

379



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES.

ARAGÓN

PROPUESTA PARA UNIFICAR LAS CAUSALES DE DIVORCIO QUE CONTIENEN LAS FRACCIONES XI Y XVII DEL ARTÍCULO 267 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL.

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE LICENCIADO EN DERECHO PRESENTA:
JORGE RENTERÍA CORTÉS

ASESOR:
LIC. LAURA VÁZQUEZ ESTRADA

MÉXICO

TESIS CON FALLA DE ORIGEN

2012



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



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.

Paginación

Discontinua

Antes de iniciar, porque es mucho lo que le debo a tantas personas, me tomo la libertad de dedicar este espacio para darles las gracias.

A DIOS. Por acompañarme y protegerme todos los días de mi vida y por darme a mi familia y la oportunidad de ser un universitario.

A MI MAMÁ. Porque siempre me tuvo fe y siempre me ha acompañado. Mamá todo lo bueno que llegue a ser, te lo debo a ti.

A MI PAPÁ. Por compartir conmigo la ilusión de ser Licenciado en Derecho y porque a su modo, se que siempre se esfuerza por ser un buen padre.

A MIS HERMANOS. Por sus regaños, consejos, por estar siempre junto a mi cuando los necesito y por ser modelos de nobleza, trabajo y cariño.

A MIS CUÑADAS. Por el cariño que le tienen a mis hermanos y por ser tan pacientes con ellos. Espero que sus relaciones se conserven siempre.

A MIS SOBRINOS. Porque ellos son de las razones que me motivan a superarme y porque a los nueve, los quiero mucho.

A MIS AMIGOS. Porque son pocos a los que puedo llamar así pero, son muy valiosos. Por su paciencia y tolerancia y por convivir conmigo en lo bueno y malo.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

A MIS MAESTROS. Por todas sus enseñanzas, la fe de algunos, y por enseñarme a amar a mi Universidad.

A MI ASESORA. Por toda su paciencia y su ayuda, por sus enseñanzas y consejos, todo mi respeto y reconocimiento, Maestra, mil gracias.

A LA ESCUELA NACIONAL PREPARATORIA, PLANTEL NUMERO TRES. Por recibirme en la Universidad y enseñarme el amor, el orden y el progreso, que debe existir en mi vida.

A LA ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES ARAGON. Por darme los conocimientos necesarios para llegar a este día.

Y por siempre gracias mi máxima casa de estudios

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MÉXICO.

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

AGRADECIMIENTOS.

INTRODUCCIÓN. 1

CAPITULO I EL MATRIMONIO.

1.1. ANÁLISIS DEL MATRIMONIO COMO ANTECEDENTE PARA EL ESTUDIO DEL DIVORCIO.

1.1.1. Necesidad de estudiar el matrimonio. 2

1.1.2. Concepto de matrimonio. 2

1.2. NATURALEZA JURÍDICA DEL MATRIMONIO.

1.2.1. Diversidad de opiniones sobre la naturaleza jurídica del matrimonio. 5

1.2.2. Tesis que contempla al matrimonio como un acto jurídico. 5

1.2.2.1. Acto jurídico mixto. 7

1.2.2.2. Acto jurídico complejo. 8

1.2.2.2.1. Mixto. 8

1.2.2.2.2. Bilateral. 8

1.2.2.2.3. Plurilateral. 8

1.2.2.2.4. Solemne. 9

1.2.2.2.5. Formal. 9

1.2.2.3. Acto jurídico condición. 9

1.2.3. Tesis que contempla al matrimonio como en estado. 10

1.2.4. Tesis del matrimonio como un acto del poder estatal. 11

TESIS CON FALLA DE ORIGEN

| | |
|--|----|
| 1.2.5. Tesis del matrimonio como Institución jurídica. | 12 |
| 1.2.6. Tesis del matrimonio en su calidad de un contrato. | 15 |
| 1.3. CARACTERÍSTICAS DEL MATRIMONIO. | |
| 1.3.1. Descripción de la figura del matrimonio de acuerdo a sus características. | 19 |
| 1.3.1.1. El orden público. | 19 |
| 1.3.1.2. La legalidad. | 20 |
| 1.3.1.3. La permanencia. | 20 |
| 1.3.1.4. La unidad. | 20 |
| 1.3.1.5. La singularidad. | 21 |
| 1.3.1.6. La igualdad. | 21 |
| 1.3.1.7. La libertad. | 21 |
| 1.4. ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DEL MATRIMONIO. | |
| 1.4.1. Los elementos de existencia en el matrimonio. | 22 |
| 1.4.1.1. Primer elemento de existencia: el consentimiento. | 23 |
| 1.4.1.2. Segundo elemento de existencia: el objeto, motivo o fin. | 24 |
| 1.4.1.3. Tercer elemento de existencia: la solemnidad. | 26 |
| 1.4.1.4. La diferencia de sexos como elemento de existencia dentro del matrimonio. | 27 |
| 1.4.2. Los elementos de validez en el matrimonio. | 27 |
| 1.4.2.1. Primer requisito de validez: la capacidad de las partes. | 28 |
| 1.4.2.2. Segundo requisito de validez: el consentimiento libre de vicios. | 28 |
| 1.4.2.2.1. El error como vicio del consentimiento. | 29 |
| 1.4.2.2.2. La violencia o intimidación como vicio del consentimiento. | 29 |
| 1.4.2.2.3. Opinión personal en cuanto al dolo y la mala fe como vicios del consentimiento en el matrimonio. | 30 |
| 1.4.2.3. Tercer requisito de validez: la licitud en el objeto, motivo o fin. | 31 |

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

| | |
|--|----|
| 1.4.2.4. Cuarto requisito de validez: la forma. | 33 |
|--|----|

1.5. ESTUDIO DE LOS EFECTOS JURÍDICOS QUE PRODUCE EL MATRIMONIO.

| | |
|--|----|
| 1.5.1. Efectos jurídicos en los cónyuges. | 34 |
|--|----|

| | |
|--|----|
| 1.5.2. Efectos del matrimonio con respecto a los hijos. | 36 |
|--|----|

| | |
|---|----|
| 1.5.3. Efectos del matrimonio con respecto a los bienes de los cónyuges. | 37 |
|---|----|

| | |
|-------------------------------|----|
| 1.5.3.1. Las donaciones. | 37 |
|-------------------------------|----|

| | |
|---|----|
| 1.5.3.1.1. Las donaciones antenupticiales. | 37 |
|---|----|

| | |
|--|----|
| 1.5.3.1.2. Las donaciones efectuadas después de celebrar el matrimonio. | 38 |
|--|----|

| | |
|---|----|
| 1.5.3.2. Los tipos de régimen patrimonial. | 38 |
|---|----|

| | |
|---------------------------------------|----|
| 1.5.3.2.1. La sociedad conyugal. | 38 |
|---------------------------------------|----|

| | |
|--|----|
| 1.5.3.2.2. La separación de bienes. | 39 |
|--|----|

| | |
|-----------------------------------|----|
| 1.5.3.2.3. El régimen mixto. | 39 |
|-----------------------------------|----|

1.6. LA NULIDAD EN EL MATRIMONIO.

| | |
|---|----|
| 1.6.1. Concepto de nulidad e inexistencia. | 40 |
|---|----|

| | |
|---|----|
| 1.6.1.1. La inexistencia del matrimonio. | 40 |
|---|----|

| | |
|--|----|
| 1.6.1.2. La nulidad del matrimonio. | 40 |
|--|----|

| | |
|----------------------------------|----|
| 1.6.2. La nulidad absoluta. | 40 |
|----------------------------------|----|

| | |
|----------------------------------|----|
| 1.6.3. La nulidad relativa. | 43 |
|----------------------------------|----|

| | |
|---------------------------------------|----|
| 1.6.3.1. El error en la persona. | 43 |
|---------------------------------------|----|

| | |
|---|----|
| 1.6.3.2. Infringir en las fracciones enumeradas en el artículo 165 del Código Civil. | 43 |
|---|----|

| | |
|---|----|
| 1.6.4. Efectos de la nulidad del matrimonio. | 46 |
|---|----|

1.7. EL MATRIMONIO CELEBRADO POR MEXICANOS EN UN

PAIS EXTRANJERO.

| | |
|---|----|
| 1.7.1. El supuesto del artículo 161. | 48 |
|---|----|

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

CAPITULO II EL DIVORCIO.

2.1. BREVE RESEÑA DE LA EVOLUCION HISTORICA DEL DIVORCIO.

| | |
|--|----|
| 2.1.1. El repudio, la separación de cuerpos, y la disolución del vínculo. | 50 |
| 2.1.2. El divorcio en México. | 54 |
| 2.1.2.1. El derecho prehispánico. | 54 |
| 2.1.2.2. El derecho colonial. | 55 |
| 2.1.2.3. El divorcio en el México independiente. | 55 |
| 2.1.3. La introducción del divorcio vincular en México. | 56 |

2.2. NOCIONES GENERALES DEL DIVORCIO.

| | |
|---|----|
| 2.2.1. Concepto de divorcio. | 57 |
| 2.2.2. Naturaleza jurídica del divorcio. | 60 |
| 2.2.2.1. El divorcio como acto jurídico. | 60 |
| 2.2.2.2. Acto de poder estatal. | 61 |
| 2.2.2.3. Estado. | 61 |
| 2.2.2.4. Institución jurídica. | 61 |
| 2.2.2.5. Contrato. | 62 |

2.3. LOS TIPOS DE DIVORCIO EN EL DERECHO MEXICANO.

| | |
|--|----|
| 2.3.1. El divorcio voluntario en la vía administrativa. | 63 |
| 2.3.2. Procedimiento del divorcio voluntario administrativo. | 65 |
| 2.3.3. El divorcio voluntario en la vía judicial. | 66 |
| 2.3.4. Procedimiento del divorcio judicial voluntario. | 68 |
| 2.3.5. El divorcio judicial necesario o contencioso. | 70 |
| 2.3.6. Procedimiento del divorcio judicial necesario o contencioso. | 71 |
| 2.3.7. El divorcio separación. | 77 |

2.4. LA ACCIÓN DE DIVORCIO.

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

| | |
|--|----|
| 2.4.1. Características de la acción de divorcio, | 78 |
| 2.4.1.1. La acción se sujeta a la prescripción, | 78 |
| 2.4.1.2. La acción de divorcio es personalísima. | 81 |
| 2.4.1.3. La acción de divorcio se extingue por la muerte de uno de los cónyuges, por desistimiento, por reconciliación y por perdón, | 82 |
| 2.5. LOS EFECTOS DEL DIVORCIO. | |
| 2.5.1. Efectos provisionales. | 82 |
| 2.5.2. Efectos del divorcio respecto a las personas. | 83 |
| 2.5.3. Efectos del divorcio en relación a los hijos. | 84 |
| 2.5.4. Efectos del divorcio en relación a los bienes. | 85 |

CAPITULO III ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 267 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL.

3.1. ESTUDIO DE LAS FRACCIONES DEL ARTICULO 267.

| | |
|---|----|
| 3.1.1. Preámbulo al estudio de las causas validas para solicitar el divorcio necesario. | 87 |
| 3.1.2. El adulterio debidamente probado de uno de los cónyuges. | 87 |
| 3.1.3. El hecho de que durante el matrimonio nazca un hijo concebido, antes de la celebración de éste, con persona distinta a su cónyuge, siempre y cuando no se hubiere tenido conocimiento de esta circunstancia. | 90 |
| 3.1.4. La propuesta de un cónyuge para prostituir al otro, no sólo cuando él mismo lo hecho directamente, sino también cuando se pruebe que ha recibido cualquier remuneración con el objeto expreso de permitir que se tenga relaciones carnales con ella o con él. | 92 |
| 3.1.5. La incitación o la violencia hecha por un cónyuge al otro para cometer algún delito. .. | 93 |
| 3.1.6. La conducta de alguno de los cónyuges con el fin de corromper a los hijos, así como la tolerancia en su corrupción. | 94 |

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

| | |
|--|-----|
| 3.1.7. Padecer cualquier enfermedad incurable que sea además, contagiosa o hereditaria, y la impotencia sexual irreversible, siempre y cuando no tenga su origen en la edad avanzada, 95 | |
| 3.1.8. Padecer trastorno mental incurable, previa declaración de interdicción que se haga respecto del cónyuge enfermo. | 98 |
| 3.1.9. La separación injustificada de la casa conyugal por más de seis meses, | 99 |
| 3.1.10. La separación de los cónyuges por más de un año, independiente mente del motivo que haya originado la separación, la cual podrá ser invocada por cualesquiera de ellos. | 101 |
| 3.1.11. La declaración de ausencia legalmente hecha, o la de presunción de muerte, en los casos de excepción en que no se necesita para que se haga ésta que proceda a declaración de ausencia. | 102 |
| 3.1.12. La negativa injustificada de los cónyuges a cumplir con las obligaciones señaladas en el artículo 164, sin que sea necesario agotar previamente los procedimientos tendientes a su cumplimiento, así como el incumplimiento, sin justa causa, por alguno de los cónyuges, de la sentencia ejecutoriada en el caso del artículo 168. | 104 |
| 3.1.13. La acusación calumniosa hecha por un cónyuge contra el otro, por delito que merezca pena mayor de dos año de prisión. | 106 |
| 3.1.14. Haber cometido uno de los cónyuges un delito doloso por el cual haya sido condenado, por sentencia ejecutoriada. | 107 |
| 3.1.15. El alcoholismo o el hábito de juego, cuando amenacen causar la ruina de la familia o constituyan un continuo motivo de desavenencia. | 108 |
| 3.1.16. Cometer un cónyuge contra la persona o bienes del otro, o de los hijos, un delito doloso, por el cual haya sido condenado por sentencia ejecutoriada. | 109 |
| 3.1.17. El incumplimiento injustificado de las determinaciones de las autoridades administrativas o judiciales que se hayan ordenado, tendientes a corregir los actos de violencia familiar. | 110 |

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

| | |
|---|-----|
| 3.1.18. El uso no terapéutico de las sustancias ilícitas a que hace referencia la Ley General de Salud y las lícitas no destinadas a ese uso, que produzcan efectos psicotrópicos, cuando amenacen causar la ruina de la familia o constituyan un continuo motivo de desavenencia. | 110 |
| 3.1.19. El empleo de métodos de fecundación asistida, realizada sin el consentimiento de su cónyuge, | 111 |
| 3.1.20. Impedir uno de los cónyuges al otro, desempeñar una actividad en los términos de lo dispuesto por el artículo 169 de este Código, | 112 |
| CAPITULO IV UNIFICACIÓN DE LAS CAUSALES. | |
| 4.1. EL PROBLEMA SOCIO-JURÍDICO DEL DIVORCIO. | |
| 4.1.1. El problema en la sociedad contemporánea. | 114 |
| 4.2. LA FRACCIÓN XI DEL ARTICULO 267 DEL CÓDIGO CIVIL. | |
| 4.2.1. Análisis de la fracción XI como causal para el divorcio. | 117 |
| 4.3. LA FRACCIÓN XVII DEL ARTÍCULO 267 DEL CÓDIGO CIVIL. | |
| 4.3.1. Análisis de la fracción XVII como causal para el divorcio. | 122 |
| 4.3.2. Estudio de los elementos de la causal. | 126 |
| 4.4. OPINIONES EN CONTRA DE LA UNIFICACIÓN. | |
| 4.4.1. La autonomía de las causales. | 128 |
| 4.4.2. El estado de indefensión al eliminar una causal. | 129 |
| 4.5. OPINIONES A FAVOR DE LA UNIFICACIÓN. | |
| 4.5.1. La protección al matrimonio. | 130 |
| 4.5.2. La educación legislativa. | 131 |
| CONCLUSIONES. | 133 |
| BIBLIOGRAFÍA. | 137 |

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

INTRODUCCION.

En la historia del derecho, siempre encontramos, que los eventos políticos, sociales y económicos, tienen gran injerencia en los cambios que presenta nuestro orden jurídico.

Los cambios políticos de nuestra actualidad, han traído como consecuencia, que personas que no ostentaban la representación del pueblo, ahora la tengan y en busca de la permanencia de esa representación y por consecuencia del poder de gobernar, han intentado acercarse a las necesidades de las personas. La mejor manera de cubrir esas necesidades, es a través del Derecho. Ninguna herramienta tan utilizada como el orden jurídico para tratar de cubrir las exigencias sociales. Pero esta herramienta, puesta en manos no capacitadas para su ejercicio, puede resultar ineficiente.

La actual Asamblea de Representantes del Distrito Federal, está integrada por miembros de partidos políticos que hace unos cuantos años eran considerados como la oposición, la minoría. Pues bien, al alcanzar la mayoría en la representación de la ciudadanía, se han propuesto innovar y mejorar el sistema jurídico que nos rige. Loable y bienvenida esta actitud, pero el afán de legislar los ha llevado a proponer situaciones que no son del todo correctas, jurídicamente hablando.

Esta investigación pretende demostrar que se ha creado una confusión innecesaria en nuestro derecho, en materia civil en cuanto al Código que la contiene y en materia familiar en cuanto a la naturaleza misma de la cuestión jurídica.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

La labor legislativa es buena, siempre serán interesantes las aportaciones que se hagan al derecho, pero, se deben hacer apegadas al objetivo intrínseco de lo jurídico: el bien común, cimentado en el bien personal y abarcando a los demás individuos de la sociedad. La presente propuesta incluye un breve análisis de la célula básica de la sociedad: la familia. Y en particular, la familia fundamental, los cónyuges.

La investigación que se presenta, trata de un tema jurídico, que a través del tiempo ha sido motivo de discusión: el divorcio. Se estudiará inevitablemente el matrimonio, como figura jurídica que busca ser un ambiente lleno de armonía, ayuda y respeto entre los cónyuges. Como es que cuando no se han logrado los fines del matrimonio, se llega al divorcio, en algunos casos como una civilizada forma de poner fin al matrimonio y en otros casos, lamentables, como único medio de poner fin a las disputas de los cónyuges.

Se estudiará de manera breve y concisa la evolución que ha tenido el divorcio, pues en muchos casos, el común de la gente lo interpreta como el fin de un matrimonio, sin saber que desde la antigüedad bíblica la separación de los cónyuges representa un medio racional que tuvo su origen y fin en una relación afectiva que ya no existe, por lo tanto el divorcio solo representa la manifestación legal de que ya no existe dicha relación.

Los motivos que dan origen al divorcio son un punto aparte de esta investigación, pues como se podrá observar, la razón que motiva a los cónyuges son de índole variada.

Precisamente una de esas causas es la violencia en el seno familiar. La violencia ha venido tomando fuerza como una figura que afecta no solo a las personas en su vida cotidiana (en la calle, la oficina, la escuela, etc.), ahora se refleja en el hogar.

La violencia no es nada nuevo, ha existido desde que existe el hombre, pero con este afán legislativo, se abre la oportunidad para que entre una figura amplia en su estudio y que puede ayudar a identificar y prevenir el abuso en el hogar.

El concepto de violencia puede ser muy amplio, tanto que da la facilidad al juzgador de encontrar mayores elementos para emitir sus resoluciones a favor de quienes hayan sufrido una manifestación de violencia.

Precisamente pretendo ver en la inclusión de la violencia como una oportunidad para facilitar que el divorcio, cuando sea necesario, proceda. Sin embargo se cometió una omisión: al legislar e incluir a la violencia como causa de divorcio, se dejaron subsistentes las figuras de la sevicia, las injurias y las amenazas.

Estas tres últimas figuras, son históricas, tanto por el momento en el que surgen, como por ser de las más invocadas para fundamentar una demanda de divorcio.

La presente investigación se basa en la hipótesis de considerar a la sevicia, a las injurias y a las amenazas como ejemplos de violencia. De esta manera, se enriquece el alcance de una figura que tiene mayor espectro y da mayores oportunidades al juzgador de emitir su fallo a favor de quien tiene la razón por ser víctima de la violencia. Esta violencia es mucho más intolerable que la que

se da en las calles, porque proviene de la persona se supone, debemos esperar respeto y protección en todos los aspectos.

Al final de la investigación y propuesta, no se pretende desvirtuar el quehacer legislativo, ni dejar en estado de indefensión al eliminar una de las veintiún causales para invocar el divorcio. Se pretende proteger al matrimonio mediante un debido aprovechamiento de la figura que conocemos como violencia familiar, al imponer sanciones correctivas y dar una oportunidad ha que sobreviva el matrimonio, figura que se ha visto debilitada con el paso del tiempo.

CAPITULO I

EL MATRIMONIO.

CAPITULO I EL MATRIMONIO.

1.1. ANALISIS DEL MATRIMONIO COMO ANTECEDENTE PARA EL ESTUDIO DEL DIVORCIO.

1.1.1. Necesidad de estudiar el matrimonio.

Dentro de la gama de figuras que existen en nuestro Derecho, encontramos actos, instituciones, contratos, situaciones en las que participa el Estado y algunas otras en donde solo participan los particulares. Una de esas figuras es el matrimonio; al celebrar un matrimonio se desencadenan varias consecuencias: los deberes conyugales (ayuda mutua, apoyo económico, fidelidad, etc.), los deberes filiales (legitimación, alimentos derechos sucesorios, etc.). En ocasiones cuando el matrimonio no alcanza sus objetivos, los cónyuges optan por disolverlo, dando origen al divorcio, otro de nuestros temas de estudio y una de las bases de la propuesta de la presente investigación.

Así pues, el matrimonio es el origen de diversas actuaciones, y para entenderlo, no podemos dejar de definirlo, ahora bien, para entender una figura jurídica debemos estudiar su naturaleza, es cierto, sin embargo, prefiero establecer un concepto del matrimonio para posteriormente definir su naturaleza jurídica.

1.1.2. Concepto de matrimonio.

De acuerdo al maestro Joaquín Escriche citado en la Enciclopedia jurídica OMEBA, las raíces etimológicas del matrimonio provienen de los vocablos latinos *matris* y *mutium* que se traducen en **carga o gravamen para la madre**¹, en tal caso dicha definición no alcanza a cubrir todo el entorno jurídico de tal figura, pues en nuestro sistema de derecho esta figura acarrea efectos tanto en los participantes (cónyuges), como en los hijos (filicación) y en los bienes (aspecto pecuniario).

¹ ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA. Tomo XIX. Editorial Ancafo. S.A. Buenos Aires. Argentina. 1976. Pág. 147.

Basado en la misma obra, se puede indicar que en nuestra cultura se considera al matrimonio como un acto con las siguientes características:

- a) Monogámico;
- b) Permanente (para toda la vida);
- c) Excepcionalmente disoluble (haciendo referencia al divorcio); y
- d) Civil (por ser el Estado quien ejerce jurisdicción y competencia en la materia).²

Ahora bien, el Instituto de Investigaciones Jurídicas de nuestra Universidad establece tres posturas:

- "Es la celebración de un acto jurídico solemne entre un hombre y una mujer con el fin de crear una unidad de vida entre ellos;"
- "Es un conjunto de normas jurídicas que regulan dicha unión;"
- "Es un estado general de vida que se deriva de las dos anteriores."

Con base en los diferentes textos analizados, es difícil encontrar un concepto unitario de lo que es el matrimonio, sobre todo porque los autores pretenden incluir en dicho concepto, la naturaleza jurídica misma del matrimonio. Si establecer un concepto unificado resulta complicado, mas aun es establecer la naturaleza jurídica del mismo, todas las corrientes tienen una fundamentación, y a su vez tienen opiniones en contra.

Con el propósito de evitar discrepancias en el concepto que aquí se expresa, he decidido adoptar el de la maestra Sara Montero Duhalt en el sentido de que el matrimonio es la "...forma legal de constituir la familia a través de la unión de dos personas de distinto sexo que establecen entre ellas una comunidad de vida regulada por el derecho".³

Adopté este concepto debido a que se libra de incluir la naturaleza jurídica (punto aparte) entre sus líneas y desde mi punto de vista es acertado: efectivamente se trata de la unión de un hombre y una mujer (nuestra legislación no contempla la unión de personas del mismo sexo) y de dicha

² Idem Págs. 151 y 152.

³ Cfr. INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS. *Diccionario Jurídico Mexicano* Editorial Porrúa D.F. México. Séptima edición. 1994 Págs. 2085-2088.

⁴ MONTERO DUHALT Sara. *La familia en el derecho* Editorial. Porrúa. D.F. México. 1984 Primera edición. Pág. 98.

unión surgirá una convivencia con consecuencias jurídicas ya mencionadas (conyugales, filiales, del sostenimiento del hogar, respeto, etc.); la primera parte del concepto establece "la forma legal de constituir la familia", es cierto, la mayor parte de las personas que se casan tienen la finalidad de convivir y procrear descendencia y darle forma al núcleo de la sociedad. No es el único, ni fundamental objetivo, pero sí es uno de los principales; este concepto no excluye los lazos familiares y legales que surgen de la adopción y tampoco resta importancia al concubinato, mucho menos le da la categoría de ilegal, solo que recordemos que mientras el matrimonio genera gran cantidad de opiniones encontradas para su definición y para establecer su naturaleza jurídica además de que se deben cubrir una serie de formalidades y solemnidades para su celebración, lo que lo convierte en toda una figura de derecho, el concubinato no es más que una figura de hecho: surge cuando dos personas deciden convivir juntas como esposos pero sin el vínculo denominado matrimonio.

Ahora bien, nuestro Código Civil establece un concepto de matrimonio:

Artículo 146: "Matrimonio es la unión libre de un hombre y una mujer para realizar la comunidad de vida, en donde ambos se procuran respeto, igualdad y ayuda mutua con la posibilidad de procrear hijos de manera libre, responsable e informada. Debe celebrarse ante el Juez del Registro Civil y con las formalidades que esta ley exige."

Como se puede observar, el mismo Código evita señalar una determinada naturaleza jurídica en relación con el concepto del matrimonio.

Sin embargo a efecto de enriquecer y satisfacer otros criterios se hace referencia a algunos otros conceptos:

Rodolfo de Ibarrola: "Unión del hombre y la mujer en una comunidad de vida, destinada a la formación de la familia, precedida de la manifestación del consentimiento, por el acto jurídico de la celebración ante el oficial del Registro Civil."³

³ CHAVEZ ASENCIO Manuel F. La familia en el derecho. Relaciones jurídicas conyugales D.F. México. Editorial Porrúa. Cuarta edición 1997. Págs. 70 y 71.

Spota: "Acto jurídico complejo que surge en virtud de que el hombre y la mujer declaran su voluntad de unirse a fin de constituir una familia legítima siguiendo a estas declaraciones la del oficial público hecha en nombre de la ley y por la cual los declara marido y mujer."⁶

Por último, manifiesto mi concepto referente al matrimonio: es el medio por el cual dos personas de distinto sexo unen sus vidas y se someten a un conjunto de disposiciones legales, de interés público, que contemplan su celebración, los requisitos para contraerlo, las normas a las que se sujetaran los contrayentes, así como sus derechos, obligaciones, efectos y formas de disolverse.

1.2. NATURALEZA JURIDICA DEL MATRIMONIO.

1.2.1. Diversidad de opiniones sobre la naturaleza jurídica del matrimonio.

El presente, es un punto controvertido, debido a que son muchos los criterios para determinar la esencia misma del matrimonio, y como acertadamente comenta la maestra Sara Montero Duhalt:

"Pero aun desde el simple punto de vista legal, no hay unidad de criterio, pues es al mismo tiempo un acto jurídico, que una vez realizado, produce un estado, el cual es regido por un conjunto de normas que armónicamente organizadas constituyen una institución."⁷

Es por las múltiples y encontradas corrientes que se hace necesario el estudio de todas ellas, para así establecer una opinión propia de la esencia del matrimonio, de esta manera se presentan las siguientes y diversas opiniones sobre la naturaleza jurídica del matrimonio:

- **ACTO JURIDICO** (de muy diversa especie);
- **ACTO DE PODER ESTATAL;**
- **ESTADO;**
- **INSTITUCION JURIDICA;** y
- **CONTRATO.**

1.2.2. Tesis que contempla al matrimonio como un acto jurídico.

⁶ Idem.

⁷ Loc. cit. Pág. 97.

Ya se ha mencionado anteriormente que al contraer nupcias, las personas adquieren deberes jurídicos y morales, es decir, el matrimonio es la fuente de donde surgen obligaciones jurídicas. Recordando el curso de obligaciones, tenemos que una fuente de ellas es el acto jurídico. En una visión panorámica, en amplio sentido jurídico existen los hechos jurídicos los cuales pueden dividirse en actos y hechos jurídicos en estricto sentido.

Así tenemos que hecho jurídico lato sensu "ES TODA CONDUCTA HUMANA O CIERTOS FENOMENOS DE LA NATURALEZA, QUE EL DERECHO CONSIDERA PARA ATRIBUIRLES CONSECUENCIAS JURÍDICAS."⁸

Abundando en la distinción de hecho jurídico (stricto sensu) y acto jurídico, encontramos que hecho jurídico stricto sensu "ES UNA MANIFESTACION DE VOLUNTAD QUE GENERA EFECTOS DE DERECHO INDEPENDIENTEMENTE DE LA INTENCION DEL AUTOR DE LA VOLUNTAD PARA QUE ESOS SE PRODUZCAN, O UN HECHO DE LA NATURALEZA AL QUE LA LEY VINCULA EFECTOS JURIDICOS"⁹, mientras que un acto jurídico: "ES LA CONDUCTA DEL SER HUMANO EN QUE HAY UNA MANIFESTACION DE VOLUNTAD, CON LA INTENCION DE PRODUCIR CONSECUENCIAS DE DERECHO, SIEMPRE Y CUANDO UNA NORMA JURIDICA SANCIONE ESA MANIFESTACION DE VOLUNTAD, Y SANCIONE LOS EFECTOS DESEADOS POR EL AUTOR."¹⁰

De lo que se deriva que mientras en un hecho jurídico, en ocasiones no interviene la voluntad del individuo, sino que, es consecuencia de las fuerzas de la naturaleza o bien el individuo si expresa su voluntad pero sin el deseo de producir consecuencias jurídicas, en un acto jurídico se reúnen tanto la manifestación de la voluntad y deseo de provocar consecuencias de derecho y la regulación por parte de la ley sobre la situación en particular.

Analizando el matrimonio, encontramos que para que sea válido, debe existir el consentimiento de los contrayentes, libre de cualquier vicio en su voluntad, entonces si se da la **manifestación**

⁸ GUTIERREZ Y GONZALEZ, Ernesto. Derecho de las obligaciones. Editorial Porrúa. D.F. México. Décima edición. 1995. Págs. 151 y 152

⁹ Idem. Pág. 155.

¹⁰ Idem. Pág. 153.

de la voluntad; efectivamente los consortes desean que se produzcan consecuencias de derecho, pues están conscientes de que deben ayudarse y apoyarse en la vida marital, al tener descendencia reconocerlos como propios, cubrir sus necesidades; y finalmente encontramos normas jurídicas que sancionen la unión de estas personas y todas las situaciones que de ella se derivan. Por lo tanto el matrimonio si encaja en lo que llamamos un acto jurídico. Además el mismo Código Civil acepta que las disposiciones que se hacen referente a los contratos, son aplicables también a los actos jurídicos relacionando los artículos 2224 con el 1794 y el 1795,

Pero recordemos que aun los actos jurídicos se clasifican en diversos tipos; así tenemos que el matrimonio puede considerarse:

1.2.2.1. Acto jurídico mixto.

"..., como distinción entre los actos jurídicos públicos y actos jurídicos privados. En los últimos intervienen sólo particulares, en los públicos intervienen los órganos estatales, y en los mixtos hay la concurrencia de los particulares y también de funcionarios públicos, haciendo sus respectivas manifestaciones de voluntad." "

Entendemos que por particulares se refiere a los consortes y por funcionario público al Oficial del Registro Civil, como nos lo confirma el maestro Rafael Rojina Villegas:

"El matrimonio es un acto mixto debido a que se constituye no sólo por el consentimiento de los consortes, sino también por la intervención que tiene el Juez del Registro Civil. Este órgano del Estado desempeña un papel constitutivo y no simplemente declarativo, pues podemos decir que si se omitiese en el acta respectiva hacer constar la declaración que se debe hacer el citado funcionario, considerando unidos a los consortes en legítimo matrimonio, éste no existiría desde el punto de vista jurídico." "

Por lo tanto, la calidad de mixto se deriva de la participación de dos particulares (hombre - mujer) y un representante del Estado, (el Oficial del Registro), diferenciándolo de un acto sólo

¹¹ CHAVEZ ASENCIO Manuel F. Ob. cit. Pág. 57.

¹² ROJINA VILLEGAS Rafael. *Derecho Civil Mexicano, Tomo II, Derecho de Familia*. Editorial Porrúa. D.F. México. Novena edición. 1998. Pág. 215.

entre particulares (un contrato por ejemplo) y de uno sólo entre órganos del Estado (convenios de colaboración entre gobiernos de un municipio y otro, por ejemplo, para llevar a cabo un proyecto de desarrollo social como la línea "B" del metropolitano).

1.2.2.2. Acto jurídico complejo.

En las palabras de la maestra Sara Montero Duhalt, reforzamos la teoría de por que el matrimonio es un acto jurídico: "... porque surge de la manifestación de la voluntad de los que lo contraen, acorde con las normas que lo regulan y, una vez realizado, produce las consecuencias jurídicas previamente establecidas en la ley".

"La complicación doctrinaria surge respecto al tipo de acto jurídico al cual pertenece el matrimonio." "

Así tenemos que debido a la diversidad de actos, el matrimonio, puede tener características de:

1.2.2.2.1. Mixto: por la calidad de los participantes: entes públicos (órganos del Estado) y entes privados (particulares).

1.2.2.2.2. Bilateral: "... por el acuerdo de voluntades de los esposos (sic) y por las consecuencias jurídicas que se darían en la esfera jurídica de ambos consortes." " Es decir contemplando que son dos personas, y que dos esferas jurídicas sufrirán modificaciones.

1.2.2.2.3. Plurilateral: porque "...la manifestación de la voluntad de quienes pretenden contraer matrimonio debe ir acompañada forzosamente de la manifestación de la voluntad de la autoridad competente (juez del Registro Civil) como elemento de existencia de ese acto jurídico; de manera tal, que la sola manifestación de los contrayentes es insuficiente para que se realice el acto jurídico matrimonio." " Añadiremos aquí, que efectivamente la participación del Oficial del Registro Civil es un punto valioso, a grado tal que es un requisito más que marca la diferencia entre matrimonio y concubinato. Ciertamente se dan tres declaraciones: la del hombre, la de la

¹¹ Loc. cit. Pág. 111.

¹² Idem. Pág. 112.

¹³ Ibid. Idem.

mujer, estas dos en el sentido de unir sus vidas; y la del Oficial del Registro, representando la voluntad del Estado.

1.2.2.4. Solemne: recordemos que la solemnidad es un conjunto de ritos o usos que le dan cierto realce a determinados eventos. "Nuestro derecho positivo considera al matrimonio un acto solemne. Consiste la solemnidad en que forzosamente tiene que realizarse frente al juez del Registro Civil, en que éste preguntará a los pretendientes si es su voluntad unirse en matrimonio y, ante la respuesta afirmativa de ambos, declarar en nombre de la ley y de la sociedad que los contrayentes han quedado unidos en legítimo matrimonio. Acto seguido se levantará el acta y será firmada por los consortes y el juez cuando menos.

"Ante la ausencia de estos requisitos, no existirá el matrimonio. Por ello se les considera requisitos de existencia y en su conjunto constituyen la solemnidad del matrimonio." "

1.2.2.5. Formal: como todos los actos jurídicos, debe llenar una serie de requisitos señalados (el convenio sobre el régimen patrimonial al que se someterán, las actas de nacimiento, la solicitud, los análisis prenupciales, etc.).

1.2.2.3. Acto jurídico condición.

Citando al maestro Rafael Rojina Villegas, indica que se atribuye esta teoría a León Duguit quien lo define "... como el acto jurídico que tiene por objeto determinar la aplicación permanente de todo un estatuto de derecho a un individuo o conjunto de individuos, para crear situaciones jurídicas concretas que constituyen un verdadero estado, por cuanto que no se agotan por la realización de las mismas, sino que permiten su renovación continua." "

Entendemos que Duguit se refiere a que el matrimonio es el momento que señala el origen, el inicio de una serie de eventos concatenados que se producirán con la convivencia de la pareja y todos esos eventos, contemplados por el derecho, creando todo un esquema que no se extingue en un momento (a diferencia de algunos contratos, por ejemplo en la compraventa, esta llega a su perfeccionamiento al momento de la entrega de la cosa y de su pago), sino que genera un ciclo

¹⁶ Idem. Pág. 109.

