divorcio o la nulidad del matrimonio por causa que no haya justificado o que haya resultado insuficiente, el demandado tiene a su vez, el derecho a pedir el divorcio, pero no podrá hacerlo sino pasados tres meses, de la notificación de la última sentencia. Durante esos tres meses, los cónyuges no están obligados a vivir juntos "¹³⁶.

De las anteriores causales previstas por nuestro Código Civil para el Distrito Federal encontramos que existen dos tipos de éstas que son: Divorcio Sanción - Divorcio Necesidad, o remedio.

Respectos de las dos primeras, estas se desprenden del divorcio contencioso y de acuerdo con la causal que motive el divorcio éste acarreará o no una sanción al cónyuge que le dió origen o simplemente producirá algunas consecuencias desfavorables al cónyuge que incumbió en la causal respectiva, aún cuando no se trate de un motivo considerado como de culpabilidad sino que se impone como una verdadera necesidad para evitar que se produzcan males más graves, sobre todo para los hijos, de ahí los diferentes nombres con que han sido designadas esas dos formas de divorcio contencioso.

¹³⁶ PALLARES, EDUARDO, Op. Cit. p. 95.

DIVORCIO SANCION.

Como su nombre lo indica el divorcio sanción supone una culpa, en el cónyuge que incurre en la causal que lo origina así como la inocencia del otro consorte y por lo tanto la imposición al ser declarado el divorcio este de la sanción respectiva al cónyuge culpable.

El divorcio sanción lo encontramos consignado en las fracciones: I, II, III, IV, V VIII, IX, XI, XII, XIII, XIV, XV y XVI, del artículo 267 del Código Civil.

DIVORCIO NECESIDAD.

Es aquél que impone en atención a que las causales que lo determinan suponen una situación de tal magnitud grave que hace imposible la vida en común o la imposibilidad de cumplimiento de los fines esenciales del matrimonio por causas que no suponen culpabilidad alguna en el cónyuge en quien se realizan las hipótesis previstas por las normas que señalan dichas causales, generalmente en forma involuntaria, porque es evidente lo difícil que sería que alguno de los consortes tratara de contraer para sí cualquiera de los males de que hablan las causales previstas en las fracciones VI y VII del artículo 267, tomando en cuenta que estas causales aunque no suponen culpabilidad alguna para cualquiera de los cónyuges, van en contra de los principios del matrimonio de socorro mutuo, ya que al quedar uno de los cónyuges enfermo, sin embargo el legislador ha estimado al incluirlas como causales de divorcio de mayor valor, los bienes jurídicos que tratan de proteger con su establecimiento en nuestro ordenamiento legal, como lo son el contagio a los hijos o protección al cónyuge

sano, o bien se les protege de la maligna influencia que puede ejercer en el seno de una familia la presencia de un sujeto desequilibrado permanentemente.

Respecto de las causales señaladas por las fracciones: X, XVII y XVIII, consideramos que éstas cabrían dentro de otra clasificación que se denomina divorcio remedio, que se da en situaciones no para proteger a uno de los cónyuges de la situación del otro sino para formalizar una situación que de hecho está dada más que sin en cambio no se ha formalizado.

C) TIPOS DE DAÑO Y PERJUICIO QUE OCASIONA EL DIVORCIO.

“El divorcio, tal como se concibe en la actualidad, viene a concluir con un hogar. Dos personas que se han hecho mutuamente desdichadas, van a seguir tratando de hacer infelices a otras, en una cadena que no termina nunca, porque el divorcio no tiene limitación alguna. Y vivir en un hogar trunco marca a los hijos, quiérase o no, para toda la vida. Es perpetuo el estigma de una criatura a la cual le falta el calor de un verdadero hogar completo. En bien malas condiciones crece el hijo de divorciados”¹³⁷.

Así podemos decir que dentro de los daños y perjuicios que ocasiona el divorcio encontramos dos tipos, que son los graves y los menos graves; los primeros son todos aquéllos que afectan de manera personal a los individuos junto con los hijos en sus sentimientos, en su moral, etc., y los segundos son los de orden patrimonial.

¹³⁷ DE IBARROLA, ANTONIO Op. Cit. p. 304.

Por lo anterior tenemos, que dentro de nuestro sistema judicial: Existe el daño y el perjuicio.

