



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MÉXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES

CAMPUS ARAGÓN

“PROPUESTA PARA QUE LA NEGATIVA
DE UN CÓNYUGE A PROCREAR SEA UNA
CAUSAL DE DIVORCIO EN EL CÓDIGO
CIVIL PARA EL ESTADO DE MÉXICO”

796365

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A:
ROCÍO PÉREZ VIEYRA

ASESOR:

LIC. JUAN LICONA VITE





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.

A mis padres.

A ustedes les agradezco este logro el cual constituye la herencia más valiosa que pudiera recibir, así como el apoyo que incondicionalmente me han brindado ya que mis ideales, esfuerzos y logros han sido también suyos, con todo el corazón hoy les ofrezco este homenaje, gracias también por haberme inculcado el salir adelante y no darme por vencida.

Con cariño y admiración.

A mis hermanos

A ustedes les doy las gracias, por apoyarme cuando lo necesite, y les digo no pierdan la fe en ustedes mismos, nadie se las puede brindar, solo ustedes mismos tendrán la capacidad de creer en sus posibilidades y de demostrarle al mundo su plena confianza para alcanzar el éxito.

Con cariño.

A la pareja que siempre a estado a mi lado.

Mi novio, por todo el apoyo recibido de tu parte, esos regañones para alentarme a conseguir este logro, te agradezco y motivo para superarte en todos los aspectos de tu vida logra lo que te propongas y por favor se feliz y consigue el éxito, yo también te apoyare en lo que necesites.

Con amor y cariño.

A mis abuelos:

Gracias por ayudarme cuando lo necesite, y por alentarme a estudiar, por sus consejos, por sus palabras de aliento para llegar a la culminación de este objetivo. Agradeciendole también a mis difuntos y queridos abuelos por darme un padre tan maravilloso.

Gracias.

A mis tíos.

Gracias por acompañarme en este camino, por estar a mi lado como una verdadera familia y por a serme saber que siempre podre recurrir a ustedes y tendrán unas palabras de aliento para mí gracias por su ayuda recibida.

Con cariño.

A mi asesor.

A mi asesor, le doy las gracias por el apoyo recibido de su parte para la culminación del presente trabajo de tesis, por sus finas atenciones, su tiempo y su conocimiento.

Gracias.

INDICE

INTRODUCCION

Pág.
1

CAPITULO I

BREVE HISTORIA DEL MATRIMONIO Y DEL DIVORCIO.

1.1	Antecedentes históricos del matrimonio	6
1.1.1	Época antigua	6
1.1.2	Edad media	10
1.1.3	Edad moderna	12
1.2	Historia del divorcio	17
1.2.1	Época antigua	17
1.2.2	Edad Media	19
1.2.3	Edad moderna	20

CAPITULO II

MATRIMONIO Y DIVORCIO EN EL DERECHO CIVIL MEXICANO

2.1	Matrimonio	26
2.1.1	Concepto de matrimonio	29
2.1.2	Regulación en el Código Civil para el Estado de México	32
2.1.2.1	Elementos de existencia	33
2.1.2.2	Elementos de validez	39
2.1.3	Fines del matrimonio	43
2.1.4	Derechos y obligaciones derivados del matrimonio	45

2.2	Divorcio	49
2.2.1	Concepto de divorcio	51
2.2.2	Regulación en el Código Civil para el Estado de México	53
2.2.3	Clases de divorcio	56
2.2.3.1	Divorcio voluntario	57
2.2.3.2	Divorcio necesario	60
2.2.4	Causas y efectos del divorcio	63
2.2.5	Enumeración de las causales de divorcio	66

CAPITULO III

IMPORTANCIA PARA QUE LA NEGATIVA DE UN CÓNYUGE A PROCREAR HIJOS DENTRO DEL MATRIMONIO SEA UNA CAUSAL DE DIVORCIO

3.1	Falta de educación para ser padre y madre	80
3.2	Incumplimiento a la obligación de procreación de hijos	84
3.3	Factores que intervienen para que exista la negativa de procreación	87
3.4	La falta de regulación de la negativa a procrear como causal de divorcio	89
3.5	Propuesta para que la negativa de un cónyuge a procrear se constituya como una fracción más del artículo 253 del Código Civil para el Estado de México	92

CONCLUSIONES	95
---------------------	-----------

BIBLIOGRAFIA	98
---------------------	-----------

INTRODUCCIÓN

El hablar de una propuesta para fundamentar la negativa de un cónyuge a procrear como una causal de divorcio, es hablar de la institución matrimonial.

Que si el matrimonio es una institución, que si es un contrato, que si es un vínculo, una relación, son circunstancias que se tratan a lo largo de este trabajo de tesis. El punto a discusión y sobre el cual se centran nuestros estudios será en relación directa a encontrar la fórmula adecuada para elevar una propuesta que establezca una causal de divorcio en el sentido de que la negativa de un cónyuge a procrear pueda constituir una causal y uno de los cónyuges pueda accionar la causal de divorcio.

Pudiésemos pensar inmediatamente, que la jurisprudencia puede considerar como injuria grave el hecho de no permitir el acceso carnal, pero este tampoco es el punto porque existiendo acceso carnal el hombre o la mujer pueden utilizar algún anticonceptivo, negándose a la fecundidad y por lo mismo a la procreación; ese el punto que estamos atacando y que para ello hemos establecido una estrategia que parte de la breve historia de la institución matrimonial y del divorcio.

Luego, se establece un capítulo segundo donde se coloca el marco jurídico legal de la institución matrimonial y por supuesto del divorcio; evidentemente, que en este capítulo el más largo de este trabajo, sean de tocar puntos y parámetros legales que conforman exclusivamente el marco jurídico tanto del matrimonio como del divorcio.

Y finalmente, cuando ya tengamos la idea, cuando podamos ya abarcarlo, entonces hablaremos de la importancia que tiene elevar una causal frente a la negativa de un cónyuge a procrear, y en ese instante, ya podremos considerar los elementos que debe de contener nuestra propuesta que corre en relación a agregar una fracción más al artículo 253 del Código Civil para el Estado de México..

CAPITULO I

BREVE HISTORIA DEL MATRIMONIO Y DEL DIVORCIO

Hablar de lo que sería uno de los objetivos principales de la unión matrimonial cómo es la procreación, es hablar de uno de los fundamentos necesarios incluso para el origen del Estado, como es la población.

Antes de empezar a observar algunos breves datos históricos del matrimonio y del divorcio, quisiéramos subrayar cuál es en si el objeto o el bien jurídico que consideramos tutelar en la propuesta principal que como hipótesis nos hemos planteado para este trabajo de tesis.

Nos referimos a la procreación como una función dentro del matrimonio.

Así, inicialmente debemos de considerar la necesidad poblacional tanto desde el punto de vista del Estado como desde el punto de vista familiar y de sociedad.

El autor José Nodarse en el momento en que hace una definición de la sociedad, nos explica lo siguiente:

El concepto de sociedad resulta de sobremanera impreciso por su extraordinaria amplitud, nos puede designar lo mismo la unión formada por dos individuos que mantienen relaciones conyugales definidas que la totalidad de los hombres que pueblan la tierra. . . Vamos a ceñir ahora el concepto de sociedad a una clase de agrupación humana permanente, que tiene una cultura y un sentimiento y una conciencia mas o menos vivos de los vínculos que unen a sus miembros en la coparticipación de intereses, actitudes, criterios de valor, etcétera; sociedad es cualquier grupo humano relativamente permanente, capaz de subsistir en un medio físico dado y con cierto grado de organización que asegura su perpetuación biológica y el mantenimiento de una cultura, y que posee, además una determinada conciencia de su unidad espiritual e histórica.¹

Dentro de lo que es la definición que el autor citado nos ha comentado, vamos a encontrar el punto principal que como hipótesis hemos seleccionado en este trabajo de tesis.

Debemos subrayar el concepto de la perpetuación biológica.

¹ Nodarse, José, **Elementos de sociología**. México, Editorial Selector, 1990 (31ª, ed.), pp. 2 y 3.

Sin lugar a dudas, este término de perpetuación biológica, servirá también para crear un elemento esencial para la configuración de cualquier Estado; esto es, que la población, como elemento principal y primordial para la configuración del Estado, deberá surgir de ese objetivo principal que es la procreación especialmente dentro del matrimonio.

Para poder explicar con mayor detenimiento estas circunstancias, quisiéramos citar las palabras del autor Ignacio Burgoa quien en el momento en que nos habla del Estado y sus elementos formativos, nos explica lo siguiente:

En el Estado convergen elementos formativos, o sea, anteriores a su creación como persona moral o jurídica y elementos posteriores a su formación, pero que son indispensables para que cumpla sus finalidades esenciales. Dentro de los primeros se encuentra la población, el territorio, el poder soberano y el orden jurídico fundamental. Manifestándose los segundos en el poder público y en el gobierno.²

El bien jurídico que intentamos proponer tutelar, resalta su importancia como un valor esencial para la configuración no solo del Estado y de la familia, sino como uno de los fines principales del matrimonio como es la procreación.

Así, desde esta óptica, y revelada la importancia de lo que hemos de hablar continuamente en la secuela de este trabajo de

² Burgoa, Ignacio, *Derecho constitucional mexicano*, México, Editorial Porrúa, S.A., 1991 (8ª ed.), p. 97

tesis, vamos a pasar a observar en la historia, como se ha organizado ese concepto de matrimonio, y la forma en que el divorcio viene a aparecer para disolverlo.

Esto, con el objetivo de encontrar en la historia cuál ha sido el movimiento social por el que, se estructura la institución matrimonial, y él porqué de su disolución legal. De tal manera que en ese inter, al evaluar tanto la formación del matrimonio como de su disolución, veremos como se debe proteger ese bien y valor tan importante para la sociedad como es la procreación y lograr la descendencia dentro del matrimonio especialmente.

1.1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL MATRIMONIO

Para lograr una cierta disciplina metodológica, hemos separado las fuentes de información tanto del matrimonio como del divorcio, y los hemos colocado básicamente en tres épocas que son las que a continuación veremos:

1.1.1 ÉPOCA ANTIGUA

Sin duda, dentro de la institución matrimonial encontraremos una época en donde definitivamente el matrimonio tendría que considerarse como un arreglo.

Así, se iban pactando a través de un rito los matrimonios contraídos, y por lo mismo, cada una de las partes iban a lograr una cierta posición política-social.

Anteriormente las diversas familias, establecían pactos en base a la unión de sus hijos. Y cuando nacían los hijos de estos tenían que hacer lo mismo, para conservar la *gens*.

De lo anterior, se van uniendo clanes y con esto la estructuración actual de la sociedad tal y como la conocemos en nuestra actualidad.

Los autores Edgard Baqueiro Rojas y Rosalía Buenrostro Báez nos hablan y nos explican sobre el particular lo siguiente:

Sin remontarnos a tiempos prehistóricos nos remontaremos a períodos lo suficientemente lejanos, de modo que la información que de ellos contamos nos permita observar la trascendencia de la institución matrimonial en nuestra presente organización; en Roma, el matrimonio fue un hecho reconocido por el Derecho para darle efectos; de tal concepción se derivó la naturaleza del matrimonio como la del estado de vida de la pareja, a la que el estado otorgaba determinados efectos. En un principio no se requería de ninguna ceremonia para la constitución del matrimonio: solo era necesario el hecho mismo de la convivencia de la pareja.

Si bien es cierto que la celebración a propósito del acto era frecuente, está revestía carácter religioso, no jurídico. Con ella comenzaba el nuevo estado, aunque tal ceremonia tampoco fue indispensable; de aquí que hubiera varias formas de iniciar el matrimonio; desde la ceremonia de la *confarreatio* y

la *coemptio*, hasta la simple entrega de la mujer en casa del marido, o la ausencia total de las formalidades en el matrimonio por *uso*.³

De aquí, se empezó a tomar una idea respecto de la constitución del matrimonio, en donde se empezaba ya a observar los diversos matrimonios que se contraían frente a los constituidos.

Dicho de otra manera, que en el matrimonio de *uso*, con la habitación de la pareja en el Derecho Romano, se iba a dar la institución familiar, y se tomaría en cuenta como un matrimonio constituido.

Pero, en el momento en que se va evolucionando, y la religión va tomando fuerza, se va creando el rito y la celebración para llevar a cabo los matrimonios.

El autor Arturo Carlo Jemolo sobre el particular nos dice lo siguiente:

En el derecho romano el matrimonio podía contraerse, no con una forma determinada, sino por conveniencia vivificada por un elemento intencional. Para nosotros, los modernos, el matrimonio es una relación jurídica que nace de un contrato, es decir del consentimiento de las partes de quererse como marido y mujer. Para los romanos, en cambio, era simplemente un hecho jurídico: una relación social productora de consecuencias jurídicas: era la convivencia de un hombre con una mujer, animada por el afecto

³ Baqueiro Rojas, Edgard y Buenrostro Báez, Rosalía, **Derecho de familia y sucesiones**, Editorial Harla, 1990 (1ª ed.), p.37.

marital... En efecto, el derecho romano tuvo muchos elementos idóneos para consignar el matrimonio; y desde que el instituto entro en el *ius civile*, el que probablemente fue extraño en sus orígenes, dicho derecho civil reguló ampliamente las incapacidades para el vínculo y los efectos de este mismo vínculo, ya entre los cónyuges, ya entre ellos y los hijos. Por lo demás, en el derecho romano era difícil la distinción entre el matrimonio y concubinato, sobre todo cuando durante el Imperio vino el concubinato a tomar varias reglas propias del matrimonio, por la difusión y la función social que llegó a adquirir. ⁴

Los diversos intereses que iban rodeando a la formación de esta institución, se tendrían que identificar con la aparición del *ius canonici*; esto es que el poder eclesiástico al empezar a organizarse, fue creando normas y reglas que tendrían que respetar todos y cada uno de los ciudadanos, y una de estas era el hecho de llevar a cabo una constitución matrimonial sobre la base de un rito y las posibilidades que de aquí surgían estarían mas que nada supervisadas por el mismo clero.

Así, la religión, y los religiosos tendrían que ser los que de alguna manera empezarán a darle el rito a la institución matrimonial, ya que en épocas antiguas, para todo lo que es la cultura occidental, con el simple concubinato y el ánimo marital la pareja podía unirse formar una familia y por supuesto buscar la descendencia.

⁴ Carlo Jemolo, Arturo, *El matrimonio*, Buenos Aires Argentina, Ediciones Jurídicas Europa América, 1990 (15ª ed.), pp. 8, 9 y 11

1.1.2 EDAD MEDIA

En la edad media la institución matrimonial fue dando diversos giros, para tomar diferentes aspectos de la unión de las parejas, a saber: El matrimonio por grupos de tribu a tribu, el matrimonio por raptó, el matrimonio por compra (que se estilaba mucho en el Derecho Alemán) hasta llegar al matrimonio consensual.