¹⁷ LEÓN Duguit, citado por Rafael Rojina Villegas. Ob. cit. Pág. 214.

constante y, en algunos casos permanente hasta el fallecimiento de uno o ambos cónyuges, es decir, existen entre otras: la obligación de darse alimentos, la cual no se extingue cumpliéndola una vez, una semana o un año, es constante, se renueva día a día; el respeto y la ayuda que se deben los cónyuges no es de un momento, sino permanente.

Por lo tanto, de acuerdo a Duguit, el matrimonio es requisito sine qua non para que surja la reglamentación de esa convivencia.

Podemos hacer dos observaciones a nivel muy personal, la primera es que debemos distinguir entre un acto y sus consecuencias, lo que los doctrinarios han señalado:

| | |
|--------------------------|----------------------------|
| ACTO JURIDICO | CONVIVENCIA |
| MATRIMONIO - ACTO | MATRIMONIO - ESTADO |

Por medio de un acto jurídico (que denominamos comúnmente "contraer matrimonio") se genera una convivencia (que basada en los eventos cotidianos que vive la pareja, también denominamos matrimonio). Esta observación da origen a una tesis que explicaremos mas adelante, la cual propone distinguir los diferentes momentos que se dan en la celebración del matrimonio y como es que pueden integrarse.

La segunda observación es, que si de la celebración del matrimonio depende la generación de obligaciones, ¿qué sucede en el concubinato?, ¿no se generan las mismas? Duguit no excluye al concubinato, ni deja fuera de su concepción las obligaciones generadas por esta ultima figura, solo indica que el acto de contraer matrimonio es la base de un organigrama de derecho que contempla las relaciones conyugales y filiales, sin negar que el concubinato también da origen a relaciones jurídicas.

1.2.3. Tesis que contempla al matrimonio como un estado.

Esta tesis tiene varias facetas de acuerdo a los doctrinarios, puede existir un estado político que es el que guarda una persona con su nación; un estado civil que es un atributo de las personas físicas; y un estado jurídico.

En cuanto al estado jurídico, ya se hablaba de un matrimonio – estado que se traduce en la convivencia de los cónyuges. El maestro Rafael Rojina Villegas amplía el panorama de esta tesis diciendo: “Los estados jurídicos se distinguen de los hechos y de los actos jurídicos permanentes, permitiendo la aplicabilidad de todo un estatuto legal a situaciones determinadas que continúan renovándose en forma más o menos indefinida. En este sentido, el matrimonio evidentemente que constituye un estado jurídico entre los consortes, pues crea para los mismos una situación jurídica permanente que origina consecuencias constantes por aplicación del estatuto legal respectivo a todas y cada una de las situaciones que se van presentando durante la vida matrimonial. Además el matrimonio, se presenta como un estado de derecho en oposición a los simples estados de hecho.” ”

Relacionándolo con la idea de Duguit, es necesaria la celebración del matrimonio acto, para que se de la reglamentación, sin embargo no se agota con ese único acto, la reglamentación es continua porque la convivencia es continua, así como los efectos.

1.2.4. Tesis del matrimonio como un acto del poder estatal.

El italiano Antonio Cicu es el autor de esta tesis la cual encontramos sintetizada en la obra del maestro Manuel F. Chávez Asencio quien cita dos párrafos de José Castán Tobeñas y Rafael Rojina Villegas y se expresan de esta manera:

“El matrimonio es un acto del Estado, suponiendo, con miras sobre todo a la legislación italiana, que es el Estado quien constituye el matrimonio a través de la declaración del oficial del estado civil. El consentimiento de los esposos es sólo un presupuesto de aquel acto del Estado. El matrimonio no es un contrato, ni un negocio bilateral, sino un acto unilateral del Estado, que solo presupone la declaración de la voluntad de los esposos sin las cuales el acto no podría surgir.

“Esas consideraciones ponen en claro la especial importancia que tiene el hecho de que la declaración de la voluntad de los esposos (sic) deba ser dada al oficial y por él recogidas personalmente en el momento en que se prepara para el pronunciamiento; y que toda otra declaración o contrato realizado entre esposos (sic) no contiene ningún valor jurídico. Nosotros

¹³ Loc. cit. Pág. 225.

deducimos de esto que la ley no considera al matrimonio como contrato tampoco formalmente y que el acuerdo de voluntad de los cónyuges no es más que la condición para el pronunciamiento, éste es constitutivo del matrimonio.”¹⁹

Ahora bien, estoy en desacuerdo con el maestro Cicu porque su teoría indica que es un acto unilateral del Estado, así que más que declarativa, la función del representante del Estado (en nuestra legislación, el Oficial del Registro Civil) es fundamental para la celebración del matrimonio. En nuestro derecho, es un requisito sine qua non, que el matrimonio debe celebrarse ante el Juez del Registro Civil (artículo 146 Código Civil), sin embargo, aunque este último preside la celebración y levanta el acta respectiva, no puede dejar en segundo plano la voluntad de los participantes, ya que si bien la celebración ante el Oficial es una solemnidad que se debe cubrir (requisito de existencia), debe de existir antes la manifestación de la voluntad, el consentimiento de los contrayentes (requisito de existencia), porque si bien es cierto que el matrimonio es nuestro tema, la pareja puede omitir la formalidad y solemnidad del matrimonio y establecer una comunidad de vida con la calidad de un concubinato y aun así se generaran derechos y obligaciones.²⁰

1.2.5. Tesis del matrimonio como Institución jurídica.

Demófilo De Buen dice que Institución: “Es el conjunto de relaciones jurídicas concebidas en abstracto y como una unidad por el ordenamiento jurídico, siendo por consiguiente un ensayo más o menos definido de tipificación de las relaciones civiles.”²¹

Eduardo Pallares por su parte establece que Institución es: “Un conjunto de normas jurídicas debidamente unificado, que reglamentan determinadas funciones o actividades sociales cuya importancia sea tal, que merezcan estar sujetas a la tutela del Estado en forma especial.”²²

¹⁹ Ob. cit. Pág. 55.

²⁰ Recordemos que se ha dicho que el matrimonio es un acto de derecho y el concubinato un acto de hecho, sin embargo con las reformas al Código Civil publicadas el 29 de mayo del 2000 en el Diario Oficial de la Federación, al Libro Primero, Título Quinto, se le adicionó un Capítulo XI que regula al concubinato y concede a los concubinos derechos y obligaciones recíprocos (art. 291 bis) y aquí surge una pequeña reflexión, ¿el concubinato, sigue siendo un simple acto de hecho? Considero que si, pues no se señalan requisitos o formalidades para su constitución, sin embargo las concubinas, sobre todo, ya no se encuentran en un estado de indefensión tan manifiesto como antes de que existieran estas disposiciones.

²¹ Citado por Rafael De Pina en la obra de Manuel F. Chávez Ascencio Ob. cit. Pág. 50.

²² Citado por Manuel F. Chávez Ascencio Ob. cit. Pág. 50.

Ahora bien, la maestra Sara Montero Duhalt dice que institución: "Es un conjunto de normas de carácter imperativo que regula, un todo orgánico y persiguen una finalidad de interés público."²¹

Ahora, entraremos en la explicación de porque el matrimonio es considerado como una institución.

"El matrimonio es ante todo, una institución jurídica,... únicamente que esta institución, como tantas otras es puesta en movimiento por medio de un acto jurídico. Por tanto, como hemos indicado, definir el matrimonio como un acto jurídico es considerar únicamente uno de sus aspectos. Repetimos que en realidad, en el matrimonio interviene un acto jurídico pero este acto no es sino la doble manifestación de voluntad individual que se produce en condiciones determinadas y por medio de la cual dos personas de sexo diferente se colocan bajo el imperio de la institución del matrimonio. La terminología usada en esta materia es claramente defectuosa. Era necesario distinguir, como hemos dicho, con tres términos diferentes, tres cosas distintas: 1. El matrimonio, es decir la institución del matrimonio; 2. El acto del matrimonio, es decir, el acto jurídico que pone en movimiento la institución con respecto a los dos interesados; 3. El contrato de matrimonio, o convención relativa al patrimonio de los esposos."²²

El maestro Rafael Rojina, enriquece la explicación: "En este sentido significa el conjunto de normas que rigen el matrimonio. Una institución jurídica es un conjunto de normas de igual naturaleza que regulan un todo orgánico y persiguen una misma finalidad. Ihering explica que las normas jurídicas se agrupan constituyendo series de preceptos para formar verdaderos cuerpos que tienen autonomía, estructura y funcionamiento propios dentro del sistema total que constituye el derecho positivo... El matrimonio constituye una verdadera institución por cuanto que los diferentes preceptos que regulan tanto el acto de su celebración, al establecer elementos esenciales y de validez, como los que fijan los derechos y obligaciones de los consortes, persiguen la misma finalidad al crear un estado permanente de vida que será la fuente de una gran variedad de relaciones jurídicas."²³

²¹ Loc. cit. Pág. 113.

²² BONNECASE Julien. *Tratado Elemental de Derecho Civil*. Editorial Harla. D.F., México. Quinta edición. 1993. Pág.247.

²³ Loc. cit. Pág. 212.

Finalmente el maestro Chávez Ascencio señala como institución: "un conjunto orgánico de normas jurídicas, orientadas al mismo fin, que reglamentan funciones o actividades sociales y sus relaciones jurídicas, que por su importancia está sujeta a la tutela del Estado. Referida al matrimonio ese conjunto de leyes tiene como fin el reglamentar la comunidad conyugal."²⁶

Citado lo anterior, reflexionamos sobre si el matrimonio es o no una institución. En mi opinión se debe distinguir que en el lenguaje común, cuando nos referimos a una institución, pensamos por regla general en una persona moral, una empresa, pero en términos jurídicos se refiere a un ordenamiento, a normas que van encaminadas hacia un mismo fin, efectivamente existen normas que regulan, todos los eventos antes, durante y después de celebrar la unión de dos personas: los requisitos para hacerlo, las formalidades y solemnidades al momento de llevarse a cabo, los efectos que tiene en los participantes y la manera de disolverse. Ya anteriormente se mencionó que deben diferenciarse los momentos de lo que llamamos matrimonio porque resulta complicado querer clasificar a esta figura en una sola opinión. En realidad el matrimonio esta previsto y regulado en México, lo que da lugar a pensar que puede ser una institución, sin embargo, en mi opinión no considero que el matrimonio se pueda definir así.

Reforzando la teoría de que el matrimonio no es solo una institución, encontramos al maestro Magallón Ibarra citado por Chávez Ascencio: "Creemos que el único sentido real y adecuado que puede tener el matrimonio en un aspecto de institución, es aquél que lo admite como colección metódica de los principios o elementos de una ciencia, arte, etc.

"Advertimos desde ahora, que creemos que el matrimonio tiene un carácter institucional porque en él encontramos precisamente un conjunto de principios, una colección metódica de elementos sociales y jurídicos que se regulan dentro de la idea del propio matrimonio, y que mediante él — al celebrarse — se funda la base orgánica de la nueva familia, o sea, se establece una nueva célula social; se principia una nueva vida para ambos esposos(sic). Pero por encima de ellos, advertimos que existe un desarrollo equivocado y exagerado de la teoría de la institución en materia matrimonial, pues no nos cabe duda que sí hay una institución en el matrimonio, pero que el matrimonio no es una institución ni mucho menos de aquellas a las que se refiere preferentemente la teoría del derecho público. En otros términos el matrimonio dando cabida a

²⁶ Loc. cit. Págs. 50 y 51.

una institución no se agota en ella, pues es algo anterior a la institución misma y esta representa no su idea primaria, sino en todo caso su idea final.”²⁷

Insisto en que deben distinguirse las situaciones de las que hablamos, existe un acto, es indiscutiblemente el origen de nuestra figura jurídica y existe una regulación que efectivamente es una institución, pero solo como un conjunto de principios jurídicos y no como un ente separado de los participantes.

1.2.6. Tesis del matrimonio en su calidad de contrato.

Analicemos primero lo que se entiende por contrato, las causas por las que se considera al matrimonio como tal, por que no puede ser un contrato y otro error al confundir diversos eventos con la figura misma.

Nuestro Código Civil en su artículo 1792 establece que un convenio es aquel acuerdo entre dos o más personas para crear, transmitir, modificar o extinguir derechos y obligaciones. Recordemos que esta es la concepción de un convenio en amplio sentido, y que se puede clasificar en un convenio en estricto sentido y en un contrato. El contrato es el acuerdo de voluntades que crea o transfiere derechos y obligaciones (artículo 1793 del Código Civil) y por exclusión el convenio en estricto sentido es el acuerdo de voluntades que modifica o extingue derechos y obligaciones.

Efectivamente el matrimonio, basándonos en estas definiciones, puede parecer un contrato: existe un acuerdo de voluntades (las de los contrayentes), y existe un objeto (la ayuda mutua, la convivencia, la procreación, etc.); el consentimiento de cada uno de los contrayentes debe estar libre de vicios y el objeto es lícito, entonces, si cubre los requisitos de existencia y de validez que caracterizan a un contrato, se pensaría que el matrimonio puede serlo pero esa analogía no basta para catalogar a una figura como perteneciente a un grupo ya bien definido.

“La concepción contractual civil se remonta a las opiniones de los canonistas disidentes, quienes sustentaban la idea de la separabilidad entre el contrato y el sacramento. Esta concepción fue elaborada en Francia y constituyó la base de la secularización del matrimonio producida tras la

²⁷ MAGALLON IBARRA Jorge Mario, citado por Manuel F. Chávez Ascencio. Ob. cit. Pág. 51.

revolución de 1789, Alcanzó su máxima expresión legislativa en la Constitución de 1791, la que considero al matrimonio como un contrato civil.

"... los filósofos del siglo XVIII (especialmente Montesquieu y Voltaire) resolvieron separar el contrato del sacramento, sometiendo el primero a la ley civil y dejando el segundo a la Iglesia." ²⁸

"Entre los juristas, ya Pothier calificaba al matrimonio de contrato y lo señalaba como el más excelente y antiguo de todos ellos, excelente por ser el que más interesa a la sociedad civil, y antiguo por haber sido el primero realizado entre los hombres." ²⁹

"También en la doctrina italiana del actual siglo existen partidarios de la concepción contractual, y hay quienes señalan que se trata de un contrato de derecho familiar. 'Degni se adhiere a la concepción contractual, con la delimitación que por tratarse de un contrato de derecho familiar no puede ser regulado por las normas de los contratos verdaderos y propios, sería contrato por su origen y constitución, pero su estructura especial, ligada íntimamente a los fines sociales que el matrimonio se propone, lo distinguiría de todos los demás contratos y justificaría los límites que la ley pone a la autonomía de la voluntad de los contrayentes.' Gangi también parte de la base de un concepto del contrato más amplio que el del Código Civil, y equivalente al del negocio jurídico bilateral, para sostener que se trata de un contrato de derecho familiar, netamente distinto a todos los otros contratos de carácter patrimonial en cuanto a sus condiciones de existencia y validez, y particularmente la capacidad de los contrayentes, los vicios del consentimiento, la forma y los efectos, que tienen una regulación jurídica propia." ³⁰

"Por su parte, Planiol y Ripert reconocen 'es una institución y constituye un acto complejo, tiene también un carácter contractual.' Señalan que el matrimonio se le consideraba como un contrato civil, pero que en el siglo XX se ha criticado el matrimonio como una institución, y se quiere expresar con ello que constituye un conjunto de reglas impuestas por el Estado que forma un todo y al cual las partes no tienen más que adherirse... Señalan que el matrimonio es una institución natural y de orden público y por eso se explica que sea obra del representante del

²⁸ CHÁVEZ ASENCIO Manuel F. Ob. cit. Págs. 44 Y 45.

²⁹ Citado por Augusto C. Belluscio, en Chávez Asencio Manuel F. Ob. cit. Pág. 45.

³⁰ Degni y Gangi, citados en Chávez Asencio Manuel F. Ob. cit. Pág. 45.

Estado, pero agregan que no por lo dicho el matrimonio deja de ser un contrato, aunque al mismo tiempo sea una institución.”¹¹

“...Magallón Ibarra expresa que, ... la idea moderna del contrato implica una sumisión de las partes a un conjunto de reglas legales obligatorias, que la autonomía de la voluntad se encuentra limitada, y en muchas ocasiones la declaración de la voluntad es ya sólo necesaria para reconocer la sumisión de una de las partes a la situación impuesta por la ley.”¹²

“Lo anterior hace opinar a Magallón Ibarra a favor del contrato...refiriéndose a México señala que el legislador ‘le ha otorgado el carácter contractual, y a el concurren los dos supuestos: el consentimiento que se convierte en la unión y su objeto que se cristaliza en la procreación y ayuda mutua’.”¹³

Añadiendo una opinión mas, la maestra Sara Montero afirma contundentemente: “El matrimonio es auténticamente un contrato, pero de naturaleza peculiar, y al respecto, las teorías son variadas. Se llama contrato mixto, de adhesión, contrato solemne, contrato sui generis, entre otros.”¹⁴

En el análisis de todas estas opiniones, se nota una constante: basan la idea de que el matrimonio es un contrato en que existe una concurrencia de una manifestación y acuerdo de voluntades, un objeto y también se necesitan los requisitos de validez que caracterizan a los contratos, sin embargo, si se toma como base esa concurrencia, la misma descalifica al matrimonio como contrato: el objeto de TODOS los contratos civiles tiene un fin pecuniario, inclusive la donación pues incrementa el patrimonio del donatario, y en lo que respecta al comodato, si la cosa motivo de préstamo, se deteriora o se pierde, el comodatario es responsable por el deterioro o la pérdida, lo que representaría una variación en la economía de los participantes.

En oposición a la tesis contractualista encontramos la opinión del maestro Julien Bonnetcase: “El matrimonio, se dice, es un contrato solemne. Ahora bien, la misión del oficial civil no es, de ninguna manera, simplemente la de hacer constar y registrar, en su carácter de funcionario el

¹¹ Citados por Rafael Rojina Villegas, en Chávez Asencio Manuel F. Ob. cit. Pág. 46.

¹² EL MATRIMONIO SACRAMENTO-CONTRATO-INSTITUCION. Tipográfica Editorial Mexicana, S.A. México. D.F. 1965. Citada en Chávez Asencio Manuel F. Ob. cit. Pág. 46.

¹³ Citado en Chávez Asencio Manuel F. Pág. 47.

¹⁴ Loc. cit. Pág. 113.

consentimiento de los esposos (sic). Por el contrario, desempeña un papel activo; recibe, en una declaración unilateral, bajo la forma de una respuesta a una pregunta por el formulada, la expresión del consentimiento de cada esposo (sic) pronunciando a continuación a nombre de la ley, que están unidos en matrimonio. Empero no es esto todo, en oposición al contrato en general, el matrimonio no puede celebrarse en cualquier lugar, sino en aquel donde, por lo menos es conocido uno de los esposos (sic), como ya se ha dicho.

“Continuando con el examen de las condiciones de formación del matrimonio en el Código Civil, comprobamos que las medidas de protección del consentimiento, son en ciertos aspectos, menores y mayores en otros determinados, que en los contratos en general. En primer lugar menores, como se demuestra con la influencia del error y del dolo. El dolo se ha suprimido como vicio del consentimiento y el error únicamente es tomado en consideración de una manera muy limitada. Hemos dicho que, por otra parte, el consentimiento está menos protegido en el matrimonio que en los demás contratos: demuestra esto la edad matrimonial. Por último, para terminar con el rasgo característico de la formación del matrimonio en oposición a la del contrato notemos que la representación jurídica está excluida del dominio matrimonial, en tanto que desempeña una función plena en el dominio contractual.”³⁵

Por lo tanto, se observan varias diferencias entre un contrato y el matrimonio. Sin embargo, vemos al matrimonio, no como un contrato pero cuando se va a celebrar un matrimonio civil, se deben acompañar las capitulaciones matrimoniales, en las que se establece el régimen patrimonial al que se someterán los cónyuges, hablando en amplio sentido jurídico dichas capitulaciones matrimoniales constituyen un convenio, entonces esta concepción debe ser parte de la idea del matrimonio, pero de ninguna manera el matrimonio puede ser un contrato.

Para finalizar, retomamos las palabras de la maestra Sara Montero Duhalt diciendo: “ Ninguna de estas figuras determina en forma exclusiva el carácter del matrimonio y, mucho menos, son excluyentes unas de otras; más bien se complementan.”³⁶

1.3. CARACTERISTICAS DEL MATRIMONIO.

³⁵ Ob. cit. Págs. 246 y 247.

³⁶ Loc. cit. Pág. 111.

1.3.1. Descripción de la figura del matrimonio de acuerdo a sus características.

De acuerdo a la naturaleza jurídica del matrimonio, los doctrinarios tratan de describirlo, sin embargo se puede observar que sus características no se discuten como su origen.

Podemos indicar como características:

El orden público;

La legalidad;

La permanencia;

La singularidad;

La unidad;

La igualdad; y

La libertad.

1.3.1.1. El orden público.

“En sentido general ‘orden público’ designa el estado de coexistencia pacífica entre los miembros de una comunidad... En sentido técnico, la dogmática jurídica con ‘orden público’ se refiere al conjunto de instituciones jurídicas que identifican o distinguen el derecho de una comunidad; principios, normas e instituciones que no pueden ser alteradas ni por la voluntad de los individuos (no está bajo el imperio de la ‘autonomía de la voluntad’) ni por la aplicación del derecho extranjero.

“... las leyes de ‘orden público’, no se refieren necesariamente, al derecho público, como opuesto al derecho privado. Existen leyes ‘de orden público’ que regulan instituciones del derecho privado las cuales son instituciones sociales fundamentales.””

El matrimonio definitivamente es de orden público, pues siendo una figura de interés social, no queda al arbitrio de los contrayentes, se encuentra bajo el imperio de la ley.

³¹ Instituto de Investigaciones Jurídicas. Ob. cit. Pág. 2279.

1.3.1.2. La legalidad.

“Para la celebración se requiere una serie de requisitos legales, formas y solemnidades previstos en la ley, que si no se satisfacen podrá haber nulidad o inexistencia según falten requisitos formales o solemnes. Es la unión de un hombre y una mujer legalmente sancionada.

“Desde el punto de vista de comunidad, en ésta se enlazan una serie de deberes conyugales y familiares, derechos y obligaciones patrimoniales sancionados por la ley.”

Se refiere a que una figura este contemplada dentro de nuestra estructura jurídica, y por supuesto que el matrimonio esta incluido.

1.3.1.3. La permanencia.

“La permanencia es una consecuencia de la fidelidad prometida entre los cónyuges y del interés que existe en la sociedad y en el Estado, que se convierte en indisolubilidad por exigencia religiosa... Nuestro régimen legal, en relación con el matrimonio, que es de carácter monogámico cimentándose además en la permanencia, la razón de ser y finalidad del matrimonio se sustenta en la idea de un respeto y comprensión absoluta entre los cónyuges, para dar la creación moral a la célula que constituye la familia dentro del conglomerado.”

La idea de las parejas, al contraer matrimonio, es que sea una unión para toda la vida, el divorcio no se contempla como un fin al cual van a desembocar todos los matrimonios, sino como una solución para los matrimonios que no funcionaron cuidando así el bienestar de los integrantes de la familia.

1.3.1.4. La unidad.

³⁸ CHAVEZ ASENCIO Manuel F, Op. cit. Pág. 74.

³⁹ Idem. Pág. 75.

“La unidad y la convivencia, comprenden también lo que los autores conocen con el nombre de vida en común o el deber de cohabitación, para lo cual es necesaria la existencia de un domicilio conyugal.”⁴⁰

Cuando un hombre y una mujer se casan, van a convivir con una comunidad de ideas, de costumbres y modos, y a pesar de que existan diferencias seguirán juntos, como una familia.

1.3.1.5. La singularidad.

“La unidad trae consigo la singularidad que significa la unión entre un solo hombre y una sola mujer. Es decir, está prohibida la poligamia y la poliandria. La singularidad (exclusividad), también es consecuencia de la naturaleza humana y del matrimonio.”⁴¹

Esta característica encierra tanto la fidelidad entre los consortes y el requerimiento de que en nuestro Estado no se permite la unión entre personas del mismo sexo.

1.3.1.6. La igualdad.

Nuestra Constitución, establece en su artículo 4º la igualdad del hombre y la mujer, y en nuestra legislación civil va más allá estableciendo en su artículo 164 en el segundo párrafo que los derechos y las obligaciones serán iguales para ambos cónyuges y a pesar de que anteriormente no se protegía ampliamente a la mujer, en nuestros días la ley le reconoce sus derechos y le brinda una mayor protección, basta mencionar que el artículo 289 bis autoriza, en caso de divorcio, que uno de los cónyuges solicite en la demanda, una indemnización hasta del 50% del valor de los bienes adquiridos durante el matrimonio cubriendo los requisitos señalados.

1.3.1.7. La libertad.

En cuanto a que al momento de contraer matrimonio es un acuerdo de voluntades, cuyo consentimiento debe estar libre de vicios, sin ninguna influencia sobre su voluntad.

⁴⁰ Idem. Pág. 77.

⁴¹ Idem. Pág. 79.

1.4. ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DEL MATRIMONIO

1.4.1. Los elementos de existencia en el matrimonio.

Como bien sabemos, al referirnos a los elementos que integran un acto jurídico, tenemos que mencionar al consentimiento, al objeto y a la solemnidad. La mayoría de los autores mencionan que si bien es cierto que estos requisitos se refieren a los contratos, también son aplicables a los actos jurídicos e igualmente la mayoría de los doctrinarios prefieren ver al matrimonio como un acto jurídico, como se puede apreciar en las palabras del maestro Rafael Rojina en su citada obra de Derecho Civil Mexicano: "Por la regulación que hace el Código Civil... se desprende que se aceptan en principio todas las disposiciones contenidas en el propio Código respecto a la existencia y validez de los contratos (artículos 1794 y 1795), así como las reglas sobre capacidad, vicios del consentimiento, objeto, motivo y fin de los contratos, inexistencia y nulidad de los actos jurídicos. Relacionando el artículo 2224 con el 1794, podemos sostener que son elementos esenciales de un acto: a) la manifestación de la voluntad, y b) La existencia de un objeto física y jurídicamente posible.

"A su vez, de acuerdo a los artículos 1795, 1798, 1812 a 1834, 2225 a 2231, son elementos de validez de todo acto jurídico, los siguientes:

1. "Capacidad de las partes.
2. "Ausencia de vicios en la voluntad.
3. "Licitud en el objeto, fin o condición del acto.
4. "Forma, cuando la ley lo requiera.

"Siendo el matrimonio un acto jurídico, tiene elementos esenciales y de validez. Los primeros están constituidos respectivamente por la manifestación de la voluntad de los consortes y del juez del registro civil y por el objeto específico de la institución, que de acuerdo con la ley consiste en crear derechos y obligaciones entre un hombre y una mujer, tales como hacer vida en común, ayudarse y socorrerse mutuamente, guardarse fidelidad recíproca, etc." "

⁴¹ Loc. cit. Págs. 232 y 233.

1.4.1.1. Primer elemento de existencia: el consentimiento.

“Era una máxima común en el Derecho Romano –recogida por Ulpiano– de que el matrimonio resulta del consentimiento y no de la unión sexual.”⁴¹

Al tratar este punto se puede pensar que definirlo como el simple acuerdo de voluntades bastaría, sin embargo los doctrinarios establecen una serie de opciones que necesariamente se deben tomar en cuenta: mientras que la maestra Sara Montero Duhalt señala que es un acto jurídico bilateral: “El matrimonio es un acto jurídico bilateral que requiere del consentimiento expreso de ambos cónyuges.”⁴²; por otra parte, el maestro Rojina indica que existen no dos sino tres expresiones del consentimiento, respaldando esta conclusión con las siguientes consideraciones:

“En el matrimonio propiamente existen tres manifestaciones de la voluntad... la de la mujer, la del hombre y la del Juez del Registro Civil. Las dos primeras deben formar consentimiento, es decir, manifestarse en el sentido de estar de acuerdo los contrayentes en unirse en matrimonio, para que el Juez del Registro Civil exteriorice a su vez la voluntad del Estado en declararlos legalmente unidos en dicho matrimonio.”⁴³

La participación del representante del Estado, desde el punto de vista del maestro Rojina es necesaria para la existencia del matrimonio, sin duda estamos de acuerdo con él, porque aunque el maestro no deja en un segundo plano las voluntades de los contrayentes, refiriéndonos únicamente a la comunidad de vida como finalidad del matrimonio, si puede llegar a darse esta última sin la celebración ante el Oficial del Registro Civil, pero constituiría un concubinato y no un matrimonio, pero considero que no es del todo apropiado hablar del consentimiento del Oficial, mas bien habría que hablar del consentimiento de los contrayentes expresado ante el Oficial que validará esta expresión de voluntad y declarará la unión una vez que haya verificado si se cubren los requisitos y que no haya impedimentos legales.

Ahora bien, al hablar del perfeccionamiento de la voluntad, la Maestra Sara Montero señala dos momentos: “... primero, en la solicitud del matrimonio que se presenta ante el Juez del Registro

⁴¹ Belluscio Augusto C. Citado por Manuel F. Chávez Asencio Ob. cit. Pág. 90.

⁴² Loc. cit. Pág. 122.

⁴³ Loc. cit. Págs. 235 u 237.

Civil del domicilio de cualquiera de los pretendientes; segundo momento: en la ceremonia misma de la boda (sic) al contestar 'sí' a la pregunta del Juez en el sentido de si acepta como cónyuge a la persona con quien se va a casar. Es en este segundo momento que se configura realmente el consentimiento. La voluntad, por lo tanto, se da siempre en forma expresa y verbal, por comparecencia personal de los consortes o por apoderado especial. El matrimonio es por excelencia un acto libre, por tanto, aun habiéndose expresado previamente la voluntad por escrito a través de la solicitud de matrimonio, es necesario ratificar la misma verbalmente y de presente, frente a la autoridad que es el Juez del Registro Civil. Si en el momento de la pregunta uno de los cónyuges (o los dos) contestaran negativamente o no contestaran, el matrimonio no tendría efecto.”⁴⁶

Las palabras de la maestra Montero respaldan la opinión de lo fundamental en la expresión de los contrayentes y la participación del Oficial, no como participante esencial de la unión, sino solo para validar la misma.

1.4.1.2. Segundo elemento de existencia: el objeto, motivo o fin.

Analicemos ahora el objeto del matrimonio, para lo cual citamos tres opiniones por demás interesantes:

- Sara Montero Duhalt: “Consiste en establecer una comunidad de vida total y permanente entre dos personas de distinto sexo. Los códigos del siglo pasado y la Ley sobre Relaciones Familiares de 1917 definían al matrimonio por su objeto. El matrimonio es un contrato civil entre un solo hombre y una sola mujer, que se unen con vínculo disoluble para perpetuar su especie y ayudarse a llevar el peso de la vida.”⁴⁷
- Rafael Rojina Villegas: “Todo acto jurídico requiere un objeto que sea física y jurídicamente posible. La imposibilidad en cualquiera de sus dos formas (física o jurídica) originará la inexistencia del acto. En el matrimonio, como en cualquier otro acto jurídico, deben distinguirse el objeto directo y el objeto indirecto.

⁴⁶ Loc. cit. Pág. 122.

⁴⁷ Idem. Págs. 122 y 123.

“El objeto indirecto solo existe en aquellos actos jurídicos en los cuales los derechos o las obligaciones tienen relación con los bienes, pues serán precisamente tales bienes los que vengan a constituir el objeto indirecto de las facultades o de los deberes que se originen, modifiquen, transmitan o extingan por el acto jurídico.

“... desde el punto de vista estrictamente legal, existe también un objeto directo en el acto matrimonial, consiste en la creación de derechos y obligaciones entre los consortes, es decir entre el hombre y la mujer, de tal manera que los fines específicos del mismo imponen a los cónyuges respectivamente la obligación de vida en común, ayuda recíproca, débito carnal y auxilio espiritual. Así mismo, cuando existen hijos el matrimonio originará consecuencias en relación a los mismos, especialmente todo el conjunto de derechos y obligaciones que origina la patria potestad y la filiación en general.”⁴⁸

Manuel F. Chávez Ascencio: “Recordemos que no es lo mismo objeto que fin en el Derecho. El objeto, que puede ser directo o indirecto, hace referencia a la creación, transferencia, modificación o extinción de derechos, deberes y obligaciones, en cambio el fin, o finalidad es el que se propone los que participan en el acto jurídico, o el fin previsto en la ley o en la naturaleza de la institución que se genera. En el matrimonio los fines son el amor conyugal, la procreación responsable y la promoción humana, y el objeto del acto jurídico son los deberes, obligaciones, derechos y facultades, así como el vínculo jurídico, conyugal y la comunidad de vida.”⁴⁹

De esta manera nos damos cuenta que el matrimonio es un acto jurídico cuyo objeto (en forma general) es un hacer, que resumiendo las palabras de los autores citados podemos señalar:

- La perpetuación de la especie;
- Llevar una vida en común;
- Proporcionarse ayuda recíproca;
- El débito carnal;
- La fidelidad; y

⁴⁸ Loc. cit. Págs. 239 a 240.

⁴⁹ Loc. cit. Pág. 95.

- El respeto.

1.4.1.3. Tercer elemento de existencia: la solemnidad.

Este es un aspecto más que hace al matrimonio, diferente de otras figuras, pues es necesario realizar ciertos usos o ritos o en su celebración, sin embargo no es nuevo este requerimiento, ya desde tiempos antiguos se necesitaba.⁸⁰

Encontramos que las solemnidades y las formalidades se mezclan dentro del matrimonio, sin embargo en este momento solo mencionaremos las primeras:

La solemnidad de acuerdo a los doctrinarios se establece en el segundo párrafo del artículo 102 del Código Civil: ... "el juez del registro civil leerá en voz alta la solicitud de matrimonio, los documentos que con 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 refiera 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 de la sociedad."

De igual manera el artículo 103 en sus fracciones I y VI y en su penúltimo párrafo constituyen solemnidades, señalando que parte del acta de matrimonio es elemento de solemnidad:

⁸⁰ "En Roma, dos eran las formas primitivas del matrimonio: la confarreatio ceremonia religiosa, y la coemptio acto civil.

La confarreatio era muy similar al matrimonio griego, y como éste constaba de tres etapas denominadas sucesivamente traditio, deductio indomni y confarreatio. La traditio era la formalidad cumplida en el hogar paterno de la mujer donde el padre la desligaba de su familia. La deductio indomni era la conducción de la novia a la casa del novio, como en Grecia, iba velada y llevaba una corona, una antorcha precedía al cortejo y se cantaba un himno religioso. Frente a la casa del novio, el cortejo se detenía y se presentaba a la novia el fuego y el agua: el primero, en leña de la divinidad doméstica, la segunda el agua lustral utilizada en actos religiosos. También se simulaba el rapto. Ya en el hogar del novio, los contrayentes ofrecían un sacrificio ante el fuego sagrado de los dioses domésticos, hacían la libación, pronunciaban oraciones y comían juntos una torta (panis farreus), que asociaba a la mujer al culto familiar del marido, todo ello ante el pontífice máximo el Flamendialis, y diez testigos.

La coemptio, en cambio era simplemente un acto civil, una compra ficticia con formalidades similares a la mancipatio y al nexum." BELLUSCIO, Augusto C. Citado por Manuel F. Chávez Asencio. Ob. cit. Págs. 97 y 98.

Refiriéndonos a la historia de México: "En la época indígena también encontramos ceremonias para la celebración del matrimonio. Entre los mixtecos, no había entre ellos grado prohibido ni se daba dotes a las hijas, pero el pretendiente tenía que regular a la novia según su estado. Tenía a ésta por una embajada de ancianos y una vez arreglado el matrimonio los sacerdotes se echaban suertes para señalar el día de su celebración. Llegado este, varios sacerdotes y guerreros iban en busca de la desposada llevándole presentes de oro y otras joyas y era costumbre de que en el camino saliese gente armada a pretender quitarla, por lo cual sus conductores peleaban para defenderla. Entregábanla (sue) después al esposo y sin más ceremonia que entrar ambos en un aposento esterado y entrado se consumaba el matrimonio." MEXICANA TRAVES DE LOS SIGLOS, Tomo IV, Pág. 7. Citado por Manuel F. Chávez Asencio. Ob. cit. Pág. 99.