"En lo patrimonial se entiende por daño "la pérdida o menoscabo sufrida en el patrimonio por falta de cumplimiento de una obligación " (art. 2108 C. C.) y " Se refuta perjuicio la privación de cualquier ganancia lícita que debiera haberse obtenido con el cumplimiento de una obligación ". (art. 2109 C. C.).

En el divorcio debido a la reforma al artículo 1916 del Código Civil (enero de 1983), se puede demandar además de los daños y perjuicios económicos, también el daño moral por la afectación que sufre el cónyuge inocente "en sus sentimientos afecta creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspecto físico o bien en la consideración que de sí mismos tienen los demás. "La reparación, agrega dicho artículo, será mediante una indemnización en dinero con independencia de que se haya causado daño material y el monto lo determina el juez "^{13*}.

En nuestra legislación civil, encontramos perfectamente definidos los daños y perjuicios y los casos en que estos deban aplicarse; así encontramos que el artículo 1916 del Código Civil, señala en que casos es aplicable el daño moral.

En este orden de ideas encontramos en el divorcio los siguientes daños:

La afectación que una persona sufre en sus sentimientos al existir un cónyuge inocente y otro culpable del divorcio; es indudable que el cónyuge inocente ha sido afectado en sus sentimientos, al ver truncados sus ideales y metas que tenía al momento de contraer

^{13*} CHAVEZ ASCENCIO, MANUEL F., "La Familia en el Derecho ", Edit. Porrúa, S. A., México, D. F., 1985, pp. 546 y 582.

matrimonio y de acuerdo al mencionado artículo, corresponde al juez determinar el monto de la indemnización de acuerdo a los derechos lesionados.

El divorcio fomenta la disgregación familiar pues los que contraen matrimonio saben de antemano que si la relación que inician no da los resultados deseados, pueden darla por terminada por medio del divorcio; situación que les permite experimentar con otra pareja cuantas veces les plazca; contribuyendo así a que los cónyuges no realicen los esfuerzos necesarios para ajustar sus diferencias.

Como daños y perjuicios podríamos señalar que el divorcio acarrea gastos extras para la pareja en relación con los hijos, como son el internado o nuevas escuelas a las que deberían ir en razón del trabajo del cónyuge que tenga la custodia, etc.

Existe una sola casa donde vive la familia, al darse el divorcio se necesitarían dos; así como también otro automóvil; ya que puede ser considerado como daño o perjuicio todo lo relativo a la mudanza y al arreglo de la nueva casa.

En relación a los cónyuges puede argumentarse como perjuicio la privación de las ganancias que el cónyuge inocente resintiere con motivo de la disolución de la sociedad conyugal, es decir, mientras la sociedad conyugal persista ambos cónyuges disfrutarán de los gananciales que produjeran los bienes sujetos a la sociedad conyugal, habría un interés económico en continuar esa sociedad, que se rompe por la disolución del matrimonio y, como consecuencia, el cónyuge inocente puede reclamar esta privación de gananciales.

Cabe mencionar que por regla general, habría una sensible disminución en los ingresos familiares cuando la mujer se quede con el ejercicio de la patria potestad. Ya que en nuestra idiosincrasia y no obstante que la mujer fuere profesionista, la maternidad y las

labores del hogar le han impedido el ejercicio de una profesión y la colocan en un mercado desigual de trabajo. Por lo tanto, al enfrentarse a una nueva situación, se verá en una inferioridad respecto de otras personas (Hombres y mujeres) en el mercado de trabajo, lo cual también implica un daño y perjuicio que debe ser resarcido; así podemos concluir: "No está en la mano del hombre descartar del mundo de la realidad hechos acaecidos. A lo sumo, se podrán detener sus efectos presentes y futuros, mediante providencias y precauciones, pero nunca borrar los ya ocurridos y realizados.

Por eso, cuando se ha producido un daño que el derecho ordena reparar, lo único hacedero es cortar el paso a sus consecuencias, mientras se estén gestando. Así, puede afirmarse como axioma inconcluso que toda reparación de daños representa una indemnización "¹³⁹.

**D) JURISPRUDENCIA EXISTENTE ACERCA
DE LOS DAÑOS Y PERJUICIOS QUE SE
DERIVAN DEL DIVORCIO.**

Dentro de las sanciones que se imponen al cónyuge culpable del divorcio que son tanto en relación con los hijos del matrimonio, como de carácter pecuniario y además de restricción para contraer nuevas nupcias.