Evidentemente, en la Edad Media las posibilidades directas de las parejas por unirse en matrimonio, en muchas de las ocasiones, eran tomadas por su propia mano, puesto que no había una estructuración establecida para esta institución.

Así, el Derecho Canónico fue el principal estructurador de normas a través de las cuales se empezó a formar la regla que tendría que observarse para la constitución de la institución familiar.

Podemos citar al autor Ruggiero quien sobre el matrimonio canónico nos dice lo siguiente:

Profundamente diversa es la concepción del Derecho Canónico, que reposa sobre fundamentos y bases distintos. La historia de la institución a través de los Cánones de la iglesia es demasiado larga y compleja para poder exponerla aquí en todas sus fases; su evolución está influenciada en la lucha entre la Iglesia y el Estado y sigue las vicisitudes de este conflicto secular, el matrimonio se eleva a la dignidad del sacramento. Según la concepción canónica, es un sacramento solemne cuyos ministros son los

mismos esposos, siendo el sacerdote un testigo autorizado por la Iglesia; la unión de los esposos es la imagen de la unión de Cristo con la Iglesia, y como esta indisoluble. El vínculo es creado por la voluntad de los esposos, ya que es su libre consentimiento el que genera la relación matrimonial; pero su consagración ante la Iglesia, merced a la bendición nupcial lo eleva a sacramento, y como el sacramento ha sido instituido por Dios, y Dios mismo sanciona la unión, esta es indisoluble.⁵

Uno de los aspectos que debemos considerar y que resulta de lo dicho por el autor citado, es la disolución del vínculo que se forma en el momento en que la pareja ha de separarse.

Sin lugar a dudas, este vínculo o relación establece los derechos y obligaciones entre marido y mujer. De tal forma que el vínculo cuando se forma, con la institución matrimonial, pues simple y sencillamente, desde el punto de vista del Derecho Canónico principalmente, no puede disolverse bajo ninguna excepción y ni causa.

Esto es un concepto que incluso los propios romanos tenían, y que fomentaba la unión de la familia y, por supuesto, la procreación.

Pero, dada las diversas conveniencias, en cuanto surge el Imperio Romano, y como veremos en el apartado siguiente, esa desvinculación se empezó a autorizar para que, el vínculo matrimonial

⁵ Ruggiero. E., **Derecho civil**, Madrid España, Editorial Bosch, 1990 (3ª ed.), p.279.

se disolviera y con esto, se logrará que la voluntad consensual de las personas pudiera ser la determinante de la unión.

Las diversas posibilidades que se van formando respecto de la institución matrimonial, van a surgir del vínculo tan íntimo que se forma en la pareja. Este vínculo, es el punto esencial que se discute en virtud del matrimonio.

El parentesco, la filiación cuando nacen los niños, y diversos derechos y obligaciones que van surgiendo del vínculo matrimonial, serán la distinción principal que en el Derecho Canónico prevaleció para el matrimonio en la Edad Media.

1.1.2 EDAD MODERNA

En contraposición del vínculo religioso que se formaba, vamos a encontrar el movimiento de glosadores que instituyeron el Cuerpo de Leyes Civiles.

Este *corpus iuris civilis* se oponía a los cánones eclesiásticos, e iba a constituir las formas reguladoras de la institución matrimonial, desde el punto de vista civil.

Antonio de Ibarrola nos ofrece una esquematización de la institución matrimonial en la actualidad, nos dice:

A diferencia de otras instituciones que se proponen la conservación y desenvolvimiento del individuo, esta se encamina a la conservación y desarrollo de la especie; en él se encuentran los elementos de toda sociedad y todos los particulares comprendidos en el destino humano. Matrimonio, atendiendo a su significado etimológico, significa carga, gravamen o cuidado de la madre; viene pues, de *matris* y *munium*, carga o cuidado de la madre mas que del padre. Notemos como matrimonio quiere decir tanto romance como oficio de madre. Puede el hombre contraer matrimonio legal a la edad de la pubertad. Viene del sustantivo de la palabra *puvis*, la parte inferior del vientre, que en la especie humana se cubre con vello precisamente en la pubertad. Alcanza esta edad la mujer antes que el hombre. En cuanto a la función sagrada de madre que Dios ha confiado a la mujer, recordemos las dificultades que ella arrastra... En la amena exposición que nos hacia San Idelfonso en 1928 el inolvidable Alfonso Caso, hacía él resaltar el esquema de la evolución del matrimonio y la familia establecida por Morgan y su escuela, a saber:

Resulta así:

- a) Promiscuidad absoluta;
- b) Familia de los parientes de sangre, prohibición del matrimonio solamente entre padres e hijos, entre diversos grados de generación;
- c) Punalua-familia, entrada libre de los procedentes de un grupo y con las mujeres de otro y viceversa; el matrimonio por grupos;
- d) Familia matriarcal, principio de matrimonio individual, poligamia, inseguridad en la paternidad;
- e) Familia patriarcal, poligamia vida en común bajo la potestad del cabeza de familia, masculino, más antiguo;
- f) Familia monógama, matrimonio individual pleno.⁶

⁶ Ibarrola, Antonio, de, **Derecho de familia**, México, Editorial Porrúa S.A., 1993 (4ª ed.), pp.150, 151

Es impresionante la evolución tan sistemática que el matrimonio ha tenido, tomándose en cuenta como una fórmula adecuada para generar el concepto de familia como origen de la formación de la sociedad, la comunidad, el clan y por supuesto el Estado.

Conforme a lo anterior, la historia del matrimonio nos da algunos elementos que tomaremos en cuenta a lo largo de este trabajo de tesis, dichos elementos son:

1. La institución matrimonial debe partir de la base de considerarse una manifestación consensual en la unión de la pareja.
2. Es necesario que se exprese el consentimiento de una forma por demás libre y expresa, en donde la pareja consienta el vivir juntos.
3. Se forma un vínculo del cual surgen derechos y obligaciones, especialmente de parentesco con la familia y con la procreación derechos de filiación.
4. La relación que se forma (en la actualidad) es una relación jurídica que ha de establecer, entre cada uno de los cónyuges, una cierta seguridad jurídica para cada cual, a fin de que sus derechos y obligaciones estén debidamente plasmados en la ley.

5. Luego, el matrimonio desde el punto de vista contractual, va a tomarse como esa posibilidad de administrar los bienes en la forma en que los consortes quieran llevarla a cabo.

6. Respecto de los demás derechos y obligaciones, el matrimonio es una institución regulada por las leyes civiles.

Dentro de la composición matrimonial hemos de encontrar diversos elementos trascendentales, y que con el divorcio llegan a afectarse. Dicho de otra manera, que de por sí el matrimonio tiene sus propios fines y causas, frente a la posibilidad de disolverlo con otra figura como es el divorcio.

Para finalizar, esta parte quisiéramos citar las palabras del autor Rafael Rojina Villegas, quien en su momento dijo del texto que tenía el artículo 130 Constitucional antes de la reforma de 1992:

En México, el artículo 130 de la Constitución de 1917 ha declarado que el matrimonio es un contrato civil y, por lo tanto, se regula exclusivamente por las leyes del Estado sin que tengan ingerencia alguna los preceptos del Derecho Canónico. Sin embargo, debe reconocerse que para la debida interpretación de las normas que regulan los impedimentos, así como para las sanciones de nulidad, es necesario tomar en cuenta el antecedente del Derecho Canónico. Desde nuestros Códigos Civiles de 1870 y 1884 el matrimonio ha quedado totalmente reglamentado por la Ley Civil, tanto por lo que se refiere a su celebración entre el Oficial del Registro Civil competente, como en lo que atañe a la materia de impedimentos, a los casos de nulidad y a los efectos de la institución. También el divorcio ha

sido regulado por esos ordenamientos, primero bajo la forma de separación de cuerpos y después, a partir de la Ley de Relaciones Familiares de 1917 como forma que disuelve totalmente el vínculo conyugal.⁷

El contexto derivado de lo que ha sido la institución matrimonial en México, será el de digerir las experiencias básicamente europeas, y el adaptar su uso en nuestro país.

Sin lugar a dudas, este tipo de circunstancias van creando para la idiosincrasia mexicana, una idea de la institución matrimonial, que va dándole una cierta seguridad jurídica a la integración de la familia, y los derechos que dentro de ella subsisten.

Dentro de todo esto, vamos a encontrar objetivos, como es la procreación, y deberes como es el débito carnal entre los cónyuges.

De ahí que, desde el punto de vista del título de nuestra tesis, en relación con la negativa de un cónyuge a procrear, consideramos puede existir la disolución del vínculo por esta causal.

⁷ Rojina Villegas, Rafael, **Compendio de derecho civil, introducción personas y familia**, México, Editorial Porrúa, S.A., 1990 (28ª ed.), Tomo I, p. 280.

1.2. HISTORIA DEL DIVORCIO

Vamos ahora a pasar a observar en una forma breve, la forma a través de la cual, el divorcio ha llevado a cabo su evolución.

1.2.1. ÉPOCA ANTIGUA

Habíamos dicho que incluso en el Imperio Romano, en la época Clásica, llegó a conocerse y a practicarse el divorcio. El autor Guy Duty al hacer una génesis del divorcio dice:

Entre los griegos de la época Homérica el divorcio parece haber sido prácticamente desconocido, pero después se transformó en un acontecimiento diario en Grecia. Según la Ley Ática, el marido podía repudiar a su mujer cuando quisiera y sin tener que invocar motivo alguno, pero estaba obligado a devolver a la mujer a la casa de su padre con su dote. La mujer podía pedir el divorcio acudiendo al *arconte* y mencionar los motivos por los cuales quería divorciarse.

Aunque al parecer, el divorcio fue admitido legalmente en los orígenes de Roma, sin embargo los antiguos romanos no disfrutaban de esta libertad que, sin duda alguna, no coordinaba con la severidad de las costumbres primitivas. Además la mujer, sometida casi siempre a la *manus* del marido, era como una hija bajo la autoridad paterna, reduciéndose a un derecho de repudiación la facultad de divorciar en estas uniones, que solo el marido podía ejecutar y siendo por causas graves.⁸

⁸ Duty, Guy, *Divorcio y nuevo matrimonio*, Puerto Rico, Editorial Britania, 1990 (3ª ed), p. 105

Así el divorcio en el derecho antiguo, estaría inmerso, básicamente, en la potestad del marido, esto es la decisión del hombre.

Es aquí en donde podemos apreciar que la superioridad física del hombre siempre ha tenido sometida a la mujer.

La mujer, en este caso, tendría que soportar el someterse a los derechos del hombre, y como lo dijo el autor citado, solamente que fuera repudiada se tendría el derecho al divorcio.

El autor Eugenio Petit también nos explica que:

En Roma el divorcio podría efectuarse de dos maneras:

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

b) *Por repudiación*, es decir, por la voluntad de uno de los esposos, aunque sea sin causa. La mujer tiene este derecho lo mismo que el marido, excepto la mujer manumitada y casada con su patrono. Bajo Augusto, y para facilitar la prueba de la repudiación la *Ley Julia* del adulterio exige que el que intente divorciarse notifique al otro esposo su voluntad en la presencia de siete testigos, oralmente o por una acta escrita, que era entregada a una manumitido.⁹

⁹ Petit, Eugenio, *Tratado elemental de derecho romano*, México, Editora Nacional, 1990 (3ª ed.), p. 109

Si como habíamos visto el matrimonio estaba aparejado con el consentimiento en el Derecho Romano, pues simple y sencillamente el desconsentimiento, tendría que disolver el contrato efectuado. De tal naturaleza que en el alto Imperio Romano, en el esplendor de la legislación, fue conocido y estructurado el divorcio.

1.2.2. EDAD MEDIA

Con el cristianismo y el derecho canónico, el divorcio más que ser una vía de disolución o separación, era una de las causas por las cuales la pareja podría quedar incluso en manos de la Santa Inquisición.

La importancia de no separar lo que Dios ha formado, tendría que ser una de las situaciones principales por las cuales el matrimonio tendría que subsistir.

Clemente Pujol sobre este particular, nos dice:

Hemos de destacar que en el de San Juan no aparecen alusiones directas del matrimonio. Son los tres sinópticos los que afrontan la cuestión del repudio aunque de modo desigual. Lucas presenta solo breves alusiones al respecto. San Marcos y Mateo los que nos ofrecen los datos más extensos sobre todo el último, acerca del repudio *mosaico*. La importancia del asunto aparece exponer la ocasión y circunstancias en que Jesús abordó la cuestión del repudio matrimonial. A raíz de crear Dios a la pareja humana

en el paraíso, quiso que estuvieran unidos de modo indisoluble. Así lo narra el Génesis, a imagen suya el creador los bendijo diciéndoles, **procrear** y **multiplicarse** y **haced** la tierra, **someterla** y **dominar** sobre los peces del mar, sobre las aves del cielo y sobre los ganados y sobre todo cuanto vive y se mueve sobre la tierra. Es decir, que los reyes de la creación con una obligación ineludible: "La de procrear y multiplicarse".¹⁰

En la Edad Media la unión del hombre y la mujer era indisoluble, la fidelidad y el amor entre ambos tendrían que ser solo una.

Y por supuesto, la necesidad de la convivencia, prodiga en la procreación tendría que ser otro de los objetivos principales a través de los cuales la institución matrimonial tendría que darse.

En la Edad Media, debido al gran fanatismo y el gran poderío que tomó el Clero, la desvinculación de la institución matrimonial pues no pudo establecerse de otra manera mas que por la separación de cuerpos, sin que el vínculo pudiera destruirse.

1.2.3. EDAD MODERNA

Gabriel García Cantero, al hacer un relato de la situación del divorcio en la revolución francesa nos comenta lo siguiente:

¹⁰ Pujol, Clemente, **El divorcio en las iglesias ortodoxas orientales. El vínculo matrimonial**, Madrid España, Biblioteca de autores Cristianos, 1993, p. 273.

Los filósofos liberales del siglo XVIII principalmente Montesquiu y Voltaire atacan el principio de la indisolubilidad matrimonial en nombre de la libertad la cual, no podría enajenarse en un compromiso perpetuo. Sus ideas son asumidas por la revolución y al proclamar la Constitución de 1791, que el matrimonio solamente era un contrato civil, se saca la consecuencia de que puede resolverse por mutuo acuerdo como cualquier otro contrato. La ley del 29 de septiembre de 1792, no solo admite el divorcio por causas determinadas en virtud de sentencia, sino también por mutuo consentimiento y por la incompatibilidad de caracteres, alegada por uno de los cónyuges, lo que constituía una forma de repudio.