Entre los mexicas. La ceremonia de la boda consistía, según la pintura del código mendocino, en que la noche de su celebración, una tititl o méxica llevaba a cuevas a la novia a la casa del novio acompañándola cuatro ancianas con teas encendidas. Ya estaba la casa adornada con ramas y flores, y en la pieza principal se colocaba una estera lavada, algunas viandas y se encendía el hogar, poniendo a su lado un trasto con cupalli y después de que mutuamente se zahumaban, sentábanse (sic) ambos en la estera, la mujer a la izquierda y la tititl ataba el ayatl del novio con el huipilli de la novia con lo que significaba que quedaban unidos en el hogar." HISTORIA ECLESIASTICA INDIANA. Fray Jerónimo de Mendieta. México. Pág. 137. Citado por Manuel F. Chávez Asencio. Ob. cit. Pág. 100.

- Fracción I: "Los nombres, apellidos, edad, ocupación, domicilio y lugar de nacimiento de los contrayentes";
- Fracción VI: "La declaración de los pretendientes de ser su voluntad unirse en matrimonio, y la de haber quedado unidos, que hará el juez en nombre de la ley y de la sociedad."

"El acta será firmada por el juez del registro civil, los contrayentes, los testigos, y las demás personas que hubieren intervenido si supieren y pudieren hacerlo."

1.4.1.4. La diferencia de sexos como elemento de existencia dentro del matrimonio.

El maestro Manuel F. Chávez Asencio explica que no puede darse un matrimonio entre personas del mismo sexo, en consecuencia es requisito indispensable para poder contraer matrimonio, que sea entre un hombre y una mujer, como lo establece el art.146 del Código Civil, pero la diferencia de sexos ¿Es requisito de existencia o de validez en cuanto a la forma y a la licitud en el objeto?

Al hacer la solicitud para contraer matrimonio, se rechazaría la misma, entonces, existe un acuerdo de voluntades, un objeto, pero no se cubren los requisitos previos para la celebración del matrimonio, entonces la diferencia de sexos no es un elemento de existencia o de validez, sino un requisito marcado por la ley que se debe de reunir para celebrar las nupcias, con anterioridad a estas.

1.4.2. Los elementos de validez en el matrimonio

Como bien sabemos, para que un acto jurídico surta efectos plenos debe cubrir cuatro requisitos:

- La capacidad de las partes;
- Un objeto, motivo o fin lícitos;
- Un consentimiento libre de vicios; y
- La forma establecida en la ley.

Una de las consecuencias de no cubrir los requisitos de validez es la nulidad, sin embargo esta omisión puede corregirse; las causas de nulidad, así como sus efectos serán analizados en un punto aparte, por ahora analicemos los elementos de validez.

1.4.2.1. Primer requisito de validez: la capacidad de las partes.

Se distinguen dos tipos de capacidad: la de goce y la de ejercicio; la de goce es la aptitud de una persona para ser sujeto de derechos y obligaciones; la de ejercicio consiste en la aptitud de hacer valer por sí mismos los derechos y obligaciones que se han adquirido.

Ahora bien, refiriéndonos a la capacidad de ejercicio (en el supuesto de que los solicitantes si tengan capacidad de goce), esta se refiere a la edad de los contrayentes, pues de acuerdo al artículo 450: "Tienen incapacidad natural y legal": I. "Los menores de edad"; el artículo 148 con sus últimas reformas establece que los contrayentes deben tener dieciocho años, sin embargo la edad núbil que establece el mismo artículo es de dieciséis años, esto quiere decir que a pesar de que sean menores de edad, la nulidad que recae a este matrimonio es relativa, porque existe la dispensa de edad que puede otorgar quienes ejerzan la patria potestad o tutela de los contrayentes, y aún si estos se niegan o se ven imposibilitados para otorgar dicha dispensa el Juez de lo Familiar puede otorgarla.

Entonces, se habla de que para tener capacidad de ejercicio no se debe estar en los supuestos que marcan las fracciones VIII, IX y X del artículo 156, de incurrir en ellos la sanción será la nulidad.

1.4.2.2. Segundo requisito de validez: el consentimiento libre de vicios.

Al momento de expresar la voluntad, ambos solicitantes deben hacerlo de manera libre, y sin engaños, pues de no ser así, tal matrimonio será susceptible de nulidad. De esta manera encontramos como vicios del consentimiento:

- El error;
- El dolo;

- La mala fe;
- La violencia o intimidación; y
- La lesión.

Existe un capítulo que regula los matrimonios nulos e ilícitos, de los artículos 235 al 263 del Código Civil dentro de los cuales sólo se admiten dos de los vicios: la violencia o intimidación y el error.

1.4.2.2.1. El error como vicio del consentimiento.

Como vicio del consentimiento dentro del matrimonio, el error puede ser causa de nulidad, sin embargo no se acepta cualquier tipo de error, el artículo 235 en su fracción I establece que es causa de nulidad: "El error acerca de la persona con quien se contrae, cuando entendiéndose un cónyuge celebrar matrimonio con persona determinada, lo contrae con otra"; al respecto el artículo 236 continúa diciendo: "La acción de nulidad que nace del error, sólo puede deducirse por el cónyuge engañado, pero si este no denuncia el error dentro de los treinta días siguientes a que lo advierte, se tiene por ratificado el consentimiento y queda subsistente el matrimonio, a no ser que exista algún otro impedimento que lo anule."

Vemos que el matrimonio, sólo admite para su anulación, el error de identidad en cuanto a la persona, pero este tipo de error sólo puede darse en los matrimonios que van a celebrarse entre uno de los cónyuges y una persona con poder notarial para celebrar las nupcias a nombre de otro, o entre dos personas con poder notarial, porque la mayoría de los matrimonios se llevan a cabo con los contrayentes en persona.

1.4.2.2.2. La violencia o intimidación como vicio del consentimiento.

Al hablar de violencia se hace referencia al aspecto físico, al hablar de intimidación al aspecto moral, en este orden de ideas el artículo 245 indica: "La violencia física o moral serán causa de nulidad del matrimonio, en cualquiera de las circunstancias siguientes:

I.- "Que importen peligro de perder la vida, la honra, la libertad, la salud o una parte considerable de los bienes;

II.- "Que haya sido causada al cónyuge, a la persona o personas que la tenían bajo su patria potestad o tutela al celebrarse el matrimonio, a sus demás ascendientes, a sus descendientes, hermanos o colaterales hasta el cuarto grado; y

III.- "Que haya subsistido al tiempo de celebrarse el matrimonio.

"La acción que nace de estas causas de nulidad sólo puede deducirse por el cónyuge agraviado, dentro de sesenta días contados desde la fecha en que cesó la violencia."

Al hacer referencia de la violencia, se habla de que uno de los cónyuges se ve obligado a dar su consentimiento y acceder a casarse con el otro cónyuge para que cese esta violencia, de manera tal que el consentimiento no es libre sino coaccionado por la conducta de otra persona.

1.4.2.2.3. Opinión personal en cuanto al dolo y la mala fe como vicios del consentimiento en el matrimonio.

Los artículos 255, 256 y 257 indican que existen matrimonios de buena fe:

Artículo 255.- "El matrimonio contraído de buena fe, aunque sea declarado nulo, produce todos sus efectos civiles a favor de los cónyuges mientras dure; y en todo tiempo, a favor de sus hijos."

Artículo 256.- "Si ha habido buena fe de parte de uno sólo de los cónyuges, el matrimonio produce efectos civiles únicamente respecto de él y de los hijos.

"Si a habido mala fe de parte de ambos consortes, el matrimonio produce efectos civiles solamente respecto de los hijos."

Artículo 257.- "La buena fe se presume, para destruir esta presunción se requiere prueba plena."

De esta manera vemos que puede existir mala fe dentro del matrimonio, sin embargo la mala fe se entiende como la disimulación de un error y el dolo como los artificios o maquinaciones para hacer caer en un error a una persona. Entonces puede existir el dolo cuando una persona induce a otra que tiene poder notarial para celebrar las nupcias en representación de otra persona y se casa con alguien que no corresponde o bien hay mala fe cuando se disimula el error.

Sin embargo no se puede hablar ni de dolo ni de mala fe cuando un cónyuge alega que pensaba que el otro tenía cierta cualidad física, moral, económica o cualquier y que en realidad no tenía.

1.4.2.3. Tercer requisito de validez: la licitud en el objeto, motivo o fin.

Por lícito entendemos todo aquello que no va contra la ley, en el caso del matrimonio, diremos que se refiere a que no se deben incurrir en las prohibiciones o impedimentos que establece el Código Civil para los contrayentes.

Haciendo referencia a nuestra legislación, se pueden encontrar los impedimentos para contraer matrimonio en el artículo 156 el cual se transcribe en su totalidad:

Artículo 156.- "Son impedimentos para celebrar el matrimonio:

- I. "La falta de edad requerida por la Ley;
- II. "La falta de consentimiento del que, o los que ejerzan la patria potestad, el tutor o el Juez de lo Familiar en sus respectivos casos;
- III. "El parentesco de consanguinidad, sin limitación de grado en línea recta ascendiente o descendiente. En la línea colateral igual, el impedimento se extiende hasta los hermanos y medios hermanos. En la colateral desigual, el impedimento se extiende solamente 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 violencia física o moral para la celebración del matrimonio;
- VIII. "La impotencia incurable para la cópula;
- IX. "Padecer una enfermedad crónica e incurable, que sea, además, contagiosa o hereditaria;
- X. "Padecer algunos de los estados de incapacidad a que se refiere la fracción II del artículo 450;
- XI. "El matrimonio subsistente con persona distinta de aquella con quien se pretenda contraer;
y
- XII. "El parentesco civil extendido hasta los descendientes del adoptado, en los términos señalados por el artículo 410-D."

"Son dispensables los impedimentos a que se refieren las fracciones III, VIII y IX.

"En el caso de la fracción III sólo es dispensable el parentesco de consanguinidad en línea colateral desigual.

"La fracción VIII es dispensable cuando la impotencia a que se refiere, es conocida y aceptada por el otro contrayente.

"La fracción IX es dispensable cuando ambos contrayentes acrediten fehacientemente haber obtenido de institución o médico especialista, el conocimiento de los alcances, los efectos y la prevención de la enfermedad que sea motivo del impedimento, y manifiesten su consentimiento para contraer matrimonio."

Ahora bien, para complementar la información de éste artículo se transcriben la fracción II del artículo 450 y el artículo 410-D.

Artículo 450: "Tienen incapacidad natural y legal:

II.- "Los mayores de edad que por causa de enfermedad reversible o irreversible, o que por su estado particular de discapacidad, ya sea de carácter físico, sensorial, intelectual, emocional, mental o varias de ellas a la vez, no puedan gobernarse, o manifestar su voluntad, por sí mismos o por algún medio que la supla."

Artículo 410-D.- "Para el caso de las personas que tengan vínculo de parentesco consanguíneo con el menor o incapaz que se adopte; los derechos y obligaciones que nazcan de la misma, se limitarán al adoptante y adoptado."

De igual manera los artículos 157 y 159 nos indican algunos otros impedimentos para contraer matrimonio:

Artículo 157.- "Bajo el régimen de adopción, el adoptante no puede contraer matrimonio con el adoptado o sus descendientes."

Artículo 159.- "El tutor no puede contraer matrimonio con la persona que ha estado o está bajo su guarda, a no ser que obtenga dispensa la que no se le concederá por el presidente municipal respectivo, sino cuando hayan sido aprobadas las cuentas de la tutela."

"Esta prohibición comprende también al curador y a los descendientes de este y del tutor."

Complementándose este último con el artículo 160: "Si el matrimonio se celebrare en contravención de lo dispuesto en el artículo anterior, el juez nombrará inmediatamente, un tutor interino que reciba los bienes y los administre mientras se obtiene la dispensa."

1.4.2.4. Cuarto requisito de validez: la forma.

Al establecer el término forma nos referimos a las formalidades o requisitos que marca la ley para celebrar el matrimonio. Nuestro Código Civil establece en sus artículos 97 a 103 las formalidades que se deben cubrir en la celebración del matrimonio, brevemente diremos que dichos artículos indican: que la solicitud de contraer matrimonio debe ser por escrito, ante el Oficial del Registro Civil del domicilio de cualquiera de los contrayentes, donde expresen su consentimiento, señalando sus datos generales, que no tienen impedimento legal para contraer matrimonio, además de presentar sus actas de nacimiento, dispensa de impedimentos si es el caso, certificado médico, y las capitulaciones matrimoniales. Cubriendo estos requisitos el matrimonio deberá celebrarse dentro de los ocho días siguientes.

En este punto cabe aclarar que el artículo 189 establece el contenido que deben de tener las capitulaciones matrimoniales y el artículo 211 habla del inventario que debe hacerse cuando se opta por el régimen patrimonial de separación de bienes.

El día de la ceremonia, en el lugar señalado, el Oficial del Registro revisará la documentación y preguntará a los contrayentes si es su voluntad unirse en matrimonio, en caso afirmativo, declarará la unión y levantará el acta correspondiente.

1.5. ESTUDIO DE LOS EFECTOS JURIDICOS QUE PRODUCE EL MATRIMONIO.

1.5.1. Efectos jurídicos en los cónyuges

Al realizar el acto de contraer matrimonio, la esfera jurídica y moral de los participantes cambia, se altera en virtud de que entra en un estado jurídico que basa su razón de ser en percepciones éticas y subjetivas como un sentimiento o una relación personal; la ley da realce a esta situación estableciendo deberes, derechos y obligaciones a este estado jurídico, le da una razón de ser y las bases sobre las que se debe regir el matrimonio.

Declamos que la esfera jurídica en los contrayentes cambia y no sólo la de ellos, su patrimonio se verá afectado en razón del matrimonio, y al tener hijos surgirán obligaciones para con ellos.

En este apartado analizaremos los efectos que produce el matrimonio tanto en el hombre como en la mujer. Desde mi punto de vista, el matrimonio tiene como efectos entre los cónyuges: hacer surgir deberes, derechos y obligaciones; cambiar su estado civil y establecer un parentesco por afinidad.

Antes de describir estos efectos enunciaremos sus características en palabras de Zea Valencia citado por el maestro Rojina:

“1º. Son derechos y obligaciones del orden público y no simplemente de orden privado; los cónyuges no pueden renunciar a ellos ni antes ni durante el matrimonio; la cláusula que se

estipulase en sentido contrario a uno de esos derechos u obligaciones o a la manera de su ejercicio no produce efectos de ninguna clase, se debe tener como no escrita.

“2º. Toda persona tiene libertad para casarse o no...; pero una vez casada a terminado su libertad; queda sometida a reglas imperativas que no le es dable violar o modificar. La ley a establecido una serie de obligaciones y derechos entre los cónyuges en vista de la realización de los altos fines morales y sociales que se ha propuesto con la institución del matrimonio.

“3º. Estas obligaciones y derechos descansan sobre ... igualdad que debe existir entre los cónyuges (obligaciones y derechos recíprocos).” “

Me atrevo a enunciar los siguientes deberes, derechos y obligaciones y situaciones que surgen como efectos al contraer matrimonio:

- Cambio del estado civil de los cónyuges;
- Parentesco por afinidad;
- Libre procreación;
- Deber de cohabitación en el domicilio conyugal;
- El débito carnal;
- La fidelidad;
- La ayuda mutua; y
- La igualdad jurídica.

El cambio del estado civil de solteros por el de casados entre los cónyuges.

Surge un parentesco por afinidad este se establece entre el hombre y la familia de la mujer y de igual manera entre la mujer con la familia del hombre.

En lo referente a la procreación el artículo 162 del Código Civil da libertad a los cónyuges para decidir el número de hijos que pueden llegar a tener, de manera informada y responsable, recordemos que esté es un derecho constitucional.

¹ Ob. cit. Pág 310.

El artículo 163 indica que los cónyuges deben vivir juntos en un domicilio conyugal entendiéndose por este, al lugar que de común acuerdo han establecido y en el cual tendrán autoridad propia y consideraciones iguales.

Al hablar del débito carnal y de la fidelidad nos referimos a la exclusividad sexual entre los cónyuges pues ya se establece desde el concepto del matrimonio que es la unión de un solo hombre y una sola mujer.

La ayuda mutua, establecida en el artículo 162, refiriéndose a que los cónyuges deben socorrerse entre ellos, indica una comunión económica, moral y un apoyo que debe existir entre ambos.

La igualdad jurídica ha sido enaltecida, en favor de la mujer con las últimas reformas a nuestro Código Civil pues de acuerdo los artículos 163 y 168 los cónyuges deben tener consideraciones iguales en su domicilio; además el artículo 164 establece que ambos deben ayudar a sostener las cargas económicas del hogar, pero sin importar la proporción de sus aportaciones los derechos y las obligaciones serán iguales para los cónyuges. Finalmente el artículo 164 bis establece que el cuidado que el cuidado de los hijos o el trabajo en el hogar (que generalmente corre a cargo de la mujer) será considerada como contribución económica para el sostenimiento del hogar.

1.5.2. Efectos del matrimonio con respecto a los hijos

Podemos indicar como efectos en los hijos:

- Atribuirles la calidad de hijos de matrimonio.
- Establecer el ejercicio de la patria potestad.
- Al establecer un vínculo jurídico entre padres e hijos, surge la obligación de proporcionarles alimentos (entre los cónyuges artículo 302) y de proporcionárselos a los hijos (artículo 303).

Por su parte, el artículo 324 establece que: "Se presumen hijos de los cónyuges:

- I. "Los hijos nacidos después de ciento ochenta días después de celebrado el matrimonio."

La patria potestad será ejercida por los padres hacia los hijos (artículo 414) tanto en su persona como en sus bienes, en donde debe imperar el respeto y la consideración mutuas (artículo 411) y en donde los padres serán los administradores de los bienes de los hijos (artículo 425).

1.5.3. Efectos del matrimonio con respecto a los bienes de los cónyuges.

Al referirnos al estudio del patrimonio que cada uno de los cónyuges, surgen dos puntos de análisis:

- Las donaciones; y
- El régimen al que someterán su patrimonio, establecido en las capitulaciones matrimoniales.

1.5.3.1. Las donaciones.

En lo relativo a las donaciones, estas pueden ser antes o después de celebrado el matrimonio.

1.5.3.1.1. Las donaciones antenuptiales.

Están contempladas en los artículos 219 a 231 y se establece principalmente:

- Que no deben exceder de la sexta parte de los bienes del donante, en caso contrario, la donación será inoficiosa.
- Pueden ser de un contrayente a otro o de un tercero a uno o ambos contrayentes.
- No se necesita la aceptación expresa de la donación para su validez.
- No se revocan por sobrevenir hijos.
- Pueden ser revocadas si el donatario comete adulterio, conductas de violencia familiar abandono de las obligaciones alimentarias en perjuicio del donante o de los hijos.
- Quedan sin efecto si el matrimonio deja de efectuarse.
- Son aplicables a estas donaciones las reglas referentes a las donaciones comunes, establecidas en los artículos 2332 a 2383.

1.5.3.1.2. Las donaciones efectuadas después de celebrado el matrimonio.

Podemos decir que son contempladas en el artículo 232 al 234 y que sólo pueden darse cuando los cónyuges están sometidos a un régimen de separación de bienes, el cual analizaremos más adelante. Las donaciones entre consortes tienen como características:

- No deben ser contrarios a las capitulaciones matrimoniales;
- No pueden perjudicar el derecho de los acreedores alimentarios;
- Pueden ser revocadas por las mismas causas que las antenupciales;
- No se revocan por la superveniencia de hijos pero se reducirán si son inoficiosas en el término de las donaciones comunes.

1.5.3.2. Los tipos de régimen patrimonial.

Ahora enunciamos los tres tipos de régimen patrimonial que pueden darse en el matrimonio, los cuales deben indicarse en las capitulaciones matrimoniales que se acompañan a la solicitud de matrimonio de acuerdo al artículo 98 fracción V.

El artículo 178 establece que existen dos tipos de regímenes patrimoniales: la sociedad conyugal y la separación de bienes.

1.5.3.2.1. La sociedad conyugal.

Esta regulada por los artículos 183 al 206 y en este régimen se establece:

- Que se regirá bajo las capitulaciones matrimoniales.
- Si los bienes adquiridos durante el matrimonio serán parte de la sociedad conyugal o no.
- Que deben constar en escritura pública cuando el valor de los bienes lo amerite.
- Que puede terminar la sociedad cuando así lo pacten los cónyuges; o bien a petición de uno de ellos cuando: por notoria negligencia del otro cónyuge en la administración de los bienes, amenaza con arruinarlo o disminuir considerablemente los bienes de la sociedad conyugal; cuando uno de los cónyuges sin el consentimiento expreso del otro, hace cesión de bienes de

sociedad conyugal a sus acreedores; si uno de los cónyuges es declarado en quiebra o concurso y por cualquier otra razón que lo justifique a juicio del órgano jurisdiccional.

Ahora bien, el artículo 189 establece el contenido de las capitulaciones sobre las cuales se regirán la sociedad conyugal, que en resumen indica:

- I. Lista de los bienes inmuebles con la expresión de su valor y gravámenes.
- II. Lista de bienes muebles.
- III. Detalle de deudas de cada consorte al contraer matrimonio y si la sociedad responderá por ellas o sólo por las que se contraigan durante el matrimonio ya sea de uno o ambos consortes.
- IV. Si la totalidad de bienes de cada consorte entra a la sociedad o sólo una parte y cual será.
- V. Si se comprenderán los bienes de los consortes o sólo sus productos y la parte que en los bienes o en sus productos corresponda a cada cónyuge.
- VI. Si el producto del trabajo de cada cónyuge corresponde a él sólo o si debe dar participación al otro consorte y en que proporción.
- VII. Quien será el administrador de la sociedad y sus facultades.
- VIII. Si los bienes futuros adquiridos durante el matrimonio pertenecen al adquirente o a los dos y en que proporción.
- IX. Si la sociedad comprende herencias legados, donaciones o don de la fortuna; y
- X. Las bases para liquidar la sociedad.

1.5.3.2.2. La separación de bienes.

Se regula en los artículos 207 a 217 del código civil. Este régimen establece básicamente que cada cónyuge conservará la propiedad, y administración de los bienes que respectivamente les pertenecen así como los frutos y accesorios que les reporten estos y debe acompañarse un inventario de los bienes propiedad de cada uno de los consortes.

1.5.3.2.3. El régimen mixto.

Cabe mencionar, que el artículo 208 del Código Civil establece que la separación de bienes puede ser total o parcial, lo que da origen a un tercer régimen de sociedad: el mixto. En el cual por ejemplo los bienes antes de contraer matrimonio son propiedad de cada cónyuge y los bienes no señalados como propios al momento de celebrar el matrimonio así como los adquiridos con posterioridad a este serán motivo de sociedad conyugal.

Finalmente diremos que cualquiera de los regímenes puede ser cambiado por otro, para lo cual debe constar convenio por escrito de común acuerdo por parte de los consortes.

1.6. LA NULIDAD EN EL MATRIMONIO.

1.6.1. Concepto de nulidad e inexistencia.

Hemos estudiado varias facetas del matrimonio, ahora nos toca enunciar brevemente, las formas de disolver este vínculo jurídico. Debido a que nuestro tema de estudio principal es el divorcio, en este punto explicaremos como es que se puede disolver y cuando ni siquiera existe, jurídicamente hablando.

1.6.1.1. La inexistencia del matrimonio.

Como ya sabemos, las formas de extinguir el matrimonio son tres: la muerte de uno o ambos cónyuges; la nulidad; y el divorcio. Sin embargo, para hablar de disolver el vínculo, antes debe estar perfectamente reconocido por la ley. Así pues, el divorcio versara por causas posteriores a la celebración del matrimonio; la nulidad en causas anteriores a la celebración del mismo; pero la inexistencia tiene que ver con que se hayan cubierto los elementos esenciales en la constitución del matrimonio.

1.6.1.2. La nulidad del matrimonio.

“ Nulidad de matrimonio es la disolución del vínculo en vida de los cónyuges, por causas anteriores a la celebración del mismo, o por faltar formalidades en el acto de celebración.”²²

²² MONTERO DUHALT Sara. Ob. cit. Pág. 174.

A partir de este concepto, analicemos algunas de las generalidades de la nulidad. El artículo 236 del Código Civil establece: "La acción de nulidad que nace del error, sólo puede deducirse por el cónyuge engañado; pero si éste no denuncia el error dentro de los treinta días siguientes a que lo advierte, se tiene por ratificado el consentimiento y queda subsistente el matrimonio, a no ser que exista algún otro impedimento que lo anule." Por otro lado, el artículo 238 indica: "La nulidad por falta del consentimiento de los que ejercen la patria potestad, sólo podrá alegarse por aquel o aquellos a quienes tocaba dicho consentimiento, y dentro de treinta días contados desde que tengan conocimiento del matrimonio." Estos dos artículos hacen mención de uno de los principios que rigen a la nulidad: el derecho de demandar la nulidad es personal e intransferible, no se puede heredar, aunque los herederos de aquel que demandó la nulidad, si pueden darle seguimiento a la demanda (artículo 251).

Otro de los principios que rigen la nulidad es aquel que establece la presunción de la buena fe por parte de los cónyuges; en páginas anteriores se estableció este precepto, el que establece que se necesita prueba plena para destruir la presunción de la buena fe (artículo 257). Ahora bien, puede darse el caso de los matrimonios, que se contraen de buena fe por parte de los cónyuges, pero que es declarado nulo con posterioridad, y que los cónyuges ignoraban la existencia de algún impedimento o prohibición para la celebración del matrimonio, a estos se les da el nombre de matrimonios putativos. Estos matrimonios, si bien es cierto que son nulos, surtirán efectos en el cónyuge de buena fe y en los hijos.

Algunos otros principios rectores de la nulidad en el matrimonio son:

- La presunción de ser válido, hasta que exista sentencia ejecutoriada que lo declare nulo, (artículo 253);
- De acuerdo al artículo 250: "No se admitirá demanda de nulidad por falta de solemnidades en el acta de matrimonio celebrado ante el juez del registro civil, cuando a la existencia del acta se una la posesión del estado matrimonial." En otras palabras, estado matrimonial significa que los cónyuges vivan juntos.

- Estos principios se unen al conocido como **favor matrimonii**, mediante el cual, la nulidad que se refiere al matrimonio, no es tan severa como lo es en otros actos jurídicos. en virtud de que busca la preservación del matrimonio a favor de la sociedad. Este principio consiste en establecer ciertas reglas como; en cuanto a promover la demanda de nulidad, es personalísimo e intransferible, (solo las personas indicadas por la ley). así como las causas y el tiempo en los que puede cesar la acción de nulidad.

En cuanto a las causas que son motivo de nulidad las encontramos en el artículo 235 del Código Civil: "Son causas de nulidad de un matrimonio:

- I. "El error acerca de la persona con quien se contrae, cuando entendiendo un cónyuge celebrar matrimonio con persona determinada, lo contrae con otra;
- II. "Que el matrimonio se haya celebrado concurriendo algunos de los impedimentos enumerados en el artículo 156; siempre que no haya sido dispensado en los casos que así proceda; y
- III. "Que se haya celebrado en contravención a lo dispuesto en los artículos 97, 98, 100, 102 y 103."

Ahora bien, para el estudio de las causas que pueden dar origen a nulidad del matrimonio, recordemos que existen dos tipos de nulidad, los cuales son el siguiente punto de estudio.

1.6.2. La nulidad absoluta.

La nulidad absoluta es aquella que no puede dispensarse, es decir, no esta sujeta a que los cónyuges presten su consentimiento o que las personas que establece la ley, otorguen dispensa. Nuestra legislación contempla dos casos en los que se da la nulidad absoluta:

- Por el parentesco consanguíneo en línea recta ascendiente o descendiente sin limitación de grado, el de línea colateral hasta el segundo grado y el de afinidad en línea recta (artículos 241 y 242 del Código Civil). En caso de contravenir a estas disposiciones, además de la

nulidad del matrimonio, esta conducta puede tipificarse como el delito de incesto. La acción de nulidad la pueden ejercer tanto los cónyuges, sus ascendientes y el Ministerio Público.

- El segundo supuesto consiste en que existiendo un matrimonio vigente, uno de esos cónyuges, celebre otro matrimonio con persona distinta (artículo 248), en este caso, ya sea de mala fe (bigamia) o de buena fe (creyendo uno de los cónyuges que la persona con quien había celebrado el primer matrimonio estaba muerta), el matrimonio será declarado nulo. En este supuesto la acción de nulidad puede ser ejercida por el cónyuge del primer matrimonio, por sus hijos o herederos, por los cónyuges que contrajeron el segundo matrimonio o por el Ministerio Público.

1.6.3. La nulidad relativa.

Al referimos a la nulidad relativa dentro del matrimonio, recordemos que existen ciertos impedimentos, que al incurrir en ellos, pueden provocar la nulidad del matrimonio, sin embargo existe lo que la ley llama dispensa, es decir, pueden ocurrir diversas situaciones que validen al matrimonio, las cuales analizaremos en este punto. Nuestro Código Civil establece que de contravenir lo dispuesto en el artículo 156, el matrimonio celebrado será nulo. Aun así, el mismo artículo nos indica que situaciones pueden tener dispensa, o en su caso, después de cierto período de tiempo, se perderá la acción de nulidad.

1.6.3.1. El error en la persona.

Como ya hemos comentado, es difícil que se de este error, ya que la mayoría (por no decir que todos los matrimonios se celebran con los contrayentes en persona; sin embargo en caso de llegar a existir este error, se da el término de treinta días para manifestarlo e iniciar el juicio de nulidad, en caso de no hacerlo, se tendrá por ratificado el consentimiento.

1.6.3.2. Infringir alguna de las fracciones enumeradas en el artículo 165 del Código Civil.

A pesar de que ya anteriormente transcribimos en su totalidad este artículo (al hablar de la licitud en el objeto), en esta ocasión enumeraremos brevemente las causas de nulidad, así como la dispensa que se puede llegar a obtener.

- La falta de edad: sabemos que los contrayentes deben tener dieciocho años cumplidos, y siendo menores de edad, deben contar con dieciséis años (edad núbil), en este caso deberán tener dispensa de quienes ejerzan la patria potestad o del Juez de lo Familiar (artículo 148). Sin embargo, el matrimonio, aun sin dispensa, queda convalidado si hay hijos entre los cónyuges o si llegan a la mayoría de edad y ninguno de los cónyuges promovió la acción de nulidad.
- La falta de consentimiento de quienes ejerzan la patria potestad, del tutor o del Juez de lo familiar: en este caso la acción de nulidad se les concede a estas personas, pero solo podrán invocarla en un lapso de treinta días contados a partir de que tengan conocimiento del matrimonio (artículo 238). Pero bajo este supuesto, la acción de nulidad se pierde si no se ejerce en tiempo; si los que debieron haber dado su consentimiento, lo expresan ratificando el matrimonio; o bien, hacen donaciones a los hijos con motivo del matrimonio o realizan cualquier otra actividad que se entienda como aceptación tácita, (artículo 239).
- El parentesco: en relación al consanguíneo solo se puede dispensar en línea colateral desigual y hasta el tercer grado (tíos y sobrinos), no así el de línea recta ni el de afinidad en línea recta.
- "La nulidad en el caso del adulterio habido entre las personas que pretendan contraer matrimonio, se otorga sólo al cónyuge ofendido y al Ministerio Público en el caso de disolución del matrimonio anterior por causa de divorcio, y sólo a éste último funcionario, si el matrimonio se disolvió por muerte del cónyuge ofendido. En uno y otro caso la acción debe intentarse dentro de los seis meses siguientes a la celebración del matrimonio de los adúlteros. En consecuencia, claramente se caracteriza a través de estos dos atributos como una nulidad relativa."⁵¹

⁵¹ ROJINA VILLEGAS Rafael. Ob. cit. Pág. 295.

- “La nulidad proveniente del atentado contra la vida de alguno de los cónyuges para casarse con el que quede libre puede ser deducido por los hijos del cónyuge víctima o por el Ministerio Público, dentro de los seis meses contados desde que se celebró el nuevo matrimonio. Por lo tanto, dada la prescripción de la acción, la nulidad será relativa de acuerdo con el artículo 2227.”⁴⁴

- Utilizar la violencia física o moral para conseguir la celebración del matrimonio, también será causa de nulidad relativa, en los términos del artículo 245 el cual indica: “La violencia física o moral serán causa de nulidad del matrimonio, en cualquiera de las circunstancias siguientes:

I.- “Que importen peligro de perder la vida, la honra, la libertad, la salud o una parte considerable de los bienes;

II.- “Que haya sido causada al cónyuge, a la persona o personas que la tenían bajo su patria potestad o tutela al celebrarse el matrimonio, a sus demás ascendientes, a sus descendientes, hermanos o colaterales hasta el cuarto grado; y

III.- “Que haya subsistido al tiempo de celebrarse el matrimonio.

“La acción que nace de estas causas de nulidad sólo puede deducirse por el cónyuge agraviado, dentro de sesenta días contados desde la fecha en que cesó la violencia.”

- En los casos de las enfermedades de índole sexual, como la impotencia y las llamadas crónicas o incurables que sean contagiosas o hereditarias; se puede hablar de una nulidad relativa porque se obtiene dispensa: de la impotencia, cuando es conocida y aceptada por el cónyuge sano; y de las otras enfermedades, cuando mediante certificación médica, los cónyuges tenían conocimiento de los alcances, efectos y prevención de las mismas y aun así manifestaron su consentimiento para celebrar el matrimonio. Además en el caso de que ignoraran que su cónyuge padeciera alguna de estas enfermedades, el artículo 246 indica que la acción de nulidad sólo corresponde a los cónyuges y dentro del término de sesenta días siguientes a la celebración del matrimonio.

⁴⁴ Ibid. Idem.

Ahora bien, en lo que respecta a la fracción X, constituye una causa de nulidad relativa, porque el cónyuge sano, puede o no, solicitar la nulidad del matrimonio, por ello el artículo 247 indica que pueden pedir la nulidad el otro cónyuge, el tutor del interdicto, el curador, el Consejo Local de Tutelas o el Ministerio Público.

Por otra parte, la fracción XI del artículo establece como causa de nulidad, "El matrimonio subsistente, con persona distinta de aquella con quien se pretende contraer." Esta situación ya se analizó como causa de nulidad absoluta.

En lo que referente al régimen de adopción, se indica que en ningún caso el adoptante y el adoptado o sus descendientes (artículo. 157 y 410-D), lo que constituiría una causa de nulidad absoluta (recordemos que ya no existe la adopción semiplena, ahora los adoptados tienen los mismos derechos que un hijo de matrimonio, por lo que mediante disposición legal tienen un parentesco civil que se equipara al consanguíneo); sin embargo, para el caso de los tutores y curadores, si puede obtenerse dispensa para celebrar matrimonio con la persona que esta bajo su guarda, en tal caso el juez debe nombrar tutor interino, (artículos 159 y 160).

1.6.4. Efectos de la nulidad del matrimonio.

Ya que un juicio de nulidad, puede disolver el vínculo matrimonial, se hacen necesarias tomar, desde la presentación de la demanda, (artículo 258) las medidas precautorias que establece el artículo 282, y de las cuales se presentan aquí resumidas:

- I. La separación de los cónyuges;
- II. Asegurar la pensión alimenticia;
- III. Las convenientes para que los cónyuges no se causen perjuicios en sus bienes respectivos;
- IV. Las medidas precautorias para la mujer embarazada;
- V. Quien tendrá la guarda y custodia de los hijos;
- VI. El derecho de los padres a visitar a sus hijos;
- VII. Esta fracción es interesante porque señala que el Juez de lo familiar, puede, en casos de violencia familiar ordenar: la salida del cónyuge demandado de la vivienda familiar; prohibirle al

demandado ir al domicilio o lugar de trabajo el agraviado; e inclusive que el demandado se acerque a determinada distancia del agraviado;

VIII. Revocar o suspender, los mandatos entre los cónyuges;

IX. Inventario de bienes y derechos; y

X. Las demás que el Juez considere necesarias.

Con respecto a los hijos, ya se mencionó anteriormente, que no importa si hubo mala fe por parte de uno o ambos cónyuges, siempre serán considerados hijos de matrimonio; ahora bien, en la sentencia de nulidad, el Juez de lo Familiar resolverá lo concerniente a la guarda y custodia de los hijos (artículos. 259 y 260).