Lo que tratamos de hacer notar en este trabajo es el resarcimiento del cónyuge culpable, al cónyuge inocente del divorcio por los daños y perjuicios ocasionados con

¹³⁹ HANS A. FISCHER, " Los Daños Civiles y su Reparación ", Librería General de Victoriano Juaréz, Madrid, España 1928, pp. 132 y 314.

motivo del divorcio, que no obstante estar contemplados en el artículo 288 del Código Civil, al acudir a la jurisprudencia nos encontramos que:

" Divorcio, alimentos para la cónyuge inocente en los casos de cuando se trata de los alimentos a que tiene derecho la cónyuge inocente en los casos de divorcio, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 288 del Código Civil del Distrito Federal y de los Códigos Civiles de los Estados que tienen igual disposición, ya que no tienen aplicación estricta los preceptos relativos a alimentos que se establecen para los casos en que subsiste el matrimonio pues los alimentos de la cónyuge inocente en le divorcio se imponen aún cuando tenga bienes y esté en condiciones de trabajar. La razón de ser de los alimentos contra el cónyuge culpable es una sanción. Si durante el matrimonio los cónyuges tienen la obligación recíproca de proporcionarse alimentos, de ayudarse mutuamente según sus necesidades y posibilidades, en el caso de divorcio, aún cuando deben ser proporcionados y equitativos, los alimentos tienen el carácter de sanción, de una pena que se impone al cónyuge culpable por un hecho que le es directamente imputable: El haber disuelto el matrimonio.

PRECEDENTES:

AMPARO DIRECTO 5250/75/2A HUGO CARRETO GONZALEZ. 17 DE JUNIO DE 1976. 5 VOTOS. PONENTE. DAVID FRANCO RODRIGUEZ. SEPTIMA EPOCA. VOLUMEN 86, CUARTA PARTE, PAG. 35 ".

" Divorcio, alimentos al cónyuge inocente, monto de la pensión conforme al texto actual del artículo 288 del Código Civil.

Antes de que el artículo 288 del Código Civil se reformara mediante decreto publicado el 31 de diciembre de 1974, podía dejarse para la ejecución de la sentencia de

divorcio la cuantificación de la pensión alimenticia que el cónyuge culpable debía cubrir al inocente, porque la condena relativa era necesaria, característica que ya no tiene ahora, pues en virtud de la mencionada reforma, el juez condenará al pago de alimentos al cónyuge culpable, "tomando en cuenta las circunstancias del caso y entre ellas, la capacidad para trabajar de los cónyuges y su situación económica", de donde se infiere que la condena al pago de alimentos ya no es forzosa, sino que debe ser fundada y motivada jurídicamente en cada caso, inclusive en cuanto al monto de la pensión, precisamente en la sentencia. Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito.

PRECEDENTES:

AMPARO DIRECTO 861/80 LAURA ELENA HERNANDEZ LAGUNAS.

5 DE NOVIEMBRE DE 1980.

PONENTE: RAFAEL CORRALES GONZALEZ.

" Divorcio, alimentos para la cónyuge inocente en los casos de:

Conformidad con el artículo 288 del Código Civil para el Distrito Federal, en los casos de divorcio, el juez, tomando en cuenta las circunstancias del caso, entre ellas la capacidad para trabajar y su situación económica, sentenciará al culpable al pago de alimentos en favor del inocente y este derecho lo disfrutará en tanto viva honestamente y no contraiga nupcias, es decir, en este artículo se establece como consecuencia necesaria del divorcio decretado la imposición al culpable al pago de los alimentos en favor del inocente, con las limitaciones legales de que el cónyuge inocente viva honestamente y no contraiga nuevas nupcias.

PRECEDENTES:

AMPARO DIRECTO 2386/77 CARLOS PORTILLO ZARATE.

8 DE FEBRERO DE 1978. 5 VOTOS.

PONENTE: RAUL LOZANO RAMIREZ ”.

Divorcio, daños y perjuicios originados por el:

“..Cuando por el divorcio se originen daños o perjuicios a los intereses del cónyuge inocente, el culpable responderá de ellos como autor de un hecho ilícito...”, del examen de esta disposición se desprende que el pago de la indemnización no procede necesariamente en contra del cónyuge culpable del divorcio, sino sólo cuando se da tal supuesto, lo que hace necesario que en la demanda se señale los hechos en que se hacen consistir la pérdida o menoscabo patrimonial, o bien la privación de la ganancia lícita, en los términos de los artículos 2108 y 2109 del Código Civil, con el propósito de que formando parte de la litis, el demandado tenga oportunidad de defenderse, además el cónyuge actor tiene carga de probar la existencia de los daños y perjuicios.