Se dice que las consecuencias no se hicieron esperar, y que para el año de 1798, el número de divorcios superó al de matrimonios. Los autores del Código Civil estaban divididos en esta materia. Se acepto un criterio transaccional suprimiéndose el divorcio por voluntad unilateral. Se conservó el divorcio por mutuo disenso si bien sometido a condiciones no restrictivas, y se reducen a tres las causas de divorcio por sentencia judicial, haciendo costoso y complicado el procedimiento.¹¹

El régimen en los pueblos europeos, y principalmente los occidentales, va a introducir una desvinculación total de la institución matrimonial.

En Europa se empezó a formar un derecho a través del cual el vínculo matrimonial era el que se destruía. Lo mismo paso en los países germánicos e italianos y, por supuesto, en los anglosajones.

¹¹ García Cantero, Gabriel, *El divorcio en los estados modernos*, México, Editorial Trillas, 1992 (3ª ed.), p.435

En los Estados Unidos, el divorcio también iba a generar la desvinculación y, por lo mismo, la disolución del vínculo iba a concretarse en una forma fácil.

En nuestro país, tal y como lo asevera el autor Rafael Rojina Villegas de quien transcribimos sus conceptos en el inciso 1.1.3, el matrimonio que disolvía el vínculo aparece en la Ley de Relaciones Familiares de 1917 –con antecedentes en la Ley de Divorcio Vincular de 1914- a diferencia de los Códigos de 1870 y 1884, que solo reconocieron la separación de cuerpos sin disolución del vínculo matrimonial.

Ahora bien, el autor Manuel Chávez Asencio, en el momento que nos habla de la situación en México Contemporáneo, nos dice lo siguiente:

“El artículo 75 de la Ley Sobre Relaciones Familiares (1917), establecía que el divorcio disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en actitud de contraer otro”. El divorcio por separación de cuerpos se relego a segundo término, quedando como excepción relativa la causal señalada en la fracción IV del artículo 76 que se refería a enfermedades crónicas e incurables, contagiosas y hereditarias, dejando a la voluntad del cónyuge sano pedir el divorcio vincular o la simple separación del lecho y la habitación. El artículo 102 prevenía que los cónyuges recobraban su entera capacidad de contraer matrimonio, salvo lo dispuesto por el artículo 140 y cuando el divorcio se hubiera decretado por causa de adulterio, pues en este caso el cónyuge culpable no podía contraer matrimonio sino después de pasados dos años de pronunciar la sentencia;

En el Código Civil vigente el artículo 266, reproduce, en su párrafo primero, el artículo 75 de La Ley Sobre Relaciones Familiares. (1917).¹²

Una de las primeras observaciones que debemos de subrayar, es el hecho de la disociación del vínculo que se forma.

A la luz de lo que hasta este momento hemos podido decir, tanto del matrimonio como el divorcio, han tenido un tratamiento distinto dependiendo siempre de la época y de las circunstancias. Sin lugar a dudas, el hecho de que desde el punto de vista religioso se fije un rito para la celebración de la unión conyugal es muestra de la gran importancia que tiene la formación de la familia, y el objetivo de la procreación.

La Biblia ordena al hombre el creced y multiplicaos. Según esta idea religiosa, la obligación del ser humano tendría que ser multiplicarse, no importando si existe el vínculo matrimonial o no. La idea básicamente era multiplicarse para crear la población como origen de los Estados. Claro esta, que estas son situaciones bíblicas que de alguna manera están dadas a la fe de cada persona.

Ahora bien, todo lo que sobreviene respecto de los efectos del matrimonio tanto entre los cónyuges como el estado de familia, el

¹² Chávez Asencio, Manuel, **La familia en el derecho, relaciones jurídicas conyugales**, México, Editorial Porrúa, S.A., 1990 (2ª ed.), p.427.

parentesco y, por supuesto, la filiación, formarán ese vínculo que desde el punto de vista canónico se trata de fortalecer y solidificar.

Evidentemente, la ayuda familiar y el auxilio dentro de la familia y la solidaridad que deben de existir, van transformándose a medida que la sociedad va evolucionando hacia tal o cual sistema.

En este momento, podemos pensar en los países altamente industrializados, en donde la pareja sale a trabajar, y en muchas de las ocasiones ni siquiera se ocupan de procrear; es mas ni siquiera la institución matrimonial esta en boga, sino que a través de un concubinato pasan de una pareja otra sin mayores problemas. Asi, el hecho de procrear en la época contemporánea, principalmente para las regiones altamente industrializadas, es en sí una carga y una responsabilidad que muchas de las personas no quieren tener.

Por otro lado, en el momento en que se tiene un descendiente, tanto la madre como el padre, han de salir a trabajar, dejando sin ese afecto, sin ese cariño al producto de su ayuntamiento y con esto, el niño se empieza a formar dentro de guarderías, o bien con la tía, con la abuela, o en otro tipo de instituciones que definitivamente no están de acuerdo con el afecto y la solidaridad familiar que debe de existir.

Incluso en nuestro país, debido al impulso de la mujer hacia el trabajo esto ha provocado que la pareja deje vacío el afecto hacia sus

hijos, dejándolos en custodia con cualquier otra persona, y por lo mismo la afectando su desarrollo a futuro.

Es lamentable, que tenga que sacrificarse un valor tan importante como es el desarrollo de un nuevo individuo, falto de cariño, de afecto, de comprensión dentro de la familia, todo porque los padres, tratan de lograr mayores riquezas, supuestamente, para el propio niño. En esa búsqueda el sacrificio es inmenso, debido a que los estragos que se llevan a cabo tienen un carácter irreversible, en virtud de que el menor de edad sigue avanzando en su formación, principalmente de su personalidad.

CAPITULO II

MATRIMONIO Y DIVORCIO EN EL DERECHO CIVIL MEXICANO

El objetivo principal de este segundo capítulo será establecer, en forma dogmática y doctrinaria, los conceptos que rodean a la institución matrimonial y la forma de disolución de la misma como es el divorcio.

Hemos dividido el presente capítulo en dos, una primera parte para el matrimonio y una segunda el divorcio.

2.1 MATRIMONIO

Debemos de hablar del matrimonio como una institución, y no como un contrato o bien como un vínculo; esto lo decimos en virtud

de que con el matrimonio, se va a empezar a formar diversos derechos y obligaciones que surgen dentro de la familia que se forma.

Veremos situaciones de parentesco, de filiación, situaciones de sucesiones hereditarias, etcétera.

Es tan importante el matrimonio, que debemos de observarlo desde un punto de la seguridad jurídica que ofrece no solamente a los cónyuges, sino a todos y cada uno de los miembros que componen la familia que surge de ese matrimonio.

De hecho, en comparación con lo que es la unión libre o el concubinato, deberemos de tomar muy en cuenta, la fórmula protocolaria y solemne que se lleva a cabo para que los cónyuges, manifiesten su consentimiento para unirse en un vínculo con otra persona, y se establezca la relación conyugal.

Esto es importante, y tenemos que verlo desde el punto de la seguridad jurídica, puesto que, frente al concubinato y cualquier unión libre, estas últimas de alguna manera van a fomentar una desorganización social; dicho de otra manera que las uniones libres, por su fragilidad pueden caer en la desunión, provocando una cierta incertidumbre en su desarrollo y, por supuesto, en lo que es en sí la evolución tanto de la familia que se forma como de la sociedad a la cual pertenece. De ahí que uno de los conceptos que vamos a manejar es el concepto de seguridad jurídica, en virtud de que el

matrimonio ofrece seguridad jurídica a los consortes, debido a que crea todo un ámbito de derecho entre ellos.

Ahora bien, antes de pasar al siguiente inciso en donde hablamos del concepto de matrimonio, quisiéramos citar al autor Rafael Preciado Hernández quien de la seguridad jurídica nos dice lo siguiente:

Es la garantía dada al individuo de que su persona, sus bienes y sus derechos no serán objetos de ataques violentos, o que, si éstos llegan a producirse, le serán asegurados por la sociedad, protección y reparación. En otros términos esta en seguridad aquel que tiene la garantía de que su situación no será modificada sino por procedimientos societarios, y por consecuencia, regulares, legítimos y conforme a la ley.¹³

Nótese como la seguridad jurídica, nos dice que existen leyes, que existen reglamentos para que la sociedad en su conjunto, pueda organizarse suficientemente, pueda incluso llevar acabo su permanencia, su perpetuación biológica como es el procrear dentro de la familia.

Y dentro de todas esas relaciones conyugales y familiares, existirán esas reglas de derecho jurisdiccional que les permitirán invocar ante el juez su observación en una forma coercitiva. Dicho de otra manera, que no basta que exista la norma escrita, sino que sea

¹³ Preciado Hernández, Rafael, *Lecciones de filosofía del derecho*, México, Editorial Ius, 1998 (21ª ed.), p.233.

eficaz de tal manera que la propia seguridad jurídica le otorga a la persona esa posibilidad directa de poder ejercitar sus derechos a través de un órgano jurisdiccional en este caso el juez familiar.

Desde un ángulo bastante extenso vamos a tomar ese concepto de seguridad jurídica, para tratar de explicar los conceptos de matrimonio, y la forma en que dicho matrimonio ha de conceptuarse a través de nuestra legislación.

2.1.1 CONCEPTO DE MATRIMONIO

En sí, la institución matrimonial, se puede identificar con esa manifestación de la voluntad de los consortes delante de aquel que la ley le otorga la facultad para dar fe de la unión de la pareja, y de que la misma tiene esa voluntad de unirse.

La sagrada institución del matrimonio, va a encontrar diversas acepciones que van desde lo que sería el llamado contrato hasta la institución matrimonial.

Joaquín Escriche al definir el matrimonio dice que es:

La sociedad legítima del hombre y de la mujer, que se unen con un vínculo indisoluble, para perpetuar su especie, ayudarse a llevar el peso de la vida y participar en una misma suerte. El matrimonio, que por su origen es un contrato, ha sido elevado a la dignidad de sacramento: se trata de una

institución social que es la base principal de la civilización por ello, mereció por muchas de las razones ser santificada. Al matrimonio religioso preceden algunas veces los esponsales, pero siempre ha de preceder para contraerle la licencia del padre, madre, abuelo, paterno o materno, tutor o juez, si los contrayentes son menores; y así mismo la publicación de las amonestaciones o proclamas en la parroquia, no sólo para que llegue a noticia de todos, sino también para que se manifiesten los impedimentos que pudiera haber.¹⁴

Lo que dice el autor citado esta totalmente reflejado en la evolución misma de la historia del matrimonio.

Evidentemente, en la actualidad el matrimonio ya no es un vínculo indisoluble cuando menos para la sociedad mexicana; ya que, como hemos visto, a partir de la Ley de Divorcio Vincular de 1914, puede disolverse en México.

Ahora bien, dice el autor citado que se forma una sociedad; y esto realmente es cierto, ya que vamos a encontrar en esta unión, la posibilidad de la pareja de identificarse en intereses, en criterios de valor, convirtiéndose en una solidaridad familiar para brindarse el socorro mutuo tanto en casos extremos como en su vida cotidiana.

En tal forma, que esa unión matrimonial entre un hombre y una mujer debe de llevar a cabo un objetivo que es el que hemos estado

¹⁴ Escriche, Joaquin, **Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia**, México, Cárdenas Editor y Distribuidor, 1996 (3ª ed.), Tomo II, p. 1204

buscando en cada uno de los conceptos que hemos vertido, y que es el de la perpetuación de la especie.

Así mismo, el autor citado, nos lleva al concepto de llevar el peso de la vida y a participar de la misma suerte; situaciones que definitivamente son trascendentales para el concepto matrimonial, ya que en muchas de las ocasiones, el tratar de llevar la misma suerte, pues simple y sencillamente, hace que la pareja, camine por separado y esto puede llevar a la disolución del matrimonio o la separación de hecho de dicha pareja.

Otro autor, Arturo Carlo Jemolo, sobre el concepto de matrimonio explica:

Que en la enseñanza católica, es unánime que el matrimonio es originalmente un contrato natural regulado por las leyes del derecho natural al que se agregan las prescripciones del derecho divino positivo. La misma razón natural proclama el origen divino del matrimonio y la ley natural que hay que abstenerse de todo lo sexual fuera del matrimonio legítimo. La respuesta a la esencia del matrimonio es fácil de dar para quien sé sitúe en el sólido terreno del derecho natural. Podrán los diversos intérpretes del derecho natural o las diversas doctrinas religiosas no armonizar entre sí, pero cada cual tiene la visión de un modelo ideal del matrimonio frente al que no se dan mas que desviaciones, desviaciones que cuando recaen sobre puntos esenciales del instituto, hacen que no se tenga ya un vínculo matrimonial, sino otro tipo de vínculo indiferente para el derecho, o con la mayor frecuencia reprobado por él.¹⁵

¹⁵ Carlo Jemolo, Arturo, Op. Cit., pp.2 y 3.

Esta sería una de las ocasiones en donde observamos que se habla del matrimonio como un contrato. Evidentemente, que es bastante cuestionable el hecho de que se diga que el matrimonio es un contrato, en virtud de que la voluntad de las partes en los contratos hace las reglas y las cláusulas, y puede modificarlas a su antojo, siempre y cuando exista licitud en el objeto y, por supuesto, la voluntad de las partes. En cambio, en el matrimonio es la ley la que sustituye totalmente la voluntad de las partes, y por esta razón, no se puede hablar en sí de un contrato en su totalidad; pero, puede citarse como contrato en lo referente a la regulación de los bienes, pues se les permite a los cónyuges el poder decidir la manera en que los han de administrar.

Desde este ángulo, vamos a pasar a observar la forma en que nuestro Código Civil para el Estado de México regula este tipo de instituciones.

2.1.2 REGULACIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL PARA EL ESTADO DE MÉXICO

El Código Civil para el Estado de México define el matrimonio en su artículo 131 como: "la unión legítima de un solo hombre y una sola mujer, para procurar la procreación de los hijos y ayudarse mutuamente"

Así mismo, establece los requisitos para contraer el matrimonio y por supuesto los derechos y obligaciones que nacen de la institución matrimonial; solamente habla del contrato de matrimonio con relación a los bienes al abrir la posibilidad para que los cónyuges puedan elegir entre una sociedad conyugal en donde los bienes se adquieran en común, o bien una separación de bienes, en donde cada uno tendrá para sí la propiedad de los bienes que vayan adquiriendo; o bien una situación mixta o incluso las posibilidades de capitular respecto de un bien.