En lo referente a los bienes, (artículo 261), la división de estos será conforme a lo establecido en el artículo 198: "En el caso de nulidad del matrimonio, se observará lo siguiente:"

- I. "Si los cónyuges procedieron de buena fe, la sociedad conyugal se considera subsistente hasta que se pronuncie sentencia ejecutoria y se liquidará conforme a lo establecido en las capitulaciones matrimoniales;
- II. "Si los cónyuges procedieron de mala fe, la sociedad se considera nula desde la celebración del matrimonio, quedando en todo caso a salvo los derechos que un tercero tuviere contra el fondo común. Los bienes y productos se aplicarán a los acreedores alimentarios y si no los hubiere, se repartirán en proporción de lo que cada cónyuge aportó; y
- III. "Si uno sólo de los cónyuges tuvo buena fe, la sociedad subsistirá hasta que cause ejecutoria la sentencia, si la continuación le es favorable al cónyuge inocente; en caso contrario, se considerará nula desde un principio. El cónyuge que hubiere obrado de mala fe no tendrá derecho a los bienes y las utilidades; éstas se aplicarán a los acreedores alimentarios y, si no los hubiere, al cónyuge inocente."

En lo referente a las donaciones, el artículo 262 establece:

- Que las hechas por un tercero podrán ser revocadas;
- Las que hizo el cónyuge inocente al culpable, quedarán sin efecto;

- Las que realizó el culpable al inocente, quedarán subsistentes:
- Si existió mala fe por parte de ambos cónyuges, quedarán a favor de los acreedores alimentarios y si no los hay, no se podrá hacer reclamación con motivo de la liberalidad.

Finalmente el artículo 263 establece que: "Si al declararse la nulidad del matrimonio la mujer estuviera embarazada, se tomarán las medidas cautelares a que se refiere el Capítulo Primero del Título Quinto del Libro Tercero."

Me tomo la libertad de mencionar, que anteriormente se hablaba de los matrimonios ilícitos pero no nulos, que estaban contemplados en los artículos 264 y 265, sin embargo con las reformas ya enunciadas con antelación, quedaron derogados.

1.7. EL MATRIMONIO CELEBRADO POR MEXICANOS EN UN PAIS EXTRANJERO.

1.7.1. El supuesto del artículo 161.

Finalizamos el presente capítulo, haciendo referencia a este precepto, el cual indica que los mexicanos que celebren su matrimonio en el extranjero, deben presentarse en la oficina del Registro Civil, para la inscripción de su acta de matrimonio, dentro de los tres primeros meses de su radicación en territorio del Distrito Federal, de hacerlo así, los efectos se retrotraerán a la fecha de la celebración del matrimonio; en caso contrario, los efectos surten desde el momento en que se presenten a inscribir el acta.

CAPITULO II

EL DIVORCIO.

CAPITULO II EL DIVORCIO,

2.1. BREVE RESEÑA DE LA EVOLUCION HISTORICA DEL DIVORCIO,

2.1.1. El repudio, la separación de cuerpos, y la disolución del vínculo.

Se puede observar que son tres las etapas más destacadas en la historia del divorcio: el repudio, como forma primitiva de romper la unión del hombre y la mujer; la separación de cuerpos, como forma de defender al matrimonio y acatar las exigencias religiosas de la indisolubilidad del vínculo; y finalmente la disolución del vínculo matrimonial, buscando el bienestar de los cónyuges y los hijos.

En este segundo capítulo entraremos de lleno al análisis de un punto esencial de nuestra investigación: el divorcio. Es necesario estudiar algunos de los aspectos más importantes de esta figura, por principio, estudiaremos un poco de su historia.

Los pueblos de la antigüedad reconocían el matrimonio, sin embargo, en caso de que la unión no era del todo benéfica o agradable para los contrayentes, estos podían separarse; lamentablemente esta separación no era un remedio digno de la calidad del ser humano, era un derecho exclusivo del hombre repudiar a su pareja. Y lejos de solo despedirla a su casa paterna, tal acción acarrecaba el "desprestigio" para la mujer. Se puede observar que en la mayoría de las culturas estaba permitido el repudio, aunque en algunas de ellas no era bien visto, salvo en el caso de adulterio, y aun en este caso, permitiendo la separación de los cónyuges, en algunos casos no podían volver a casarse o de lo contrario cometerían adulterio.

En este breve recorrido por la historia, es inevitable estudiar los estrechos lazos del matrimonio y el divorcio con la religión y la moral, pues son estos dos aspectos los que más en contra están del divorcio. Muestra de ello es la referencia del repudio en los textos bíblicos, los cuales, primeramente se muestran inflexibles como muestra el estudio del maestro Jorge Mario Magallón Ibarra: "En el Antiguo Testamento encontramos como libro Histórico el *Deuteronomio*, que en la clasificación judía es un Libro de Leyes, en el cual se relata el segundo discurso que Moisés dirigió a todo Israel que se conoce como el *libelo de repudio*;

'Si un hombre toma una mujer, casándose con ella, y resulta que ella luego no le agrada porque ha hallado en ella algo vergonzoso, le escribirá un *libelo de repudio*, y entregándose en la mano la despedirá de su casa.'³⁵ Aquí encontramos las primeras injusticias de esta figura: el derecho era del marido únicamente y no daba una razón justificada para el repudio,

Posteriormente, en el Nuevo Testamento, se hace mención del repudio, el mismo autor cita a Mateo: "... se acercaron los fariseos y propusieron a Jesús la siguiente interrogante ¿Es lícito repudiar a la propia mujer por cualquier causa? Como la respuesta del Rabí de Galilea les dice: 'No lesteis que quien creó desde el principio 'varón y hembra los hizo'...' 'Moisés, por vuestra dureza de corazón, os concedió el repudio a vuestras mujeres, más en el principio no fue así.'"³⁶

Ahora bien, en otras culturas también se conoció el repudio como forma de acabar la vida marital, resumiendo algunos ejemplos podemos citar a: Israel, donde se debía entregar el libelo de repudio, sin embargo tratándose de adulterio de la mujer se castigaba con la muerte; en Babilonia, donde el Código de Hammurabi demostraba un poco de justicia, porque para el caso de repudio, el marido debía devolver la dote a la mujer y proporcionar los medios para las necesidades de los hijos; en Persia, en donde la esterilidad era motivo de repudio; en China; en la India, en donde particularmente se mostraban severos e injustos con las mujeres, porque las causas del repudio eran bastantes: la esterilidad, que los hijos murieran siendo menores de edad, que la descendencia constara solo de mujeres, el alcoholismo, que padeciera enfermedad incurable, que fuera pródiga, y que hablara con dureza a su marido; el derecho musulmán, en donde el repudio era una de las cuatro formas de acabar con el matrimonio, este repudio procedía por adulterio o "indocilidad" de la mujer; finalmente podemos decir que es en Grecia en donde se observa un poco de justicia e igualdad, dado que tanto el hombre como la mujer podían repudiar a su pareja."

En lo que respecta a la separación de cuerpos, encontramos una de sus fuentes, también en las escrituras bíblicas: "...el contenido de Pablo en la Primera Epístola a los Corintios (7, 10-11) en la que escribía: 'A los casados mando, no yo, sino el Señor, que la mujer no se separe del marido-y si se separa permanezca sin casarse o se reconcilie con el marido- y que el marido no

³⁵ Citado en: MAGALLON IBARRA Jorge Mario. *Instituciones de Derecho Civil, Tomo III*. Editorial Porrúa D.F. México. 1988. Primera edición, Pág. 357.

³⁶ Ibid. Idem.

³⁷ Cfr. MONTERO DUIALTE Sara. Op. cit. Págs. 203 a 205.

repudie a la mujer.”³⁶ Pues bien, hay que reconocer que la separación de cuerpos es una aportación o más bien, una imposición del derecho canónico, de la presión de las creencias religiosas, y una manera de imponer su autoridad. Las instituciones y figuras creadas por los hombres son imperfectas, no así las de la Divinidad, por lo tanto, al ser el matrimonio, el estado natural del ser humano (así lo considera la religión), debe ser indisoluble, lo que Dios unió, el hombre no lo puede desunir. Así que una manera de solucionar las exigencias de las personas que ya no querían vivir con sus cónyuges, era permitir que no compartieran la misma casa, que no existiera la vida en común, así, al separarse, tal vez se darían cuenta de que el matrimonio debía salvar los problemas que los habían orillado a tomar tal decisión, y por otro lado, la indisolubilidad del vínculo estaba fuera de toda discusión. Imperfecta esta teoría porque en ocasiones, eran tan grandes las diferencias, que resultaban insalvables, lo que dejaba a los cónyuges en un gran problema: por una parte no deseaban reconciliarse con su pareja y por otro lado, no podían contraer nuevas nupcias, pues en el aspecto religioso, era comparable con cometer adulterio, lo cual era severamente contemplado.

Para llegar al divorcio, como tal, disolviendo el vínculo y permitiendo contraer un nuevo y válido matrimonio, debemos relatar algunos acontecimientos, que nos hacen llegar a la conclusión de que la disolución total del vínculo matrimonial es la mejor decisión: “En el Derecho romano el matrimonio, se fundaba en la *affectio coniugalis*; la disolución de la *confarreatio* tenía lugar por medio de la *difarreatio*, que como es sabido era la declaración de la voluntad de separarse marido y mujer, por medio de la cual cesaba de producir efectos entre los consortes la voluntad declarada en la ceremonia nupcial, de tomarse recíprocamente como marido y mujer. Si el marido había celebrado bajo la forma de *coemptio*, la disolución del vínculo procedía, por medio de la *remancipatio* de la mujer.

“En el derecho germánico antiguo, el divorcio podía tener lugar por medio de un convenio entre el marido y los parientes de la mujer. Más tarde el vínculo podía disolverse, celebrando entre los dos esposos ese convenio y en un período posterior, el derecho germánico conoció el divorcio por la simple declaración unilateral del marido, quien podía legítimamente abandonar a su mujer en dos casos: por adulterio y por esterilidad.

³⁶ MAGALLON IBARRA Jorge Mario. Ob. cit. Pág. 358.

"En la legislación española antigua encontramos, en el Fuero Juzgo, la Ley II que permite el divorcio por adulterio de la mujer, mediante autorización del obispo y en la Ley III autoriza al cristiano o cristiana, para separarse de la mujer o del marido, con quien estaba casado antes, por otra ley no cristiana."⁵⁹

De esta manera, vemos que el divorcio fue aceptado, ¿por qué entonces surge tanta controversia alrededor de esta figura? Desde la antigüedad se ha visto al divorcio como el medio para destruir a la familia; si convenimos en que la familia es el núcleo de la sociedad, entonces una figura que separa a los integrantes de este núcleo es algo inaceptable para toda sociedad, porque existe la teoría de que puede ayudar a colapsar a la misma: "A fines de la República y bajo la época del Imperio, la de mayor esplendor y extensión del poder romano, advino el relajamiento de las costumbres, otrora severas, de los patricios. El divorcio proliferó en forma alarmante y coadyuvó, al disolver la sólida unidad familiar primitiva romana, a la decadencia del Imperio y a su posterior caída en manos de los bárbaros."⁶⁰

De esta conclusión del imperio romano, nuestro más directo antecedente, pasamos a la revolución francesa, la que cambió al mundo e influyó en todos los sistemas jurídicos, de una u otra manera. "La revolución francesa, que sustentaba el principio de que el matrimonio es un contrato y no un sacramento, debía llevar necesariamente al divorcio. El principio de la autonomía de la voluntad, como base fundamental de los actos jurídicos y las ideas del individualismo, llevaron a la promulgación de la ley sobre divorcio de 20 de septiembre de 1792 en la que se reconoció la posibilidad de disolver el vínculo matrimonial, por numerosas causas entre las cuales se aceptaba la incompatibilidad de caracteres.

"El Código de Napoleón de 1804 redujo las causas de divorcio a sólo tres: el adulterio, la sevicia, y las injurias graves."⁶¹

Es importante señalar que en la Ley francesa de 1972 se hace mención de la sevicia y las injurias graves como causa de divorcio.

⁵⁹ GALINDO GARFIAS Ignacio. *Derecho Civil. Primer curso (parte general, personas y familia)*. Editorial Porrúa D.F. México 1999. Decimo octava edición. Págs. 599 y 600.

⁶⁰ MONTERO DUHALT Sara. Ob. cit. Pág. 206.

⁶¹ GALINDO GARFIAS Ignacio. Ob. cit. Págs. 600 y 601.

De esta manera terminamos nuestro recorrido por la historia, la cual como mencioné al inicio de este capítulo, es bastante más extensa, pero lo citado es suficiente para notar la evolución, del divorcio, empezó como un injusto "derecho" del hombre, lo que le daba la facilidad de que cuando se aburriera de su cónyuge podía cambiarla por otra, este "derecho" fue restringido a solo dejar de vivir con el cónyuge, bajo condena religiosa más que jurídica, pero después se reimplantó la disolución de la relación, ahora con más requisitos, pero que le daban lo que necesitaba: autorización para dejar a su cónyuge y contraer nupcias con otra persona. Sin embargo, ahora no era un derecho exclusivo del hombre, y en cuanto a los argumentos en contra del divorcio, ya hablaremos en otro capítulo, pues el divorcio, ni es un mal necesario, ni es la destrucción del núcleo familiar.

2.1.2. El divorcio en México.

Ya analizamos las referencias de otras culturas, sobre el divorcio, ahora, nos toca enunciar brevemente, la introducción del divorcio en nuestro Estado.

Tenemos tres etapas a tratar: la época prehispánica, la época colonial, y el México independiente.

2.1.2.1. El derecho prehispánico.

"Aunque la ley no establecía propiamente lo que conocemos como divorcio, el matrimonio podía disolverse por tratarse de un matrimonio temporal o sujeto a condición (el nacimiento de un hijo, por ejemplo) o porque existiese alguna causa válida, en cuyo caso había que obtener la autorización judicial. ... El cónyuge culpable era castigado con la pérdida de la mitad de sus bienes, y ambos divorciados podían contraer nuevo matrimonio, salvo entre ellos mismos." ¹²

En este apartado, podemos observar que nuestros pueblos, (antes de que llegaran los civilizados conquistadores), estaban avanzados para su época, no solo protegían al cónyuge inocente, dándole la mitad de los bienes del que dio causa para el divorcio, sino que se requería de la

¹² "GARCIA Trinidad. *Apuntes de introducción al estudio del Derecho*. Editorial Porrúa, S.A., 4ª edición, México, 1949, página 54." Citado en SOTO PEREZ Ricardo. *Noiones de Derecho Positivo Mexicano*. Editorial Esfinge. Naucalpan. Estado de México. México. 1993. Vigésima primera edición. Pág. 12.

autorización judicial, es decir no dejaban al libre albedrío de los cónyuges la disolución de la relación; por otro lado, no existía la separación de cuerpos sino una verdadera disolución del vínculo matrimonial, lo que en nuestro sistema de derecho se logró apenas a principios del siglo pasado. Tal vez lo único reprochable, es que podían ver al matrimonio como un contrato (sujeto a condición en algunos casos, ejemplifica el autor).

2.1.2.2. El derecho colonial.

“En el México colonial en materia de divorcio rigió el derecho canónico, mismo que imperaba en la España peninsular. El único divorcio admitido por esta legislación –ya se ha dejado apuntado- es el llamado divorcio separación que no otorga libertad para contraer un nuevo matrimonio mientras vive el otro cónyuge.”⁶³

Este sistema de divorcio significó un retroceso: no se disolvía el vínculo, y por lo que se ha podido observar del derecho canónico, las sanciones no eran equitativas cuando el hombre daba motivos para la separación que cuando era la mujer quien daba razones para invocarlo. Se ataba pues, a los cónyuges para que no pudieran contraer un nuevo matrimonio, lo que debe haber derivado en relaciones extramaritales y ambiente de inestabilidad en los hijos.

2.1.2.3. El divorcio en el México independiente.

En este apartado mencionaremos dos referencias históricas: el Código Civil para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California de 1870 y el Código Civil del Distrito Federal y Territorios de la Baja California y Tepic de 1884. Ambos regulaban el divorcio separación, el primero de ellos concediendo siete causas para invocarlo: “1ª) El adulterio de uno de los cónyuges; 2ª) La propuesta del marido para prostituir a la mujer; 3ª) La incitación o la violencia hecha al cónyuge para cometer algún delito; 4ª) La corrupción o la tolerancia de ella, de los hijos; 5ª) El abandono sin causa del domicilio conyugal prolongado por más de dos años; 6ª) La sevicia; 7ª) La acusación falsa hecha por un cónyuge al otro.”⁶⁴

⁶³ MONTERO DUHALT Sara. Ob. cit. Pág. 209.

⁶⁴ Ídem. Pág. 210

En el segundo Código citado, se establecían las mismas bases para el tratamiento del divorcio, todavía no se daba la disolución del vínculo, pero se añadieron seis causas mas para poder solicitar el divorcio: "1) El que la mujer diera a luz un hijo concebido antes del matrimonio y fuera declarado ilegítimo; 2) La negativa a ministrarse alimentos; 3) Los vicios incorregibles de juego o embriaguez; 4) Las enfermedades crónicas, incurables, contagiosas o hereditarias, anteriores al matrimonio y no confesadas al cónyuge; 5) La infracción a las capitulaciones matrimoniales y 6) El mutuo consentimiento." "

Realmente no existe un gran avance en lo que se refiere a la disolución del vínculo, pero podemos percatarnos que estas causales son el antecedente de nuestro artículo 267 del Código Civil, con algunos cambios, pero definitivamente debió inspirar al legislador en cuanto a las causales de divorcio.

2.1.3. La introducción del divorcio vincular en México.

Requiere tratarse por separado el momento en que el legislador considera que no es suficiente separar físicamente a los cónyuges, pues esta situación, lejos de ser la solución a un conflicto, generaba situaciones anómalas en la esfera de los afectados. No entraremos en las controversias que genera el divorcio en este punto, nos limitaremos a señalar el momento en el que surge el divorcio vincular, la antítesis del matrimonio.

"El divorcio fue introducido en la legislación civil mexicana, por decreto de 29 de diciembre de 1914 publicado el 2 de enero de 1915 en el Constitucionalista, periódico oficial de la federación que se editaba en Veracruz, sede entonces del Primer Jefe del Ejército Constitucionalista. En ese decreto, se modificó la fracción IX del Art. 23 de la Ley de 14 de diciembre de 1874 reglamentaria de las adiciones y reformas de la Constitución Federal decretadas el 25 de diciembre de 1873." "

En las líneas transcritas encontramos solo un pequeño error de redacción, no es la introducción del divorcio de lo que se habla, es del establecimiento de la disolución del vínculo. En la época

⁶⁵ Idem. Pág. 211.

⁶⁶ PACHICO ESCOBEDO Alberto. La familia en el Derecho Civil Mexicano. Panorama editorial. D.F. México. 1998. Segunda reimpresión. Pág. 146.

revolucionaria se dieron grandes cambios, entre ellos, la legislación civil que trajo consigo una reforma innovadora y en cierto modo, muy conveniente para las personas que no deseaban tener relación alguna con su cónyuge y que de hecho ya no existía ninguna relación, pero ahora se venía a dar formalidad a la separación y mejor aun, ahora podían celebrar un nuevo matrimonio, que en ocasiones, nos atrevemos a afirmar que eso era lo que les interesaba, porque los liberaba de tener que permanecer en abstinencia de índole sexual.

Retomando las reformas a este apartado, se decía: "Art. 1º... Fracción IV. El matrimonio podrá disolverse en cuanto al vínculo ya sea por el mutuo y libre consentimiento de los cónyuges cuando el matrimonio tenga más de tres años de celebrado y en cualquier tiempo por causas que hagan imposible o indebida la realización de los fines del matrimonio..."

"La opinión de los legisladores revolucionarios y radicales quedó expresada en los Considerandos de la ley:

"Que lo que hasta ahora se ha llamado divorcio en nuestra legislación, o sea, la simple separación de los consortes sin disolver el vínculo... lejos de satisfacer la necesidad social de reducir a su mínima expresión las consecuencias de las uniones desgraciadas, sólo crea una situación irregular, peor que la que trata de remediarse...; que esa simple separación de los consortes crea, además, una situación anómala, de duración indefinida, que es contraria a la naturaleza y al derecho que tiene todo ser humano de procurar su bienestar y la satisfacción de sus necesidades, por cuanto condena a los cónyuges separados a perpetua inhabilidad para los más altos fines de la vida;..."⁶⁷

Finalmente debemos mencionar la Ley sobre Relaciones Familiares de 1917, que en palabras de la maestra Montero se asemeja a la del Código de 1884 pero disolviendo el vínculo e incluye a las enfermedades como causal de divorcio o de separación de cuerpos.

2.2. NOCIONES GENERALES DEL DIVORCIO.

2.2.1. Concepto de divorcio.

⁶⁷ MONTERO DUHALT Sara. Ob. cit. Págs. 211 y 212.

En este apartado, analizaremos la definición legal de divorcio y por supuesto propondremos nuestro propio concepto. A diferencia del matrimonio, en el divorcio no existe una controversia al tratar de definirlo, de hecho, casi todos los autores parecen coincidir en la definición, pues en mas o menos palabras, terminan por expresar definiciones muy parecidas.

Una constante que se pudo observar al analizar las fuentes, es que en la definición parecen incluir los efectos de la figura, esto es válido, pero como ya se mencionó, los diferentes autores, señalan correctamente la definición de divorcio, pero incompleta en mi opinión.

Pasando de lleno al estudio del concepto de nuestra figura, nos atrevemos a enriquecer nuestra investigación, citando a los siguientes autores:

- Para el maestro Julien Bonnecase el divorcio: "...es la ruptura de un matrimonio válido, en vida de los esposos (sic), por causas determinadas y mediante resolución judicial." ⁶⁸
- Por su parte, la maestra Sara Montero aporta el siguiente concepto: "Divorcio es la forma legal de extinguir un matrimonio válido en vida de los cónyuges, decretada por autoridad competente que permite a los mismos contraer con posterioridad un nuevo matrimonio válido." ⁶⁹
- Finalmente, los reconocidos autores, Marcel Planiol y Georges Ripert, señalan: "...divortium se deriva de divertere, irse cada uno por su lado. Esta ruptura sólo puede existir por autoridad de la justicia y por causas determinadas en la ley." ⁷⁰

Dando el justo reconocimiento a las palabras de los autores, estas definiciones nos parecen suficientes para explicar lo que es el divorcio, sin embargo, considero que son incompletas: por una parte, el maestro Bonnecase se limita a enunciar que es una "ruptura" y por resolución judicial, en nuestro sistema de derecho, la resolución puede ser emitida por el Oficial del

⁶⁸ Loc. cit. Pág. 552.

⁶⁹ Loc. cit. Pág. 196.

⁷⁰ PLANIOL, Marcel, Ripert Georges. Derecho Civil. Traducción Leonel Pérezniesto Castro. Editorial Pedagógica Iberoamericana. D.F. México 1996. Novena edición. Pág. 153.

Registro Civil, que no es autoridad judicial sino administrativa, además no menciona que una vez siendo oficial la disolución del vínculo, se puede contraer un nuevo matrimonio. Ahora bien, la maestra Montero, menciona que se extingue el estado matrimonial, por resolución de autoridad competente, y que deja a las personas que se divorcian, en aptitud de contraer un nuevo matrimonio; de igual manera menciona que se trata de un matrimonio válido, innecesaria esta palabra porque recordemos que todo matrimonio se presume válido. La maestra Montero olvida señalar que las causas que dan pie al divorcio, surgen con posterioridad a celebrarse el matrimonio.⁷¹ Finalmente, los maestros Planiol y Ripert nos dan el origen etimológico de divorcio.

Por otro lado, el Código Civil en su Artículo 266, primer párrafo, señala: "El divorcio disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro." No nos aporta ningún dato nuevo para la definición, de hecho no define al divorcio, se limita a señalar su efecto principal.

Es el momento en que nos atrevemos a proponer un concepto de la presente figura, tratando de ser no compiladores sino expresando una definición más completa:

Divorcio es el único medio legal por el cual se disuelve el vínculo matrimonial en vida de los cónyuges, por causas posteriores a la celebración del matrimonio, y que están señaladas en la ley, dicha disolución, como efecto de la resolución de autoridad competente, y que deja a los sujetos en aptitud de contraer un nuevo matrimonio, esta resolución también tiene efectos en relación a los hijos y en algunos casos en relación a los bienes.

Por supuesto que es el único medio que pone fin a la relación (vínculo) entre los cónyuges, pues la nulidad, por un efecto jurídico hace que el matrimonio se tenga como si nunca se hubiese realizado; se habla de que este divorcio se da en vida de los cónyuges, por lo tanto se elimina a la muerte, que también termina con el matrimonio. Los motivos o causas válidas (por ley) surgen por conflictos entre los cónyuges por diversas situaciones: económicas, morales, y del trato diario entre ellos, es decir, desde el punto de vista de las normas sociales: en las relaciones de noviazgo existen conductas reprimidas, aparentadas y omitidas, que una vez celebrado el

⁷¹ Aquí encontramos una diferencia entre la nulidad y el divorcio, mientras que la nulidad se origina por causas anteriores a la celebración del matrimonio, el divorcio surge por causas posteriores a la celebración, y claro en ambos casos, las causas están señaladas en la ley.

de la voluntad y desean producirse efectos jurídicos (en este caso que cesen los efectos generados por el matrimonio); se da la participación de varias personas: los cónyuges y la autoridad lo que le da el carácter de plural y mixto pues intervienen dos particulares y un representante del Estado; puede surgir a petición de una o de las dos partes (entiéndase hombre y mujer, no actor y demandado); y la formalidad por estar regulado en la ley y ser esta última quien establece las causas, en que casos y bajo que supuestos puede solicitarse el divorcio.

A pesar de la sencillez de la descripción del divorcio, justificándolo como un acto jurídico, puede no complacer a los lectores, por lo tanto analicemos el porqué el divorcio no posee las características de otra naturaleza.

2.2.2.2. Acto de poder estatal.

Definitivamente el maestro Cicu no puede clasificar como imposición o como acto unilateral del Estado, la decisión de disolver el vínculo matrimonial. Al Estado le interesa preservar el matrimonio, pues supone la existencia de una familia básica, el núcleo de la sociedad y una estabilidad de las parejas y del individuo. El Estado nada tiene que ver con la decisión de los cónyuges de que se extinga su matrimonio, sólo compete al Estado, la parte de calificar si es que se cubren los requisitos necesarios para solicitar el divorcio.

2.2.2.3. Estado.

No cubre este perfil el divorcio; recordemos que en un estado jurídico se aplica un estatuto legal a una situación determinada que se repite con determinada frecuencia; el divorcio no es una situación permanente en todos los casos, es decir los divorciados no permanecen solos, sin contraer un nuevo matrimonio. Y aunque los "divorciados" no contraigan un nuevo matrimonio, el divorcio no se renueva, se agota en un solo acto, culmina con la declaración de la autoridad competente y se prueba con el acta respectiva.

2.2.2.4. Institución jurídica.

En definitiva, el divorcio si es un conjunto de disposiciones jurídicas orientadas a un mismo fin, pero no se despersonaliza de los individuos, el divorcio no permanece como un ente independiente, que no necesita de los participantes; el divorcio es una excepción a la indisolubilidad del matrimonio, por lo tanto no puede ser una Institución principal.

2.2.2.5. Contrato.

Nos apoyaremos en dos citas para esta tesis:

“El Derecho romano y el antiguo derecho alemán solamente conocían el divorcio por contrato o declaración unilateral y sin intervención judicial o sacerdotal.”⁷⁹

“El divorcio es un acto jurisdiccional o administrativo por virtud del cual se disuelve el vínculo conyugal y el contrato del matrimonio concluye, tanto con relación a los cónyuges como respecto a terceros.”⁸⁰

El divorcio, como el matrimonio, era considerado un contrato, por lo menos en la antigüedad; el maestro Pallares, apoya la idea que el divorcio se trata de un acto jurídico, pero lo interpreta como la forma de disolver el matrimonio como un contrato. El divorcio no puede ser un contrato porque si bien es cierto que se extinguen algunos derechos y algunas obligaciones, **en el divorcio judicial necesario o contencioso, no existe un acuerdo de voluntades**. Por lo tanto no es un contrato, aunque la insistencia de ver al matrimonio como contrato, puede provocar que se considere la forma de disolverlo, como una cláusula especial, o una rescisión del mismo.

De esta manera concluimos que el divorcio puede ser considerado como un acto jurídico, al no ser del todo aceptables, las otras tesis sobre su naturaleza jurídica. Además como había mencionado, nos inclinamos a considerar al matrimonio como un acto jurídico (de acuerdo a su origen), por lo tanto es aceptable considerar que es otro acto jurídico el que le pone fin a los efectos del primero, sin embargo, sabemos que si bien es cierto que se extingue el vínculo matrimonial y cesan su efectos, pueden surgir otros y mantenerse algunos mas, en relación a las personas, a los hijos (en su caso) y a los bienes, como veremos más adelante.

⁷⁹ LEHMANN Heinrich. *Derecho de Familia Tomo IV*. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid. España 1953. Pág. 234

⁸⁰ PALLARES Eduardo. *El Divorcio en México*. Editorial Porrúa. D.F. México. 1991. Sexta edición. Pág. 36.

2.3. LOS TIPOS DE DIVORCIO EN EL DERECHO MEXICANO.

2.3.1. El divorcio voluntario en la vía administrativa.

Atendiendo a los efectos del divorcio:

“Se conocen dos especies de divorcio: el vincular (*divortium quoad vinculum*), calificado de pleno, y el de separación de cuerpos (*separatio quoad thourum et mensam*), calificado de menos pleno.”⁷¹

Evolucionando de la arcaica idea del repudio, en nuestro sistema de derecho positivo, de acuerdo al artículo 266 del Código Civil: “El divorcio disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro.” Por otro lado, en la legislación actual también se consigna la separación de cuerpos: Artículo 277.- “El cónyuge que no quiera pedir el divorcio fundado en las causas enumeradas en las fracciones VI y VII del artículo 267 podrá, sin embargo, solicitar que se suspenda su obligación de cohabitar con el otro cónyuge, y el juez, con conocimiento de causa, podrá decretar esa suspensión, quedando subsistentes las demás obligaciones creadas por el matrimonio.”

Atendiendo a sus procedimientos:

“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. Es necesario cuando cualquiera de los cónyuges lo reclama ante la autoridad judicial, fundado en una o más de las causales a que se refiere el artículo 267 de este Código.”

Es el turno de estudiar el divorcio voluntario por la vía administrativa.

Iniciaremos diciendo que divorcio voluntario: “... también denominado divorcio por mutuo disenso, tiene siempre en el fondo una causa que a ocasionado la ruptura de la relación conyugal, pero que los esposos no quieren expresar ni ventilar en público.

⁷¹ DIE PINA Rafael. Elementos de Derecho Civil Mexicano. Volumen I. Editorial Porrúa. D.F. México. 1998. Vigésima primera edición. Pág. 340.

"Este divorcio sólo requiere de la manifestación del mutuo acuerdo de los cónyuges para disolver el vínculo matrimonial, sin necesidad de exponer la causa o razón que los mueve a hacerlo. En términos generales, por divorcio voluntario deberemos entender:

"La forma de disolución del vínculo matrimonial por la que pueden optar los esposos cuando, sin aducir causa específica y reuniendo los requisitos de ley, hayan decidido poner fin al matrimonio." ⁷⁶

El maestro Rafael Rojina Villegas opina sobre este tipo de divorcio: "La introducción de este tipo de divorcio voluntario en el Código Civil vigente, facilita en forma indebida la disolución del matrimonio por mutuo consentimiento, ya que llenándose ciertas formalidades que menciona el artículo 272, que transcribiremos después, los consortes pueden acudir ante el juez del Registro Civil para que levante un acta que dé por terminado el matrimonio. La exposición de motivos del proyectado Código en cuestión, en su parte relativa, indica que si bien es cierto que es de interés general y social el que los matrimonios sean instituciones estables y de difícil disolución; lo es también, el que los hogares no sean focos de continuos disgustos y desavenencias, y si no están en juego los sagrados intereses de los hijos, y en forma alguna se perjudican derechos de terceros, debe disolverse el vínculo matrimonial, con toda rapidez, y con esto la sociedad no sufrirá perjuicio alguno. Por el contrario será en interés general el disolver una situación establecida sobre desavenencias, incongruente con el espíritu y la naturaleza de la institución matrimonial." ⁷⁷

Se entiende que el maestro juzgue duramente a este tipo de divorcio, porque en realidad facilita a nuestra sociedad contemporánea, lo que las personas llaman un período "de prueba", en el cual, sino se cubren sus expectativas de pareja, después del plazo señalado en la ley, optan por divorciarse, en detrimento de los principios de la sociedad y lo que propicia las decisiones precipitadas. Eso en el mejor de los casos, de lo contrario se unen en concubinato, lo cual si bien ya esta legislado, no es la figura aceptada para la formación de una familia.

⁷⁶ BAQUEIRO ROJAS Edgar. Buenrostro Buez Rosalia. Derecho de Familia y Sucesiones. Editorial Harla. D.F. México. 1997. Pág. 155.

⁷⁷ Loc. cit. Pág. 396.

Parte de la base, de que en la relación no hay hijos o que ya son mayores de edad. los hijos son los más afectados con una separación, pero aún así, ¿es recomendable otorgar esta facilidad a las personas para divorciarse?, es recomendable que en caso de el divorcio sea por mutuo consentimiento, se tramite vía judicial y señalando a los cónyuges la magnitud de la decisión que van a tomar. Se toma como otro fundamento la falta de hijos, (¿y la falta de principios de convivencia, respeto y tolerancia, además de sensatez?) y de que no existe una causa específica; mayor razón para no permitir este tipo de divorcio, carece de un bien jurídico tutelado afectado por la conducta de uno o ambos cónyuges.

No queremos decir que la voluntad de los cónyuges, participantes de la vida en común, sea insuficiente para solicitar el divorcio, pero ante una autoridad judicial y con participación del Ministerio Público de lo civil, pudiere pesar más en el ánimo de los cónyuges tomar una decisión como la de divorciarse. Además, existiendo un procedimiento judicial (aunque sea con requisitos diferentes), parece repetitivo que exista un procedimiento administrativo.

2.3.2. Procedimiento del divorcio voluntario administrativo.

De acuerdo al artículo 272 del Código Civil: "Procede el divorcio administrativo cuando habiendo transcurrido un año o más de la celebración del matrimonio, ambos cónyuges convengan en divorciarse, sean mayores de edad, hayan liquidado la sociedad conyugal de bienes, si están casados bajo ese régimen patrimonial, la cónyuge no esté embarazada, no tengan hijos en común, o teniéndolos, sean mayores de edad, y éstos no requieran alimentos o alguno de los cónyuges. El Juez del Registro Civil, previa identificación de los cónyuges, levantará un acta en que hará constar la solicitud de divorcio y citará a éstos para que la ratifiquen a los quince días. Si los cónyuges lo hacen, el Juez los declarará divorciados y hará la anotación correspondiente en la del matrimonio anterior.

"Si se comprueba que los cónyuges no cumplen con los supuestos exigidos, el divorcio así obtenido no producirá efectos, independientemente de las sanciones previstas en las leyes."

De lo que podemos resumir que son requisitos para solicitar este tipo de divorcio:

- ser mayores de dieciocho años;
- el mutuo consentimiento;
- que haya transcurrido por lo menos un año de celebrado el matrimonio;
- que no haya hijos, o que estos ya sean mayores de edad;
- que no existan bienes o se haya liquidado previamente la sociedad conyugal;
- que la mujer no este embarazada; y
- además debemos indicar que durante el tramite del divorcio no se admite representación por apoderado de ninguna especie.

La autoridad competente es el Oficial del Registro civil, y se tramita en las oficinas correspondientes al domicilio conyugal.

Como puede observarse es por demás sencillo solicitar este divorcio, por lo cual se confirma la teoría que debería desaparecer, pues aparenta ser un mero trámite burocrático y una figura como el matrimonio, de interés público y que es la fuente de donde surgen los valores familiares, no puede desaparecer con este tramite, porque no es un juicio, no se está juzgando nada ni a nadie.