PRECEDENTES:

AMPARO DIRECTO 457/84 FILIBERTO BARRADAS ZURUTZA.

3 DE MAYO DE 1983. UNANIMIDAD DE VOTOS.

PONENTE: JUAN DIAZ ROMERO ”.

Como se desprende de las tesis anteriores, tanto la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ni los Tribunales Colegiados se han pronunciado por la estricta aplicación del último párrafo del artículo 288 del Código Civil para el Distrito Federal. Sin tomar en cuenta que en todos los divorcios existen daños y perjuicios, y en la mayoría de las veces son en perjuicio de la mujer.

**E) RESPONSABILIDAD DE LOS ABOGADOS Y
LOS JUECES TANTO EN LE DIVORCIO COMO
EN LOS DAÑOS Y PERJUICIOS QUE SE
DERIVEN DE ESTE.**

"Sabemos que en Roma las palabras Ad Vócatus se aplicaban al Varón distinguido que, por su gran capacidad y sus conocimientos, podía llevarla voz de otra persona para defenderla ante los tribunales, o ante el senado"¹⁴⁰.

"...no podía ser abogado el que hubiera sido condenado por adulterio, falsedad u homicidio. Era tal la dignidad de los catedráticos de derecho que tenían entrada libre para ver al soberano, y al cabo de 25 años de enseñanza recibían el título de condes"¹⁴¹.

Estas situaciones que denotaban un gran valor moral - ético y desinterés, con el paso del tiempo se han degenerado pues en la actualidad y toda vez que lo material ha cobrado un valor más grande que el moral y que el hombre nunca ha saciado su hambre de riqueza y como este afán a embargado a todos los hombres; los abogados en su mayoría buscan el atesorar riquezas.

Es por las causas anteriores que la mayor parte de los abogados ven en cualquier asunto la retribución económica que éste le acarrearía y no la causa justa o injusta que el cliente pretende poner en sus manos "...cuando un abogado litigante recibe la petición de un cliente para que patrocine un negocio, debe ser juez antes que defensor de la causa que se le confía. Solamente el absoluto convencimiento de que se va a patrocinar un asunto

¹⁴⁰ EUQUERIO GUERRERO L. " Algunas Consideraciones de Etica Profesional para los Abogados ", México D. F. 1991, pp. 11 y 75.

¹⁴¹ EUQUERIO GUERRERO L. p. 11.

perfectamente limpio, podría llevar al abogado a no traicionar sus convicciones y a poner un enorme esfuerzo para triunfar en el negocio de que se trate ”¹⁴².

Cabe mencionar que tratándose de un divorcio el abogado deberá tomar en cuenta que no sólo son los bienes que se adquirieron si existe la sociedad conyugal, sino que se trata de la desintegración de una familia en donde no sólo se pone en juego la estabilidad económica y emocional que hubiere alcanzado la pareja, en la cual una de las partes será la más perjudicada con la disolución del vínculo matrimonial que en la mayor parte de las veces le corresponde a la mujer, la cual tiene, en la mayoría de las veces, que realizar la doble función de padre y madre ante los hijos, quienes son los que más pierden en un divorcio.

EL CODIGO DE ETICA PROFESIONAL DE LA BARRA MEXICANA, COLEGIO DE ABOGADOS en su artículo 29° dice “...el abogado debe reconocer espontáneamente la responsabilidad que le resultare por su negligencia, error inexcusable o dolo, allanándose a indemnizar por los daños y perjuicios ocasionados al cliente ”.

Para llevar a cabo lo anterior, “...el abogado ha de tener presente que es un servidor del derecho y un coadyuvante de la justicia, y que la esencia de su deber profesional es defender diligentemente y con estricto apego a las normas morales, los derechos de su cliente ”¹⁴³.

En el divorcio y debido al incremento de divorcios que existen en nuestra metrópoli, ya los altos costos económicos que los buenos abogados cobran, se han venido realizando una serie de divorcios al vapor en donde el único fin que ve la mayoría de abogados son la

¹⁴² EUQUERIO GUERRERO L. p. 19.

¹⁴³ ARTICULO 1º, “ Código de Ética Profesional de la Barra Mexicana ”, Colegio de Abogados.

derrama económica que le acarrearía y la conservación o el posible cliente que genera, para que éste le traiga algunos otros asuntos.