Desde el punto de vista de la administración de bienes, consideramos que el Código Civil en comento denomina contrato al matrimonio, pero con relación a lo demás no podemos hablar de lo que sería un contrato. También, hace referencia de los elementos de existencia y de validez para que pueda llevarse a cabo válidamente la institución matrimonial.

2.1.2.1 ELEMENTOS DE EXISTENCIA

Desde el punto de vista de la teoría del acto jurídico, los elementos de existencia serán aquellos que le dan vida al acto y a la relación creada por él, y que sin los mismos el acto no produciría sus efectos de derecho y, por supuesto, quedaría como no existente.

El autor Francisco Lozano Noriega, expresa:

Que la validez de los contratos puede estar afectada en un momento dado cuando los elementos de existencia y de validez hayan sido perjudicados; así tenemos para que exista definitivamente ese acuerdo mutuo de voluntades, se requerirán: a) la voluntad, y b) el objeto. Y, frente a estos, encontraremos otros requisitos valederos que llegan a producir los efectos de derecho, pero provocando una nulidad relativa como son los elementos de validez y que están representados por: a) los vicios en el consentimiento, b) la lesión, c) la incapacidad, d) la licitud, y e) la falta de forma.¹⁶

Desde el punto de vista de los elementos de existencia, será en principio la voluntad la que debe de expresarse de una forma libre y espontánea.

Así, vamos a encontrar que para que esta voluntad pueda expresarse suficientemente, la ley exige situaciones tan especiales como es la libertad en la voluntad.

Sin lugar a dudas, para cualquier acto jurídico, la voluntad es una de las situaciones trascendentales que de alguna manera, van a darle al acto la posibilidad de existencia.

Por lo que tenemos que este elemento esencial, de alguna manera puede estar viciado en relación con la edad de uno de los contrayentes, que este último sea menor de edad; éstas son situaciones respecto de los vicios en la expresión de la voluntad, que veremos en el siguiente inciso. La necesidad es en principio, la

¹⁶ Lozano Noriega, Francisco, **Contratos**, México, Asociación Nacional del Notariado Mexicano, 1990 (3ª ed.), p. 46.

posibilidad de una cierta voluntad que deba de expresarse necesariamente ante el juez que ha de llevar a cabo el enlace nupcial.

Sobre el particular, Luis Vela nos explica lo siguiente:

El consentimiento es necesario en nuestro régimen legal para la existencia del matrimonio. El juez del Registro Civil después de dar lecturas previas, y de identificar a los pretendientes, preguntará a cada uno de los pretendientes si es su voluntad unirse en matrimonio, y si están conformes los declarará unidos en nombre de la ley y la sociedad; se manifiesta externamente la declaración de uno y otro de los esposos de querer tomarse como marido y mujer; el consentimiento será de los dos, como personas que se entregan y se aceptan; se dan y se reciben como personas; no es que se entreguen simplemente un derecho a algo, al cuerpo ni al cuerpo orientado a la procreación, son ellos los que como personas se dan y se reciben en orden de integrar una comunidad íntima de vida y de amor. Se entregan con la finalidad sobre todo omnitibus y personalizante, la unión de dos personas, una unión para personalizarse ellos, para enriquecerse mutuamente, como personas, para enriquecer la una desde la otra, la una con la otra; pero un enriquecimiento tan integral que las complementa y exige que se unifiquen y se den todos los aspectos vinculados a todos los fines vinculados también a su misma sexualidad; una sexualidad que es un modo completísimo de personalidad mutua, pero una personalización en cuanto a esposos y en cuanto a padres puesto que se abre generosamente la vida y entonces quedan constituidos en una fuente de sociabilidad, estado y de Iglesia.¹⁷

¹⁷ Vela, Luis, *Antropología actual en el matrimonio*, México, Editorial Arzobispado Primado de México, 1997 (3ª ed.), p 69

Tenemos, en nuestra propia legislación, que estas serán situaciones que requieren de una forma solemne especial; de tal naturaleza, que a la definición que el autor Francisco Lozano nos dio respecto de los elementos de existencia del contrato, en este caso debemos agregarle en el caso del matrimonio como acto jurídico, otro elemento de existencia como es la solemnidad.

La propia legislación establece fórmulas solemnes y protocolarias incluso al Juez del Registro Civil. El artículo 132 del Código Civil para el Estado de México al respecto precisa:

"El matrimonio debe celebrarse ante los oficiales del Registro Civil y con las formalidades que establece la ley ."

Podemos citar el contenido del artículo 95 del Código Civil para el Estado de México, el cual a la letra dice:

"En el lugar, día y hora, designados para la celebración del matrimonio deberán estar presentes ante el oficial del Registro Civil, los pretendientes o su apoderado especial constituido en la forma prevenida en artículo 44 y dos testigos por cada uno de ellos que acrediten su identidad.

Acto continuo, el oficial del Registro Civil leerá en voz alta la solicitud del matrimonio, los documentos que en ella se hayan presentado y las diligencias practicadas, e interrogará a los testigos acerca de si los pretendientes son las mismas personas a que se refiere la solicitud. En caso afirmativo, preguntará a cada uno de los pretendientes si es su

voluntad unirse en matrimonio, y si están conformes, los declarará unidos en nombre de la ley y la sociedad."

El momento es definitivamente solemne, de ahí, que independientemente que el oficial del Registro Civil está obligado a preguntar expresamente en forma pública la voluntad de los contrayentes y ellos a su vez manifestarse en forma pública y de viva voz, esto hace que el rito y la solemnidad tengan una expresión libre que permita a los testigos y a los asistentes notar la voluntad inmediata entre los consortes.

Otro de los elementos que debemos distinguir como de existencia, es sin lugar el objeto.

Ya nos especificaba el autor Francisco Lozano Noriega al hablarnos del contrato general, que el objeto tendría que ser posible.

Tenemos que como acto jurídico, el objeto mismo es un hecho a través del cual se va a llevar a cabo una obligación tanto de hacer como de un no hacer, así tenemos como el hecho y el objeto van a tener un aspecto positivo como uno negativo.

Sobre de este particular Manuel Chávez Asencio nos ofrece los siguientes comentarios:

He dicho que el derecho de familia lo podemos considerar como el conjunto de normas jurídicas de un fuerte contenido moral y religioso, que

autoridad especializada, sino también va a corresponder a aquellos actos registrables en donde el levantamiento de acta quedará protocolizado y de esa manera va a causar sus efectos.

Así, la solemnidad que reviste a la institución del matrimonio es una de sus peculiaridades que como elemento de existencia debemos de citar.

2.1.2.2 ELEMENTOS DE VALIDEZ

Habíamos visto, como uno de los elementos de validez, podría ser los vicios en el otorgamiento del consentimiento.

Definitivamente, pueden existir diversos vicios para otorgar esa voluntad de manera libre y espontánea.

Los artículos 134 y 135 del Código Civil para el Estado de México, tratan de reglamentar que ese consentimiento deba otorgarse plenamente. En el caso de los menores de edad, dichos los artículos establecen:

"Artículo 134. - Para contraer matrimonio, el hombre necesita haber cumplido dieciséis años y la mujer catorce. Los presidentes municipales pueden conocer dispensas de edad por causas graves y justificadas.

Artículo 135.- El hijo o la hija que no hayan cumplido dieciocho años, no pueden contraer matrimonio sin consentimiento de su padre y de su madre, si vivieren ambos, o del que sobreviva. Este derecho lo tiene la madre, aunque haya contraído segundas nupcias, si el hijo vive con ella. A falta o por imposibilidad de los padres, se necesita el consentimiento de los abuelos paternos, si vivieren ambos, o del que sobreviva, a falta o por imposibilidad de los abuelos paternos, si los dos existieren, o del que sobreviva, se requiere el consentimiento de los abuelos maternos.”

Hay reglas para el otorgamiento del consentimiento, así faltando los que ejerzan la patria potestad, vamos a necesitar el consentimiento de los tutores, y faltando éstos entonces el juez de primera instancia de la residencia del menor, puede otorgar dicho consentimiento.

Por otro lado, el ascendiente o tutor que ha prestado su consentimiento firmado a la solicitud respectiva, debe necesariamente ratificarla ante el Oficial del Registro Civil, ya que después no podrá revocar dicha firma a menos que exista una justa causa para ello.

También encontramos en materia matrimonial la necesidad de que no hayan impedimentos para celebrarlo que puedan afectar su validez. Al respecto el artículo 142 del Código Civil para el Estado de México a la letra dice:

Artículo 142.- Son impedimentos para celebrar el contrato de matrimonio:

- I. La falta de edad requerida por la ley, cuando no haya sido dispensada;*

- II. *La falta de consentimiento del que, o los que, ejerzan la patria potestad, el tutor o el Juez en sus respectivos casos;*
- III. *El parentesco de consanguinidad legítima o natural sin limitación de grado en la línea recta, ascendiente o descendiente. En la línea colateral igual, el impedimento se extiende a los hermanos y medios hermanos. En la colateral desigual, el impedimento se extiende solo a los tíos y sobrinos siempre que estén en tercer grado y no hayan obtenido dispensa;*
- IV. *El parentesco de afinidad en línea recta, sin limitación alguna;*
- V. *El adulterio habido entre las personas que pretendan contraer matrimonio, cuando ese adulterio haya sido judicialmente comprobado;*
- VI. *El atentado contra la vida de alguno de los casados, para contraer matrimonio con el que quede libre;*
- VII. *La fuerza o miedo graves. En caso de rapto, subsiste el impedimento entre el raptor y la raptada, mientras está no haya sido restituida a lugar seguro, donde libremente pueda manifestar su voluntad;*
- VIII. *La embriaguez habitual, la morfinomanía, la eteromanía y el uso indebido y persistente de las demás drogas enervantes. La impotencia incurable para la cópula, la sífilis, la locura y las enfermedades crónicas e incurables, que sean, además contagiosas o hereditarias;*
- IX. *El idiotismo y la imbecilidad, y*
- X. *El matrimonio subsiste con persona distinta de aquella con quien se pretenda contraer.*

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

Invariablemente, estos impedimentos son causas de nulidad de la institución matrimonial. Algunos de ellos pueden llegar afectar la idea de procreación como es la fracción octava con relación a la

impotencia incurable para la cópula, que ya encontramos como antecedente señalándose como impedimento para celebrar el matrimonio.

Así tenemos que desde el punto de vista de los elementos de validez, pues realmente pueden existir vicios y pueden existir otras situaciones que nulifiquen totalmente el acto.

Tal vez, sería cuestión de fijar ahora las diversas consecuencias que acarrea la nulidad en el momento en que no se tiene la capacidad para contraer matrimonio, ya que aquí no solamente vamos a encontrar la incapacidad que señala la fracción II del artículo 432 del Código Civil para el Estado de México, sino también, la que quisiéramos subrayar es la aptitud para la cópula.

El autor Nestor de Buen Lozano, al hablarnos sobre este particular, menciona lo siguiente:

La capacidad de goce alude la aptitud para la cópula entre los contrayentes, que la ley fija en la edad requerida para contraer matrimonio a la salud física y mental de los contrayentes, y a la no existencia de hábitos viciosos como la toxicomanía o el alcoholismo; en cuanto a la capacidad para celebrar el acto del matrimonio, el menor de edad requiere del consentimiento de quien ejerce sobre de ellos la potestad y la tutela...¹⁹

¹⁹ Buen Lozano, Nestor de, *El consentimiento en el matrimonio de menores*, Dentro de: "Estudios jurídicos en homenaje a Manuel Borja Soriano,"; México, Universidad Latinoamericana, Porrúa, 1989 (10ª ed.), p 269

Conforme a lo dicho por el autor citado, respecto de la ponencia en este trabajo de tesis, se va elevando en virtud de que si uno de los cónyuges se niega a procrear se ataca ya el objetivo del matrimonio. "Basado en la posibilidad de procrear hijos."

2.1.3 FINES DEL MATRIMONIO

Para analizar debidamente los fines matrimoniales, hemos de considerar el contenido de los artículos 131 y 133 del Código Civil para el Estado de México los cuales a la letra dicen:

"Artículo 131. El matrimonio es la unión legítima de un solo hombre y una sola mujer, para procurar la procreación de los hijos y ayudarse mutuamente"

"Artículo 133. Cualquier condición contraria a los fines esenciales del matrimonio, se tendrá por no puesta."

Dentro de lo que son los fines matrimoniales, encontraremos desde luego principalmente:

- 1) El respeto, la igualdad y la ayuda mutua.
- 2) El procrear hijos

Sobre de este particular, Ignacio Galindo Garfías nos ofrece los comentarios siguientes:

La perpetuación de la especie y la ayuda recíproca entre los cónyuges para realizar los fines individuales y particulares o para compartir su destino común, no agota ciertamente, el concepto esencial del matrimonio. La ayuda mutua, la perpetuación de la especie, el destino común de los cónyuges, pueden ser los motivos para celebrar el matrimonio; todos ellos pueden realizarse mas o menos satisfactoriamente fuera del matrimonio. Lo esencial en el matrimonio, desde luego es el punto de vista jurídico, radica en que a través de él, la familia como grupo social, encuentra adecuada organización jurídica; la seguridad y la certeza de las relaciones entre los consortes, la situación y estado de los hijos, de sus bienes y sus derechos familiares. El estado del matrimonio, a través de la seguridad y la certeza que le imparte el derecho, fortalece al grupo familiar y permite que cumpla las finalidades sociales éticas y aún económicas que le competen dentro de la comunidad.²⁰

Mas claramente, no puede existir una consideración tan tajante como la hecha por el autor citado. La perpetuación de la especie y la ayuda recíproca a través de un destino común, así como la igualdad y el respeto son en sí la fórmula ideal a través de la cual, los consortes ligan sus vidas.

De hecho, como ya pudimos observar, el hecho de estar impedido para procrear, es en sí ya un impedimento para la celebración del acto matrimonial.

²⁰ Galindo Garfias, Ignacio, **Derecho civil**, México; Editorial Porrúa S.A. , 1991 (11ª ed.), p 460.

2.1.4 DERECHOS Y OBLIGACIONES DERIVADOS DEL MATRIMONIO

Definitivamente, hemos estado hablando del matrimonio mas que como un contrato, como una institución, como un acto jurídico, como un vínculo, y quisiéramos decir que desde el momento en que la pareja manifiesta su consentimiento ante del Juez del Registro Civil y firma el acta correspondiente, en ese momento, se crea un rango de certeza con relación a los propios consortes, a la situación y estado de los hijos, a los bienes y por supuesto a los derechos familiares.

Así, inicialmente ambos cónyuges están obligados a contribuir cada uno por su parte a los fines del matrimonio y a respetarse mutuamente.