2.3.3. El divorcio voluntario en la vía judicial.

Los artículos 273 y 275, del Código Civil, establecen esta clase de divorcio, su tramite a diferencia del anterior, es ante autoridad judicial (el Juez de lo Familiar) y con intervención del Ministerio Público. Cabe mencionar que antes de las reformas ya citadas en el presente trabajo de investigación, la fracción XVII del artículo 267 establecía el mutuo consentimiento como causal de divorcio, ahora modificada para dar cabida a la violencia familiar

Dicen los artículos:

273.- "Procede el divorcio voluntario por vía judicial cuando los cónyuges que no se encuentren en el caso previsto en el artículo anterior, y por mutuo consentimiento lo soliciten al Juez de lo Familiar, en los términos que ordena el Código de Procedimiento Civiles, siempre que haya transcurrido un año o más de celebrado el matrimonio y acompañen un convenio que deberá contener las siguientes cláusulas:

"I. Designación de la persona que tendrá la guarda y custodia de los hijos menores o incapaces, durante el procedimiento y después de ejecutoriado el divorcio;

"II. El modo de atender las necesidades de los hijos a quien deba darse alimentos, tanto durante el procedimiento, como después de ejecutoriado el divorcio, especificando la forma de pago de la obligación alimentaria, así como la garantía para asegurar su debido cumplimiento.

"III. Designación del cónyuge al que corresponderá el uso de la morada conyugal, en su caso, y de los enseres familiares, durante el procedimiento de divorcio;

"IV. La casa que servirá de habitación a cada cónyuge y a los hijos durante el procedimiento y después de ejecutoriado el divorcio, obligándose ambos a comunicar los cambios de domicilio aún después de decretado el divorcio, si hay menores o incapaces u obligaciones alimenticias;

"V. La cantidad o porcentaje de pensión alimenticia a favor del cónyuge acreedor, en los términos de la fracción II;

"VI. La manera de administrar los bienes de la sociedad conyugal durante el procedimiento y hasta que se liquide, así como la forma de liquidarla, exhibiendo para ese efecto, en su caso, las capitulaciones matrimoniales, el inventario, avalúo y el proyecto de partición; y

"VII. Las modalidades bajo las cuales, el progenitor que no tenga la guarda y custodia, ejercerá el derecho de visitas, respetando los horarios de comidas, descanso y estudio de los hijos."

275.- "Mientras se decrete el divorcio voluntario, el Juez de lo Familiar autorizará la separación provisional de los cónyuges y dictará las medidas necesarias respecto a la pensión alimenticia provisional de los hijos y del cónyuge, en términos del convenio a que se refiere el artículo 273 de este Código."

Lo que hace diferente al divorcio voluntario administrativo del judicial es que:

- en el administrativo puede o no haber hijos y en el judicial si los hay, son menores o necesitan alimentos;
- los cónyuges pueden ser menores de edad;
- en el judicial existen bienes o no se ha liquidado la sociedad conyugal;
- en el judicial se requiere un convenio respecto a los cónyuges (su domicilio y los alimentos), los bienes (su administración, avalúo y probable distribución) y los hijos (su guarda y custodia y sus alimentos).

Realmente en la vía judicial, se busca proteger los intereses de los participantes (cónyuges e hijos) y en la vía administrativa, aparentemente no existen intereses que proteger, la única intención de los cónyuges es la de terminar su relación, pero insistimos una vez más, que en presencia del representante del Ministerio Público y del Juez, tal vez los cónyuges recapacitasen sobre la decisión de divorciarse.

2.3.4. Procedimiento del divorcio judicial voluntario.

Se establece todo un capítulo en el Código de Procedimientos Civiles para tratar este divorcio, cuyo procedimiento es único. En el Título décimo primero, capítulo único, de los artículos 674 al 682 se establece el procedimiento del divorcio por mutuo consentimiento.

Basándonos en los artículos mencionados, diremos que el procedimiento inicia con la presentación de la solicitud ante el Juez de lo Familiar. A dicha solicitud se le deben anexar copia certificada del acta de matrimonio, y de las actas de nacimiento de los hijos que sean menores de edad, (artículo 674).

De acuerdo al artículo 156 fr. XII del Código de Procedimientos Civiles, el Juez competente será el del domicilio conyugal.

Una vez que se recibió la solicitud y la documentación, el Juez, citara a los cónyuges y al representante del Ministerio Público dentro de los siguientes ocho y antes de quince días de presentada la solicitud para la primera junta de avenencia. Recordemos que el representante del Ministerio Público es quien debe cuidar que los intereses de los menores y de los incapaces, en

su caso, no se vean afectados en el convenio del artículo 273, y en la sentencia definitiva. El día señalado para la junta de avenencia, el Juez invitara a los todavía consortes a que lleguen a una reconciliación. En caso de que no exista dicha reconciliación, acordara lo conducente a los hijos, a la separación de los cónyuges, a los alimentos y su aseguramiento y a los bienes del matrimonio, siempre oyendo al representante del Ministerio Público en lo relativo a los menores e incapaces, (artículo 675).

En el caso de que los cónyuges, insistan en la idea de divorciarse, el Juez citará a una segunda junta de avenencia, que al igual que la primera deberá celebrarse dentro de los siguientes ocho y antes de quince días de celebrada la primera. En esta junta igualmente se exhortará a una reconciliación, y en caso de que no se diera, y el convenio presentado fuese admitido, una vez escuchada la opinión del representante del Ministerio Público, dictara la sentencia mediante la cual se disolverá el vínculo matrimonial y se establecerán las medidas definitivas sobre los hijos, los bienes y los alimentos, (artículo 676).

Así como en el procedimiento administrativo no se admite representación alguna, en el procedimiento judicial, se establece que el cónyuge menor debe contar con tutor especial para tramitar el divorcio, (artículo 677); de igual forma, se establece que los cónyuges no se pueden hacer representar en las juntas de avenencia y en el caso de ser menores se podrán acompañar de tutor, (artículo 678).

El Código de Procedimientos establece, que en el caso de que los cónyuges dejen pasar un término específico, sin continuar el procedimiento, la solicitud de divorcio se declarará sin efecto y se mandará la solicitud al archivo, dicho término es de tres meses, (artículo 679).

El convenio del artículo 273 del Código sustantivo debe aprobarse, de lo contrario, no podrá emitirse sentencia definitiva; en la parte relativa a los menores, el Código de Procedimientos, da facultades al representante del Ministerio Público, para que pueda proponer las modificaciones necesarias, con el fin de cuidar los intereses de los menores. Las modificaciones deben ser dadas a conocer a los cónyuges para que en el término de tres días manifiesten lo que a su derecho convenga. En el supuesto de que no acepten las modificaciones del Representante del Ministerio

Público, el Juez resolverá en la sentencia, con apego a la ley y a los intereses de los menores, lo que en derecho proceda, (artículo 680).

En cuanto a los medios de impugnar que se admiten (artículo 681), tenemos la apelación:

- cuando se decrete el divorcio, se puede apelar con efecto devolutivo;
- cuando se niegue el divorcio, la apelación será en ambos efectos.

Finalmente, cuando cause ejecutoria la sentencia de divorcio, se girará copia de la misma al Oficial del Registro Civil del lugar en donde se celebró el matrimonio y al del nacimiento de los otrora cónyuges (artículo 682), para que se hagan las anotaciones respectivas en las actas de matrimonio y se levante el acta de divorcio, para el cumplimiento de los artículos 114 y 116 del Código sustantivo.

2.3.5. El divorcio judicial necesario o contencioso.

Es el momento de tratar el divorcio contencioso, el cual considero, es la faceta más pura de esta figura; ya establecimos que el divorcio por mutuo consentimiento, no debería ser, puesto que una figura de interés público, base de los principios de una sociedad, y núcleo de una familia, no debería ser disuelto por el simple albedrío de los cónyuges; el divorcio debe darse cuando existe una causa que amerite la separación de los cónyuges, para evitar o remediar situaciones anormales o patológicas en uno o en ambos cónyuges. El divorcio, solicitado por razones como el hecho de uno de los cónyuges no tolera actitudes, usos o costumbres del otro cónyuge, debe ser improcedente; o en el supuesto de que una vida rutinaria sea el motivo por el cual se pide el divorcio, tampoco es válido. Sabemos que existen muchas causas, que en la realidad superan a la más prodiga imaginación, pero cuando el legislador le da la facilidad a los cónyuges de que pueden solicitar la disolución del vínculo jurídico sin expresar motivo en particular, debilita al núcleo de la familia, (ni siquiera diremos que la indisolubilidad del matrimonio no es más que una buena intención jurídica –que supone al divorcio como excepción- y una ficción del culto religioso) y hace del divorcio la regla y no la excepción. En verdad, el matrimonio en ocasiones es fuente de conflictos que afectan a los cónyuges, en ese caso debe permitirse y hasta recomendarse el divorcio, pues la salud e integridad de los cónyuges debe estar protegida por el

juzgador; de esta manera el derecho provee las causas suficientes para solicitar el divorcio (es importante señalar que en el artículo 267 del Código Civil, ya no se establece el mutuo consentimiento como causa para solicitar el divorcio), dando opciones al cónyuge afectado para solicitar la disolución de la relación que surgió de un affectio, pero que desafortunadamente ya no es benéfico para los participantes, ni proveería el ambiente idóneo para la formación de los hijos.

El divorcio contencioso, es ampliamente regulado desde el artículo 266 segundo párrafo y siguientes, del Capítulo X, Título Quinto, del Libro Primero del Código Civil para el Distrito Federal. El artículo 266 nos establece que es necesario cuando se solicita ante autoridad judicial y en base a una de las causas expresamente señaladas en el mismo Código; a continuación, el artículo 267 nos da las veintiún causas por las que se puede invocar la disolución del vínculo (cuyo análisis constituye el contenido del tercer capítulo del presente trabajo de investigación).

2.3.6. Procedimiento del divorcio judicial necesario o contencioso.

El procedimiento se sigue en la vía ordinaria civil por lo que se sujetará a lo dispuesto en los artículos 255 a 429 del Código de Procedimientos Civiles, como todos, inicia con el escrito inicial de demanda, en la cual se describirán los hechos en los que se funda la misma. Es importante señalar que el Código Civil, en el artículo 271 obliga a los Jueces de lo familiar, a suplir las deficiencias en cuanto a los preceptos de derecho que esgriman las partes en sus escritos.

El juez competente será, como ya hemos dicho, el del domicilio conyugal, (artículo 159 del Código de Procedimientos Civiles); ahora bien pueden darse dos supuestos mas: que se trate de abandono de hogar, en este caso le corresponderá al juez del cónyuge abandonado; o bien que el domicilio conyugal no exista porque previamente se hayan separado los cónyuges, en este caso, le corresponderá conocer al juez del domicilio del demandado, (artículo 156 fracciones XII y IV).

Por otra parte, si se desconoce el domicilio del demandado, la notificación de la demanda deberá hacerse mediante la publicación de edictos, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 112 del Código adjetivo.

La muerte de uno de los cónyuges así como la reconciliación de los mismos pone fin al juicio de divorcio, debiendo en caso de la reconciliación, notificarlo al juzgador, (artículos 280 y 290 del Código Civil). El cónyuge que no haya dado causa para el divorcio, antes de que se emita la sentencia, puede otorgarle el perdón al otro cónyuge, pero en este caso, no puede volver a entablar demanda de divorcio por los hechos que perdonó y que fueron motivo de juicio; pero sí puede solicitar el divorcio por nuevos hechos de la misma especie o distintos que sean causa suficiente para ello, (artículo 281 del Código Civil).

Este tipo de divorcio sólo puede ser solicitado por el cónyuge que no haya dado causa para el mismo y cabe señalar que si existe un plazo de prescripción respecto a las causas para solicitar el divorcio que es de seis meses contados a partir de que se tenga conocimiento de dichas causas, salvo en los casos que señalan las fracciones XI, XVII y XVIII del artículo 267, cuyo plazo de prescripción es de dos años, (artículo 278 del Código Civil).

Retomando la elaboración de la demanda, debemos destacar sus puntos más importantes, que son como bien sabemos:

- rubro, en donde se describe quien promueve, su domicilio para recibir todo tipo de notificaciones, si es que autoriza a abogados o persona alguna;
- las prestaciones que reclama que generalmente son la disolución del vínculo matrimonial, la pérdida de la patria potestad por parte del otro cónyuge respecto a los hijos del matrimonio, la liquidación de la sociedad conyugal, y el pago de los gastos y costas del juicio;
- los hechos, que constituyen la parte esencial de la demanda, porque es la plataforma sobre la cual se expresan los argumentos, que deben influir en el ánimo del juzgador, de manera tal que lo lleve a considerar que la vida conyugal ya no es llevadera ni benéfica para los integrantes de la familia. Sobra decir que los hechos deben ser autónomos y concretos;

- el derecho, en el que se establece tanto los artículos del Código adjetivo como del sustantivo, indicando la causa establecida en la ley, el procedimiento y la competencia del juzgador;
- se puede solicitar, sean dictadas las medidas provisionales en cuanto a la separación de los cónyuges, la guarda y custodia de los hijos, el domicilio de la parte que promueve, el aseguramiento de los alimentos, y las medidas pertinentes para que el demandado no cause perjuicio en los bienes de la sociedad conyugal, ni al otro cónyuge; y
- se finaliza con los puntos petitorios, de los que se resalta solicitar el emplazamiento y el reconocimiento de la personalidad jurídica.

Una de las más innovadoras reformas al Código Civil es la introducción del artículo 289 bis, el cual permite solicitar en la demanda de divorcio, hasta la mitad de los bienes que el otro cónyuge haya adquirido durante el matrimonio, siempre y cuando se reúnan los siguientes presupuestos:

- que el régimen patrimonial bajo el que hayan celebrado el matrimonio sea el de separación de bienes;
- que la parte que demande se haya dedicado, durante el matrimonio, a las labores propias del hogar, o al cuidado de los hijos; y
- que el demandante no haya adquirido bienes o los adquiridos sean menores a los del cónyuge de quien los demanda.

Esta adición resulta en un trato más equitativo, porque en la mayoría de los matrimonios, uno de los cónyuges se encargaba del manejo del hogar (limpieza, administración, cuidados, etc.) y de los hijos, (generalmente la mujer) lo que resultaba en que el cónyuge en particular no tenía los conocimientos necesarios para ingresar en el ámbito laboral si necesitaba hacerlo. Por lo tanto, al otorgarle el derecho de solicitar hasta la mitad de los bienes, que haya adquirido el otro cónyuge, le da la oportunidad de tener una solvencia en el tiempo que requiera para capacitarse y colocarse en el mercado laboral.

Pasando a las medidas precautorias que deben dictarse, al solicitar el divorcio contencioso, podemos decir que estas se refieren a los cónyuges, a los hijos y a los bienes. Estas medidas las establece el artículo 282 en diez fracciones, de las cuales podemos destacar:

I. La separación de los cónyuges; en esta misma fracción se faculta al juzgador para que determine cual de los cónyuges ocupara el domicilio conyugal; también señala que debe realizarse un inventario indicando los bienes que permanecerán en el domicilio conyugal y cuales se llevará el otro cónyuge.

II. Se debe señalar las cantidades que se proporcionarán al cónyuge acreedor y a los hijos por concepto de alimentos, así como la forma de asegurarlos, en caso de que se desconozca el domicilio del demandado, lo relativo a los alimentos quedara pendiente de acordarse hasta que comparezca el mismo.

III. Las necesarias para evitar que los cónyuges se causen perjuicios en los bienes respectivos o en los de las sociedad conyugal si es el caso, además el Código establece que en el caso de que existan bienes que puedan pertenecer a los dos cónyuges, deberá hacerse la anotación preventiva de la demanda en el Registro Público de la Propiedad del Distrito Federal y de los lugares en los que los cónyuges tengan bienes.

IV. Dictar las medidas para el caso de que la mujer este embarazada, que son a saber: el aseguramiento de la asistencia medica al momento del nacimiento; contemplar dentro de la pensión alimenticia, también un porcentaje para el producto; y el reconocimiento por parte del padre.

V. Se debe señalar la persona que tendrá la custodia de los hijos, que en la mayoría de los casos recae en el cónyuge que demanda, dado que no existe un acuerdo entre los cónyuges sobre quien es el indicado; por otra parte, esta fracción señala que en caso de peligro grave para el normal desarrollo de los hijos, los menores de doce años quedaran al cuidado de la madre. Y en por lo general, los hijos que aún necesitan de los cuidados maternos quedan bajo la custodia de la mujer.

VI. En esta fracción se establece que el juzgador debe resolver lo relativo a las visitas, horarios y modalidades para el cónyuge que no tiene la custodia de los hijos.

VII. Esta fracción establece las medidas que puede dictaminar el juzgador, cuando haya existido violencia familiar, que se resumen en tres apartados:

- se puede ordenar que el cónyuge demandado salga del domicilio conyugal o del lugar en donde habite la familia;
- se puede prohibir al cónyuge demandado que asista al lugar de trabajo o estudio de los afectados; y
- se puede establecer que el demandado no debe acercarse a determinada distancia de los agraviados.

VIII. Se pueden revocar o suspender los mandatos que entre los cónyuges se hayan otorgado, la excepción a esta fracción se encuentra en el artículo 2596 del mismo Código, que dice: "El mandante puede revocar el mandato cuando y como le parezca, menos en aquellos casos en que su otorgamiento se hubiere estipulado como una condición en un contrato bilateral o como un medio para cumplir una obligación contraída.

"En estos casos tampoco puede el mandatario renunciar el poder.

"La parte que revoque o renuncie el mandato en tiempo inoportuno debe indemnizar a la otra de los daños y perjuicios que le cause."

IX. El juzgador solicitará a los cónyuges un inventario de sus bienes y derechos, así como de los que constituyan la sociedad conyugal, en el que deben especificar bajo que título se poseen o se hayan adquirido, el valor que estimen que tienen, las capitulaciones matrimoniales y un proyecto de partición. De todo lo requerido, el valor de lo adquirido puede variar de acuerdo a la percepción e intereses de los cónyuges, además el proyecto de partición equitativo es difícil que se de.

X. Cualquier otra que el juzgador considere necesaria.

Una vez admitida la demanda, se emplazará al demandado para que en el término de nueve días conteste la demanda; en la contestación puede reconvenir con base en hechos que sean suficientes para solicitar el divorcio por su parte; en caso de existir reconvención, se le concederá a la contraparte el mismo término de nueve días para que la conteste.

Hay que mencionar que en caso de rebeldía, los hechos de la demanda se tomaran como si se hubieren contestado en forma negativa, cuando en otros juicios se toma la rebeldía como contestación en forma positiva.

En caso de que se conteste la demanda y la reconvención, se les dará a los cónyuges el término común de diez días para que ofrezcan pruebas. Los medios de prueba a que se recurra pueden ser de los establecidos en el artículo 289 del Código de Procedimientos Civiles, y observan las reglas de los artículos 291 a 297 del mismo Código. Una vez aceptadas las pruebas, se desahogaran en la audiencia que señala el artículo 385 del Código adjetivo, desahogando primero las ofrecidas por la parte actora y después las de la parte demandada.

Una vez desahogadas las pruebas, se procede a la etapa de alegatos de acuerdo al artículo 393 del Código adjetivo.

Para concluir, el expediente pasa a la última valoración del juzgador, para que esté emita la sentencia correspondiente, misma que en caso de no ser apelada dentro del término de cinco días, causará ejecutoria. Una vez que haya causado ejecutoria la sentencia, se enviará una copia de la misma al Oficial del Registro Civil de donde se haya celebrado el matrimonio.

Los casos que se dan en la realidad superan lo que aquí se describió, sin embargo se anotaron las reglas generales que se observan el caso de un divorcio necesario.

Insistimos que este debería ser el único procedimiento para permitir que los cónyuges se divorcien, porque la simple voluntad de los cónyuges para disolver su vínculo jurídico, debilita la figura del matrimonio. Por otra parte, cuando exista una causa que realmente impida la vida en

común, y que impida que se logren los fines del matrimonio. deben darse las facilidades al cónyuge afectado, para que consiga el divorcio. Recordemos que es obligación del Estado, velar por el bien de las personas, en este caso el juzgador debe contar con el criterio suficiente y la autoridad necesaria para defender la dignidad, la integridad y los intereses del afectado, porque si bien es cierto que el matrimonio es de interés público, y el Estado y la sociedad debe procurar la permanencia del matrimonio, también es cierto que esta relación la integran básicamente dos personas y que antes de preocuparse por el interés general, se preocupan por su interés y se procuran su beneficio.

2.3.7. El divorcio separación.

La separación de cuerpos, se maneja como una especie de divorcio; se establece en el artículo 277 del Código sustantivo: "El cónyuge que no quiera pedir el divorcio fundado en las causas enumeradas en las fracciones VI y VII del artículo 267 podrá, sin embargo, solicitar que se suspenda su obligación de cohabitar con el otro cónyuge, y el juez, con conocimiento de causa, podrá decretar esa suspensión, quedando subsistentes las demás obligaciones creadas por el matrimonio."

Al iniciar el presente punto, en donde se plasman los tipos de divorcio en México, dije que se había evolucionado de la idea del repudio... pero, al establecerse este "divorcio - separación" en nuestro derecho positivo, ¿es válido pensar que ya no existe el repudio?, ¿sigue existiendo un vínculo entre dos personas que tienen un sentimiento o interés común y que no viven juntos? Al tratar el objeto, motivo o fin o finalidad del matrimonio, establecimos que no sólo el debito carnal y la procreación constituyen esta finalidad, sin embargo, la finalidad del matrimonio que establecimos (la perpetuación de la especie; llevar una vida en común; proporcionarse ayuda reciproca; el debito carnal; la fidelidad; y el respeto) inicia con una convivencia como pareja en un mismo domicilio. Los efectos del divorcio separación son: suspender el deber de cohabitación y el del debito carnal; en cuanto al debito conyugal no existe mayor problema, pero suspender la convivencia (no puede pensarse que si un cónyuge pide se le dispense de cohabitar con el otro cónyuge por causa de una enfermedad, aún así desea seguir conviviendo con él), significar terminar con toda relación que lleva a lograr los fines del matrimonio. Es válido oponerse a convivir con una persona enferma ante el peligro de un contagio, o la imposibilidad sanar, pero

esta figura se asemeja (a pesar de que en nuestro sistema de derecho no debe darse la analogía) a una forma de repudio. Algunos tratadistas indican que para evitar el complejo de culpa, el cónyuge sano, no pide el divorcio, pero solicita que se le dispense de vivir con su pareja, es preferible solicitar el divorcio y dejar al cónyuge sano en aptitud de contraer un nuevo matrimonio, que darle la opción de no poder "rehacer su vida" y aún así no velar por el cónyuge enfermo al cual, en teoría, se unió por una *affectio maritalis*, o digamos pues, amor conyugal.

2.4. LA ACCION DE DIVORCIO.

2.4.1. Características de la acción de divorcio.

Ya establecimos la naturaleza jurídica del divorcio, sin embargo, en materia procesal, el divorcio es considerado como una acción, sirve como soporte de esta hipótesis la tesis de jurisprudencia que tomamos de la obra del maestro Carlos Arellano García: "Las disposiciones legales que establecen la procedencia de la acción, aun cuando no se exprese su nombre, con tal que se determine con claridad la clase de prestación que se exija del demandado y el título o causa de la acción, deben interpretarse en el sentido de que el juez, al resolver la controversia, atenderá a la naturaleza de la acción ejercitada, según se desprenda de los hechos narrados, sin variar la prestación exigida, ni el título o causa de pedir, sin perjuicio de la facultad del juez para aplicar las disposiciones legales procedentes y no las que equivocadamente hubiera invocado el actor, pues a las partes corresponde alegar y probar los hechos y al juez aplicar el derecho." "

Pasando de lleno al estudio de las características de la acción de divorcio citamos al maestro Rafael Rojina Villegas, que en su obra indica: "Las características de la acción de divorcio, son las siguientes: 1. Es una acción sujeta a caducidad. 2. Es personalísima. 3. Se extingue por reconciliación o perdón. 4. Es susceptible de renuncia y de desistimiento. 5. Se extingue por la muerte de cualquiera de los cónyuges, bien antes de ser ejercitada o durante el juicio." "

2.4.1.1. La acción se sujeta a la prescripción.

⁷⁸ ACCION, PROCEDENCIA DE LA. Tesis de Ejecutorias 1917-1975, Apéndice al Semanario Judicial de la Federación, Cuarta Parte, Tercera Sala, México, 1975, pp. 16 y 17. Apéndice 1985. Tercera Sala, tesis 6, p 18. Citado en ARELLANO GARCIA Carlos. *Práctica Forense Civil y Familiar*. Editorial Porrúa. DF. México. Vigésima cuarta edición. 2001. Pág. 74.

⁷⁹ Loc. cit. Pág. 483.

Dentro de nuestro sistema de derecho conocemos la prescripción y la caducidad; la prescripción es la pérdida o adquisición de un derecho por el simple transcurso del tiempo, en cambio la caducidad es la pérdida de un derecho por la inactividad de una o ambas partes o bien porque no se haya hecho valer un derecho dentro del lapso que establece la ley.

"Por caducidad se entiende en el derecho la extinción de una acción, de una facultad jurídica o de una obligación, por el transcurso del tiempo que determine la ley, sin que se pueda evitar esa extinción, interrumpiendo el plazo o suspendiéndolo. La caducidad se caracteriza, por consiguiente, por la extinción fatal, necesaria o inevitable de la acción, el derecho o de la obligación, por el solo transcurso del tiempo; de tal manera que para evitar que se extinga la situación jurídica sujeta a caducidad, no queda otra posibilidad que hacer valer respectivamente el derecho o la acción.

"En cambio, la prescripción es una forma de extinguir acciones, derechos u obligaciones por el transcurso del tiempo; pero se pueden interrumpir o en su caso suspender los plazos de prescripción que señale la ley. En consecuencia, la prescripción no traerá consigo de manera fatal e ineludible la extinción de las situaciones jurídicas, porque habrá siempre la posibilidad de interrumpir los plazos señalados por la ley o de suspenderlos en ciertos casos. Ello se debe a que la prescripción se funda en el abandono presunto del derecho, es decir, la ley presume que si un derecho o una acción no se ejercitan en un determinado plazo, debe considerarse que su titular renuncia o abandona la facultad jurídica o la acción;...

"En la caducidad no puede ocurrir ni la interrupción ni la suspensión del plazo, porque la ley no parte de esa presunción de abandono del derecho que se toma en cuenta en la prescripción negativa o liberatoria.

"Por el contrario, la ley considera requisito sine qua non, es decir, esencial, para mantener vivo el derecho o la acción, que se ejercite el acto que podrá evitar que el derecho fatalmente se extinga. Tratándose de las acciones de divorcio, en las que se otorga el plazo de seis meses para hacerlas valer a partir del día en que se tenga conocimiento de la causa, existe un término de caducidad y no de prescripción. Es decir, necesariamente se extinguirá la acción de divorcio si no se hace valer dentro de los seis meses siguientes el conocimiento del hecho que constituya la

causal en que se funde la demanda. No impedirá la extinción de la acción de divorcio, por ejemplo, el reconocimiento que hiciera el cónyuge culpable de haber cometido el delito, el hecho inmoral o el incumplimiento de la obligación en que se va a fundar la demanda de divorcio. Por el contrario, si el cónyuge culpable reconociera el derecho del inocente para demandarlo, porque confesara la causa, lo único que ello significaría es que ha admitido y facilitado, por consiguiente, la prueba de aquella causa de divorcio, pero no se ha impedido, ni se podrá impedir por el cónyuge inocente, que corra el término de caducidad de seis meses.

“Justamente en ocasiones el acreedor ha esperado para demandar a su deudor hasta los últimos días en que va a cumplirse la prescripción, y obtiene un reconocimiento expreso a través de una carta, de un documento, de aquella obligación, quedó interrumpido el plazo de prescripción para el efecto de que vuelva a correr nuevo término.

“En cambio en las acciones de divorcio, como están sujetas a caducidad, aun cuando ambos cónyuges quisieran evitar el escándalo que provocaría la demanda de divorcio, o el distanciamiento entre las familias de ambos consortes u otras consecuencias, el inocente tendrá que ejercitar la acción sin que pueda confiarse un reconocimiento expreso que hiciera el culpable, aun cuando fuese en un documento auténtico, de la causa de divorcio.”¹¹

Por otra parte debemos decir que el Código Civil establece en el artículo 278, el plazo de caducidad: “El divorcio necesario sólo puede ser demandado por el cónyuge que no haya dado causa a él, y dentro de los seis meses siguientes al día en que tenga conocimiento de los hechos en que se funde la demanda, excepto en el caso de las fracciones XI, XVII, y XVIII del artículo 267 de este Código, en el que el plazo de caducidad es de dos años, así como, las demás salvedades que se desprenden de ese artículo.”

Sin embargo en el análisis del artículo 267, veremos que el término de seis meses, puede variar en el aspecto del momento de la ejecución y conocimiento de los hechos, “No todas las acciones de divorcio están sujetas a caducidad, por ello dependerá de la naturaleza de la acción de que se

¹¹ Cfr. Rojina Villus Rafael, Ob. cit. Págs. 483 a 485.

trate. Desde luego tendremos que distinguir acciones de divorcio que implican causus de tracto sucesivo, y acciones que implican causus de realización momentánea.”⁴¹

Pese a la importancia de la opinión del maestro Rojina, diferimos de su concepto en cuanto a que consideramos que en la acción de divorcio opera la prescripción y no la caducidad. Si analizamos los conceptos de prescripción y caducidad: prescripción es la pérdida o adquisición de un derecho por el trascurso del tiempo, y caducidad es la pérdida de un derecho por la inactividad de una de las partes, es decir, no se ejercitó en el momento procesal oportuno, así pues, al hablar de caducidad, se habla de que ya existe un procedimiento, y refiriéndonos a las causales de divorcio, apenas decimos que se van a invocar para basar la demanda de divorcio en ellas, para iniciar el procedimiento, por lo tanto aun no se puede hablar de caducidad y sí de prescripción.

2.4.1.2. La acción de divorcio es personalísima.

“Se entiende por acción personalísima aquella que sólo puede intentarse exclusivamente por la persona facultada por la ley. En cambio, las acciones que no son personalísimas, pueden intentarse por los herederos y en ciertos casos por los acreedores, siendo susceptibles de una representación cuando exista incapacidad por minoría de edad o por enajenación mental. La acción de divorcio es personalísima porque no puede ser intentada por los herederos. Todas las acciones, en principio, se transmiten por la muerte.... En el caso del divorcio, lo mismo que en el de nulidad del matrimonio, basa la consideración de que éste quedó disuelto por la muerte del cónyuge.... Si esta acción tiene como finalidad disolver el matrimonio, bien por causa de divorcio o de nulidad, cuando muera uno de los cónyuges, sea el culpable o el inocente, evidentemente que ya el heredero no podrá alcanzar el objeto de la acción, que será disolver el matrimonio, supuesto que ya quedó disuelto por la muerte.

“Tampoco los acreedores podrán sustituirse al cónyuge inocente por el interés pecuniario que tuvieren para intentar la acción.

⁴¹ Ibid. Idem.

“La acción de divorcio no puede ser objeto de una subrogación para que los acreedores del cónyuge inocente intentaren la acción. No hay un interés digno de tutela jurídica para que un acreedor decida por el cónyuge inocente, cuando pudiera en algún sentido beneficiarse, si aquel cónyuge obtuviese el divorcio, por las sanciones de tipo económico que se impongan al culpable.”⁸²

El mismo artículo 278 otorga el derecho de demandar el divorcio a cualquiera de los cónyuges, y sólo al que no dio motivo para solicitar el divorcio.

2.4.1.3. La acción de divorcio se extingue por la muerte de uno de los cónyuges, por desistimiento, por reconciliación y por perdón.

Ya establecimos en puntos anteriores que el divorcio puede terminar por: reconciliación (artículo 280) previa notificación de ello al juzgador; por otorgamiento del perdón del cónyuge inocente a el que haya dado motivo para pedir el divorcio (artículo 281) lo que se equipara al desistimiento, aquí vale la pena transcribir otras palabras del maestro Rojina: “En relación con este precepto se pueden presentar dos casos: 1º Antes de rendir pruebas, cuando no podrá determinarse si se comprobará o no la acción de divorcio. Entonces sí es perfectamente posible que el cónyuge actor se desista de la acción. 2º Una vez que se rindieron las pruebas y se cree haber acreditado la causa de divorcio, el actor manifiesta al juez que se desiste de la acción.

“No se podrá presentar este desistimiento en aquellos casos en que habiendo fracasado en la prueba el cónyuge actor, para evitar una sentencia adversa...”⁸³

Y por supuesto, ya se estableció que la muerte pone fin a la acción del divorcio, (artículo 290).

2.5. LOS EFECTOS DEL DIVORCIO.

2.5.1. Efectos provisionales.

⁸² Idem. Págs. 488 y 489.

⁸³ Idem. Pág. 499.

El maestro Rojina hace la distinción entre unos efectos que considera provisionales, que duran desde que inicia el procedimiento y hasta que causa ejecutoria la sentencia y los efectos definitivos que acarrea el divorcio. Estos efectos provisionales, consisten básicamente en lo establecido en los artículos 275 y 282 del Código civil. El artículo 275 establece la separación provisional de los cónyuges así como la pensión alimenticia que se debe suministrar mientras que se emite sentencia al respecto.⁴⁴

2.5.2. Efectos del divorcio respecto a las personas.

El divorcio, en la sentencia definitiva resolverá, en caso de ser procedente la demanda, que se ha disuelto el vínculo matrimonial, que es el efecto que se buscaba principalmente.

Los demás efectos que produce el divorcio en cuanto a las personas son:

- que los deja en aptitud de contraer un nuevo matrimonio (artículo 289), al respecto, anteriormente se manejaba un período de espera para la mujer, para evitar la confusión de paternidad, pero el mismo resultaba inoperante en atención a lo previsto en el artículo 324 fracción II del Código civil, que presume hijo del matrimonio anterior a los nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio, contados a partir de la separación de los entonces cónyuges por resolución judicial; también se imponía un período de dos años en los cuales, el cónyuge culpable de haber dado causa para el divorcio, no podía casarse, y en el caso de divorcio por mutuo consentimiento, no podía contraerse nuevo matrimonio, sino pasado un año de la disolución del anterior;
- que se establece la pensión alimenticia definitiva que debe dar el culpable al inocente, de acuerdo a lo establecido en el artículo 288 Código Civil del que podemos resaltar: que el juzgador debe considerar 1. la edad y el estado de salud de los otrora cónyuges, 2. sus aptitudes para el trabajo y posibilidades de colocación, 3. el tiempo que haya durado el matrimonio, y la "dedicación pasada y futura a la familia", 4. medios económicos y necesidades de los otrora cónyuges, 5. las demás obligaciones económicas del deudor. El mismo artículo otorga el derecho a recibir alimentos al que se haya dedicado a las labores del

⁴⁴ El artículo 282 ya fue analizado en la presente investigación. Cfr. Apuntado 2.3.6. Pág. 71.

hogar, al cuidado de los hijos, que este imposibilitado para trabajar o que no tenga bienes. En la sentencia definitiva debe establecerse el monto de la pensión, así como la forma de aseguramiento. De igual manera, el excónyuge (así lo define el Código) que sufra de alguna de las enfermedades que se establecen en las fracciones VI y VII del artículo 267 tendrá derecho a alimentos si carece de bienes o si esta imposibilitado para trabajar. Finalmente respecto a estos alimentos, cesa la obligación de proporcionarlos si el acreedor alimentario se une en concubinato o si llega a contraer un nuevo matrimonio;

- además de los alimentos el excónyuge inocente puede reclamar el pago de daños y perjuicios que le haya causado el divorcio, atento a lo dispuesto para los hechos ilícitos;
- cabe mencionar que tratándose de un divorcio por mutuo consentimiento, en la vía judicial, la mujer tiene derecho a pedir alimentos por un lapso de tiempo igual al de duración del matrimonio, siempre que no tenga los ingresos suficientes, ni se una en concubinato o contraiga un nuevo matrimonio, (artículo 288 último párrafo).

2.5.3. Efectos del divorcio en relación a los hijos.

Los efectos definitivos que señala la ley respecto a los hijos del matrimonio disuelto por sentencia de divorcio, los encontramos en los artículos 283, 284, 285, y 287 del Código Civil.

El artículo 283 nos establece que el juzgador debe resolver en la sentencia definitiva, si los cónyuges continuaran ejerciendo la patria potestad de los hijos o si es que alguno de ellos la pierde, se le suspende, o se limita.

Independientemente de la pérdida de la patria potestad por parte de alguno de los excónyuges, las obligaciones de procuración y de suministrar alimentos continuara vigente (artículo 285), lo que significa que en la sentencia también se debe resolver las cantidades y forma de asegurar los alimentos de los menores. Los excónyuges tienen la obligación de, en la medida de sus posibilidades, contribuir a cubrir las necesidades, alimentos y medios de educación para los hijos hasta que estos cumplan la mayoría de edad, (artículo 287).