En cuanto a los juzgadores encontramos que éstos no obstante ser servidores públicos encargados de decidir cuestiones de derecho y de justicia, los mismos por el cúmulo de trabajo existente en los juzgados llevan sin distinción los juicios sin importar de que tipo sean éstos, es decir, la misma importancia le dan a un juicio sucesorio que han un divorcio, no obstante que en el primero de ellos los derechos a ventilar son meramente en cuanto a los bienes y en el divorcio se juegan los valores morales y éticos.

Asimismo y no obstante que nuestra Constitución Política en su artículo 4º señala:

“ El varón y la mujer son iguales ante la ley. Esta protegerá la organización y el desarrollo de la familia “. Y toda vez que los encargados de hacer valer la ley son los jueces, que mediante un procedimiento deberán de aplicar la legislación al caso concreto, en la práctica nos encontramos con que no obstante que el juez en materia familiar tiene amplias facultades para intervenir dentro del procedimiento, inclusive para interrogar a los testigos y en la práctica nos encontramos en que las más de las veces ni siquiera presiden la audiencia de ley.

Por los argumentos antes vertidos podemos decir que todos los profesionistas y profesionales del derecho no le han dado al matrimonio y al divorcio la importancia que tienen estas figuras jurídicas que son las que dan origen a la familia, pero también la que da origen a la debacle social al desintegrar la célula primordial de la sociedad; no obstante que es deber de todos los profesionales del derecho, junto con el Estado, el desarrollo de la familia; debiendo de existir algunas sanciones para el caso contrario, con la finalidad de

abatir el gran cúmulo de divorcios que se vienen dando en últimas fechas, ya que en la mayoría de divorcios necesarios los abogados no demandan el resarcimiento de los daños y perjuicios; situación que de llevarse acabo consideramos se aminoraría los divorcios que se plantean.

F) CONDENA Y RESPONSABILIDAD DEL CONYUGE CULPABLE.

El artículo 81º del Código de Procedimientos Civiles ordena: "Las sentencias deben ser claras, precisas y congruentes con las demandas y las contestaciones y con las demás pretensiones deducidas oportunamente en el pleito, condenando o absolviendo al demandado, y decidiendo todos los puntos litigiosos que hayan sido objeto del debate. Cuando éstos hubieren sido varios, se hará el pronunciamiento correspondiente a cada uno de ellos"¹⁴⁴.

De este artículo y de lo señalado en otros temas se desprende que si el abogado al elaborar la demanda de divorcio no sólo se limita a demandar la disolución del vínculo matrimonial, y la liquidación de la sociedad conyugal sino que además demandara la condena del cónyuge culpable el pago de alimentos en favor del cónyuge inocente y el pago de una indemnización por daños o perjuicios causados al cónyuge inocente; esto obligaría al juez a resolver sobre todos y cada uno de los puntos litigiosos y hacer en su resolución el pronunciamiento correspondiente a cada uno de ellos, tal y como lo indica el artículo citado.

¹⁴⁴ CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL, Artículo 81º.

Asimismo y no obstante lo anterior, el Juez de lo Familiar tiene la facultad de intervenir de oficio en los asuntos relativos a la familia, procurando la preservación de la misma y la protección de sus miembros, y más aún tiene la obligación de suplir la deficiencia de las partes en sus planteamientos de derecho tal y como lo ordena el Título Décimo Sexto, Capítulo Único del Código de Procedimientos Civiles denominado "De las Controversias del Orden Familiar".

Cabe mencionar que las consideraciones anteriores resultan aplicables no sólo para el varón, que ha sido sentenciado como cónyuge culpable del divorcio, sino también a la mujer que ha sido culpable del divorcio.

Es de hacerse notar que la mayoría de los divorcios terminan sin sanción ni condena al cónyuge que dió pie al mismo, lo cual da lugar a que una persona que se ha divorciado pueda contraer nuevamente matrimonio; de tal suerte que para quien ya ha vivido la experiencia del divorcio, éste puede fácilmente convertirse en una práctica viciada que no le repercute en perjuicio alguno, pudiendo repetirlo de manera indefinida.

En base a todo lo anterior, "Antes que jurídico la familia es un organismo ético, hasta el punto de que el Derecho se apropia muchas veces de preceptos éticos para convertirlos en preceptos jurídicos. Así se explica que haya en el Derecho de Familia numerosos preceptos sin sanción o con sanción atenuada y aún obligaciones incoercibles, porque el Derecho o es por sí mismo incapaz de provocar mediante la coacción la observancia de diversos preceptos, o cree más conveniente confiar su observancia al sentimiento ético, a la costumbre, o a otras fuerzas que actúan en el ambiente social"¹⁴⁵.