Para esto, los cónyuges tienen la obligación de vivir juntos en un domicilio conyugal. Este domicilio será el lugar en donde disfruten de autoridad propia, en situaciones igualitarias.

Ahora bien, los cónyuges deberán contribuir económicamente al sostenimiento del hogar, a su alimentación, y a la de los hijos, así como a la educación de los hijos, sin perjuicio de distribuirse la carga en la forma y proporción que acuerden dependiendo siempre de sus posibilidades. Por lo que aquél que se encuentre incapacitado para trabajar, pues simple y sencillamente dependerá del otro.

Todos los derechos y obligaciones que nacen del matrimonio, serán siempre iguales para los cónyuges e independientes de su aportación económica para el sostenimiento del hogar.

En la vida doméstica la mujer y el hombre tendrán en el hogar autoridad y consideraciones iguales, para el manejo y administración de los bienes.

Los cónyuges podrán desempeñar cualquier actividad siempre que sea lícita en caso de desacuerdo podrán concurrir ante el juez de lo familiar.

Desde el punto de vista de la seguridad jurídica, se crea un cúmulo de derechos y obligaciones entre los consortes, que deben cumplir, y que ni siquiera en estos tuvieron alguna ingerencia para poderlos modificar en alguna cláusula o situación semejante, solo en relación con los bienes; pero con relación a las personas y a la filiación es la ley la que fija las normas sustituyendo la voluntad de las partes.

Surge una idea que para el derecho se le denomina el estado del matrimonio, que es un estado civil de este, el autor Marcel Planiol nos comenta lo siguiente:

El complejo de relaciones de derecho que surgen de la celebración del matrimonio, se caracteriza porque su regulación escapa a la voluntad de las partes; es decir las disposiciones normativas aplicables son irrenunciables. Los convenios que los cónyuges establezcan en contrario a los fines

naturales del matrimonio, carecen de todo efecto jurídico. La conducta de los cónyuges debe conformarse a las normas jurídicas establecidas por el derecho positivo, sin posibilidad alguna de que por la voluntad de las partes, los cónyuges puedan sustraerse al cumplimiento de los deberes que son parte integrante y forman la esencia de la institución. Los derechos correlativos son irrenunciables. Se habla no de obligación propiamente sino de deberes jurídicos, no de derechos subjetivos sino de potestades, en la medida en que, la regla de conducta permisiva o prohibitiva que deben de observar los cónyuges, deriva directamente del orden jurídico, ya para exigir una prestación del otro cónyuge, ya para interferir válidamente en la esfera de acción de este último.²¹

Si como hasta este momento hemos podido observar una de las posibilidades propias de la institución matrimonial es la procreación, por la vida en común que se da entre los cónyuges, entonces dentro de los derechos y obligaciones que van naciendo, uno de los deberes más que derechos, es el acceso carnal para lograr la procreación.

El débito carnal, es en sí el medio adecuado idóneo a través del cual, se ha de lograr uno de los fines específicos de la unión matrimonial como es la perpetuación biológica de la familia.

Tenemos que fuera de lo que es la institución matrimonial, también encontraremos una cierta procreación que definitivamente es ilícita, pero la misma llega a carecer de la seguridad jurídica que es propia de la institución matrimonial, y que le da a dicha institución un

²¹ Planiol, Marcel, **Tratado práctico del derecho civil**, Traducción de Mario Díaz Cruz, México, Editorial Harla, Edición de 1992, p 254.

la necesidad de que los cónyuges tuviesen la capacidad no solamente de ejercicio, sino la capacidad de poder procrear como uno de los requisitos de la institución matrimonial.

De hecho, la impotencia hasta resulta ser un impedimento para contraer matrimonio, de ahí, que no entendemos el porque, dentro del artículo 253 del Código Civil para el Estado de México no se establece también la posibilidad de que cuando existe una negativa sin causa justificada por uno de los cónyuges a procrear, pues esto sea causal de divorcio, dado que no se está cumpliendo uno de los fines por los cuales se llevo a cabo la institución matrimonial.

Dando como resultado, que dentro de los mismos derechos y obligaciones que se derivan del matrimonio, estará el acceso carnal y la fecundidad que de éste pueda surgir.

El estado de matrimonio va a formar, en principio, derechos y obligaciones para cada uno de los cónyuges dentro del matrimonio.

2.2 DIVORCIO

Ya en lo que fue el inciso 1.2, veíamos algunas situaciones sobre el desarrollo histórico del divorcio.

Evidentemente, que en las diversas épocas y sociedades, el tratamiento del divorcio, ha sido muy diferente.

La forma de repudiación, principalmente del hombre hacia la mujer, es en si una muestra mas del dominio que tenía el hombre sobre la mujer.

En lo que ha sido el desarrollo histórico del divorcio, inicialmente podemos denotar que es el hombre el que repudia a la mujer, como es el caso tradicional en el Derecho Romano, en donde incluso el hombre a través de los esponsales era propietario de la mujer.

Luego, pudimos observar que en el desarrollo histórico, con la religión católica, principalmente, se va a fijar un vínculo indisoluble, que tratara que la pareja siga adelante con la misma suerte a pesar de todas las vicisitudes que pudiesen encontrar en su camino.

Esta circunstancia es sobrepasada por la idea civilista, y llegamos ya a conocer el divorcio tal y como hasta nuestros días lo podemos palpar, como una fórmula a través de la cual se disuelve el vínculo matrimonial, dejando a los cónyuges en aptitud de contraer un nuevo matrimonio.

autodeterminación, tiene necesariamente una tasa de divorcio elevada, pero ésta no tiene porque ser más alta que en otro tipo de sociedad.²² .

Este autor, al definir al divorcio como una válvula de escape, pudiese asemejar el matrimonio con una olla express apunto de estallar. Las circunstancias que plantea el autor citado, son profundas.

La pareja pudo no llegar a conocerse suficientemente,

Ahora bien, si queremos tomar en cuenta una definición que satisfaga completamente nuestras intenciones, pues tendríamos que utilizar la legal, así tenemos que el artículo 252 del Código Civil para el Estado de México, establece:

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

Como puede observarse, dentro de ese complejo mundo de la legislación, encontremos elementos subjetivos y elementos normativos.

En principio, la disolución de un vínculo que no es tangible por un lado como un elemento subjetivo y por el otro la necesidad de una separación de cónyuges como un objeto material de la intención de divorcio.

²² Goode, William, *La crisis de la institución familiar*, México, Salvat Editores, 1994 (1ª ed.), pp 16 y 17.

y si no se dan, simple y sencillamente, no se puede decretar ningún divorcio.

Este es el punto y meollo de nuestra propuesta, en virtud de que en las causales de divorcio, que veremos en el inciso 2.2.5, en ninguna de éstas el hecho de negarse a procrear llega hacer causal de divorcio, siendo la procreación uno de los objetivos del matrimonio como ya ha quedado establecido.

Nuestro Código Civil en estudio sujeta a requisitos específicos al divorcio. Así, no podrá decretarse ningún divorcio si no después de llevado a cabo un cierto procedimiento específico en donde se sigan las formalidades del procedimiento.

El autor Benjamín Flores Barroeta al hablarnos también de la situación del divorcio en el Código Civil explica:

El divorcio es la disolución del vínculo del matrimonio, en la vida de los cónyuges, por una causa posterior a su celebración, y deja a los mismos cónyuges en aptitud de contraer uno nuevo... El matrimonio constituye la base de la familia en una sociedad organizada. En consecuencia, la cohesión y estabilidad del cuerpo social, exigen que el matrimonio se sustente sobre bases firmes y que la unión de los cónyuges subsista durante la vida de los consortes. Esta exigencia social se impone, en interés del cuidado y educación de los hijos. El divorcio, disolviendo el matrimonio, destruye al mismo tiempo el grupo familiar y por ello, priva a los hijos del

medio natural y adecuado para su mejor desarrollo físico, moral e intelectual.²⁴

En principio, en la realidad debe darse una causal de divorcio únicamente de las establecidas en la propia ley por el artículo 253 que veremos en el inciso 2.2.5, o en el mutuo consentimiento.

2.2.3 CLASES DE DIVORCIO

Hemos estado hablando respecto de lo que sería el procedimiento en el divorcio, esto, nos obliga a decir cuáles serían las clases de procedimiento en el que debería someterse la decisión con relación a la necesidad de la disolución del vínculo matrimonial; así como nuestra legislación, acepta dos clases como son:

- a) Divorcio voluntario;
- b) Divorcio necesario.

Debido a la importancia y complejidad de cada uno de estos, sentimos necesario separarlos para su estudio.

²⁴ Flores Barroeta, Benjamín, *Lecciones de primer curso de derecho civil*, México, Editorial Porrúa S.A., 1990 (10ª ed.), p 382.

2.2.3.1 DIVORCIO VOLUNTARIO

El Código Civil para el Estado de México, hace referencia al divorcio voluntario en el artículo 257 al establecer:

“Los cónyuges pueden divorciarse por mutuo consentimiento ocurriendo al juez competente en los términos que establezca el Código de Procedimientos Civiles”.

Tomando como referencia el artículo 266 del Código Civil para el Distrito Federal establece en su segundo párrafo que el divorcio:

“Se clasifica en voluntario y necesario. Es voluntario cuando se solicita de común acuerdo por los cónyuges, y se substanciará administrativa o judicialmente, según las circunstancias del matrimonio”

El divorcio voluntario da pie para que ambas partes, deban por fuerza manifestar plenamente su consentimiento de disolver el vínculo.

Ese consentimiento podrá manifestarse ante el Juez del Registro Civil o ante el Juez Familiar, según sea el caso.

En el primer caso se habla de divorcio administrativo, en el segundo de divorcio judicial.

Respecto al divorcio administrativo el artículo 258 bis del Código Civil para el Estado de México dispone:

“Cuando ambos consortes convengan en divorciarse y sean mayores de edad, no tengan hijos y de común acuerdo hubieren liquidado la sociedad conyugal, si bajo ese régimen se casaron, podrán ocurrir personalmente ante el oficial del Registro Civil del lugar de su domicilio, comprobando con las copias certificadas respectivas que son casados y mayores de edad y manifestando de una manera determinante y explícita, su voluntad de divorciarse”.

“El oficial del Registro Civil, previa identificación de los consortes, levantará un acta en la que hará constar la solicitud de divorcio y en un término de quince días citará a los cónyuges para que se presenten a ratificarla y al Ministerio Público para que manifieste lo que a su representación social corresponda, y vea liquidar la sociedad conyugal. Previa la exhortación correspondiente, si los consortes hacen la ratificación y no existe oposición del Ministerio Público, el oficial del Registro Civil los declarará divorciados, levantándose el acta respectiva, haciendo la anotación correspondiente en la de matrimonio.”

En cuanto al divorcio voluntario por vía judicial el último párrafo del artículo 258 bis, nos dice:

“El trámite de divorcio al que alude este artículo, es sin perjuicio de que los cónyuges puedan ocurrir ante la autoridad judicial a solicitar el divorcio por mutuo consentimiento, en términos de los ordenamientos aplicables.”

Nótese que no es simple y sencillamente un mutuo consentimiento simple, el que disuelve el vínculo matrimonial sino que la voluntad habrá de manifestarse según sea el caso, ante una autoridad cumpliéndose ciertos requisitos.

Por lo que la propia ley obliga a que cada uno de los intereses jurídicos que se manejan en el artículo 258 bis que hemos transcrito, deban de quedar plenamente garantizados.

Por el momento, lo que necesitamos explicar, es el hecho de que para que ese consentimiento pueda darse en la forma en que la ley exige, el mismo debe manifestarse conforme a las condiciones que la propia ley establece y fija.

De hecho, se requiere que ambos cónyuges divorciantes estén plenamente en mutuo consentimiento. No puede pedirse ésta divorcio sino pasado un año de la celebración del matrimonio.

De tal naturaleza, que en el contexto del divorcio voluntario, se deben de fijar claramente bienes jurídicos tutelados por la ley como son en principio los hijos menores de edad.

El hecho de que los cónyuges no tengan hijos menores de edad les permite realizar un divorcio voluntario ante el Oficial del Registro Civil, en donde han de manifestar su voluntad y su deseo de separarse, siempre que hayan liquidado la sociedad conyugal, si bajo ese régimen se casaron, sean mayores de edad y la cónyuge no este embarazada.

De tal naturaleza, que el divorcio voluntario va a tener una variante específica que se observa desde el punto de vista procesal como una forma administrativa por la cual se ha de disolver el vínculo.

Como hemos dicho, se requiere que los consortes convengan en divorciarse, sean mayores de edad, no tengan hijos o teniéndolos, sean mayores de edad y estos no requieran alimentos o alguno de los cónyuges.

Teniendo hijos menores de edad o mayores que requieran alimentos o alguno de los cónyuges, la vía procedente es la judicial, debiendo presentarse el convenio específico en el artículo 257, el cual deberá ser supervisado, observado y vigilado por el Agente del Ministerio Público adscrito al Juzgado Familiar en donde también manifestará su opinión sobre dicho convenio.

2.2.3.2 DIVORCIO NECESARIO

Cuando por alguna de las causas enumeradas en el artículo 253 los cónyuges quisieran separarse o ya vivan por separado, entonces la clase de divorcio que se lleva a cabo en el momento que no existe el mutuo consentimiento, y el interés de alguna de las partes sería el llevar a cabo una demanda del divorcio para lograr disolver el vínculo que lo une.

El artículo 266 del propio Código Civil para el Estado de México, establece las medidas provisionales que el Juez habrá de dictar desde el momento que se presenta la demanda de divorcio, el cual a la letra dice:

"Al admitirse la demanda del divorcio, o antes si hubiera urgencia, se dictarán provisionalmente y sólo mientras dure el juicio, las disposiciones siguientes::

- I. Separar a los cónyuges en todo caso;*
- II. Proceder por cuanto depósito o separación de los cónyuges en los términos que establezca el Código de Procedimientos Civiles del Estado;*
- III. Señalar y asegurar los alimentos que debe darse el deudor alimentario al cónyuge acreedor y a los hijos;*
- IV. Las que se estime convenientes para que los cónyuges no se puedan cuasar perjuicios en sus respectivos bienes ni en los de la sociedad conyugal, en su caso;*
- V. Dictar, en su caso, las medidas precautorias que la ley establece respecto a la mujer que quede en cinta; y*
- 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 ese acuerdo, el cónyuge que pida el divorcio propondrá la persona en cuyo poder deben quedar provisionalmente los hijos. El juez previo el procedimiento que fije el Código respectivo resolverá lo conveniente."*

Existen valores y bienes jurídicos que es necesario proteger a través del propio derecho; conforme a lo anterior, encontraremos que tanto en el divorcio voluntario como en el necesario, la ley siempre

suspendidas o modificadas en los términos de lo previsto en el artículo 223 del Código de Procedimientos Civiles para el Estado de México.