El mismo artículo 283, establece que debe fijarse en la sentencia, lo relativo a la custodia de los menores, tomando en consideración la opinión de los excónyuges, de los menores y del representante del Ministerio Público. Así mismo, establece que se deben tomar las medidas necesarias para la protección de los hijos que hayan sido víctimas de violencia familiar, cuidados y servicios médicos necesarios, en relación al artículo 94 del Código de Procedimientos Civiles.

La parte final de este artículo, indica que se deben dictar las medidas de protección necesarias, para el cuidado de los hijos mayores de edad que se encuentren en algún estado de incapacidad y estén sujetos a la tutela de alguno de los excónyuges..

Por su parte, el artículo 284 establece que el juzgador puede escuchar las opiniones de los familiares directos (hermanos, abuelos, tíos), del Ministerio Público y de los mismos menores, para decidir sobre la patria potestad y la tutela de los hijos menores o incapaces así como de los cuidados que necesiten.

2.5.4. Efectos del divorcio en relación a los bienes.

En cuanto a los bienes del matrimonio, citaremos como introducción, el supuesto del artículo 286 que establece: "El cónyuge que diere causa al divorcio perderá todo lo que se le hubiere dado o prometido por su consorte o por otra persona en consideración a éste; el cónyuge inocente conservará lo recibido y podrá reclamar lo pactado en su provecho."

Tratándose de un matrimonio sujeto al régimen de separación de bienes, no hay mayor problema, salvo el caso del artículo 289 bis, ya citado, en el que cubriendo los supuestos establecidos, (entre ellos el régimen de separación de bienes) se puede obtener hasta el cincuenta por ciento de los bienes del excónyuge.

Tratándose de un divorcio por mutuo consentimiento, la liquidación de la sociedad conyugal deberá estar establecida en el convenio del que hablamos al citar el artículo 273 fracción VI.

Para el caso de un divorcio contencioso, la sociedad conyugal deberá liquidarse en la vía incidental.

CAPITULO III

ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 267 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL .

CAPITULO III ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 267 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL.

3.1. ESTUDIO DE LAS FRACCIONES DEL ARTICULO 267.

3.1.1. Preámbulo al estudio de las causas válidas para solicitar el divorcio necesario.

El presente capítulo puede considerarse una continuación del anterior, ya que en este analizaremos las causas que establece la ley para poder solicitar el divorcio necesario.

En este capítulo se omitirá el estudio de las fracciones XI y XVII del artículo en cuestión, ya que éstas constituyen el objeto de estudio de la propuesta plasmada en el cuarto capítulo.

Recordemos que se establece que solo se puede iniciar el procedimiento de divorcio judicial necesario o contencioso, basándose en alguna de las causas que señala la ley, el artículo 267 del Código Civil, es el precepto que nos establece esas causas.

3.1.2. El adulterio debidamente probado de uno de los cónyuges.

Analicemos esta fracción por los elementos que la integran:

- cometer adulterio probado; y por alguno de los cónyuges.

La maestra Sara Montero establece, en su obra de Derecho de Familia que: "se entiende por adulterio... " el ayuntamiento carnal ilegítimo de un hombre con una mujer cuando uno o ambos son casados"... " Por su parte el maestro Chávez Ascencio cita las siguientes palabras de Francisco González de la Vega, "la violación de la fidelidad que se deben recíprocamente los cónyuges consiste en el ayuntamiento sexual realizado entre persona casada de uno u otro sexo y persona ajena a su vínculo matrimonial. Esta infidelidad carnal constituye un ilícito civil, generador de acciones o sanciones privadas,..." "

⁴⁵ Loc. cit. Págs. 223 y 224.

⁴⁶ Citado en Manuel Chávez Ascencio. Ob. cit. Pág. 492.

Queda entendido que el adulterio es el acceso carnal llevado a cabo por uno de los cónyuges con persona diferente al otro cónyuge. Esta causa viola la fidelidad, el respeto y la exclusividad del débito carnal.

Por otra parte, el adulterio: "es causa de divorcio cuando es consumado; de aquí que el intento, es decir las relaciones amorosas que se sostengan sin llegar a la cópula carnal, no pueden ser aducidas dentro de esta causal de divorcio, pero sí como injuria grave al cónyuge inocente u ofendido, que es otra causal posible de divorcio." " Es decir, no basta la intención de cometer el adulterio, ni las relaciones afectivas que pueden constituir una conducta ofensiva para el otro cónyuge, para poder solicitar la causal de divorcio debe existir el ayuntamiento carnal del que hablábamos.

En cuanto a la comprobación del adulterio, esta es la parte complicada. por una parte sabemos que el adulterio puede constituir tanto una causa de divorcio como un delito, pues bien, suponiendo que se intentaran las dos vías y se reclamara el divorcio por adulterio y se denunciara como delito, en caso de ser procedente en la vía penal, y condenado uno de los cónyuges por este delito, la sentencia penal haría prueba plena para solicitar el divorcio. En todo caso, no se tiene que esperar que haya sentencia penal para iniciar el juicio de divorcio. Si solo se intenta la vía civil, la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, da la opción al juzgador de apoyarse en pruebas indirectas: "Para la comprobación del adulterio como causal de divorcio, la prueba directa es comúnmente imposible, por lo que debe admitirse la prueba indirecta para la demostración de la infidelidad del cónyuge culpable." "

Hemos mencionado que la presunción es suficiente como prueba indirecta, respalda esta aseveración la jurisprudencia siguiente: "... para la comprobación de las relaciones sexuales, como elemento constitutivo del delito de adulterio, basta la prueba presuntiva." "

⁸¹ CHAVEZ ASENCIO Manuel F. Ob. cit. págs. 493 y 494

⁸² Quinta Época, Tomo CII. Amparo directo 414/1954. Díaz Candelaria. Mayoría de 4 votos. Amparo directo 2809/1957. Jesús Ruiz Jiménez. 5 votos, Sexta Época, Vol. XIV, Cuarta Parte, pág. 9. Amparo directo 7803/1958. Ma. Cristina de Borbón de Patino. Mayoría de 4 votos, Sexta Época, Vol. XXX, Cuarta Parte, pág. 120. Amparo directo 2181/1959. Jesús Alcántara. 5 votos, Sexta Época, Vol. XXXIII, Cuarta Parte, pág. 69. Amparo Directo 7226/1960. Antonia Verde Barrón. 5 votos, Sexta Época, Vol. LII, Cuarta Parte, pág. 10. Jurisprudencia 159 (Sexta Época), pág. 496. Volumen 3º Sala, Cuarta Parte, Apéndice 1917-1975, anterior Apéndice 1917-1965, Jurisprudencia 152, pág. 490 (Ediciones Mayo, Actualización I Civil, tesis 1073, pág. 541 y Actualización IV, N° 988, pág. 505) Tomada de Chávez Asencio Manuel F. Ob. Cit. Pág. 494.

⁸³ Quinta Época, Tomo XXXI. Hourani Margarita, pág. 259. Tomo XXXV. Rubio de Pereyra Ocejio Lidia, pág. 1251, Tomo XI.II. Mazón Victoriano y Coag. Pág. 3117, Tomo LII. Vázquez Concepción, pág. 606, Tomo LIII. Guerrero Prudencia, pág. 905. Jurisprudencia 12 (Quinta Época) pág. 38, Volumen 1º Sala Segunda Parte. Apéndice. 1917-1975. Anterior Apéndice 1917-1965. Jurisprudencia 11, pág. 45; en el Apéndice de fallos, 1917-1954, con el título "Adulterio". Jurisprudencia 55, pág. 25. (Ediciones Mayo, Actualización I Civil, tesis 167, pág. 73.) Ibidem. Pág. 495.

Por lo tanto se proporcionan algunos ejemplos de este tipo de pruebas que como son: que la esposa de a luz un hijo durante un período de ausencia del marido, lo suficientemente prolongado como para suponer que al cónyuge ausente le fue imposible tener acceso carnal con la mujer, (es importante mencionar que no es necesario obtener previamente, sentencia que declare ilegítimo al hijo); también se pueden auxiliar con los exámenes de sangre de los cónyuges y del hijo que se presume producto de una relación adulterina. "

Ahora bien, en lo tocante a que el adulterio puede ser cometido por cualquiera de los cónyuges (ya sea el hombre o la mujer), es una innovación del Código de 1928, pues los del siglo XIX, e inclusive la Ley de Relaciones Familiares, establecían que el adulterio solo cometido por la mujer, siempre era causa de divorcio, y el del hombre solo si se cubrían algunos de los siguientes supuestos: que el adulterio se cometiera en el domicilio que ocuparan los cónyuges; que existiera concubinato entre los adúlteros; en caso de escándalo o insulto público del marido a su cónyuge; o que la adúltera hubiese maltratado a la mujer legítima. Con la corriente de igualdad del Código de 1928 se da un trato equitativo a ambos cónyuges.

Finalmente, el plazo de prescripción de esta causal es de seis meses, solo que existe un pequeño desacuerdo: mientras que la maestra Montero establecía que el divorcio se debe invocar dentro de los siguientes seis meses contados a partir de que se tuviera conocimiento del adulterio, el maestro Chávez Asencio indica que por ser el adulterio, una situación de tracto sucesivo, puede solicitarse el divorcio en cualquier momento, sin importar en que momento se tuvo conocimiento del adulterio, y solo si esta situación llegase a su fin, a partir de ese momento corre el plazo de seis meses para invocar la causal.

La opinión de la maestra Montero se basaba en el derogado artículo 269 del Código Civil, el cual establecía: "Cualquiera de los esposos puede pedir el divorcio por adulterio de su cónyuge. Esta acción dura seis meses, contados desde que se tuvo conocimiento del adulterio." Al eliminar este artículo, se puede entender que mientras duren las relaciones adulteras, se puede invocar el divorcio, sin embargo, es inaceptable que una persona soporte saberse engañada y no solicitar el divorcio, sino que espera a que terminen las relaciones extramaritales para hacerlo, además,

" Cfr. CHAVEZ ASENCIO Manuel F. Ob. cit. Pág. 494.

podría recurrir el cónyuge demandado a argumentar el perdón tácito del inocente por el hecho de que el segundo tuvo conocimiento del adulterio y no invocó el divorcio.

3.1.3. El hecho de que durante el matrimonio nazca un hijo concebido, antes de la celebración de éste, con persona distinta a su cónyuge, siempre y cuando no se hubiere tenido conocimiento de esta circunstancia.

La segunda fracción del artículo en estudio, establece una reforma en cuanto a su redacción, misma que podría no ser del todo acertada, la causal dice: "siempre y cuando no se hubiere tenido conocimiento de esta circunstancia", pues bien, habría que aclarar a que circunstancia se refiere: si al conocimiento de la existencia del hijo; o al hecho de que este hijo fue concebido antes de la celebración del matrimonio con persona distinta al cónyuge; o ambas situaciones.

Antes de la reforma a esta fracción, se establecía que era necesaria, para solicitar el divorcio, la sentencia judicial que declarara ilegítimo al hijo nacido antes de 180 días de celebrado el matrimonio, la actual redacción ya no hace necesario que se obtenga primero la sentencia de ilegitimidad para posteriormente invocar la acción de divorcio. Sin embargo con las reformas a la fracción I del artículo 324, que daban el término de 180 días (a contrario sensu se entendía que cuando un hijo hubiere nacido antes de este término, se podían iniciar juicio de desconocimiento para que fuese declarado como ilegítimo), y que ahora establece que todos los hijos nacidos de un matrimonio se consideran producto de este, salvo prueba en contrario.

En esta situación no se deja en estado de indefensión a los cónyuges que pudieron ser inducidos o mantenidos en un error respecto a la paternidad de un hijo que no es suyo, las mismas reformas establecen en los artículos 325 y 326 los medios de prueba para desconocer a un hijo cuya paternidad no les corresponde:

Artículo 325.- "Contra la presunción a que se refiere el artículo anterior, se admitirán como pruebas las de haber sido físicamente imposible al cónyuge varón haber tenido relaciones sexuales con su cónyuge, durante los primeros ciento veinte días de los trescientos que han precedido al nacimiento, así como aquellas que el avance de los conocimientos científicos pudiere ofrecer."

Artículo 326.- "El cónyuge varón no puede impugnar la paternidad de los hijos alegando adulterio de la madre aunque ésta declare que no son hijos de su cónyuge, a no ser que el nacimiento se le haya ocultado, o que demuestre que no tuvo relaciones sexuales dentro de los primeros ciento veinte días de los trescientos anteriores al nacimiento.

"Tampoco podrá impugnar la paternidad de los hijos que durante el matrimonio conciba su cónyuge mediante técnicas de fecundación asistida, si hubo consentimiento expreso en tales métodos."

Por lo que respecta al artículo 325 nos da dos medios de prueba: 1° demostrar que fue físicamente imposible el acceso carnal entre los cónyuges, dentro del término establecido; y 2° los medios de la ciencia, entiéndase por ejemplo las pruebas de la sangre y de la información genética (ADN) de los cónyuges y del hijo.

Por su parte, el artículo 326 indica (a contrario sensu) que se puede entablar juicio para que se declare de ilegítimo el hijo cuando se demuestre la imposibilidad de las relaciones sexuales en el término establecido y cuando se le oculte el nacimiento de ese hijo. Por otra parte, considero que se le resta valor a la declaración en que la mujer admite que el hijo no es de su cónyuge, pues en materia procesal, la confesional a cargo de la mujer pesaría en el ánimo del juzgador aunada a los otros medios de prueba.

El último párrafo de este artículo establece que se puede impugnar la paternidad cuando sin consentimiento expreso del varón, la mujer se sometió métodos de reproducción asistida (como la inseminación artificial, por ejemplo).

En un breve comparativo entre la anterior redacción de esta fracción y la nueva redacción, encontramos más favorable la actual; se perdía tiempo tramitando el juicio sobre ilegitimidad y se entraba en controversia si el plazo de seis meses para solicitar la causal ya había pasado al obtener la sentencia sobre ilegitimidad del hijo; actualmente el Código Civil da el plazo fatal de sesenta días, al cónyuge varón para iniciar el juicio de ilegitimidad, contados a partir de que se tuvo conocimiento del nacimiento, (artículo 330), e independientemente, se puede iniciar el trámite de divorcio con plazo de prescripción de seis meses contados desde que se tuvo

conocimiento del nacimiento, y si se lograra la sentencia que declarara ilegítimo al hijo se podría ofrecer como prueba superveniente y plena.

Esta situación es motivo de divorcio porque acusa una actitud dolosa por parte de la mujer. que induce o mantiene en el error a su pareja, por lo que se viola el deber conyugal y la fidelidad, y el respeto que se deben los cónyuges.

3.1.4. La propuesta de un cónyuge para prostituir al otro, no sólo cuando el mismo lo haya hecho directamente, sino también cuando se pruebe que ha recibido cualquier remuneración con el objeto expreso de permitir que se tenga relaciones carnales con ella o con él.

Esta causal también sufrió una pequeña modificación: anteriormente solo correspondía a la mujer invocarla como causal de divorcio, ahora también el hombre puede ser objeto de la prostitución.

Por prostitución debemos entender: "Comercio sexual por precio. Degradación de cualquier índole y especialmente cuando obedece a captación económica." " En el caso de invocarla como causal de divorcio debe existir alguna ganancia (remuneración) por parte del cónyuge que lo sugirió o que lo permitió.

Debemos agregar que esta causal se puede basar tanto en hechos positivos que es la propuesta expresa de un cónyuge para el otro con el propósito de inducirlo a los actos de prostitución; o bien que uno de los cónyuges permita que otra persona tenga relaciones sexuales con el otro cónyuge, contra la voluntad del segundo y percibiendo algún beneficio el primero.

Esta situación no puede ser invocada por el cónyuge prostituido, cuando haya estado de acuerdo con su prostitución, (artículo 278).

Ahora bien, tiene dos facetas esta fracción: la propuesta, sin llegar a consumarla y por supuesto la prostitución en si misma. De acuerdo a la redacción de la fracción basta la simple propuesta y

⁴¹ CABANELLAS Guillermo. *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Tomo VI*. Editorial Heliasa. D.F. México. Pág. 482.

al enunciar que se compruebe que se obtuvo alguna ganancia al permitirle da a entender que la prostitución consumada también es causa para pedir el divorcio.

Finalmente, esta fracción se fundamenta en que se viola el respeto, el débito conyugal y en que es generadora de situaciones contrarias a la naturaleza del matrimonio, base de los valores morales.

3.1.5. La incitación o la violencia hecha por un cónyuge al otro para cometer algún delito.

Al igual que las dos fracciones que la anteceden, ésta ha sido reformada buscando una mejor interpretación jurídica y ampliar los medios para lograr la separación de los cónyuges cuando es necesaria para evitar situaciones anómalas.

La reforma habla que ahora ya sea o no de carácter sexual, el hecho de incitar al cónyuge a cometer un delito, es causa suficiente para solicitar el divorcio.

Para enriquecer el estudio de esta fracción citamos las consideraciones del maestro Chávez Asencio: "Con esta causal se viola el respeto que los cónyuges deben tenerse y la libertad para su actuación... La incitación a la violencia es alterar, mediante presión, la actitud del cónyuge en tal forma que llegue a manifestarse como agresor y cometa algún delito, por lo cual, se le priva también de la libertad para decidir las situaciones que en la vida conyugal se le presenten.

"... Como delito también se encuentra previsto en la ley penal. El artículo 209 del Código Penal dice: 'Al que provoque públicamente a cometer un delito, o haga apología de éste o de algún vicio, se le aplicará la sanción en ese artículo prevista, si el delito no se ejecutare. 'En caso contrario, se aplicará al provocador la sanción que le corresponda por su participación en el delito cometido.

"Lo anterior no significa que necesariamente, se requiera obtener una sentencia penal antes de invocar la causa de divorcio. Son independientes, y pueden haber casos en los que prospere el divorcio y no la acción penal."⁸²

⁸² Loc. cit. Pág. 500.

Meditando sobre esta causal, consideramos que siendo el matrimonio una comunidad de vida en la que dos personas se procuran ayuda y cuidados mutuos, se viola esta consideración cuando alguno de los cónyuges pone en peligro al otro al inducirlo a cometer algún delito, porque independientemente de que se promueva o no el divorcio, ambos pueden ser condenados a la pena correspondiente al delito cometido. Por lo tanto los ideales del matrimonio no se cumplen.

Esta causal también tiene un plazo para ejercerse de seis meses, contados a partir de que se dio la incitación para cometer el delito.

3.1.6. La conducta de alguno de los cónyuges con el fin de corromper a los hijos, así como la tolerancia en su corrupción.

En esta causal también se presenta tanto una conducta activa, como una pasiva. Dice la fracción que los actos que cometa alguno de los cónyuges (activa), así como permitir la corrupción (pasiva).

“En esta fracción se involucran dos causas que son: los actos inmorales ejecutados por uno de ellos para corromper a los hijos, bien sean de ambos o de uno de ellos; la tolerancia en la corrupción de éstos. Es de observarse que se refiere a los hijos independientemente de su edad.

“... Puede estimarse que esta causal es de las más graves puesto que afecta a terceras personas que constituyen la familia. Es intolerable y positivamente la más culpable de las causas, porque se trata de la corrupción de los hijos, que implica una depravación moral gravísima de los padres. Se atenta contra el respeto que los padres deben tener a sus hijos independientemente de su edad. Dentro de la relación interpersonal y jurídica paterno-filial, tanto los padres como los hijos se deben mutuo respeto; de lo contrario, será imposible la relación filial. También se violan los deberes propios de la patria potestad, que comprende la custodia, la educación y obligación ‘de observar una conducta que sirva los hijos de buen ejemplo’ (Artículo 423 Código Civil).” “

Si bien es cierto que el matrimonio se basa en las relaciones de los cónyuges, al tener hijos, la preocupación por estos se hace más notoria que por la pareja, debido al grado de vulnerabilidad

⁹⁾ CHÁVEZ ASENCIO Manuel F. Ob. cit. Pág. 501.

que presentan los hijos, sobre todo en su minoría de edad, por lo que los padres tratan de protegerlos de cualquier tipo de corrupción. Entonces les resulta intolerable que su propio cónyuge no resguarde la integridad de los hijos y ayude a desvirtuar sus valores e integridad física y moral. Por lo que se explica como causa para solicitar el divorcio, ya que no se busca proteger los intereses de uno de los cónyuges, sino los intereses de los hijos. Además del divorcio, puede sobrevenir la pérdida de la patria potestad por parte del cónyuge que permitió la corrupción o que colaboró en ella.

Por lo que respecta a los actos de la corrupción, estos deben ser positivos, no cuenta la debilidad del carácter de uno de los cónyuges que no impone su autoridad para evitar la corrupción, ya sea por parte del otro cónyuge o de un tercero.

En esta causal también se da el plazo de seis meses para invocar el divorcio o de lo contrario prescribirá la acción.

3.1.7. Padecer cualquier enfermedad incurable que sea además, contagiosa o hereditaria, y la impotencia sexual irreversible, siempre y cuando no tenga su origen en la edad avanzada.

Esta fracción y la siguiente son llamadas causas remedio o eugenésicas, en razón de que no existe un cónyuge culpable y no se trata de sancionar a alguno de ellos, más bien se contemplan dos supuestos:

1°.- Que uno de los cónyuges contrajera alguna enfermedad, y para evitar de contagiara al cónyuge sano, a este último se le concede la acción de divorcio; y

2°.- Que a uno de los cónyuges, le sobreviniera una impotencia, derivada de la cual, la imposibilidad para tener relaciones sexuales, y al no cumplirse el debito sexual, se ve truncado uno de los fines del matrimonio.

Analicemos separadamente los elementos que integran esta causal:

- que un cónyuge padezca de una enfermedad incurable;
- que dicha enfermedad sea contagiosa y hereditaria; y
- la impotencia, siempre que no se deba a la edad avanzada.

En lo que respecta a las enfermedades de índole sexual, podemos mencionar al síndrome de inmunodeficiencia adquirida, para la cual no se conoce cura en la actualidad; el Código Civil hacía mención anteriormente de la sífilis y la tuberculosis, ambas enfermedades ya no se consideran mortales, sin embargo si pueden invocarse como causal de divorcio.

Siguiendo el orden establecido, encontramos que las enfermedades que dan pauta a solicitar el divorcio por parte del cónyuge sano, deben ser contagiosas; se entiende que el legislador haya previsto proteger la salud del cónyuge que no sufre de la enfermedad en cuestión, para evitar más casos de un padecimiento para el que no se conoce cura. Por otro lado, en caso de que la enfermedad sea hereditaria, se busca proteger a los hijos, inocentes que pueden ver afectada su salud, y minadas las aptitudes necesarias para un pleno desarrollo humano.

Tenemos que aclarar que el cónyuge enfermo debe encontrarse en una fase activa de la enfermedad, es decir debe estar padeciéndola. El hecho de que se encuentre en el organismo, no es suficiente, "La ley dice 'padecer'... este término significa 'sentir física y corporalmente un daño, dolor, enfermedad, pena o castigo', ...

"Por lo tanto, el hecho de descubrir en uno de los cónyuges la enfermedad en estado latente, no puede ser causa de divorcio, porque aun cuando se haga referencia a la sífilis o a la tuberculosis como enfermedades específicas, éstas por su naturaleza pueden ser crónicas o incurables, y ser, además, contagiosas o hereditarias. Por lo tanto, si no están en el periodo contagioso o puedan ser hereditarias no serán causal aun cuando estén presentes en estado latente." "

No estoy de acuerdo con el maestro Chávez, porque como ya enunciamos, el síndrome de inmunodeficiencia adquirida, aun en su estado latente, puede ser contagioso, e incurable, por lo tanto, es nuestro sentir que el estado latente de una enfermedad como la enunciada, puede y debe ser causal de divorcio.

" CHÁVEZ ASENCIO Manuel F. Ob. cit. Pág. 505.

Por lo que toca a la impotencia, citamos las palabras del maestro Chávez Asencio: "La impotencia 'consiste en la imposibilidad física de llevar cabo el acto sexual, y la impotencia para la generación no es propiamente impotencia sino esterilidad', que no es causa de divorcio.

La impotencia afecta tanto al hombre como a la mujer, 'pues se incurre en un error cuando se expresa que la causal de impotencia sólo la concede la ley a la mujer, por no ser posible que ésta sea impotente, puesto que la existencia de obstáculos vulvares o vaginales pueden ocasionar esta impotencia en el agente femenino de la cópula.' "

Esta impotencia, como resalta la fracción en estudio, debe sobrevenir después de la celebración del matrimonio, pues en caso de ya padecerse antes de la celebración del matrimonio, será causa de nulidad: "Recordemos en este aspecto, que la impotencia se considera como impedimento si está presente antes de contraer matrimonio, lo que origina la nulidad.

"Debe notarse que si algún cónyuge era impotente antes de contraer el matrimonio, debió haberse intentado la acción de nulidad dentro del tiempo previsto de sesenta días contados desde que se celebró el matrimonio (artículo 246 del Código Civil), y si no se intentó el divorcio no puede obtenerse, porque la impotencia incurable no sería sobrevenida después de celebrado el matrimonio, sino estaba antes de su celebración." "

En lo referente a la prescripción de la acción de divorcio, no operan los seis meses establecidos, ya que la ley considera, la impotencia y las enfermedades como tracto sucesivo, es decir, a partir de que se detectan, constituyen estados de salud que se manifiestan día tras día, por lo que el cónyuge sano podrá invocar la causal en cualquier momento. No estoy totalmente de acuerdo, ya que tratándose de la impotencia, puede entenderse que el legislador les dé una oportunidad a los cónyuges para encontrar una cura (a pesar de que se considere "irreversible"); sin embargo, considero que para una enfermedad incurable y que pone en peligro la salud de uno de los cónyuges y sobre todo, que puede ser transmitida a los hijos, debería operar la prescripción de la acción, ya que no se entiende que una persona sana, soporte vivir con otra enferma durante determinado período de tiempo, y al final, ya que pudo ser contagiado, solicite el divorcio.

⁴³ Loc. cit. Pág. 506. Citando lo siguiente: Amparo directo 4663/1959. Resuelto 8 de julio de 1961. 5 votos. Ponente: Mtro. Ramírez Vázquez. 3ª Sala. Boletín 1961, pág. 412. Sexta Época, Vol. XLVIII, Cuarta Parte, pág. 165. (Ediciones Mayo Civil, N° 922, pág. 419)

⁴⁴ CHÁVEZ ASENCIO Manuel F. Ob. cit. Pág. 505.

Limitando el tiempo de ejercicio de la acción, se preserva la unidad y el apoyo conyugal.

3.1.8. Padecer trastorno mental incurable, previa declaración de interdicción que se haga respecto del cónyuge enfermo.

Esta es otra de las llamadas causas remedio, sigue la línea de la anterior fracción, contemplando a una enfermedad como causa de divorcio.

En esta causal se integran dos elementos:

- que sea un trastorno mental incurable; y
- se necesita la declaración de interdicción, antes de invocar el divorcio.

Obviamente, solo mediante la prueba pericial, consistente en dictamen médico, puede establecer si algún padecimiento, puede ser considerado como trastorno mental, y si el mismo es incurable. Además, se debe analizar si dicho trastorno es de gravedad tal, para solicitar el divorcio, pues no todo padecimiento debería ser motivo suficiente para invocar la acción de divorcio; esta opinión se basa en que algunas limitaciones mentales, no impiden que un individuo obre con plena conciencia de sus actos, por lo que su esfera jurídica se ve limitada pero si pueden hacer valer sus derechos y ser sujetos de obligaciones.

“La enajenación mental incurable también se presenta como impedimento (artículo 156 fracción VI). A diferencia de la impotencia, en este caso no se hace referencia al hecho de que la enajenación mental incurable debe sobrevenir después de celebrado el matrimonio. Por lo tanto, si no se obtuvo la nulidad del matrimonio dentro del breve lapso de sesenta días contados a partir de la celebración del matrimonio, puede lograrse el divorcio...”⁷

Destaca que para solicitar el divorcio, basado en esta causal, es necesario obtener previamente, la declaración judicial de estado de interdicción, del cónyuge que padezca la enfermedad, aunque es difícil de explicarse como es que el cónyuge sano, acepto contraer matrimonio, o en su caso no solicitar la anulación del matrimonio; el único supuesto aceptable es que la enfermedad sea de

⁷ Idem. Pág. 506.

naturaleza tal, que no se pueda apreciar fácilmente, y que le permita al cónyuge que la padezca ejercer por sí mismo, sus derechos y obligaciones, pero en este caso la enfermedad no sería tan grave y no impediría cumplir los fines del matrimonio.

Y en lo que se refiere a la prescripción de la acción, no opera la misma: "la causal de divorcio consistente en la enajenación mental incurable de uno de los cónyuges en una fecha precisa y se van renovando en cada instante... haciendo imposible la caducidad de la acción."

3.1.9. La separación injustificada de la casa conyugal por más de seis meses.

Esta causal, a pesar de aparentar facilidad en cuanto a su contenido, es ampliamente discutida por los doctrinarios y la Suprema Corte de Justicia; podría explicarse, esta controversia, porque existe un término subjetivo como "causa justificada", por otra parte, se confunde e involucra esta fracción con el contenido de la fracción XII, respecto a la obligación de los cónyuges a proporcionarse alimentos.

Para el análisis de esta fracción, hemos optado por estudiar sus partes:

- que se dé una separación de los cónyuges;
- que sea injustificada;
- que exista un domicilio conyugal; y
- que la separación sea por más de seis meses.

Esta causal se basa, en que al separarse, no existe una convivencia, o lo que la ley llama una vida en común; al no darse esta convivencia no es posible que se den algunos de los otros fines del matrimonio (como el débito sexual y en consecuencia la procreación, o la ayuda mutua), al casarse, lo hicieron con el ánimo de compartir la vida y separados no se cumpliría este objetivo.

En primer lugar, el término separación denota que algo no este unido, nada más; algunos doctrinarios han involucrado la simple separación, (el hecho de que no vivan juntos los cónyuges) con el abandono de la obligación de proporcionarse alimentos, en este sentido el

⁷⁸ Amparo directo 6365/55. Macario de Golferich Sanmart. Unanimidad 5 votos. 20 de agosto de 1956. 3ª Sala. Informe 1956, pág. 28. Quinta Época. Tomo CXXIX, pág. 543. Tomada de Manuel F. Chávez Asencia. Ob. cit. Pág. 504.

maestro Rojina Villegas nos indica: "La fracción VIII comprende la separación de la casa conyugal por más de seis meses, sin causa justificada, es decir, un hecho imputable. Esta separación no significa necesariamente abandono de todas las obligaciones conyugales. El Código Civil, a diferencia de otras legislaciones, no nos dice abandono de un cónyuge por el otro, por más de seis meses, sin causa justificada, sino separación de la casa conyugal, sin tener causa. Es frecuente que el marido se separe de la casa conyugal sin causa justificada y siga cumpliendo su obligación alimentaria. No hay abandono de cónyuge en el sentido de cometer el delito específico de dejarlo sin medios para subsistir y, por lo tanto, no se tipificará la causal de divorcio que conforme a una determinada legislación, requiera el abandono del cónyuge y que también está prevista por la fracción XIV de nuestro artículo 267." "

Por lo tanto, al hablar de esta causal solo debe comprobarse que los cónyuges no viven juntos, no importa si se cumple o no con proporcionar alimentos.

A continuación se debe tomar en cuenta que la separación es injustificada, lo que puede ser difícil de probar si el cónyuge que salió del domicilio conyugal argumenta que se vio imposibilitado para regresar al hogar en los seis meses que establece el Código. Además ¿quién califica el grado de justificación al separarse del otro cónyuge? Los jueces, al resolver sobre la causa que motivó a uno de los cónyuges a separarse del domicilio conyugal, deben velar por el interés que existe en conservar el matrimonio, la justicia indica ser severo; la prudencia, indulgente.

En tercer lugar se hace necesaria la existencia de un domicilio conyugal, que es aquel en donde, tanto el hombre como la mujer gozan de autonomía en sus decisiones y un trato y consideraciones iguales y establecido de común acuerdo. Sin embargo la complicación surge respecto a si el cónyuge que ocupa el domicilio conyugal debe o no mantener ese domicilio durante el lapso de los seis meses requerido para fundamentar la causal. Al respecto transcribimos dos criterios de la Suprema Corte de Justicia, recopiladas en la obra del maestro Chávez Asencio:

* Loc. cit. Pág. 462.

- "La cónyuge no está obligada a la subsistencia en la morada. La mujer que se ve abandonada por su cónyuge y carece de medios para el sostenimiento del hogar, en ninguna forma está obligada a continuar viviendo en un domicilio alquilado, cuya renta no le es posible cubrir."¹⁰⁰
- "Si bien no es necesario que el cónyuge abandonado mantenga el mismo domicilio el término de los seis meses previstos en la ley, para la procedencia de la causa de divorcio por abandono del domicilio conyugal, sí lo es que debe constituir domicilio durante este tiempo, pues de lo contrario resultaría imposible que se configuraran los elementos de la causal."¹⁰¹

En nuestra opinión, el hombre o la mujer, deberían forzosamente, ocupar el domicilio conyugal, por el mínimo de los seis meses de referencia. Ya que la redacción establece que la separación es del domicilio conyugal, y una de las características de este domicilio, es que el mismo es establecido de común acuerdo por ambos cónyuges; al abandonar el domicilio deja de ser el acordado por ambos cónyuges, por lo que perdería la calificación de conyugal. Al argumentar que no se cuentan con los medios económicos suficientes para pagar el alquiler (en su caso), se podría recurrir al apoyo de los familiares, pues la ayuda no sería indefinida: al cumplirse los seis meses requeridos se puede dejar el domicilio e invocar la causal sin mayor dificultad.

La última parte de esta fracción establece que la separación debe ser por más de seis meses, lo que nos lleva a hablar de la prescripción. Al considerarse como de tracto sucesivo, es decir, la separación se da continuamente, no opera la prescripción. Sin embargo la siguiente causal a estudiar, establece que la separación por más de un año de los cónyuges es suficiente para solicitar el divorcio, por lo que se puede entender que la causal de la fracción VIII prescribe cuando uno de los cónyuges invoca la causal de la fracción IX.

3.1.10. La separación de los cónyuges por más de un año, independientemente del motivo que haya originado la separación, la cual podrá ser invocada por cualesquiera de ellos.

¹⁰⁰ Ob. cit. Pág. 511. "Amparo directo 6060/1976. José Ricardo Santiago Ruiz. Abril 29 de 1977. Unanimidad de 4 votos Ponente: Mtro. Raúl Cuevas Mantecón. 3ª Sala. Informe 1977. Segunda Parte, tesis 65, pág. 85."

¹⁰¹ *Ibid.* Idem "Amparo directo 1045/1971/1ª Manuel Anselmo Lira. Febrero 3 de 1972. Unanimidad de 4 votos Ponente: Mtro. Mariano Ramírez Vázquez. 3ª Sala, Séptima Época, Volumen 38, Cuarta Parte, pág. 54. Tesis que ha sentado precedente. Amparo directo."

Esta causal viene a reforzar la anterior, facilita la interpretación de la fracción VIII; aquí ya no importa si la separación fue justificada o no, el legislador consideró que después de un año de separación, ya no existe el vínculo afectivo necesario entre los cónyuges para preservar el matrimonio.

Cabe señalar que esta fracción tuvo una modificación, pues anteriormente tenía la siguiente redacción: "La separación del hogar conyugal originada por una causa que sea bastante para pedir el divorcio, si se prolonga por más de un año sin que el cónyuge que se separó entable la demanda de divorcio." Esta redacción hablaba de que la separación se debía a causa suficiente para salir del domicilio conyugal, pero pasaba un año de la separación y el cónyuge que había salido del domicilio, no entablaba la demanda de divorcio, por lo que transfería el derecho a demandar el divorcio al cónyuge que había dado la causa para que el primero saliera del domicilio, argumentando que no se había invocado el divorcio por la causa que el mismo había dado.

Con la nueva redacción, independientemente de la causa, cualquiera de los cónyuges, puede solicitar el divorcio. Lo que viene a confirmar que si no se hace valer la causal VIII, al terminar el lapso de seis meses, empieza a correr el término de prescripción, y al prescribir esta causal se otorga el derecho a demandar el divorcio al cónyuge que originalmente había dado motivo al abandonar el domicilio conyugal.

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

"En esta causal no hay culpa del ausente o del presunto muerto. Sin embargo, esta situación hace imposible el cumplimiento de los deberes conyugales como son la vida en común, el socorro, la ayuda mutua, el diálogo y el sostenimiento del hogar como obligación de ambos cónyuges.