¹⁴⁵ DE RUGGIERO, ROBERTO "Instituciones del Derecho Civil", traducción, Tomo II, Vol. 2o., Reus, Madrid, España, p. 7 cit. por SÁNCHEZ MEDAL RAMON, Los Grandes Cambios en el Derecho de Familia de México, Ed. Porrúa, México, D.F. 1991.

Para concluir este tema, bien podríamos citar las palabras de Ramón Sánchez Medal:
" Ante esta implacable carrera de destrucción que trata de llevar la desarticulación de la familia y la desaparición de la familia, se impone a los profesionales del Derecho, sean jueces o abogados utilizar los medios o instrumentos jurídicos que ofrece todavía nuestra legislación para contener este proceso demoledor "¹⁴⁶.

¹⁴⁶ SANCHEZ MEDAL RAMON, " Los Grandes Cambios en el Derecho de Familia de México ", Ed. Porrúa, México, D.F. 1991.

CONCLUSIONES.

1.- En nuestro sistema judicial, la familia es la base de la sociedad y esta es una institución que esta protegida por el matrimonio, que es quien le da su origen y que a su vez esta regulado por el derecho.

2.- En nuestro sistema judicial, la familia se encuentra protegida por mandato constitucional, ya que la misma obliga al Estado para protegerla en su desarrollo, no obstante lo anterior también se encuentran regulados los conflictos que se suscitan entre los cónyuges y que los llevan hasta la separación por medio del divorcio en las parejas que se equivocaron al momento de elegir, ordenando un sanción para el cónyuge que dio lugar al divorcio.

3.- En los casos de divorcio necesario el artículo 288 del Código Civil señala como condena para el caso de que existiesen daños y perjuicios derivados del divorcio, el cónyuge culpable responderá como autor de un hecho ilícito.

4.- Como quedó señalado en el presente trabajo, dentro del matrimonio existe una serie de derechos y obligaciones entre los cónyuges de los cuales sino se cumple se ocasiona al cónyuge inocente daños y perjuicios que son de difícil y de algunos casos de imposible reparación, como son los daños morales que de acuerdo al artículo 1916 del Código Civil se entienden " la afectación que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspectos físicos, o bien consideración que de si mismos tienen los demás ".

5.- De la definición de daño que da nuestra legislación se desprende diversos elementos como son:

I.- La afectación que una persona sufre en sus sentimientos. Lo que transportado al divorcio encontramos que una ruptura matrimonial siempre trae aparejada una afectación a los sentimientos pues el cónyuge que no dio lugar al divorcio siempre estuvo en disposición de continuar con el matrimonio por el afecto que sintió para su cónyuge.

II.- La afectación que sufre una persona en sus creencias; al terminar una relación de pareja el cónyuge que sigue conservando el amor o el cariño hacia su pareja fue afectado en su creencia del matrimonio pues el momento de celebrarlo creyó en el para toda la vida y al momento de plantear una separación ve afectada su creencia.

III.- La afectación que sufre una persona en su honor o en su decoro. La persona divorciada en nuestra sociedad se ve seriamente afectada pues por la edad en que se da el divorcio que la mayoría de las veces es después de los 30 años difícilmente se podría encontrar una pareja que pretenda fines matrimoniales pues al haber una ruptura matrimonial queda la incertidumbre de si ésta podrá volver a iniciar compartiendo la vida con una nueva pareja.

IV.- La afectación que sufre una persona en su reputación vida privada, configuración y aspectos físicos, esta característica del artículo en mención afecta principalmente a las mujeres, pues una persona al paso de los años demerita en su aspecto físico y siendo éste el principal elemento para que se de la atracción de dos personas, resulta incontestable que el divorcio afecta al cónyuge que no dio lugar al mismo.

Respecto a la consideración que de sí mismo tienen los demás, ésta va encerrada en el hecho de que una persona divorciada es mal vista por nuestra sociedad, pues una familia que ha conservado el matrimonio y que tiene la meta de que sus hijos encuentren la felicidad

en el mismo, ven con recelo y desaprueban la amistad de sus hijos con una persona que fue casada y que ahora no cuenta con su pareja por haberse divorciado.