2.2.4 CAUSAS Y EFECTOS DEL DIVORCIO.

La separación de cuerpos es una de las necesidades propias inmediatas de exigencia por parte de cada uno de los cónyuges.

Julián Bonecase al explicarnos algunas circunstancias sobre este particular dice:

Se designa por separación de cuerpos el derecho reconocido de los esposos, por sentencia judicial para no hacer vida en común. En otros términos, el matrimonio no es disuelto; sencillamente cada uno de los esposos tiene derecho de vivir separado del otro. Por lo demás, esto no es sino una apariencia; además de que la separación de cuerpos en muchos casos es la preparación del divorcio, las reglas de éste se aplican en gran parte a la separación de cuerpos, debido a encontrarse brevemente reglamentada en el Código Civil, a través de los diversos artículos que se refieren a ella.²⁵

Las causas que como normatización concreta y material van a surgir del efecto del divorcio, serán el que los cuerpos se separen; esto es que cada uno de los cónyuges tome ya su propia ruta y no tengan que llevar una vida en común.

²⁵ Bonecase, Julian, *Tratado elemental de derecho civil*, México, Editorial Harla, 1993 (5ª ed.), p 266

Esto sin lugar a dudas, es una de las primeras causas y consecuencias.

Ahora bien, ya respecto de los efectos provisionales que del divorcio, habíamos citado el artículo 266 del Código Civil para el Estado de México, la separación de cónyuges, en casa a las personas menores de edad, el señalar y asegurar alimentos; el dictar las medidas convenientes para que los cónyuges no se puedan causar perjuicios; el dictar en su caso medidas precautorias para la mujer embarazada; poner a los hijos al cuidado de la persona que de común acuerdo hubieren designado los cónyuges, pudiendo ser uno de estos. En todo caso, salvo peligro grave para el normal desarrollo de los hijos menores de dos años, éstos quedaran al cuidado de la madre. El juez resolverá teniendo presente el interés superior de los hijos, quienes serán escuchados, las modalidades del derecho de visita y concurrencia con sus padres.

Rafael Rojina Villegas dice lo siguiente:

Nuestro Código Civil primero parte de la voluntad de ambos padres para que se confíe la custodia de los hijos a uno de ellos, sin darle facultad al juez para poder confiarla a persona distinta del cónyuge elegido. En cambio el Código Civil Suizo, si permite al juez resolver libremente. Evidentemente, este sistema Suizo solo podría existir cuando nuestros jueces se preocupen de los juicios de divorcio, dándoles toda la importancia y trascendencia que en el orden social y familiar tienen no solo el dictar las medidas provisionales, si no cualquier otra medida que beneficie a los

intereses especialmente de los menores, dado que los juicios de divorcio necesario en ocasiones se prolongan por muchos años y entonces la situación de los hijos menores, justamente en la época que mas necesitan estar confiados a una persona responsable, podrían quedar definitivamente perjudicada en cuanto a su moralidad, educación o seguridad.²⁶

Según nuestro artículo 266, solo en defecto del acuerdo entre los cónyuges, el cónyuge que pida el divorcio propondrá la persona en cuyo poder deben quedar provisionalmente los hijos. El juez de lo familiar previo el procedimiento que fije el Código respectivo y tomando en cuenta la opinión del menor, resolverá lo conducente.

Como puede observarse, la legislación y la tutela mayor que de alguna manera debe garantizarse, será la protección de los menores de edad.

Sin lugar a dudas, estas condiciones, resaltan a la vista en virtud de que, como se ha dicho, desde que se lleva a cabo el matrimonio, ya la propia ley sustituye en mucho las voluntades de los particulares y por eso, hemos objetado el contexto de fijar al matrimonio como un contrato; hemos explicado que lo consideramos una institución, aunque en lo que se refiere a los bienes, realmente pudiésemos determinar al matrimonio como un contrato.

Los efectos de la patria potestad se arreglan atendiendo a las necesidades propias, principalmente de alimentación, de los

²⁶ Rojina Villegas, Rafael, *Compendio de derecho civil*, México, Editorial Porrúa, S.A., 1993 (8ª ed.), p 402.

menores, la manera de subsistir, la forma de visitarlos y convivir para que no se pierda esa relación, y da alguna manera, a pesar de que el vínculo esta roto, subsisten diversas obligaciones que la propia legislación impone en cualquier caso de divorcio.

2.2.5 ENUMERACIÓN DE LAS CAUSALES DE DIVORCIO

Hemos de terminar esta segunda parte del capítulo segundo con un breve análisis, de las causales de divorcio para encontrar que en las causales que la ley señala no se establece, la de la negativa para procrear. Ahora bien antes de iniciar, es indispensable citar las palabras de los autores Edgar Baqueiro Rojas y Rosalía Buen Rostro Báez quienes sobre del particular, y al hablar sobre las causales de divorcio nos mencionan:

El divorcio es un mal necesario. Cuando uno o ambos cónyuges han dejado de cumplir con los deberes del matrimonio haciendo imposible o en extremo difícil la vida en común, se permite la ruptura del vínculo.

Las causales de divorcio siempre han sido específicamente determinadas, y por ello se le denomina divorcio causal o necesario. El orden jurídico solo ha considerado como causas de divorcio aquellas que por su realidad impiden la normal convivencia de la pareja.

Todas las causas de divorcio normalmente presuponen culpa de alguno de los esposos, y la acción se da a quien no ha dado causa en contra del responsable, de ahí que en todo juicio haya generalmente un cónyuge

inocente (al actor) y uno culpable (el demandado). Pueden ser ambos culpables y demandarse recíprocamente por la misma o diferente causal, por ejemplo uno demanda por abandono y otro contra demanda por injurias o servicia; ambos pueden ser culpables e inocentes según la causal invocada.²⁷

Derivado de lo dicho por los autores citados, debemos comprender que la causal que de alguna manera puede invocarse para disolver el vínculo, tiene que ser de tal naturaleza que comprometa la forma en que los cónyuges han sobrellevado su vida en común. Es decir, que de la causal que se pueda invocar, impida seguir llevando la buena relación entre la pareja.

A la luz del contexto anterior, vamos a observar rápidamente, cada una de las causales de divorcio que el artículo 253 del Código Civil para el Estado de México plantea para poderlas comentar una por una.

Tenemos como la fracción primera dice: *"El adulterio debidamente probado de uno de los cónyuges."*

Todos y cada uno de nosotros pensamos en el adulterio como la infidelidad de uno de los cónyuges hacia el otro. De ahí, que para que suceda el adulterio se requiere necesariamente una pareja matrimoniada. Dicho de otra manera una pareja que haya celebrado

²⁷ Baqueiro Rojas, Op. Cit., p 163.

debidamente su matrimonio. De lo contrario, no puede existir el adulterio.

Y por otro lado, desde el punto de vista del contexto en si, la ley no define cuáles son sus elementos de configuración, y en términos generales en qué consiste el adulterio.

De hecho, el artículo 222 del Código Penal para el Estado de México del adulterio establece:

"A la persona casada que en el domicilio conyugal o con escándalo, tenga cópula con otra que no sea su cónyuge y a la que con ella lo tenga, sabiendo que es casada, se le impondrán de seis meses a tres años de prisión y suspensión de derechos civiles hasta por seis años"

Pero, desde el punto de vista civil la jurisprudencia establece que debe de existir un acceso carnal, debe de existir una relación sexual para que el adulterio sé de.

Es ahí donde podemos encontrar la critica, porque de acuerdo con la elaboración jurisprudencial, el hecho de que el otro cónyuge pueda tomar de la mano, abrazar, besar o estar frecuentando a una tercera persona fuera de su relación conyugal sin llegar a la cópula, sin llegar a la relación sexual no será adulterio.

La segunda fracción dice: *"El hecho de que la mujer de a luz, durante el matrimonio hijo concebido antes de celebrarse este contrato y que judicialmente sea declarado ilegítimo."*

Tenemos como el artículo 307 del Código Civil para el Estado de México establece la siguiente circunstancia:

"Se presuponen hijos de los cónyuges:

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

Conforme a lo establecido por la legislación, se reglamenta claramente, la circunstancia de la presunción de los hijos.

La concepción antes de haberse celebrado el matrimonio, va a generar una posibilidad de divorcio si el hijo es de persona distinta al cónyuge, siempre y cuando no se hubiera tenido conocimiento de esta circunstancia.

Por su parte la fracción tercera dice: *"La propuesta del marido para prostituir a su mujer, no solo cuando el marido la haya hecho directamente si no*

cuando se pruebe que a recibido dinero o cualquier renumeración con el objeto expreso de permitir que otro tenga relaciones carnales con su mujer."

Dentro del seno familiar debe de guardarse respeto y moral que prive entre los cónyuges; de tal forma que puedan dar un buen ejemplo hacia sus hijos. Evidentemente que la buena formación que los padres puedan ofrecerle a los hijos va redundar en beneficio de lo que es el complejo social, debido a que están formando buenos ciudadanos,

De ahí, la importancia que dentro del matrimonio, no exista la degradación moral. Por lo que la formación física y moral de la prole, son en sí prioritarios y es una obligación incluso constitucional de los padres el proporcionarle a sus hijos una buena armonía dentro de su desarrollo físico y mental.

El último párrafo del artículo cuarto constitucional dice:

"Es deber de los padres preservar el derecho a los menores a la satisfacción de sus necesidades y a la salud física y mental. La ley determinará los apoyos a la protección de los menores, a cargo de las instituciones públicas."

Es una garantía individual de los menores conservar su salud física y mental frente a la depravación que en un momento dado podría sobrevenir especialmente del padre o de la madre.

Por su parte, la fracción cuarta del artículo 267 dice: *"La incitación a la violencia hecha por un cónyuge al otro, para cometer algún delito, aunque no sea de incontinencia carnal."*

Otra de las causales que se van relacionando con la depravación moral, es el hecho de la incitación a la violencia de algún delito, de tal naturaleza, que la incitación a la violencia también da pie para disolver el vínculo.

Por otro lado la fracción quinta del artículo en comento dice: *"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."*

Esta circunstancia va mucho más allá de lo que sería la moral y la organización familiar. De hecho, el corromper a los hijos, llega a constituir un delito como es la corrupción de menores, que está tipificado en nuestro Código Penal. (art.205)

La fracción sexta del artículo citado dice: *"Padecer sífilis, tuberculosis o cualquier otra enfermedad crónica incurable, que sea además contagiosa o hereditaria, y la impotencia incurable que sobrevenga después de celebrado el matrimonio."*

De nueva cuenta, se denota una imposibilidad grave para continuar con la relación conyugal, y por lo tanto la propia legislación autoriza la separación, cuando se dan este tipo de causales.

Ahora bien, queremos insistir en que tan solo estamos haciendo una enunciación breve de cada una de las causales, puesto que de cada una de éstas puede llevarse todo un estudio, toda una tesis completa de cada una de ellas, pero esta no es la intención de nuestro trabajo, si no mas que nada el demostrar que en los términos que establece el artículo 253, no existe la causal respecto de la negativa de un cónyuge para procrear como causal de divorcio.

La fracción séptima dice: *"Padecer enajenación mental incurable"*

Aquí, también se requiere de todo un juicio de interdicción, donde los peritos alienígenas declaren incapacitado a uno de los cónyuges; aunque este último tendrá derecho a pensiones alimenticias por parte del cónyuge capaz.

La fracción octava a la letra dice: *"La separación de la casa conyugal por mas de seis meses sin causa justificada."*

El requisito necesario para que se integre esta causal es que se haya constituido la casa conyugal, esto es que haya existido un hogar conyugal; si la pareja estuvo de arrimada con los padres, tíos o abuelos, entonces la causal simple y sencillamente no puede darse, ya no existirá, y por lo mismo, no se podrá decretar el divorcio.

La fracción novena establece: *"La separación del hogar conyugal originada por una causa que sea bastante para pedir el divorcio, si se prolonga*

por mas de un año sin que el cónyuge que se separó entable la demanda de divorcio.”

En esta causal el cónyuge que se separa no viola los deberes y obligaciones señalados en la anterior, porque se separa habiendo causa suficiente. Sin embargo, al no demandar basándose en la causal que tiene a su favor, y dar la oportunidad para que el cónyuge que quedó en el domicilio demande, viola el deber de vida en común, es decir la unidad a la que se comprometieron y la convivencia en el domicilio conyugal, y la permanencia del matrimonio como característica de la institución.

Por su parte, la décima fracción dice: *“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 ésta que proceda la declaración de ausencia. “*

En los casos en que la persona se extravié, o quede abandonada, o bien en los desastres ecológicos o naturales o accidentes masivos, puede no encontrarse el cuerpo de las personas, o en términos generales no saber del paradero de una persona.

En estos casos, la legislación presupone dos juicios diferentes como es la declaración de ausencia y la presunción de muerte.

Para esto se requiere que pasen determinados tiempos y bajo ciertas circunstancias, puede el juez llevar a cabo dicha declaración y con esto permitir el divorcio.

Por otra parte la fracción undécima dice: *“La servicia, las amenazas o las injurias graves de un cónyuge para el otro.”*

En el momento en que la pareja continuamente se está ofendiendo, o bien hay golpes o amenazas, en ese momento, las situaciones que la ley procura proteger, es el hecho de que se conserven con integridad ambos cónyuges, y no vaya a pasar a mayores de lo que sería la simple servicia, como son los malos tratos de palabras o inclusive hasta de hecho.

Así tenemos, que las relaciones mutuas deben descansar en una sólida base de armonía, respeto, comprensión y consideración recíproca.

Por su parte la fracción doce establece. *“La negativa de los cónyuges de darse alimentos, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 150, siempre que no puedan hacer efectivos los derechos que les conceden los artículos 151 y 152”*

El caso que plantea el artículo 150, es la obligación económica matrimonial, dicho artículo dice:

“El marido debe dar alimentos a la mujer y hacer todos los gastos necesarios para el sostenimiento del hogar; pero si la mujer tuviera bienes propios o desempeñare algún trabajo, o ejercitare alguna profesión, oficio o comercio, deberá también contribuir para los gastos de la familia, siempre que la parte que le corresponda no exceda de la mitad de dichos gastos, a no ser que el marido estuviere imposibilitado para trabajar y careciere de

bienes propios, pues entonces todos los gastos serán de cuenta de la mujer y se cubrirán con bienes de ella."