"La declaración de ausencia es una de las modalidades del estado civil, de las personas que, por su propia naturaleza, hace imposible que el cónyuge ausente cumpla las obligaciones que derivan

del matrimonio. Por esta razón, con o sin culpa del declarado ausente, la ley concede al otro cónyuge la acción de divorcio.

"La causal de divorcio basada en la declaración de ausencia legalmente hecha parece razonable. Lo que no parece entendible a juicio de Pallares es que el divorcio proceda de los casos de presunción de muerte. *Puede censurarse al legislador que otorgue la acción de divorcio contra una persona que se presume ya muerta. En efecto, por una parte la muerte disuelve el vínculo matrimonial, por lo que no hay necesidad del juicio de divorcio para obtener la ruptura de dicho vínculo; por otra parte, el juicio de divorcio concluye igualmente por fallecimiento de cualquiera de los cónyuges, lo cual demuestra que es antijurídico el sistema establecido por el legislador en esta materia.

"Sin embargo, estimo que este caso no debe tratarse semejante a la muerte. Cierto es que la muerte termina el matrimonio, pero en el caso de presunción de muerte es sólo la presunción mas no la comprobación legal de defunción, y no se puede aceptar que baste la presunción para terminar el matrimonio, lo que sí hace procedente el divorcio. Para la disolución del vínculo pensemos en el caso probable que el cónyuge presunto vuelve. ¿Qué pasaría? Si hacemos referencia a la nulidad, el segundo matrimonio sería nulo por el impedimento de ligamen; para evitar esta eventualidad, el legislador otorga acción al cónyuge presente para que, mediante el juicio de divorcio se evite este problema. Habiendo surtido efectos el divorcio y disuelto el vínculo matrimonial del primero, el segundo quedará para siempre válido." ¹⁰²

El artículo 669 del Código Civil nos previene sobre la declaración de ausencia: "Pasados dos años desde el día en que haya sido nombrado el representante, habrá acción para pedir la declaración de ausencia."

A su vez, el artículo 705 del mismo ordenamiento legal, establece: "Cuando hayan transcurrido seis años desde la declaración de ausencia, el juez a instancia de parte interesada, declarará la presunción de muerte." Y continua en el tercer párrafo: "Cuando la desaparición sea consecuencia de incendio, explosión, terremoto, o catástrofe aérea o ferroviaria, y exista fundada presunción de que el desaparecido se encontraba en el lugar del siniestro o catástrofe, bastará el

¹⁰² Cfr. CHIÁVEZ ASENCIO Manuel F. Ob. cit. Págs. 518 y 519.

transcurso de seis meses, contados a partir del trágico acontecimiento, para que el juez de lo familiar declare la presunción de muerte.”

De lo anterior concluimos, que se necesita previamente obtener la declaración judicial, de ausencia o de presunción de muerte, para solicitar el divorcio, y que una vez obtenida, empieza a correr el término de seis meses para la prescripción de la acción, toda vez que la declaración judicial es un hecho comprobado, que fija el momento en que judicialmente se ha determinado la probable muerte o que el tiempo de separación es más que suficiente para disolver la relación de los cónyuges, por lo que no puede postergarse el ejercicio de la acción de divorcio.

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

Esta causal, marca la independencia entre la separación y el abandono de las obligaciones alimentarias, que existen entre los cónyuges.

Esta fracción nos remite a dos artículos más:

Artículo 164.- Los cónyuges contribuirán económicamente al sostenimiento del hogar, a su alimentación y a la de sus hijos, así como a la educación de éstos en los términos que la ley establece, sin perjuicio de distribuirse la carga en la forma y proporción que acuerden para este efecto, según sus posibilidades. A lo anterior no está obligado el que se encuentre imposibilitado para trabajar y careciere de bienes propios, en cuyo caso el otro atenderá íntegramente a esos gastos.”

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

Haciendo un paréntesis, destaca, de las últimas reformas al Código Civil, que el trabajo del cónyuge de los hijos y del hogar, ya se considera como una aportación para el sostenimiento del hogar, (artículo 164 bis).

En esta fracción, se hace la distinción entre la simple separación de los cónyuges (mero aspecto físico) y el abandono que hace uno de ellos de las obligaciones de proporcionar alimentos. Debemos entender por alimentos; la comida, el vestido, y la habitación; algunos autores indican que es necesario dejar de cumplir con todas las obligaciones que marca el artículo 164, otros autores, y es la opinión que compartimos, señalan que basta con dejar de cumplir una sola de las obligaciones en forma reiterada, para ser causa suficiente e invocar el divorcio.

Ahora bien, se habla del incumplimiento injustificado de proporcionar alimentos; la justificación, la encontramos en el artículo 320 del ordenamiento civil: "Se suspende o cesa, según el caso, la obligación de dar alimentos, por cualquiera de las siguientes causas:

- I. Cuando el que la tiene carece de medios para cumplirla;
- II. Cuando el alimentista deja de necesitar alimentos;
- III. En caso de violencia familiar o injurias graves inferidas, por el alimentista mayor de edad, contra el que debe prestarlos;
- IV. Cuando la necesidad de los alimentos dependa de la conducta viciosa o de la falta de aplicación al estudio del alimentista mayor de edad;
- V. Si el alimentista, sin consentimiento del que debe dar los alimentos, abandona la casa de éste por causas injustificables; y
- VI. Las demás que señale este Código u otras leyes."

Por lo tanto, si no se tratare de algún caso de los previstos en estas fracciones, dejar de dar alimentos sería injustificado.

Debemos señalar que no es necesario iniciar el juicio de alimentos, y obtener sentencia ejecutoriada, para hacer valer esta causal.

Por su parte, el artículo 168 establece: "Los cónyuges tendrán en el hogar autoridad y consideraciones iguales, por lo tanto, resolverán de común acuerdo todo lo conducente al manejo del hogar, a la formación y educación, así como a la administración de los bienes de los hijos. En caso de desacuerdo, podrán concurrir ante el Juez de lo Familiar."

En este artículo se le confiere al Juez de lo familiar, la autoridad necesaria para resolver las diferencias entre los cónyuges, que en uno u otro aspecto, no se ponen de acuerdo, (antes de que las diferencias lleguen al divorcio); una vez que se sometieron por jurisdicción voluntaria a la evaluación del Juez, los cónyuges se ven obligados a acatar las resoluciones de la autoridad, respecto de las diferencias sometidas a criterio del Juez. En un momento dado, incumplir las resoluciones tomadas, es causa mas que suficiente para solicitar el divorcio.

Finalmente, al dejar de proporcionar los alimentos o incumplir con las determinaciones judiciales tendientes a dirimir las controversias entre los cónyuges, en forma reiterada, no permite la prescripción de la acción de divorcio.

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

En las siguientes dos fracciones (incluida ésta) se relaciona el aspecto penal con el civil, ya que esta fracción se basa en una acusación injustificada hecha por uno de los cónyuges hacia el otro, lo cual viene a destruir la armonía familiar y el respeto que se deben los cónyuges entre sí.

Decimos que se involucra con el aspecto penal, porque el artículo 356 del Código Penal establece como delito las acusaciones faltas de fundamento, en su fracción primera para ser más explícitos: I. "Al que impute a otro un hecho determinado y calificado como delito por la ley, si este hecho es falso, o es inocente la persona a quien se imputa." Los cónyuges pueden estar en este supuesto, por lo tanto, se hacen merecedores a la pena señalada en el mismo artículo. La confusión doctrinaria se origina porque este delito se persigue a petición de la parte ofendida, es decir por querrela, por lo tanto cabe el otorgamiento del perdón respectivo, entonces ¿si se llega a dar el perdón, también se perdona como causal de divorcio? No, recordemos que los aspectos civiles y penales, aunque versen sobre la misma situación, son independientes, por lo que si el

cónyuge que fue calumniado desiste de la acción penal, no significa que se desista de la civil, ni ello implica un perdón tácito para no reclamar el divorcio.

Por otro lado, no es necesaria obtener la sentencia penal, para que proceda o se intente como causal de divorcio, para esta afirmación nos basamos en la siguiente jurisprudencia tomada de las páginas, (como referencia la página 534) de la obra citada del maestro Chávez Asencio: "Para que exista la causal de divorcio por acusación calumniosa, no es necesario que ésta dé lugar a la instrucción de un proceso y al pronunciamiento de una sentencia absolutoria del acusado, porque es posible que la acusación se archive por el Ministerio Público y no se consigne a la autoridad judicial, y sin embargo, puede ser calumniosa para los efectos de divorcio, lo que apreciará en cada caso el juez de lo civil tomando en cuenta que la imputación que hace un cónyuge al otro, de haber cometido un delito que merezca pena mayor de dos años de prisión, se haya hecho a sabiendas de que es inoperante, que esté inspirada en el propósito de dañarlo en su reputación, y en la consideración social que merece, circunstancias todas ellas reveladoras de la existencia de una odiosidad y de una falta de estimación entre los cónyuges, que hace imposible la vida en común."¹⁰³

En esta causal sí puede prescribir la acción para solicitar el divorcio, toda vez que ha ocurrido la acusación calumniosa en un tiempo y lugar establecido.

3.1.14. Haber cometido uno de los cónyuges un delito doloso por el cual haya sido condenado, por sentencia ejecutoriada.

En ésta causal, que también se involucra con el aspecto penal, los legisladores tuvieron a bien hacerle una acertada reforma; la anterior redacción indicaba que el delito debía ser "infamante" colocando al Juez de lo Familiar, en la posición de evaluar si el delito cometido por uno de los cónyuges y hallado culpable, era o no infamante, aunque a decir de algunos autores, nuestra Constitución Política, señala en el Artículo 95, fracción IV, que el robo, el fraude, la

¹⁰³ "Quinta Época: Tomo CXXVI. Amparo directo 2338/1954. Margarita López Portillo de Galindo Unanimidad de 4 votos. Tomo CXXIX. Amparo directo 2310/1956. Juan Gutiérrez Welsh. 5 votos. Amparo directo 6238/1957. David López Aloroso. 5 votos, Sexta Época. Volumen XIX, Cuarta Parte, pág. 97. Amparo directo 7447/1958. Lisandro López Carrascosa. 5 votos Sexta Época, Vol. XXIV, Cuarta Parte, pág. 135. Amparo directo 111/1961. Francisco Sousa Díaz. 5 votos, Sexta Época, Vol. LXVII, Cuarta Parte, pág. 53. Jurisprudencia 158, pág. 492. Volumen 3º Sala, Cuarta Parte. Apéndice 1917-1965; Jurisprudencia 151, pág. 487. (Ediciones Mayo, Actualización I Civil, tesis, pág. 540 y Actualización IV, N° 985, pág. 503.)."

falsificación, y el abuso de confianza, "lastiman la buena fama en el concepto público", aunque claro, en este artículo se habla de los requisitos para ser Ministro de la Suprema Corte.

Con la nueva redacción se da una mayor facilidad al Juez de lo Familiar para decidir sobre el divorcio, pues lo único que se requiere es que el delito se haya cometido en forma dolosa, y ese aspecto lo determinará el Juez Penal previamente, porque para ejercer esta causal, se requiere que exista una sentencia penal que haya causado ejecutoria.

Al respecto podemos mencionar, que una vez que se decida si uno de los cónyuges es o no culpable del delito imputado, y una vez que haya causado ejecutoria la sentencia correspondiente, empezará a transcurrir el plazo de seis meses para invocar la acción de divorcio o de lo contrario, ésta prescribirá.

3.1.15. El alcoholismo o el hábito de juego, cuando amenacen causar la ruina de la familia o constituyan un continuo motivo de desavenencia.

La anterior redacción de la fracción XV, acumulaba tanto la presente, como la ahora independiente fracción XIX.

El legislador ha buscado una mejor redacción y contenido de las fracciones, además de hacerlas más independientes y diferentes unas de otras.

Esta causal cubre dos supuestos:

- el alcoholismo; y
- el hábito de juego.

Respecto al alcoholismo, sabemos que es una enfermedad, que no tratada correctamente, lleva a que en forma consuetudinaria una persona ingiera bebidas que afectan a su salud y a su entorno familiar. Es difícil convivir con una persona en ocasiones, más aun lo es vivir con una persona enferma, cuya enfermedad afecta a la salud propia; a la tranquilidad y la psique del otro cónyuge; no da una buena imagen a los hijos ni es un modelo a seguir apropiado; y es

considerada una enfermedad "social", es decir la imagen del cónyuge enfermo, (bebedor), ayuda a discriminar no sólo a ese cónyuge en su círculo laboral y social, también puede repercutir en la esfera del otro cónyuge y de los hijos. Por lo tanto se explica que si los cónyuges han discutido continuamente al respecto y el cónyuge enfermo no acepta que necesita ayuda para superar su problema, el otro cónyuge puede solicitar el divorcio.

Por lo que respecta a los hábitos de juego de uno de los cónyuges, sabemos que en los juegos de azar, la probabilidad de ganar es poca (si no es que casi improbable), por lo que al tener este tipo de actividades, se tienen pérdidas económicas considerables, que afectan los ingresos destinados al sostenimiento del hogar y a los alimentos de la familia. De igual manera el alcoholismo se traduce en pérdidas económicas porque el cónyuge enfermo puede ser despedido de su fuente de trabajo, puede adquirir bebidas costosas o en lugares cuyo costo es elevado. Por lo tanto, la segunda parte de ésta fracción, se funda en que el cónyuge que padece estas enfermedades, y que no acepta recurrir a la ayuda médica indicada, puede no solo afectar la psique de la familia, sino incurrir en gastos innecesarios y descuidar las obligaciones de ayuda mutua en las cargas económicas del hogar.

Podemos considerar que al ser hechos que se repiten en forma más o menos continua, para esta causal no opera la prescripción de los seis meses establecidos.

3.1.16. Cometer un cónyuge contra la persona o bienes del otro, o de los hijos, un delito doloso, por el cual haya sido condenado por sentencia ejecutoriada.

Con una mejor redacción se nos presenta esta fracción¹⁰⁴, de la cual podemos decir que se necesita que un cónyuge:

- cometa un delito en forma dolosa;
- que sea contra la persona o los bienes de los hijos o del otro cónyuge; y
- que exista sentencia ejecutoriada al respecto.

¹⁰⁴ Anteriormente se requería que la pena por el delito cometido fuera de un año, además decía: "Cometer... un acto que sería punible si se tratara de persona extraña", refiriéndose - según algunos autores - a que entre cónyuges no existía el delito de robo, o bien existiéndolo solo se perseguía a petición de la parte agraviada.

El legislador se evito controversias: el delito, si es doloso, cumple con la primera parte necesaria para ser causal de divorcio. Atendiendo al respeto y consideración mutuas que se deben los cónyuges, es condenable y causa de divorcio el que se haya atacado la esfera jurídica de uno por parte del otro y afectado un bien jurídico tutelado. Al tratarse de los hijos, de igual manera es sancionable que uno de los cónyuges haya consumado hechos tendientes a afectar su persona o sus bienes ya que al igual que con el cónyuge, debe existir una relación de respeto mutuo. Por ultimo, para basar la demanda de divorcio, en esta causal, debe contarse previamente con la sentencia, que haya causado ejecutoria, condenando al cónyuge que cometió los actos dolosos.

En lo que respecta a la prescripción, esta opera, y el término se debe empezar a contar desde que se obtuvo la sentencia penal.

3.1.17. El incumplimiento injustificado de las determinaciones de las autoridades administrativas o judiciales que se hayan ordenado, tendientes a corregir los actos de violencia familiar.

Como ya se habrá notado, omitimos la fracción correspondiente a los actos de violencia familiar, que serán motivo de estudio en el ultimo capítulo de esta tesis. Partamos del supuesto de que existieron estos actos de violencia y que los cónyuges, basados en el artículo 168 del Código Civil, concurrieron voluntariamente ante el Juez de lo Familiar, para que, antes que pedir el divorcio, emitiera las resoluciones necesarias para evitar que se siguieran suscitando esas expresiones de violencia en el seno familiar. Pues bien, bastará desacatar el mandato judicial (o administrativo, según sea el caso), para solicitar el divorcio, independientemente de invocar la fracción XVII porque se sigan cometiendo los actos de violencia que habla.

Para esta causal no operara la prescripción de seis meses, sino que el artículo 278, otorga un plazo de dos años para que prescriba la misma.

3.1.18. El uso no terapéutico de las sustancias ilícitas a que hace referencia la Ley General de Salud y las lícitas no destinadas a ese uso, que produzcan efectos psicotrópicos, cuando amenacen causar la ruina de la familia o constituyan un continuo motivo de desavenencia.

Esta fracción estaba incluida en la XV, pero ahora se le ha dado un apartado propio, innecesario, creemos, porque la única diferencia es que cambia la definición de "drogas enervantes" por la de "sustancias ilícitas" señaladas en la Ley General de Salud y la amplía en el sentido de condenar el uso de las sustancias lícitas, cuando no sea por prescripción médica, como parte de un tratamiento.

Este tipo de sustancias ilícitas podemos encontrarlas en los artículos 234,239,y 245 de la Ley General de Salud.

3.1.19. El empleo de métodos de fecundación asistida, realizada sin el consentimiento de su cónyuge.

Llegamos al estudio de una causal nueva: el empleo de "métodos de fecundación asistida", que sin ser bajo el mutuo consentimiento, son causa suficiente para pedir el divorcio.

Esta situación viola lo dispuesto por el artículo 162 del Código Civil, que en su segundo párrafo indica: "Los cónyuges tienen derecho a decidir de manera libre, informada y responsable el número y esparcimiento de sus hijos, así como emplear, en los términos que señala la ley, cualquier método de reproducción asistida, para lograr su propia descendencia. **Este derecho será ejercido de común acuerdo por los cónyuges.**" Así al no tomar en cuenta al otro cónyuge, en una decisión trascendental como la de tener hijos, recurriendo por cualquier causa a la asistencia médica es motivo suficiente para invocar el divorcio. Aunque la fracción en estudio, no explica si el producto debe o no lograrse o permanecer en estado de gestación en el vientre materno, se entiende que el sólo hecho de comprobar que su estado de gravidez es consecuencia no de la unión sexual, sino de la inseminación artificial por ejemplo, es causa más que suficiente para que el otro cónyuge invoque la causal de divorcio.

Esta causal, podría basarse, constitucionalmente hablando, en el Artículo 4º, que protege el derecho de las personas a decidir sobre el número de hijos que desean tener. Partiendo desde luego, de que esta decisión debe ser tomada en pareja.

El término de prescripción de los seis meses, contará desde que se tuvo conocimiento de que se recurrió a métodos médicamente asistidos para poder tener descendencia, sin que medie el común acuerdo de los cónyuges.

3.1.20. Impedir uno de los cónyuges al otro, desempeñar una actividad en los términos de lo dispuesto por el artículo 169 de este Código.

Esta fracción, de también relativa nueva creación, se basa al igual que la anterior, en la violación de un precepto constitucional y de un artículo del Código Civil.

Por una parte, el Artículo 5º Constitucional, indica: "A ninguna persona podrá impedirse que se dedique a la profesión, industria, comercio o trabajo que le acomode, siendo lícitos."

Y de igual forma, el artículo 169 del Código Civil nos dice: "Los cónyuges podrán desempeñar cualquier actividad siempre que sea lícita y sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo anterior."

Es decir, cualquiera de los cónyuges, puede realizar cualquier actividad y el otro cónyuge no tiene porque prohibírselo. Se puede explicar esta causal, porque en ocasiones, la mujer quería desempeñar algún trabajo y su cónyuge, por actitudes egoístas no lo permitía, lo cual era en perjuicio de la mujer. Con esta nueva causal se remedia esta situación, porque por una parte se le concede acción de divorcio al cónyuge a quien no le permiten la realización de un actividad lícita y además aunque se presenten ante el Juez de lo Familiar, éste no podrá prohibirle que se dedique a la actividad en cuestión, sino por el contrario deberá emitir su resolución en el sentido de que se le debe permitir realizar cualquier actividad lícita.

CAPITULO IV

UNIFICACIÓN DE LAS CAUSALES.

CAPITULO IV UNIFICACIÓN DE LAS CAUSALES.

4.1. EL PROBLEMA SOCIO-JURÍDICO DEL DIVORCIO.

4.1.1. El problema en la sociedad contemporánea.

Entraremos a la exposición del último capítulo, en el cual encontraremos la propuesta que nos ocupa. Es necesario, reflexionar sobre la esencia del problema: las causas que dan lugar al divorcio.

Ver al divorcio como una sanción, como un “mal necesario”, es incorrecto; debemos observar el divorcio, como un herramienta que nos da el derecho, para lograr uno de sus más altos fines: el bien común. Ese bien común, parte de la armonía familiar y se refleja en la sociedad. El divorcio, no es más que el medio jurídico del que se valió el legislador, para poner fin a situaciones anómalas dentro de la esfera que representan los cónyuges, cuando ellos mismos no pueden solucionar sus diferencias, más aun: cuando habiendo recurrido a la autoridad judicial o administrativa, para que dictaran medidas determinadas a la solución de las disputas conyugales, antes de llegar a la instancia del divorcio, fracasaron en su intento y no les quedó mas opción que la del divorcio.

Encontramos entonces que el divorcio no es el problema, el problema real son las situaciones conflictivas entre los integrantes de la familia, que acaban por degenerar el matrimonio, hasta convertir una figura de unidad y célula básica de la sociedad, en un generador de disputas, y agresiones que dañan a los integrantes de dicha familia.

Los que se oponen al divorcio, opinan que esta figura significa desunir (tal vez por sus raíces etimológicas), pero no se dan cuenta o lo que no quieren aceptar, es que si bien es cierto que el divorcio disuelve el vínculo **jurídico** del matrimonio, también es cierto que ya desde mucho tiempo antes está disuelto el vínculo **afectivo** que motivó a los cónyuges a unirse en matrimonio.

El divorcio separa, disuelve, desune, es cierto, pero... ¿vale la pena que los cónyuges continúen unidos? En este punto entramos en la reflexión de los motivos desafortunados que dieron origen

al matrimonio. En muchos casos, los cónyuges se unieron como consecuencia de decisiones precipitadas; ocurre en los matrimonios de jóvenes, que no han tenido un panorama de las opciones que da la vida; cuando se abren sus expectativas de mejorar económicamente, o de desenvolverse en un medio sociocultural más elevado, se dan cuenta de que su matrimonio, representa un lastre, un error. Es entonces cuando surgen los patrones de conducta patológica (reflejada en frustraciones, recriminaciones y agresiones), y se empieza a disolver la *affectio maritalis*.

En algunos casos la paternidad no deseada, se agrava cuando obligan a los futuros padres a casarse, en algunos casos, constituye truncar los planes de vida proyectados. El peso económico que implica la paternidad; la carga de responsabilidades, cuando no se tiene la madurez mental para ello; las carencias y limitaciones respecto a los condiscípulos contemporáneos, son solo algunos de los factores que dan origen a conductas patológicas, lo que puede llegar a degenerar a los matrimonios en relaciones de agresión, en estos casos es entendible y aconsejable el divorcio.

Analicemos ahora el nivel cultural de los individuos. En la sociedad en la que nos desenvolvemos, es fácil percatarse del abandono de los valores morales fundamentales como el respeto y la ayuda mutua, no existe consideración para el semejante, en algunos casos, ni siquiera entre familiares. Aunado a lo anterior, el legislador ha cooperado, al facultar al juzgador (como veremos más adelante), a tomar en cuenta el nivel socioeconómico como elemento a considerar, al momento de emitir sus resoluciones.¹⁰⁵

¹⁰⁵ Fundamentamos este comentario con la tesis de nuestra Suprema Corte que se transcribe a continuación: "DIVORCIO, INJURIA GRAVE, COMO CAUSAL DE. Tratándose de las injurias como causal de divorcio debe analizarse si las frases proferidas, ofenden o son de uso normal o corriente, tomando en cuenta el grado de educación, de ahí que las expresiones bien conocidas en que se alude a la madre, no pueden considerarse como injuria grave cuando se proferen en un matrimonio de escasa cultura y educación Amparo Directo 339/91. Baldemar Arguello Antonio 4 de septiembre de 1991. Unanimidad de votos. Ponente. Ángel Suárez Torres. Secretario. Castro Ambrosio Domínguez Bermúdez." Debo decir que no estoy totalmente de acuerdo con esta postura, porque si bien es cierto que en algunos sectores de la sociedad, los insultos de cualquier índole, son de uso cotidiano, no puede afirmarse tajantemente que se debe a una falta de cultura o educación y que por ende los insultos en cuestión no afectan a la estabilidad familiar, es como insinuar que quien no ha ido a la escuela no tiene derecho al respeto que merece por tratarse de un ser humano. ¿Qué pasaría si en una familia de una zona popular se suscitase insultos entre los cónyuges que apenas cuentan con educación primaria? ¿no tienen derecho a sentirse injuriados? Consideramos que sería más correcto aplicar el texto de la siguiente tesis: DIVORCIO, INJURIAS GRAVES COMO CAUSAL DE. En los juicios de divorcio por causa de injurias graves debe acreditarse cuál era la conducta anterior o trato ordinario que llevaban los cónyuges en su vida, de acuerdo a su cultura e idiosincrasia, esto es, se estima necesario que se demuestre que el trato acostumbrado en la vida conyugal y social de las partes era de mutuo respeto, sin hacer uso de vocabulario soez ni agresivo, para que las injurias que se pronuncian por una sola vez puedan considerarse como graves por el juzgador, ya que de lo contrario éste, al no tener a su alcance los elementos valorativos de juicio para calificar la gravedad de las injurias que hagan imposible la vida en común, se encontraría imposibilitado para ello, sin que sea óbice que aquellas no sean de trazo sucesivo por ser de realización instantánea al producirse en un momento temporalmente determinado que el mismo se agota y que no requiere de la repetición del acto, dado que su estado permanente no es condición para que se actualice el supuesto normativo. Amparo directo 797/96. Rosa María Landeros Andrade. 23 de enero de 1997. Unanimidad de votos. Ponente: Pablo Camacho Reyes. Secretaria: Laura Julia Villareal Martínez. Amparo directo 692/96. Jorge Anuar Karma Macce. 21 de noviembre de 1996. Unanimidad de votos. Ponente. Pablo Camacho Reyes. Secretario. Alberto Caldera Macías." Al invocar esta segunda tesis, el hecho fundamental no es si los cónyuges tenían o no cultura y educación, sino que el hecho fundamental es que la vida cotidiana este carente de insultos

Estos factores provocan que el derecho se incline a tolerar situaciones por demás indignas de los individuos. La ley, decían los romanos, es dura, pero es la ley. La pérdida de los valores éticos, que se traduce en el comportamiento inmoral y desconsiderado aunado a las facilidades que da el derecho para resolver situaciones a favor del menos indicado, han originado la toma de decisiones otrora relevantes, en meros estados provisionales.

No es correcta la existencia de un divorcio voluntario administrativo, en donde si bien es cierto no existen hijos ni bienes, se deja al libre albedrío de los cónyuges un asunto de interés público como el matrimonio.

Entonces, las decisiones precipitadas, la falta de responsabilidad, la carencia de los valores éticos, la decadencia en el respeto a la ley y a la sociedad, dan origen a matrimonios que tienen escasas probabilidades de éxito, entendiendo por tal, la permanencia y el logro de su fin más importante: ser el núcleo de una sociedad que proporciona a la misma los individuos con principios, y que buscan el bien de la colectividad. Existen por supuesto las excepciones a la regla, pero en los matrimonios conflictivos, tienen su origen en una de estas causas. Ahora bien, en la diaria convivencia también se pueden observar que la vida en común es insostenible por no resultar lo que los cónyuges se habían imaginado de su pareja o de la vida marital, es en este momento que es aconsejable la avenencia judicial, mediante resoluciones tendientes a solucionar los problemas de fondo de la pareja.

Cuando todo esfuerzo por preservar el matrimonio, ha fracasado, es necesario el divorcio, para evitar que la relación siga deteriorándose y los cónyuges lleguen a afectar la esfera jurídica de cada uno.

Si ya existen las agresiones, o cualquier otra situación diferente a los fines del matrimonio, es necesario iniciar los trámites del divorcio, y si existen hijos esta decisión toma el carácter de urgente. Los hijos, dicen algunos, son los más afectados con la separación, porque ven separado su mundo afectivo, pero también pueden ser los más afectados al ver su mundo afectivo agredirse mutuamente, lo que no es ni buen ejemplo ni benéfico para su psique.

Para finalizar, el divorcio no es el origen, sino el resultado de una concatenación de hechos que originan matrimonios basados en percepciones o decisiones erróneas, es pues el divorcio, la mejor vía para las parejas en donde la relación afectiva ya no existe. Y es mejor si la unión de respeto, ayuda mutua y consideraciones iguales se ha tomado en una fuente de disputas y agresiones. Ante todo el interés de la sociedad, pero con base en la armonía de los cónyuges y el apto desarrollo de los hijos, en un seno familiar idóneo para el desarrollo de sus capacidades afectivas, éticas, espirituales y mentales, en donde se estimule el respeto a la sociedad y a la ley.

4.2. LA FRACCIÓN XI DEL ARTÍCULO 267 DEL CÓDIGO CIVIL.

4.2.1. Análisis de la fracción XI como causal para el divorcio.

Esta causal contiene los preceptos de amenazas, sevicia e injurias graves; dice la fracción en cuestión: **“XI. La sevicia, las amenazas o las injurias graves de un cónyuge para el otro o para los hijos;”**

Ahora bien, desde legislaciones extranjeras y muy antiguas se conocían estas figuras como causales para invocar legítimamente el divorcio, para no divagar nos limitaremos a señalar, en donde aparecen en nuestra legislación. La primera referencia la obtenemos del Código de 1870, en el artículo 240 el cual establecía siete causas para invocar el divorcio: adulterio; propuesta de prostitución; incitación a la violencia; corrupción de los hijos; abandono injustificado del domicilio conyugal; la sevicia; y las acusaciones falsas de un cónyuge para el otro. La referencia internacional más próxima y revelante que influyó en los legisladores de ese tiempo, quizás haya sido la Ley francesa de 1792 en donde las causales de divorcio incluían a las sevicias y las injurias graves. En el Código de 1884, aumentan el número de causales, de siete pasan a ser trece; en el artículo 227, en la fracción siete ya se esboza la reducción que conocemos actualmente: **“VII. La sevicia, las amenazas o las injurias graves de un cónyuge para con el otro.”** Finalmente, en la época de la revolución, bajo los ordenes de Venustiano Carranza, se establece el divorcio vincular, respetando desde luego tanto la Ley de Relaciones Familiares de 1917, como nuestro actual Código Civil de 1928 las tres figuras dentro de una sola causal de divorcio.¹⁰⁶

¹⁰⁶ Cfr. MAGALLON IBARRA Jorge María. Ob. cit. Págs. 367 a 377.

Citamos ahora la opinión de tres autores a efecto de entender la sevicia, las injurias y las amenazas:

- Para la maestra Montero, en su citada obra de Derecho de Familia:

“La sevicia significa genéricamente, crueldad; consiste la misma en los malos tratamientos de hecho que revelan crueldad, sin que impliquen peligro para la vida del ofendido. Son todos aquellos actos ejecutados por un cónyuge con el ánimo de hacer sufrir al otro.

“Las amenazas son las palabras o hechos mediante los cuales se intimida al cónyuge acerca de un mal inminente que le puede ocurrir a él o a sus seres queridos. La amenaza puede constituir también un delito, con independencia de la causal de divorcio en materia civil.

“Injuria es toda expresión proferida a toda acción ejecutada con el ánimo de ofender al cónyuge, de manifestarle desprecio.

“Sintetizando: mediante la sevicia se hace sufrir, con las amenazas se intimida y con las injurias se ofende.”¹⁰⁷

- En la opinión del maestro Chávez Asencio, en La Familia en el Derecho:

“La injuria viene del latín ‘iniuria’. Agravio, ultraje de obra o palabra. Hecho o dicho contra razón y justicia, según lo expresa el diccionario de la Real Academia Española, décima edición.

“La sevicia se refiere a la crueldad excesiva, malos tratos y golpes.

“Amenazar, según el diccionario de la Real Academia Española significa ‘dar a entender con actos o palabras que se quiere hacer algún mal a otro.’”¹⁰⁸

- Por su parte, el maestro Rojina, en el segundo Tomo de su Derecho Civil Mexicano, cita a Couto para señalar que: “La sevicia la constituyen malos tratamientos de obra que revelan

¹⁰⁷ Loc. cit. Pág. 332.

¹⁰⁸ Cfr. Págs. 520, 526 y 527.

crueledad en quien los ejecuta, sin que, sin embargo, impliquen un peligro para la vida de las personas. Amenazas son los actos en virtud de los cuales se hace nacer en un individuo el temor de un mal inminente sobre su persona, sus bienes, o sobre la persona o bienes de seres que le son queridos; finalmente, injuria es toda expresión proferida o toda acción ejecutada con el ánimo de manifestarle al otro desprecio, o con el fin de hacerle una ofensa.”¹⁰⁹

Queda entendido que estas figuras representan alteraciones a los estados de ánimo deseables en una persona, las ofensas, el sufrimiento y la intimidación no deben existir entre una pareja, mucho menos si existen hijos, pues como indicamos anteriormente, contemplar su mundo afectivo, dañándose de esa manera, puede alterar su psique. Por lo tanto, cuando en una relación en donde se supone debe imperar la armonía, el respeto y la ayuda mutua, en lugar de eso existen agresiones (verbales o físicas), intimidación y crueldad, se entiende y se justifica que deseen separarse.

Ha sido motivo de discusión entre los autores y de amplia jurisprudencia, definir la naturaleza de los actos que se pueden considerar, encuadren en esta causal, así como la gravedad que deben tener los mismos para ser causa justificada de invocar el divorcio, en este punto nos limitaremos a definirlos de acuerdo a los autores ya citados, así como las diferencias procesales que presentan en comparación a las otras causales.

En materia procesal, esta causal se ve beneficiada en el artículo 271 del Código Civil, porque este establece que “Las limitaciones formales de la prueba que rigen en la materia civil, no deben aplicarse en las causales previstas en las fracciones XI, XVII y XVIII del artículo 267”; además, el tiempo para la caducidad (prescripción) para las otras causales es de seis meses, y en el caso de esta fracción, se amplía hasta dos años; Artículo 278.- El divorcio necesario sólo puede ser demandado por el cónyuge que no haya dado causa a él, y dentro de los seis meses siguientes al día en que tenga conocimiento de los hechos en que se funde la demanda, excepto en el caso de las fracciones XI, XVII, y XVIII del artículo 267 de este Código, en el que el plazo de caducidad es de dos años, así como, con las demás salvedades que se desprenden de ese artículo”.

¹⁰⁹ Loc. cit. Pág. 449.

Ahora bien, ésta es una de las causales más invocadas para solicitar el divorcio, por lo tanto nos permitimos citar algunas jurisprudencias de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en las que se establecen algunos de los puntos a observar cuando se utiliza esta causal.

Iniciamos indicando que el objeto de esta causal es influir en el juzgador para convencerlo de que la vida entre los cónyuges ya no es posible y de esta manera decrete el divorcio; en ocasiones, el común de la gente piensa que cualquier situación que no es agradable para sí mismo, es causa suficiente para invocar el divorcio, sin embargo es el juzgador quien decidirá si la causa invocada es o no lo suficientemente grave como para dictaminar sobre el divorcio.

La tarea del abogado es influir de manera tal en el juzgado, que lo lleve a la certeza de que los hechos acontecidos, no permiten que continúe la vida conyugal.

Citamos las dos siguientes jurisprudencias como fundamento de nuestras aseveraciones:

“DIVORCIO INJURIAS GRAVES COMO CAUSAL DE. Tratándose de juicios de divorcio, por causa de injurias graves que hacen imposible la vida conyugal, el objeto filosófico de la prueba es llevar al ánimo del juzgador, la certeza de la existencia de un estado de profundo alejamiento de los consortes, motivado por uno de ellos, que ha roto, de hecho, el vínculo de mutua consideración, indispensable en la vida matrimonial. El profundo y radical distanciamiento de los cónyuges por los actos de uno de ellos, incompatibles con la armonía requerida para la vida en matrimonio, es el índice que fija racionalmente el ánimo del juzgador.”