6.- De las consideraciones anteriores, se desprende que existe un alto grado de responsabilidad en la desintegración de una familia para los abogados litigantes al plantear una demanda de divorcio, pues no únicamente se va a quebrantar el vínculo del matrimonio, sino que va a desintegrar por completo una familia y probablemente deje a uno de los cónyuges en completo estado de incapacidad para afrontar todo tipo de problemas que en algún momento fueron de la pareja, uno de los principales problemas es el económico, si tomamos en consideración que de acuerdo al INSTITUTO NACIONAL DE ESTADISTICA, GEOGRAFIA E INFORMATICA en el año de 1992, se registraron un total de 667, 598 matrimonios, acaparando la mayoría de éstos los celebrados por personas de 20 a 40 años de edad, asimismo dicho Instituto Registró un total de 54, 953 divorcios, dándose la mayoría de éstos en personas que tenían 10 años o más de casados. Entonces deducimos que el mayor número de divorcios se da en personas de 30 o 34 años de edad.

7.- De la conclusión anterior, entendemos que una persona de 30 o 34 años de edad que queda sin pareja, que queda sin pareja, como resultado del divorcio y que no dio lugar al mismo, que está acostumbrada únicamente a las labores propias del hogar y de pronto se ve en la necesidad de salir a la calle a buscar una forma honesta de ganarse la vida y de acuerdo a la situación económica que se encuentra en desventaja para conseguir empleo por la falta de preparación o experiencia que dejó de tener por haberse dedicado a cuidar del hogar y no haber acumulado la experiencia propia para una persona de más de 30 años, por lo que juez tomando en cuenta esta circunstancia deberá de condenar al cónyuge culpable, de la

disolución del matrimonio, al pago de una pensión alimenticia en favor del cónyuge inocente, sin que éste siga las reglas para la pensión alimenticia normal ya que se trata de una condena por haber sido encontrado culpable de la ruptura de una familia.

8.- De conformidad con el artículo 288 del Código Civil que dice: "En los casos de divorcio necesario, el juez tomando en cuenta las circunstancias del caso y entre ellas la capacidad para trabajar de los cónyuges, y su situación económica, sentenciará al culpable al pago de alimentos en favor del inocente".

A fin de castigar al cónyuge que dio lugar al divorcio, se propone se reforme el citado artículo en la parte que faculta al juez a sentenciar al culpable del divorcio, al pago de alimentos de acuerdo a sus circunstancias y situación económica para quedar como sigue:

"En los casos de divorcio necesario, el juez sentenciará al culpable al pago de alimentos en favor del inocente".

Lo anterior, en base a la libertad que tenemos todos los individuos capaces de contraer matrimonio a la edad de que mejor nos parezca y con la persona que consideremos sea la más conveniente a nuestras pretensiones de vida y de conformidad con la capacidad tanto física como emocional y económica entendiéndolo por ello la aptitud de encontrar empleo que se presente entre los divorciados.

9.- El artículo 288 del Código Civil en su parte final dice: "Cuando por el divorcio se originen daños y perjuicios a los intereses del cónyuge inocente, el culpable responderá como autor de un hecho ilícito".

La reforma que se propone a este artículo es en cuanto a la calificativa de los daños y perjuicios que se originen del divorcio.

Tomando en consideración que en los divorcios siempre existe algún daño o algún perjuicio que ocasione el cónyuge culpable del mismo, dicho artículo debería quedar:

“Cuando existe un divorcio en donde se encuentre a uno de los cónyuges culpable del mismo, éste estará obligado a responder ante el inocente como autor de un hecho ilícito”.

Lo anterior, se daría en base a que debido a los problemas económicos que padece el país y la dificultad que se tiene para conseguir un empleo, resulta propicio se condene al cónyuge culpable del divorcio al pago de una indemnización en favor del inocente, toda vez de que ha roto con las expectativas de formar una familia que tenía el cónyuge inocente, además de haber perdido el apoyo para afrontar los problemas cotidianos y máxime de la dirección de educación de los hijos recaerían únicamente en él, porque para comenzar una nueva vida solo y con la carga de la educación de los hijos resultaría más gravoso, tanto moral como económicamente:

Esto es porque en nuestro derecho existen derechos que pueden ser reivindicados, pero también existen derechos irreparables que sólo se pueden indemnizar.