"Los derechos y obligaciones que nacen del matrimonio serán siempre iguales para los cónyuges e independientes de su aportación económica al sostenimiento del hogar, de acuerdo con las posibilidades económicas de cada uno de ellos."

Conforme a lo anterior, y bajo las circunstancias que prevalecen de la causal invocada, evidentemente que el abandono de las obligaciones económicas matrimoniales, no solamente será una causal de divorcio si no también es un delito; incluso el ponerse en estado de insolvencia voluntaria para eludir esta obligación, también nuestra legislación penal lo tipifica, y por lo tanto, trata de copar o cerrarle las estrategias al cónyuge que trata de eludir este tipo de responsabilidades.

La fracción decimotercera dice: *"La acusación calumniosa hecha por un cónyuge contra el otro, por delito que merezca pena mayor de dos años de prisión."*

Este tipo de acusación calumniosa, debe de relacionarse con lo que es un delito penal, y por lo mismo, debe afectar a la relación marital, por la estima y el afecto del cónyuge acusado, siempre y cuando, constituya una acusación calumniosa. (art.154 C.P.E.M)

Es aquí donde nueva cuenta, observamos la íntima relación que puede existir entre el Código Civil y los delitos penales, que están íntimamente relacionados con las causales de divorcio.

La fracción catorce establece: *“Haber cometido uno de los cónyuges un delito que no sea político, pero que sea infamante, por el cuál tenga que sufrir una pena de prisión mayor de dos años.”*

La comisión de un delito no político pero infamante, que merezca una pena de prisión mayor de dos años, se habla de un delito doloso por el cual haya sido condenado por sentencia ejecutoriada..

En general, se considera que el delito doloso por el que sea condenado un cónyuge van a tender a desacreditar el honor y reputación del buen nombre de su persona; de tal naturaleza que, en el momento en que se desacredita totalmente, da pie para que el otro cónyuge, pueda separarse legalmente.

Por su parte la fracción quince establece: *“Los hábitos de juego o de embriaguez o el uso indebido y persistente de drogas enervantes, cuando amenazan causar la ruina de la familia o constituyan un continuo motivo de desavenencia conyugal.”*

Claro esta, que a pesar del alcoholismo, el hábito de juego o el uso de drogas enervantes de uno de los cónyuges no se amenace con causar ruina en la familia, o no constituyan un continuo motivo de

desavenencia no se podrá solicitar la separación, así tenemos que tal y como lo dice la causal, esta debe de ser de tal manera, que provoque que entre los cónyuges, exista una continua desavenencia o amenacen causar la ruina de la familia.

La fracción dieciséis establece: *“Cometer un cónyuge contra la persona o bienes del otro un acto que sería punible si se tratara de persona extraña, siempre que tal acto tenga señalada en la ley una pena que pase de un año de prisión.”*

En éste caso, la acción y la perturbación que sugiere la disolución del vínculo estará mas que nada relacionada con esa confianza que de alguna manera debe de existir dentro del matrimonio.

Así, en el momento en que se intenta la agresión a la persona, o los bienes del otro cónyuge o de sus hijos, en ese momento, se estará rompiendo la armonía dentro del matrimonio que provocará la causal.

La fracción diecisiete del artículo 253: *El grave o reiterado maltrato físico o mental de un cónyuge hacia los hijos ya lo sean éstos de ambos o de uno solo de ellos”*

Esta causal protege a los hijos de ambos cónyuges, o de cualquiera de estos debido a que se atenta contra el respeto que los padres deben tener a los hijos independientemente de su edad.

En virtud, resulta obvio que cualquier actividad que se realice por parte de uno de los cónyuges que pueda traer un cambio o desviación moral en la psiquis de los hijos, implica un daño.

Por otro lado la fracción dieciocho establece: *“La separación de los cónyuges por más de dos años, independientemente del motivo que haya originado la separación, la cual podrá ser invocada por cualquiera de ellos.”*

Cuando pasan ya los dos años de que definitivamente los cónyuges se han separado, pues en ese momento, estaremos frente a lo que sería una nueva causal.

De hecho, este tipo de causales no requieren de una justificación plena ni de otra circunstancia en específico si no simple y sencillamente que la separación ya se haya prolongado por dos años y con eso basta.

Así, hemos de observar que ninguna de las causales establecidas, llega a contrarrestar el efecto hipotético que estamos buscando en este trabajo de tesis, como es el hecho de la negativa de un cónyuge para procrear como causal de divorcio.

CAPITULO III

IMPORTANCIA PARA QUE LA NEGATIVA DE UN CÓNYUGE A PROCREAR HIJOS DENTRO DEL MATRIMONIO SEA UNA CAUSAL DE DIVORCIO

Hemos llegado ya a nuestro tercer y último capítulo, y sería bueno hacer en este momento una recopilación de lo que hasta este momento hemos podido decir; así tenemos como en principio, al hablar de la historia del matrimonio observábamos que esta institución va a ser la fuente principal y formal a través de la cual se produce una familia, que sin lugar a dudas es la célula primaria de la estructuración de la sociedad, y como consecuencia del propio Estado.

De ahí la gran importancia de establecer reglas específicas por medio de las cuales, se eleve una consideración en la protección de este bien jurídico tan importante, para la sociedad como es la familia.

Por otro lado también observábamos la historia del divorcio, y también encontrábamos que en principio no se permitía la disolución del vínculo, pero, en medida que la sociedad va avanzando, esta circunstancia cada vez es más rápida, cada vez es más fácil destruir el vínculo y esto provoca que la sociedad definitivamente pueda tener una cierta decadencia.

Y por otro lado, observábamos en el capítulo segundo, cual sería el marco jurídico del matrimonio y del divorcio.

Así, tenemos ya los análisis necesarios que nos han formado un criterio a través del cual podemos arribar a la circunstancia que nos hemos propuesto en este trabajo de tesis, con relación a elevar una propuesta respecto de la negativa de un cónyuge a procrear como una causal mas de divorcio.

3.1 FALTA DE EDUCACIÓN PARA SER PADRE Y MADRE

Dentro de lo que es en sí el complejo de las relaciones sociales, vamos a encontrar que la educación sin lugar a dudas es una fuente básica de desarrollo, y que sin dicha educación, simple y sencillamente, no habría preparación y la organización social se puede resquebrajar.

El autor José Nodarse, sobre de este punto, nos dice:

Desde el punto de vista sociológico educación es el proceso en virtud del cual el acervo de ideas, costumbre, normas, conocimientos y técnicas de la sociedad, es transmitido por medios de la enseñanza a las nuevas generaciones, con el propósito de obtener la aculturación de éstas.

Así considerada, la educación consiste en una socialización metódica de las generaciones jóvenes. Cuando tratamos de la herencia y el ambiente, hicimos notar la extraordinaria importancia de la influencia que ejerce el medio social en la formación de nuestra personalidad; Hasta el punto que sobre el modo de ser hereditario individual edifica otro ser de reacciones genéricas, capaz de acción cooperativa con los demás grupos, cuyas instituciones lo han moldeado a su imagen y semejanza.²⁸

No queda duda de lo dicho por el autor citado, la trascendencia jurídica específica de lo que la educación representa, es fundamental.

El último párrafo del artículo cuarto Constitucional que citábamos en el último inciso del capítulo anterior, nos obliga como padres (y les otorga una garantía individual a los menores) a la necesidad de proteger a los menores y darles a éstos los satisfactores necesarios que cubran sus necesidades no solamente las físicas sino también las morales.

Sin duda esta es una observación trascendental, puesto que, dentro de lo que es en sí el núcleo familiar, hay que educar a los hijos para que estos estén preparados para educar a sus propios hijos.

²⁸ Nodarse, José: Op. Cit.. p 258.

Ya lo había dicho el profesor José Nodarse que la educación va estableciéndose en una estrategia tal que permite que cada una de las necesidades que la familia tiene estén encausadas hacia un cierto objetivo, dependiendo siempre de la institución encargada de la educación.

La formación religiosa será una de las principales estrategias a seguir.

Por otro lado, debemos de mencionar ciertos principios que existen en la relación paterno-filial, como son:

- a) La igualdad de dignidad y derecho de los hijos;
- b) Protección de los hijos;
- c) Igual de efectos entre los hijos;
- d) Filiación de hecho y de derecho;
- e) Filiación indivisible o dividida;
- f) El contenido de estado de hijo;
- g) Intervención del Estado en la voluntad de la familia.

A la luz de estos principios, encontraremos que algunos padres definitivamente no están debidamente preparados como para hacer frente a las obligaciones paterno filiales; así, la noción que debemos de tener respecto de esta relación, aplica a un conjunto de relaciones permanentes que solamente van a poderse extinguir con la muerte;

pues aunque sobrevenga el divorcio, la filiación paterna siempre existirá.

Para poder explicar esto, quisiéramos citar las palabras del autor Manuel Chávez Ascencio quien sobre el particular nos dice lo siguiente:

La relación de paternidad es la que se da entre padres e hijos, o sea entre generantes y generados. Constituye la filiación un hecho natural, ya que esta basada en la procreación y un hecho jurídico, puesto que produce consecuencias jurídicas. Como todas las instituciones de derecho familiar ésta tiene también trascendencia moral y patrimonial económica, para la persona y para la familia. Moral, porque de la filiación pueden depender el nombre de la persona, su honor e integración al grupo familiar. Económico, porque de ella se deriva el derecho a los alimentos y a los derechos sucesorios, entre los principales que podemos mencionar. Adicionalmente está siempre presente el interés del Estado; puede definirse como la relación que existe entre dos personas, una de las cuales es el padre o la madre de la otra. Este hecho crea el parentesco del primero grado y su repetición produce las líneas o series de grados.²⁹

La consecuencia que acarrea lo dicho por el autor citado, mas los principios que se pueden invocar en esa relación paterno filial, nos van a dar por resultado, que el hecho de procrear y formar una familia, el hecho de ser padre o ser madre, conlleva una necesaria preparación que se debe de otorgar en el seno de la familia inicial, y

²⁹ Chávez Ascencio, Manuel, *La familia en el derecho, relaciones jurídico paterno filiales*, México, Editorial Porrúa, S.A., 1992 (2ª ed.), pp. 2 y 3 .

que es obligación de los padres el llevarla a cabo; por lo que sería conveniente, que en lo que es la preparación matrimonial se preparara un curso, por medio del cual, los nuevos cónyuges, tuviesen resaltados los principios que vivieron con sus padres, y algunas técnicas y maneras de poderlos llevar a cabo e incluso transmitirlos a su nueva procreación.

3.2 INCUMPLIMIENTO A LA OBLIGACIÓN DE PROCREACIÓN DE HIJOS

Dentro de lo que habíamos ya citado como objetivos directos de la institución matrimonial, observamos lo que fue la procreación.

El débito conyugal, la fidelidad, la vida en común, el mutuo auxilio, la comunicación entre la pareja y el respeto, son en si circunstancias trascendentales que se deben de tomar en cuenta en la relación conyugal. De estos, nos interesa específicamente el débito conyugal.

Inicialmente citaremos el artículo cuarto Constitucional que en su tercer párrafo establece:

"Toda persona tiene derecho de decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamento de sus hijos."

Esta garantía constitucional, tiene una gran trascendencia en virtud de que ella está enmarcada todo lo que es la paternidad y maternidad responsable.

Tenemos como la necesidad de fijar los diversos lineamientos que especifiquen claramente el débito carnal, van a surgir en principio como garantía individual que incluso ha sido reconocida mundialmente por varias convenciones.

Los autores Emilio Rabaza y Gloria Caballero, ofrecen algunos comentarios sobre de este particular, y dicen lo siguiente:

La Constitución garantiza al hombre y a la mujer la libertad de tener hijos, en el número que ellos decidan, pero les impone la obligación de procrear con sentido de responsabilidad. Los hijos requieren educación cuidados de toda índole, cariño, compañía, los padres están obligados a proporcionarles esas atenciones; a fin de formar hombres y mujeres sanos, fuertes, equilibrados y felices. La tarea no es fácil. De aquí que la ley llame la atención sobre la responsabilidad que la pareja tiene cuando decida dar vida a un nuevo ser humano. La paternidad no debiera ser nunca un producto del azar, si no resultado de un deseo cuyas consecuencias estén dispuestos a enfrentar con entusiasmo, consientes de la importancia que alcanza, para ellos y para el país, su actitud como padres. Por eso se elevó a precepto Constitucional en 1980 la obligación que los padres tienen de satisfacer las necesidades de los hijos y preservar su salud física y moral.³⁰

³⁰ Rabaza, Emilio y Caballero, Gloria, **Mexicano esta es tú Constitución**, México, Miguel Ángel Porrúa Grupo Editorial, 1993 (8ª ed.), pp. 47 y 48.

El débito conyugal esta entrelazado en lo que es la garantía Constitucional invocada frente a los lineamientos que el Código Civil establece.

En primer término a la luz de lo dicho por los autores citados vamos a encontrar, que esa obligación responsable en la procreación, resulta ser una garantía; esto es, que en el momento en que la pareja se decida a procrear, debe de hacerlo con responsabilidad.

Tenemos que hacer notar, que la garantía constitucional no establece o no fija que deba de existir un matrimonio, si no que simple y sencillamente habla de toda persona que pueda procrear, y lo haga en forma responsable.

Desde el punto de vista de la institución matrimonial, en principio el artículo 133 establece:

"Cualquier condición contraria a los fines esenciales del matrimonio, se tendrá por no puesta."

Evidentemente, el matrimonio origina el derecho al débito carnal, y con ello la procreación.

En el matrimonio el objetivo, como hemos venido insistiendo y como expusimos en la primera parte del capítulo segundo es en sí tanto la procreación, como la vida en común.

3.3 FACTORES QUE INTERVIENEN PARA QUE EXISTA LA NEGATIVA DE PROCREACIÓN

Podrían ser factores bastante diversos los que podrían intervenir en la negativa para la procreación, por lo que debemos de limitarnos a señalar algunas situaciones. No consideramos las enfermedades venéreas porque esas ya las tiene bien catalogadas como causal el artículo 253 como observamos en el inciso 2.2.5; tampoco estamos considerando la impotencia porque también está ya considerada en la legislación. Estamos presuponiendo una pareja sana que tiene toda posibilidad para procrear. Ni siquiera estamos considerando una pareja en la cual uno de los cónyuges podría ser estéril. Estamos hablando básicamente de un débito carnal que tiene la posibilidad de perpetuar la especie.

Ahora bien, el artículo 148 del Código Civil para el Estado de México también puede ayudarnos a explicar estas circunstancias ya que dice sobre el particular lo siguiente:

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

Los cónyuges tienen derecho a decidir de manera libre; responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos de común acuerdo."