110

“DIVORCIO INJURIAS GRAVES COMO CAUSAL DE. La gravedad de las injurias, como causa de divorcio establecida por la fracción XI del artículo 267 del Código Civil para el Distrito

¹¹⁰ Quinta Época. Tercera Sala. Apéndice de 1995. Tomo IV, Parte SCJN. Tesis 228. Página 156. Genealogía APÉNDICE AL TOMO XXXVI: NO APA PAG. APÉNDICE AL TOMO L: NO APA PAG. APÉNDICE AL TOMO LXIV: 601 PG. 766. APÉNDICE AL TOMO LXXVI: 332 PG. 543. APÉNDICE AL TOMO XCVII: 383 PG. 708. APÉNDICE '54: TESIS 380 PG. 705. APÉNDICE '65: TESIS 161 PG. 513. APÉNDICE '75: TESIS 170 PG. 526. APÉNDICE '85: TESIS 217 PG. 349. APÉNDICE '88: TESIS 683 PG. 1144. APÉNDICE '95: TESIS 228 PG. 156. N° de Registro 392,355. Jurisprudencia. Materia: Civil. Amparo civil directo 827/34. Rochín Méndez Ramiro. 6 de octubre de 1934. Unanimidad de cuatro votos. Amparo civil directo 412/32. Reveles de Soto Guadalupe. 13 de marzo de 1935. Cinco votos. Amparo civil directo 4094/34. Palacio de Masieu Pimienta María Antonia. 19 de abril de 1935. Mayoría de tres votos. Amparo civil directo 2388/34. Rocha de Canales Catalina. 3 de mayo de 1935. Cinco votos. Amparo civil directo 504/34. González de Rodríguez Lucía. 17 de mayo de 1935. Cinco votos.

Federal, debe ser calificada por el juzgador, pues sería contrario a los más elementales principios de la técnica jurídica, que quedara a la apreciación de los interesados.”¹¹¹

Por otra parte, se establece un plazo de prescripción de dos años para esta causal, este termino empieza a contarse desde el momento en que se suscitaron las injurias, la sevicia o las amenazas. Sirva como referencia, las siguientes tesis de jurisprudencia:

“DIVORCIO, SEVICIA, AMENAZAS O INJURIAS COMO CAUSALES. No es cierto que la sevicia, amenazas o injurias constituyan causales de tracto sucesivo, puesto que se proferen en un momento perfectamente determinado o determinable en el tiempo, ya sea que se manifiesten por palabras o hechos, toda vez que en esos casos la actitud ofensiva de un cónyuge para con el otro tiene una expresión material que sucede en un momento histórico, y a partir de este momento se inicia el término de caducidad.”¹¹²

“DIVORCIO, INJURIAS GRAVES SINGULARES COMO CAUSAL DE, (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE PUEBLA). No es verdad que las injurias graves deben reiterarse para que constituyan causas de divorcio, pues cumplido el requisito de gravedad, nada impide que, aunque se cometan por una sola vez, se relajen las relaciones conyugales al grado de hacerlas imposibles; máxime que no existe precepto alguno que disponga que sólo con actos reiterados pueda configurarse la referida causal de disolución del vínculo matrimonial.”¹¹³

Estos son solo algunos de los aspectos más relevantes de estas tres figuras, en un siguiente apartado se analizarán más de sus características y como es que pueden ser considerados como modalidades de violencia familiar.

¹¹¹ Quinta Época. Tercera Sala. Apéndice de 1995. Tomo IV, Parte SCJN. Tesis 227. Página 155. Genealogía: APÉNDICE AL TOMO XXXVI: NO APA PG. APÉNDICE AL TOMO L: NO APA PAG. APÉNDICE AL TOMO LXIV: NO APA PG. APÉNDICE AL TOMO LXXVI: 333 PG. 548. APÉNDICE AL TOMO XCVII: 385 PG. 717. APÉNDICE: '54: TESIS 382 PG. 714. APÉNDICE: '65: TESIS 163 PG. 514. APÉNDICE: '75: TESIS 172. PG. 527. APÉNDICE: '85: TESIS 219 PG. 350. APÉNDICE: '88: TESIS 682 PG. 1143. APÉNDICE: '95: TESIS 227 PG. 155. Amparo civil directo 772/39. Quintero Efraín. 20 de marzo de 1940. Unanimidad de cuatro votos. Amparo civil directo 7486/40. Cusarín W. Alfredo. 7 de febrero de 1941. Cinco votos. Amparo civil directo 6667/40. Torres Crescencio. 9 de junio de 1941. Cinco votos. Amparo civil directo 9473/41. López Padilla de Izazcano Felisa. 11 de agosto de 1942. Unanimidad de cuatro votos. Amparo civil directo 43/41. Voigt Martha. 20 de enero de 1943. Mayoría de cuatro votos.

¹¹² Séptima Época. Tercera Sala. Semanario Judicial de la Federación. 87 Cuarta Parte. Página 20. N° de Registro 241.291. Aislada. Materia: Civil. Amparo directo 3424/75. Margarita Ramírez Hernández. 29 de marzo de 1976. 5 votos. Ponente: J. Ramón Palacios Vargas.

¹¹³ Octava Época. Tribunales Colegiados de Circuito. Semanario Judicial de la Federación. Tomo IX, Enero de 1992. Página 165. N° de Registro 220.782. Tesis aislada. Materia: Civil. Segundo Tribunal Colegiado del Sexto Circuito. Amparo directo 194/90. María Graciela Bazán Yitani. 5 de septiembre de 1990. Unanimidad de votos. Ponente: José Galván Rojas. Secretario: Armando Cortés Galván. Octava Época, Tomo VIII- Noviembre, Pág. 205.

4.3. LA FRACCIÓN XVII DEL ARTICULO 267 DEL CODIGO CIVIL.

4.3.1. Análisis de la fracción XVII como causal para el divorcio.

En este punto, veremos los motivos que tuvieron los legisladores para integrar a la violencia familiar como causal para invocar el divorcio, sus características y supuestos. En el afán de documentar la presente investigación, nos remitimos a la Gaceta Oficial del Distrito Federal del 25 de mayo de 2000 que cuyas disposiciones entraron en vigor el 1º de junio de 2000 (es aquí en donde se publicaron las reformas al Código Civil que ahora nos ocupan), pero, ¿dónde se discutieron estas reformas? En el Diario de los debates de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, en el segundo periodo ordinario de sesiones, del segundo año de ejercicio. Año 3 México D.F. fechado del día 28 de abril de 2000, numero 15; en sesión ordinaria se encontraron los siguientes Considerandos para incluir la violencia familiar como causal para invocar el divorcio: "La familia es el tiempo y lugar de salvación para sus miembros, se piensa que los padres e hijos encuentran en ella los elementos necesarios para su desarrollo para obtener ayuda y apoyo necesarios para desarrollarse dentro y fuera de este núcleo, para poder combatir en su interior toda clase de deformaciones de intolerancia y discriminación, sin embargo la realidad familiar es otra., en su interior encontramos situaciones de diversa índole que no permiten del todo el desarrollo armónico al que todo ser humano tenemos derecho, encontramos que dentro de ella en muchos de los casos y la realidad así nos lo presenta, se convive en un medio hostil, de violencia, discriminación hacia las mujeres hacia los niños, hacia los ancianos, en fin hacia los miembros del general que la integran, provocados en muchos casos por factores externos que influyen directamente en la intimidad de la familia, el desempleo, la crisis económica, la falta de oportunidades laborales, el hacinamiento, el alcoholismo, la drogadicción, son entre otros algunos de los factores que tienen incidencia directa en la convivencia familiar.

"Hoy por hoy encontramos múltiples problemas que podemos observar que nos da responsabilidad en lo humano y lo jurídico, hoy aquí una constante en la violación a la dignidad y al derecho de las personas especial de las mujeres y de los menores, es necesario luchar en contra de la discriminación y violencia familiar de estudiar las medidas legales de protección y promoción femenina y de menores.

“En nuestro país el fenómeno de la violencia familiar está presente en todas las edades, sexos, niveles culturales, creencias religiosas o posición económica e invariablemente las mujeres y los menores se convierten en blanco perfecto para ejercer algún tipo de violencia ya sea física, psicológica o sexual, ya que éstos son los sectores más vulnerables de la población. Indiscutiblemente la repercusión en los menores testigos de la violencia familiar se convierten en futuros generadores de violencia al sufrir los desajustes psicológicos durante la niñez y adolescencia afectando directamente a su personalidad convirtiéndose en un futuro reproductor de comportamiento violento.

“Podemos señalar que existen una serie de factores fuertemente predictivos (sic) de la prevalencia (sic) de la violencia contra las mujeres que son la desigualdad económica entre el hombre y la mujer, un patrón de uso de violencia física y como una costumbre para resolver conflictos, y la autoridad masculina y el control en la toma de decisiones y restricciones para las mujeres respecto de su capacidad para dejar el seno de la familia.

“La violencia familiar ha dejado de ser un tema exclusivamente privado, un tema que sólo se trataba en el interior de la familia y que es aquí única y exclusivamente en donde se ventilan temas de esta índole, hoy es una cuestión de interés público que ha levantado grandes debates en las academias, en los partidos políticos, en las organizaciones no gubernamentales, en las diversas instituciones encargadas de velar y salvaguardar los derechos de los menores, de las mujeres, de los ancianos, en los movimientos urbanos, de entre los juristas, entre los profesionales y estudiosos del derecho, en la sociedad organizada, pero principalmente entre los grupos de mujeres que han luchado incansablemente por reivindicar un derecho que han sido cruelmente despojadas.

“La violencia psico-emocional, la deshonra, descrédito, o menosprecio al valor personal o dignidad, el trato humillante y vejatorio, el hostigamiento y el aislamiento provocan que la víctima que ha requerido largos y complejos tratamientos a fin de superar sus traumas y en ocasiones a pesar de ello no logran una rehabilitación total.

“La violencia sexual ejercida por la negativa de las relaciones sexo afectivas o el forzamiento de prácticas sexuales constituyen también otra forma humillante de la violencia ejercida en el

entorno familiar. En el caso de menores violentados sexualmente, (citando textualmente el documento de Jarmila Olmedo) los daños son devastadores, puesto que llegan a afectarlos durante el resto de sus vidas a provocarles desequilibrios y temores muy difíciles de superar, sobre todo cuando las agresiones provienen de quienes, por su parentesco y cercanía, debieran brindarles con generosidad, afecto y protección.

“Es necesario ya que la sociedad en su conjunto gobierno y comunidad civil revisen permanentemente y en forma urgente y primordial aquellos valores morales y sociales que se han perdido , necesario que el gobierno convierta en una política de Estado este delicado tema que sea responsabilidad del Estado todo lo que ocurra en el interior de las familias que dejen de ser temas privados para convertirse en tema de interés público. Erradicar este tipo de conductas deben ser prioridad de todo gobierno, pues constituyen la causa principal de la descomposición social, es allí en donde un gran numero de menores, se convierten en infractores, en delincuentes, se convierten en generadores de violencia que al llegar a su edad adulta reproducen estas conductas como un hecho cotidiano. Es impostergable la atención a estos sectores es necesario que se adopte políticas públicas que resuelvan de raíz estos problemas.

“La entusiasta participación de diversas instituciones entre otras la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal y organizaciones no gubernamentales, así como de mujeres, investigadores, académicos, y juristas, se han manifestado por la defensa de la familia , por lo que han propuesto incluir como causal de divorcio la violencia familiar, ante tal circunstancia se han agregado nuevas causales de divorcio con las que se constituye la garantía de defensa de este núcleo de la sociedad.

“Agrega la presente iniciativa los artículos 323 Ter, 323 Quáter, 323 Quintus, y 323 Sextus en los que se define la violencia familiar.”¹¹⁴

Así pues, el texto de la ley quedo como sigue:

Artículo 267...

¹¹⁴ Cfr. Diario de los debates de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal. Año 3, México. D.F. 28 de abril de 2000. Numero 15. Págs. 81 a 86.

"Fracción XVII. La conducta de violencia familiar cometida o permitida por uno de los cónyuges contra el otro, o hacia los hijos de ambos, o de alguno de ellos. Se entiende por violencia familiar la descrita en este Código;"

Los siguientes artículos nos enriquecen en la descripción de lo que se puede considerar violencia.

"Artículo 323 Ter.- Los integrantes de la familia tienen derecho a desarrollarse en un ambiente de respeto, a su integridad física y psíquica, y obligación de evitar conductas que generen violencia familiar.

"A tal efecto, se contarán con la asistencia y protección de las instituciones públicas, de acuerdo a las leyes para combatir y prevenir conductas de violencia familiar."

"Artículo 323 Quáter.- Por violencia familiar se considera el uso de la fuerza física o moral, así como la omisión grave que se ejerce contra un miembro de la familia por otro integrante de la misma, que atente contra su integridad física, psíquica o ambas, independientemente del lugar en que se lleve a cabo y que pueda producir o no lesiones.

"La educación o formación del menor no será en ningún caso considerada justificación para alguna forma de maltrato."

"Artículo 323 Quintus.- También se considera violencia familiar la conducta descrita en el artículo anterior llevada a cabo contra la persona con que se encuentre unida fuera de matrimonio, de los parientes de ésta, o de cualquier otra persona que esté sujeta a su custodia, guarda, protección, educación, instrucción o cuidado, siempre y cuando el agresor y el ofendido convivan o hayan convivido en la misma casa."

"Artículo 323 Sextus.- Los integrantes de la familia que incurran en violencia familiar, deberán reparar los daños y perjuicios que se ocasionen con dicha conducta, con autonomía de otro tipo de sanciones que éste y otros ordenamientos legales establezcan.

“En todas las controversias derivadas de violencia familiar, el Juez dictará las medidas a que se refiere la fracción VII del artículo 282 de este Código.”

Por lo tanto, la violencia familiar se distingue en un momento perfectamente determinable, por lo que el término de prescripción de dos años se empezará a contar desde el momento en que se suscitaron los hechos considerados como violencia. Así mismo, se debe especificar claramente, que hechos son los que se esgrimen como violentos y el lugar y modo de ejecución.

En otro aspecto, la violencia puede darse entre los cónyuges, de uno hacia el otro; puede darse también de uno de ellos hacia los hijos, ya sean de uno de ellos o hijos de los dos, y debe afectar su esfera de integridad, mediante el uso de la fuerza ya sea física o ya sea moral y en donde no se necesita que existan lesiones. Este último párrafo, da otra base a nuestra hipótesis, como veremos a continuación.

4.3.2. Estudio de los elementos de la causal.

Ahora toca el turno de analizar lo amplio de esta causal, sus beneficios, utilidad y, como puede enriquecerse al contemplar la sevicia, las injurias y las amenazas como modalidades de la violencia.

Por un lado, pensemos un momento, la violencia familiar se caracteriza por el uso de la fuerza ya sea física o moral que use un miembro de la familia contra otro, y que afecte la esfera de integridad y equilibrio físico o psíquico de otro miembro de la familia... definitivamente es aceptable como causal divorcio, pero, la sevicia, entendida como crueldad y figura en la que pueden contemplarse los golpes ¿no es un ejemplo de violencia física de un cónyuge hacia el otro o hacia los hijos? Para ampliar el panorama de lo que implica la sevicia citamos la siguiente tesis:

“DIVORCIO, SEVICIA COMO CAUSAL DE. Constituyen sevicia, palabra del latín saevitia, forma sustantiva abstracta de saevus, cruel, duro, violento, los actos vejatorios realizados con crueldad. La intención de ofender esencial a la noción de injuria, es substituida por el propósito de hacer sufrir. La idea de crueldad aparece como inherente y característica del concepto de

sevicia. Todo acto de sevicia incluye malos tratamientos, que sean crueles o despiadados, y es menester un estado de inferioridad física o jerárquica en la víctima para configurar la sevicia. Los hechos que pueden clasificarse como sevicia son muy diversos: todo atentado violento a la integridad física del cónyuge, a su lealtad y a su salud constituyen sevicia.”¹¹⁹

Ahora bien, las amenazas, de cualquier índole, que haga un cónyuge hacia el otro, o hacia los hijos, en donde se conmine a un mal, futuro, sobre su salud, bienes o seres queridos, ¿no es un ejemplo de violencia, en donde se utiliza la fuerza moral de mayor fortaleza o recursos para intimidar a otro?

Respaldamos esta aseveración con las palabras del maestro Ernesto Gutiérrez y González: “El personal concepto de violencia que doy es éste: **ES EL MIEDO ORIGINADO POR LA AMENAZA DE SUFRIR UN DAÑO PERSONAL PATRIMONIAL, MORAL O PECUNIARIO,...**

“El Código se refiere a este vicio en su artículo 1819 y dice: ‘Hay violencia cuando se emplea la fuerza física o amenazas que importen peligro de perder la vida, la honra, la libertad, la salud, o una parte considerable de los bienes del contratante, de su cónyuge, de sus ascendientes, de sus descendientes o de sus parientes colaterales dentro del segundo grado.’”¹²⁰

Por supuesto que el maestro se refiere a los vicios del consentimiento en las fuentes de las obligaciones, sin embargo, este es un supuesto que también se puede dar entre los cónyuges casados bajo el régimen de separación de bienes o para contratar frente a terceros.

Finalmente y la figura de mayor vastedad como las injurias, sería muy difícil ejemplificar todas y cada una de las manifestaciones injuriosas como violentas, por lo tanto hagamos lo más práctico: de acuerdo al concepto de injuria, se busca ofender, menospreciar, humillar, pues bien, mediante una injuria, totalmente fuera de lo normal, se puede comprobar que puede causar un trauma en una persona de carácter débil o inmaduro, capaz de asimilar dicha situación.

¹¹⁹ Sexta Época. Tercera Sala. Semanario Judicial de la Federación. Cuarta Parte, XXV. Página 139. Nº de Registro 271,876. Tesis Aislada. Materia Civil. Amparo directo 4595/58. Esther Fernández de Rodríguez. 15 de julio de 1959. 5 votos. Ponente: Gabriel García Rojas.

¹²⁰ Loc. cit. Págs. 361 y 362.

Con el propósito de ejemplificar lo relativo a las injurias citamos la siguiente tesis de la Suprema Corte de Justicia:

“DIVORCIO NECESARIO, INJURIAS GRAVES COMO CAUSA DE LAS CONFIGURAN ACTOS DE DESHONRA Y MENOSPRECIO EJECUTADOS POR UNO DE LOS CÓNYUGES EN CONTRA DE LOS HIJOS. La demostración de que el cónyuge demandado realizara tocamientos lúbricos en una de las hijas, se traduce en un acto que, aparte de inmoral, resulta injurioso por constituir una acción de deshonra y menosprecio, no sólo hacia el otro cónyuge, sino a la familia que habita bajo el mismo techo, lo cual constituye la causal de divorcio por injurias graves.”¹¹⁷

Son muchos los casos en que pueden suscitarse las injurias, sin embargo es un acierto incluir el concepto de violencia familiar, porque puede englobar más situaciones ya no sólo entre los cónyuges y los hijos, ahora también entre los concubinos, y los familiares de uno de los cónyuges, siempre que hayan convivido en el mismo domicilio. Sin embargo considero necesario que solo exista el concepto de violencia, que es mucho más amplio y la sevicia, las injurias y las amenazas sean consideradas como modalidades de la primera.

Por lo tanto la presente propuesta reafirma su postura de que subsista la actual redacción de la Fracción XVII que contempla a la violencia familiar, absorbiendo a la Fracción XI, del Artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal.

4.4. OPINIONES EN CONTRA DE LA UNIFICACIÓN.

4.4.1. La autonomía de las causales.

Una de las principales defensas para que las causales se mantengan como hasta ahora, es la llamada autonomía que debe existir entre las veintidós causales, sin embargo no se afecta esta autonomía.

¹¹⁷ Octava Época. Tribunales Colegiados de Circuito. Semanario Judicial de la Federación. Tomo XIV, Septiembre de 1994. Tesis aislada V.2º.181 C. Página 317. N° de Registro:210,477. Materia: Civil. Segundo Tribunal Colegiado del Quinto Circuito. Amparo directo 80/94. Gregorio Gálvez Gastélum. 15 de junio de 1994. Unanimidad de votos. Ponente: Alicia Rodríguez Cruz. Secretario: Carlos López Gastélum.

La maestra Sara Montero establece refiriéndose a la causal XI: "En esta causal pueden quedar resumidas casi todas las demás. En razón de ello son las más frecuentemente invocadas en todas los órdenes jurídicos del mundo." ¹¹⁸ Entonces, ¿cual es la autonomía que tanto se protege? Los juristas a favor del divorcio defienden la idea de que cada una de las causales es totalmente independiente de las demás, pero, el adulterio por si sólo es causa de divorcio y a la vez es una injuria; en la actual redacción del artículo 267, se establece que la violencia familiar será motivo de divorcio, pero en otra fracción se indica que desacatar los mandatos judiciales tendientes a corregir las conductas de violencia será también motivo de divorcio, en este caso van relacionadas dos fracciones, aunque es cierto, con cierta independencia, pues una constituye un hacer (la violencia) y otra se puede considerar como una omisión (no atender el mandato judicial).

No se pretende inmiscuir una causal con otra, se pretende por un lado proteger al matrimonio, eliminando, numeralmente hablando, una causal; y por otro lado fortalecer a la violencia como figura que tutela el bien familiar, sancionando con el divorcio o mediante disposiciones judiciales o administrativas las conductas de violencia familiar, para ello es preciso que exista una sola figura que de pie al divorcio que puede ser la violencia familiar, porque es más amplia en su aplicación, aceptando y no desapareciendo a las injurias (de todos tipos), la sevicia, las amenazas, los tocamientos lúbricos, los golpes, la tortura mental, la intimidación, y los demás ejemplos aquí citados, como modalidades de violencia.

Tanto en la fracción XI como en la XVII se habla que los actos en cuestión puede darse entre los cónyuges o de uno de ellos a los hijos, entonces en ningún momento se deja desprotegido a algún miembro de la familia.

4.4.2. El estado de indefensión al eliminar una causal.

Una más de las opiniones en contra de la presente propuesta, es el argumento de que: al eliminar una de las causales, se dejaría en estado de indefensión procesal al cónyuge afectado por las injurias, sevicia o amenazas de que fue objeto. En el supuesto caso de divorcio contencioso, una mujer fue amenazada en forma reiterada y maltratada físicamente, en su escrito inicial de

¹¹⁸ Loc. cit. Pág. 232.

demanda hace mención de las causales XI y XVII del artículo 267 del Código Civil para justificar su acción de divorcio; al eliminar la causal once, se dice se priva de un argumento jurídico a la afectada. No comparto la opinión: la acción de divorcio se invocará bajo el precepto de la causal XVII de violencia familiar, sustentada en varios hechos: por una parte, el día equis el cónyuge varón, profirió contra la parte actora afirmaciones de que se vería privada de la aportación económica para la adquisición de alimentos y si se seguía quejando se haría merecedora a maltrato físico; por otra parte, un hecho acaecido en día posterior, consistente en golpes, y vejación física en presencia de los vecinos. La acción de divorcio no basa su efectividad en el número de causas o preceptos de derecho que se invoquen, el juzgador se basará en la comprobación de los hechos, que pueden ser de índole variado enfocados a la violencia; es decir, el afectado invoca una sola causal, pero comprueba los hechos de las amenazas y del maltrato físico (léase violencia), y el juzgador tendrá que decretar el divorcio, inclusive pensando que el afectado solo comprobara las amenazas, el juzgador deberá emitir la resolución a favor del divorcio, basándose en que el cónyuge varón incurrió en una actitud violenta, expresada en su modalidad de amenazas, para con su cónyuge.

Como se puede observar, no es necesario plasmar en los escritos, múltiples preceptos de derecho, basta uno solo y la comprobación de los hechos para sustentar la petición del divorcio.

Por otra parte, en caso de que no se otorgara el divorcio, no significa que sea por motivo de invocar solo una causa, dice el Código Civil, que la acción de divorcio puede intentarse bajo el mismo precepto varias veces, siempre y cuando los hechos a que se refiera la demanda sean distintos en cuanto al tiempo de ejecución aunque de naturaleza similar.

4.5. OPINIONES A FAVOR DE LA UNIFICACIÓN.

4.5.1. La protección al matrimonio.

Uno de los argumentos que más favorecen a la presente propuesta es el hecho de que se eliminaría (numeralmente hablando) una causal, ya que el contenido de la fracción XI y XVII son similares y remiten a la misma conducta.

En varios de los textos utilizados como fuente de información, existe la mención de que el Código Civil Mexicano es uno de los más pródigos en cuanto a causales para invocar y fundamentar el divorcio. Pues bien, al eliminar una de las causales, se beneficia la permanencia del matrimonio y al mismo tiempo se protege a esta figura de interés público.

Al eliminar una causal, se evita que las personas tengan a su disposición mayores elementos para invocar la disolución del vínculo, se limita la voluntad de los cónyuges a pensar y fundamentar correctamente la decisión del divorcio.

No se desampara el derecho de la parte interesada en obtener el divorcio, pues como ya se explicó, la conductas que se pueden describir como sevicia (crueldad), amenazas (intimidación), e Injurias (ofensas) pueden y deben ser catalogadas como violencia familiar; de igual forma, explicamos que la demanda de divorcio no basa su efectividad en el número de causales invocadas, sino en los hechos comprobados que pueden ser de diversa índole. Por lo tanto el sustentar la demanda de divorcio en, por ejemplo, amenazas sobre la integridad corporal de uno de los cónyuges, tratar al mismo cónyuge como si fuese un sirviente, palabras que denoten menosprecio y golpes a los hijos, constituyen los hechos, y el derecho del Código sustantivo es la fracción XVII del artículo 267.

Por lo tanto, propongo derogar la fracción XI como causal independiente, y su contenido debe quedar contemplado dentro del alcance de la causal XVII, del artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal.

4.5.2. La educación legislativa.

Al inicio de la presente investigación, se indicó que la labor legislativa es buena, sin embargo, en ocasiones, se legisla por inercia, para satisfacer las exigencias de un sector de la sociedad, que debemos decir, pertenece al común de la gente, es decir, la sociedad clama que el derecho resuelva todos sus problemas, por lo tanto al ser insuficiente la causal XI del artículo 267, se instituyó la violencia familiar como una causa de divorcio. Un gran acierto sin duda, pero trasforma a una causal en ejemplo de otra, lo que le quita su autonomía, a la fracción XI.

El Congreso de la Unión y la Asamblea de Representantes del Distrito Federal hicieron su trabajo, a medias: le correspondería a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ya sea mediante su Pleno o a través de sus Salas, emitir la jurisprudencia, que estableciera que la sevicia, las amenazas y las injurias graves, son modalidades (especies) de la violencia familiar (género), por lo tanto, la acción de divorcio basada en hechos de diversa índole (que significasen violencia, y tuvieran repercusión en la salud de uno de los integrantes de la familia, ya sea cónyuge o hijos), y fundamentados al amparo de la fracción XVII, sería procedente.

La falta de técnica jurídica es entendible en la Asamblea legislativa, pues esta integrada por personas que no estudiaron derecho y a pesar de que tienen un buen grupo de asesores jurídicos, no dudamos que antepongan su criterio a las recomendaciones de los juristas. Pues bien, la presente hipótesis mas que una crítica, pretende ser una aportación al buen quehacer legislativo, ya corresponderá a los órganos correspondientes, decidir si es o no procedente, por supuesto buscando el beneficio de los individuos (cónyuges e hijos), ya sea en el seno familiar o para proteger sus intereses mediante la decisión del divorcio.

CONCLUSIONES.

PRIMERA. La sociedad en general, contempla al divorcio como una figura que significa destruir el núcleo familiar, cuando en realidad es debido a uniones con escasas posibilidades de subsistir, que las relaciones se van deteriorando, hasta llegar al divorcio. Esto es, las personas que celebran un matrimonio, lo hacen sin meditar sobre la importancia de esta figura; además la pérdida de valores morales y éticos así como la mentalidad de que las relaciones humanas son desechables, se han reflejado en las generaciones contemporáneas y son los factores que han propiciado un aumento en los matrimonios que desembocan en un divorcio.

SEGUNDA. El derecho a contribuido facilitando los trámites para lograr el divorcio: es poco favorable para el matrimonio, que exista una vía administrativa mediante la cual se disuelva el vínculo matrimonial. Los requisitos para lograr el divorcio en esta vía, son realmente sencillos y contradictorios a la idea de preservar el matrimonio como célula básica de la familia. No se cuestiona la autoridad del Oficial del Registro Civil, ni la capacidad que tiene para lograr avenir a los cónyuges a una reconciliación; tampoco se abraza la idea de que solamente cuando exista un ambiente de hostilidad o de agresiones entre los cónyuges se deba dar la separación. Por el contrario, es loable que los cónyuges decidan divorciarse sin tener que agredirse, pero existe una vía judicial, en la cual, independientemente de que existan o no bienes o hijos, se recurre a la autoridad judicial y por la naturaleza de los trámites, pudiera influir en el ánimo de los cónyuges y así meditar sobre la decisión de divorciarse.

TERCERA. Se ha dicho que el matrimonio es el núcleo de la familia, el hombre y la mujer, los hijos que lleguen a tener son la principal preocupación de los cónyuges, del derecho y de la sociedad en general. Amparados en este argumento, los cónyuges y el derecho mismo, han dicho que no hay altos intereses que proteger y por lo tanto el divorcio administrativo es válido; debe erradicarse esta concepción de la idiosincrasia de las personas: el matrimonio tiene la finalidad de unir a un hombre y a una mujer, si existen o no hijos es independiente de la permanencia del matrimonio. El núcleo de la familia es de dos personas, pues bien, se debe proteger y preservar esa unión, recordemos que la procreación es solo uno de los fines del matrimonio.

CUARTA. La idea no es preservar el matrimonio a toda costa. lo que se busca es fortalecer la unión y devolverle la calidad de disoluble solo por excepción. Se busca también, erradicar de la idea del común de la gente, acerca de que el matrimonio es un experimento de relaciones humanas, que en caso de no dar los resultados deseados, se puede, fácilmente disolver. Los valores sobre los que se rigen las personas, toca a cada familia fomentarlos y reforzarlos, al derecho le corresponde fortalecer al matrimonio y proteger a la familia mediante requisitos relevantes para obtener el divorcio y que cuando existan verdaderos motivos para solicitarlo, proteger al cónyuge inocente y velar por la integridad y los intereses de los hijos.

QUINTA. Se entiende por amenaza, toda aquella expresión, que tenga como intención causar en uno de los cónyuges, un estado mental de intimidación, de preocupación, ya que existe la posibilidad de que su persona, bienes o seres queridos pueden sufrir algún daño. Por otro lado, entendemos por sevicia, la actitud de uno de los cónyuges hacia el otro que demuestra el ánimo de hacer sentir menosprecio; la sevicia es crueldad, en el matrimonio no puede existir la crueldad, el abuso de la fuerza física, de la solvencia económica, o de estándares sociales entre los cónyuges. En lo que respecta a las injurias, estas representan una ofensa de un cónyuge al otro. Las ofensas pueden ser de índole muy diversa, pero van encaminadas a crear un sentimiento de repudio, a lesionar o destruir los fines y motivos del matrimonio, el respeto, la ayuda mutua. Cuando se injuria, se atenta contra la dignidad de cada individuo. La sevicia, las amenazas y las injurias pueden en algunos casos no causar lesiones físicas, pero pueden afectar seriamente la psique de las personas, por lo tanto son válidos ejemplos de violencia.

SEXTA. Al existir solo la causal XI que contempla las injurias, la sevicia y la amenazas, el juzgador se veía en la necesidad de encuadrar cada ejemplo de violencia en esta causal, ahora, con la implementación de la violencia familiar, se amplía el panorama para catalogar u otras acciones, palabras u omisiones como válidas razones para invocar el divorcio. La disyuntiva que se crea es ¿se necesitan ahora de las dos causales? No. Debemos evolucionar de los rígidos criterios de mantener a tres figuras históricas, para dar paso a una figura que puede englobar no solo esas tres sino a muchas otras. Numéricamente se elimina una causal, la jurisprudencia - amplísima para definir o ejemplificar la sevicia, las injurias y las amenazas - puede justificar estas tres figuras y otras mas como ejemplos de violencia, válidos para invocar el divorcio.

SÉPTIMA. Por otro lado, la causal XI no deja oportunidad para que el juzgador trate de resolver las diferencias conyugales, lo que destina al matrimonio a un inminente divorcio; la violencia familiar acepta que antes de decretarse un divorcio, se emitan resoluciones judiciales o administrativas, tendientes a resolver esas diferencias, que en caso de no llevarse a cabo, implica esa omisión por sí sola, causa suficiente para invocar la disolución del vínculo. (artículo 267 fracción XVIII).

OCTAVA. En resumen, la violencia posibilita ampliar el panorama del juzgador para decidir a favor del divorcio, lo que no deja en estado de indefensión al cónyuge ofendido; y absorbiendo la causal XI da a la vez, la oportunidad de preservar un matrimonio, conciliando a los cónyuges, educándolos, sobre los fines del matrimonio y la importancia de la familia, porque como todos sabemos, en ocasiones necesitamos que nos eduquen y que nos den una segunda oportunidad; si esto es importante a un nivel individual, lo es mucho más en lo referente a la familia, y al matrimonio, que es, lo que al final del camino, se busca proteger.

BIBLIOGRAFÍA.

DOCTRINA.

1. ARELLANO GARCIA CARLOS. Práctica Forense Civil y Familiar. Editorial Porrúa. D.F. México. Vigésima cuarta edición. 2001, P.P. 893.
2. BAQUEIRO ROJAS EDGAR; BUENROSTRO BAEZ ROSALÍA. Derecho de Familia y Sucesiones. Editorial Harla. D.F. México. 1997. P.P. 486.
3. BONNECASE JULIEN. Tratado Elemental de Derecho Civil. Editorial Harla. D.F., México. Quinta edición. 1993. P.P. 1048.
4. CHAVEZ ASECIO MANUEL F. La familia en el derecho. Relaciones jurídicas conyugales. D.F., México. Editorial Porrúa. Cuarta edición. 1997. P.P. 623.
5. DE PINA RAFAEL. Elementos de Derecho Civil Mexicano. Volumen I. Editorial Porrúa. D.F. México. 1998. Vigésima primera edición. P.P. 406.
6. GALINDO GARFIAS IGNACIO. Derecho Civil. Primer curso (parte general, personas y familia). Editorial Porrúa. D.F. México. 1999. Décimo octava edición. P.P. 790.
7. GUTIERREZ Y GONZALEZ ERNESTO. Derecho de las obligaciones. Editorial Porrúa. D.F., México. Décima edición. 1995. P.P. 1215.
8. LEHMANN HEINDRICH. Derecho de Familia. Tomo IV. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid. España. 1953. P.P. 501.
9. MAGALLON IBARRA JORGE MARIO. Instituciones de Derecho Civil. Tomo III. Editorial Porrúa. D.F. México. 1988. Primera edición. P.P. 586.
10. MONTERO DUHALT SARA. La familia en el derecho. Editorial. Porrúa. D.F. México. 1984. Primera edición. P.P. 429.
11. PACHECO ESCOBEDO ALBERTO. La familia en el Derecho Civil Mexicano. Panorama editorial. D.F. México. 1998. Segunda reimpresión. P.P. 210.
12. PALLARES EDUARDO. El Divorcio en México. Editorial Porrúa. D.F. México. 1991. Sexta edición. P.P. 250.
13. PLANIOL MARCEL; RIPERT GEORGES. Derecho Civil. Traducción Leonel Péreznieto Castro. Editorial Pedagógica Iberoamericana. D.F. México. 1996. Novena edición. P.P. 1563.
14. ROJINA VILLEGAS RAFAEL. Derecho Civil Mexicano, Tomo II. Derecho de Familia. Editorial Porrúa. D.F. México. Novena edición. 1998. P.P. 805.

15. SOTO PEREZ RICARDO, *Nociones de Derecho Positivo Mexicano*, Editorial Esfinge. Naucalpan, Estado de México, México, 1993. Vigésima primera edición. P.P. 176.

DICCIONARIOS Y ENCICLOPEDIAS.

1. ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA, Tomo XIX, Editorial Anco, S.A. Buenos Aires, Argentina. 1976. P.P. 992.
2. INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, Diccionario Jurídico Mexicano, Editorial Porrúa, D.F. México, Séptima edición, 1994, P.P. 3272.
3. CABANELLAS, GUILERMO, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Tomo VI, Editorial Heliasta, D.F. México, P.P. 542.

JURISPRUDENCIA.

Semanario Judicial de la Federación y su gaceta. Anales de Jurisprudencia Quinta, Sexta, Séptima y Octava Épocas.

LEGISLACIÓN,

1. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
2. Código Civil Para el Distrito Federal.
3. Código de Procedimientos Civiles Para el Distrito Federal.
4. Código Penal Para el Distrito Federal.
5. Ley General de Salud.