BIBLIOGRAFIA

- 1.- BERNAL, BEATRIZ Y LEDESMA, JOSE DE JESUS. " Historia del Derecho Romano y de los Derechos Neorromanistas ", Ed. Porrúa, 2a. Edición, México, 1983.
- 2.- CASTAÑEDA, CARMEN. et. al., " Familias Novohispanas, Siglos XVI al XIX ", El Colegio de México, México, 1991.
- 3.- CHAVEZ ASENCIO, MANUEL F. " La Familia en el Derecho ", Ed. Porrúa, 2a. Edición, México, 1990.
- 4.- DE IBARROLA, ANTONIO. " Derecho de Familia ", Ed. Porrúa, 3a. Edición, México, 1984.
- 5.- DE RUGGIERO, ROBERTO. " Instituciones del Derecho Civil ", traducción, Tomo II, Vol. 2o., Reus, Madrid, España. p. 7 cit. por SANCHEZ MEDAL RAMON, Los Grandes Cambios en el Derecho de Familia de México, Ed. Porrúa, México, D.F. 1991.
- 6.- DICCIONARIO JURIDICO MEXICANO. Dir. JORGE MADRAZO, Ed. Porrúa, México, 1989.
- 7.- DIEZ PICASO, LUIS. " Familia y Derecho ", Madrid, CIVITAS S.A., 1984.
- 8.- ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA. Dir. BERNARDO LENER, Ed. Bibliográfica Argentina, 1964, Buenos Aires, Argentina.
- 9.- EUQUERIO GUERRERO L. " Algunas Consideraciones de Etica Profesional para los Abogados ", México D. F. 1991.
- 10.- FELIX BALLESTA, MARIA DE LOS ANGELES. " El Divorcio en el Derecho Francés ", Barcelona, España, publicaciones de la Universidad de Barcelona, 1988.
- 11.- FLORIS MARGADANT, S. GUILLERMO. " Derecho Romano ", México, Ed. Esfinge, 13a. Edición., 1985.
- 12.- FROM, et. al., "Historia, Ciencia y Sociedad ". Tomo VII, " La Familia ", Barcelona, Ed. Peninsula, 5a., Edición, 1978.
- 13.- HANS A. FISCHER. " Los Daños Civiles y su Reparación ", Madrid, España, 1928, Edit. Librería General de Victoriano Suárez.

- 14.- JEAN PIERRE BAGOT. " Para Vivir el Matrimonio ", Pamplona, 1987, Ed. Verbo Divino.
- 15.- JEMOLO, ARTURO C. Cit. por " ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA ", Tomo XIX, Buenos Aires, Argentina, 1964.
- 16.- LAURENT F. " Principios de Derecho Civil Francés ", Tomo II, 1890, De. Joaquin, Guerra y Valle Editor.
- 17.- MONZEL, NIKOLAUS. " Doctrina Social ", Barcelona, Ed. Herder, 1972.
- 18.- NINA PONSSA. " Derecho de Familia en el Derecho Romano ", Buenos Aires - Córdoba, Ed. Lerner, 1976.
- 19.- PALLARES, EDUARDO. " El Divorcio en México ", 5a. Edición, México, Ed. Porrúa, 1968.
- 20.- PINA, RAFAEL DE Y PINA VARA, RAFAEL DE. " Diccionario de Derecho ", Ed. Porrúa, 17a. Edición, México, 1991.
- 21.- PLANIOL, MARCELO Y RIPERT, JORGE. " Tratado Práctico de Derecho Civil Francés ", Tomo II, " Matrimonio Divorcio Filiación ", Editorial Cultura, S.A., 1946, La Habana.
- 22.- SANCHEZ ROMAN, FELIPE. " Estudios de Derecho Civil ", Vol. I, Madrid, 1912, Editorial Sucesores de Rivadeneyra.
- 23.- VAILLANT, GEORGE. " La Civilización Azteca ", México, 1966, Ed. Fondo de Cultura Económica.
- 24.- VILLAFUERTE GARCIA, LOURDES. et. al., " Familias Novohispanas, Siglos XVI al XIX ", El Colegio de México, México, 1991.

LEYES Y CODIGOS

- 25.- LEY DE RELACIONES FAMILIARES.
- 26.- CODIGO CIVIL DE 1884.
- 27.- CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. 106a. Edición, Ed. Porrúa, México, 1995.
- 28.- CODIGO CANONICO.
- 29.- LEY DE RELACIONES FAMILIARES.

30.- CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL. En materia de Fuero Común y para toda la República en materia de Fuero Federal, 51a. Edición, 1995.

31.- CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL, 42a. Edición, Ed. Porrúa, 1995.