Hemos de notar como invariablemente, las situaciones que se dan en el débito carnal, podrían encontrar diversas causas por las cuales los objetivos de la unión de procrear no se den.

Evidentemente, de lo que surge del artículo 148 con relación a los artículos 131 y 133 del Código Civil para el Estado de México, mismos que hemos visto continuamente, encontraremos que hay una íntima relación entre los objetivos directos del matrimonio, el ayuntamiento carnal, y por supuesto la procreación.

De aquí que el efecto, o los factores que intervienen para que exista la negativa de procreación podrían ser muchos pero básicamente dependerá siempre de la voluntad de una de las partes.

Esto es que dentro de los factores pudiese haber situaciones económicas, situaciones de depresión, algún trauma psicológico, pueden existir algunas circunstancias en el medio ambiente incluso que no permitan que pueda darse completamente una posibilidad de procreación, en fin los factores podrían ser muchos.

Tenemos como el factor al que nos estamos refiriendo básicamente como causal de divorcio a la negativa para procrear, es exclusiva de la voluntad de uno de los cónyuges.

Esto es, que teniendo la economía necesaria, teniendo la posibilidad cultural, que contando con factores que permitan la procreación, el sujeto como cónyuge no quiere llevarla a cabo.

A esa conducta, es a la que nos estamos refiriendo básicamente, no a la que esta determinada por factores externos, si no a esa que se determina por su propia voluntad, representándose una negativa para procrear.

3.4 LA FALTA DE REGULACIÓN DE LA NEGATIVA A PROCREAR COMO UNA CAUSAL DE DIVORCIO

Las circunstancias que pueden motivar una regulación en la negativa a procrear como causal de divorcio, estarán inmersas en la protección de un valor social. Un valor social que no necesitamos explicar mas: la procreación.

Lo que necesitamos en este momento es el bien jurídico protegido, porque simple y sencillamente ese valor tiene que estar debidamente protegido, debidamente reglamentado y debidamente asegurado para que la sociedad pueda permanecer y existir.

Para poder expresarnos vamos a citar las palabras del autor Raúl Goldsten quien sobre lo que es el bien jurídico protegido nos dice lo siguiente:

La tutela del bien jurídico es común a todo el ámbito del derecho, pero adquiere especial importancia en el ámbito penal, por su particular forma de otorgar esa protección, utilizando la amenaza y la pena, y también en su función específica la defensa más enérgica de los intereses especialmente dignos, al punto de que se dice que el derecho penal es el protector de los demás derechos... El bien jurídico así entendido, puede presentarse como objeto de protección de la ley o como objeto de ataque contra el que se dirige el delito, por lo cual no debe confundirse con el mundo sensible. Aclarando el concepto de bien jurídico, que define como el interés jurídico protegido, se señala que el bien jurídico no es un bien del derecho, si no un bien de los hombres reconocido y protegido por el derecho. Por consiguiente, cuando los diferentes intereses humanos son receptados por el derecho, cuando son sometidos a su regulación, se transforman en bienes jurídicos.³¹

La consecuencia inmediata que se puede apreciar, es la necesidad de elevar protección a un valor social tan importante como es la procreación.

Si de por sí es importante la familia y que esta esté basada en el matrimonio para ofrecer una mejor seguridad jurídica, entonces, la procreación es uno de los valores específicos que se requiere sea protegida.

Para poder detallar completamente el valor del que estamos hablando, y para poderlo delimitar en forma particular quisiéramos tomar las palabras del autor Manuel Chávez Asencio quien en el

³¹ Goldsten, Raúl, **Derecho penal y criminología**, Buenos Aires Argentina, Editorial. Astrea, 1993 (4ª ed.), p 85.

momento en que nos habla sobre el débito carnal nos dice lo siguiente:

Es un deber cuya existencia mediante la coacción es difícil, toda vez que esta relación íntima entre el marido y la mujer resulta del amor conyugal, de las atenciones, respeto y diálogo que entre ellos existan, de tal forma que el incremento o decremento de este deber conyugal va en relación estrecha y directa con los otros valores, pues exige, como ningún otro, una armonía, respeto y atención.

El incumplimiento del débito conyugal puede acarrear como sanción el divorcio, al configurarse como una injuria grave, pero se estima que no podría haber medio de apremio para el cumplimiento de tan íntimo deber, por lo que corresponde al sentimiento en relaciones conyugales decidir y resolver.³²

Realmente la interpretación que el autor citado le da a una de las causales de divorcio como son las injurias graves, va más allá de lo que la propia jurisprudencia ha establecido con relación a la negativa a procrear.

Definitivamente no la podemos considerar como una injuria grave, en virtud de que el concepto de injuria está debidamente establecido como esa manifestación verbal de menosprecio y desprecio.

³² Chávez Asencio, Manuel, **Derecho de familia y relaciones jurídicas familiares**, México, Editorial Porrúa S.A., 1990 (2ª ed), p 361.

desprecio ofensivo de uno de los cónyuges para el otro existe injuria suficiente para considerar fundada la acción. Cuando tal negativa por parte de la mujer obedece al deseo de no morir por cuidar a los hijos procreados, esto no constituye una injuria para el marido y, por lo mismo, no basta para ser precedente la acción del divorcio." (Amparo directo 2576/1991. Ramón Álvarez Durante. Noviembre 11 de 1994.)³³

Resulta evidente que la injuria grave no constituye una causal aparejada a la negativa de procrear; incluso, si notamos la jurisprudencia mas que nada se refiere al débito carnal, básicamente al ayuntamiento de la pareja; Y como decíamos anteriormente puede existir el ayuntamiento, pero o bien la mujer puede usar anticonceptivos o bien el hombre puede usar condón que no permita la fecundación.

Esta es la voluntad, esta es la circunstancia concreta que consideramos debe de analizarse a la luz de todo lo que hasta este momento hemos expuesto.

Así, en virtud de todo lo que anteriormente se dijo, consideramos que al artículo 253 del Código Civil para el Estado de México puede agregársele una fracción más que diga a la letra:

"La negativa de un cónyuge a procrear, entendiéndose esta negativa en el sentido de la expresión de la voluntad en no consentir con la fecundación; existiendo o no el ayuntamiento y cumplimiento del débito carnal, pero sin

³³ Jurisprudencia Visible en. Idem p 361 y 362.

otorgar su conducta hacia la procreación como fin principal y objetivo del matrimonio."

Con lo que estamos proponiendo, consideramos puede beneficiarse el objetivo directo de lo que es el matrimonio, ya que en muchas de las ocasiones, algunas de las parejas, llegan con mucha ilusión de ver a sus hijos, y los padres de estos por ver a sus nietos.

La descendencia es uno de los puntos principales que ayudan a satisfacer uno de las necesidades más infinitas del ser humano como es poder ser trascendental.

CONCLUSIONES

PRIMERA. De todos es sabido que el origen del Estado, sin lugar a dudas esta en la formación familiar. En un principio se van formando las tribus, y luego los clanes; después llega una gens que se transforma en comunidad social y por último surge el contexto de la sociedad. Elemento indispensable para la formación del Estado es la población. De tal naturaleza que la población asentada en un territorio elige a un gobierno para que sobre la base de la ley y el derecho pueda someter a las personas y a la comunidad y someterse ha si mismo como gobierno en pro del derecho, en pro de las normas establecidas y las reglas de conducta emergidas por un poder legislativo en donde el mismo pueblo esta representado y manifiesta su voluntad.

SEGUNDA. Una de las fórmulas que se han establecido para lograr que esa comunidad logre su permanencia, es formalizar las uniones entre los hombres y las mujeres. Es importante, que nuestro derecho proteja eminentemente la integración familiar y más que nada fomente la formalidad en las uniones a través del matrimonio.

TERCERA. A la luz de lo anterior, una de las finalidades propias del derecho y de la ley es el hecho que dentro de la institución matrimonial, existan obligaciones tan importantes como es en principio el débito carnal. Pero eso no basta para lograr la procreación

en virtud, de que puede satisfacerse el débito carnal pero puede utilizarse un anticonceptivo o un condón que haga que la pareja no pueda procrear. El hecho de que uno de los cónyuges no quiera llevar a cabo una relación conyugal, una relación en virtud del débito carnal, puede ser considerado como una injuria grave, pero a lo que nos referimos en este trabajo de tesis es a la voluntad unilateral de no querer procrear.

CUARTA. Es importante diferenciar la idea de la injuria grave que representa el hecho de no querer tener acceso carnal frente a lo que es el hecho de que teniendo acceso carnal se utiliza algún medio anticonceptivo para efectos de no lograr la fecundidad. Esto va mas allá de lo que es el débito carnal.

QUINTA. Sin duda, la institución matrimonial debe de ser considerada como uno de los organismos más importantes de la comunidad social, de tal naturaleza, que es preciso ofrecerle un sin número de reglas de conducta que la protejan.

La postura que hemos tomado en este trabajo de tesis es considerar al matrimonio como una institución; esto en virtud de que cuando la pareja toma la decisión y acude ante el juez del Registro Civil, no establece ninguna cláusula ni nada al respecto, si no que toda su voluntad la sustituye la ley, solamente en lo que respecta a la administración de los bienes es en donde podemos considerar la posibilidad de considerar al matrimonio como un contrato en virtud de

que los cónyuges pueden decidir el régimen patrimonial del matrimonio.

SEXTA. Son objetivos directos de la institución matrimonial el hecho de procrear y el hecho de llevar a cabo la vida en común.

SÉPTIMA. Dos deberes que surgen son la cohabitación y el débito carnal. La falta de uno afectará la subsistencia del acto jurídico.

OCTAVA. Si uno de los cónyuges simple y sencillamente se niega a procrear, teniendo la posibilidad de hacerlo, el otro cónyuge podrá pedir la extinción del acto jurídico matrimonial en virtud de que uno de los objetivos principales del matrimonio no se puede cumplir. La vía para disolver el matrimonio es la del divorcio.

NOVENA. En términos generales el hecho de que uno de los cónyuges se niegue a procrear, aunque tenga las posibilidades para hacerlo, debe de dar derecho al otro para pedir el divorcio. Esto a la luz de la propuesta que hemos elevado en este trabajo de tesis, en el sentido de aumentar una fracción mas al artículo 253 del Código Civil para el estado de México en la que se exprese:

"La negativa de un cónyuge a procrear, entendiéndose esta negativa en el sentido de la expresión de la voluntad en no consentir con la fecundación; existiendo o no el ayuntamiento y cumplimiento del débito carnal, pero sin otorgar su conducta hacia la procreación como fin principal y objetivo del matrimonio."

BIBLIOGRAFIA

Baqueiro Rojas, Edgard y Buenrostro Báez Rosalía: Derecho de familia y sucesiones. Editorial Harla, Primera Edición 1990.

Bernárdez, Cantón, A. Las causas de separación conyugal. Madrid España, Editorial Tecnos, Décima edición 1991.

Bonecase, Julián. Tratado elemental de derecho civil. México, Editorial Harla, Quinta edición 1990.

Buen Llozano, Nestor. El consentimiento en el matrimonio de menores. "Dentro de Estudios Jurídicos en homenaje a Manuel Borja Soriano"; México, Universidad Latinoamericana, Décima edición 1989.

Burgoa, Ignacio. Derecho constitucional mexicano. México, Editorial Porrúa S.A., Octava edición 1991.

Carlo Jemolo, Arturo. El matrimonio. Buenos Aires Argentina, Ediciones jurídicas Europa América, Decimoquinta edición 1990.

Chávez Asencio, Manuel. La familia en el derecho, relaciones jurídico conyugales. México, Editorial Porrúa S.A., Segunda edición 1990.

Duty, Guy. Divorcio y nuevo matrimonio. Puerto Rico, Editorial Britania, Tercera edición 1990.

Escriche, Joaquín. Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia. México, Cárdenas editor y distribuidor, Tercera edición 1996, tomo III.

Flores Barroeta, Benjamín. Lecciones de primer curso de derecho civil. México, Editorial Porrúa S.A., Décima edición 1990.

Galindo Garfias, Ignacio. Derecho Civil. México, Editorial Porrúa S.A., Onceava edición 1991.

García Cantero, Gabriel. El divorcio en los estados modernos. México, Editorial Trillas, Tercera edición 1992.

Goode, William. La crisis de la institución familiar. México, Salvat Editores, Primera edición 1994.

Goldsten, Raúl. Derecho penal y criminología. Buenos Aires Argentina, Editorial Astrea, Cuarta edición 1993.

Lozano Noriega, Francisco. Contratos. México, Asociación Nacional del Notariado Mexicano, Tercera edición 1990.

Nodarse, José. Elementos de sociología. México, Editorial Selector, Trigésima primera edición 1990.

Petit, Eugenio. Tratado elemental de derecho romano. México, Editora nacional, Tercera edición 1990.

Pina Vara, Rafael de. Elementos de derecho civil mexicano. México, Editorial Porrúa S.A., 24ava edición 1994.

Planiol, Marcel. Tratado del derecho civil. Traducción de Mario Díaz Cruz, México, Editorial Harla, Edición de 1992.

Preciado Hernández, Rafael. Lecciones de filosofía del derecho México, Editorial Ius, Vigésimo Primera edición 1998.

Pujol Clemente El divorcio en las iglesias ortodoxas orientales, el vínculo matrimonial. Madrid España, Biblioteca de autores cristianos, 1993.

Rabaza, Emilio y Caballero, Gloria. Mexicano esta es tu Constitución. México, Miguel Ángel Porrúa Grupo Editorial, Octava edición 1993.

Rojina Villegas, Rafael. Compendio de derecho civil, introducción, personas y familia. México, Editorial Porrúa S.A., Vigésimo octava edición, tomo I, 1990.

Ruggiero E. Derecho civil. Madrid España, Editorial Bosch, tercera edición 1990.

Vela Luis. Antropología actual en el matrimonio. México, Editorial Arzobispado Primado de México, Tercera edición 1997.

LEGISLACIÓN

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. 97ª ed. México, 2000, Editorial Porrúa, S.A., 133p.

Código Civil para el Estado de México. 12ª ed. Naucalpan Estado de México, 2000, Ediciones Delma, S.A. de C.V., 342p.

Código de Procedimientos Civiles para el Estado de México. 10ª., Edición, Naucalpan Estado de México 2000, Editorial Delma, 245 p.

Colección de "leyes y códigos tematizados" Mag. Lic. Juan Luis González A. Carranca, Director de colección, julio del 2000, Brazuca S.A. de c.v.

Código Penal para el Estado de México. 1ª Reimpresión, Naucalpan Estado de México, 2001, Editorial Delma, 206 p.