



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA
DE MÉXICO**

**ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
ARAGÓN**

**LA NEGATIVA DE UNO DE LOS CÓNYUGES AL DÉBITO
CONYUGAL Y A LA PROCREACIÓN COMO CAUSAL DE
DIVORCIO, Y SU REPERCUSIÓN EN EL ACTUAL
ESTADO MEXICANO**

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A:
JAVIER OCHOA VELÁZQUEZ

**ASESOR :
LIC. ALEJANDRO PÉREZ NUÑEZ**

SAN JUAN DE ARAGÓN, ESTADO DE MÉXICO

2004



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

LA PRESENTE TESIS REPRESENTA
EL TRABAJO DE MUCHOS AÑOS DE ESFUERZO, Y POR LO TANTO, LA
DEDICO CON GRATITUD A TODOS AQUELLOS QUE CONTRIBUYERON CON
SU APOYO DE MANERA INCONDICIONAL
ASÍ MISMO
DE
MANERA ESPECIAL

A DIOS:

POR HABERME PERMITIDO LLEGAR HASTA ESTE MOMENTO, GRACIAS SEÑOR.

A MIS PADRES:

SEÑORA ALICIA VELÁZQUEZ OLVERA Y ALBERTO OCHOA MURILLO, POR HABERME DADO LA VIDA Y SU APOYO MORAL Y MOTIVACIÓN DE FORMA INCONDICIONAL, CON GRATITUD Y AMOR FILIAL, GRACIAS.

A MI ESPOSA:

LILIANA DEL ROSARIO RODRÍGUEZ CORONADO, TODO MI AMOR Y RESPETO Y POR ESTAR CONMIGO Y MOTIVARME INCONDICIONALMENTE, DESDE EL INICIO DE MI CARRERA Y HASTA EL FIN; POR SU PACIENCIA Y AMOR HASTA QUE DIOS LO QUIERA; GRACIAS NEGRA POR ESTAR CONMIGO.

A MIS HERMANOS:

JESUS, JOSE, BEATRIZ, MARIA DE LOURDES, MARIO ALBERTO, VERONICA, MARIA DEL CONSUELO, ABEL Y MIGUEL ANGEL. A TODOS GRACIAS POR SER MIS HERMANOS, POR EL HABERME APOYADO Y ESTAR CONMIGO DE UNA U OTRA FORMA, GRACIAS.

A TODOS Y CADA UNO DE MIS SOBRINOS:

PARA QUE ENCUENTREN UNA MOTIVACION EN SU VIDA. GRACIAS.

AL GRUPO DIVINA INSTITUCIÓN:

QUIEN FORMA PARTE DE MI VIDA Y MOTIVACION. GRACIAS.

A TODAS Y CADA UNA DE LAS PERSONAS Y AMISTADES:

POR HABER CONTRIBUIDO EN MI FORMACIÓN. GRACIAS.

A MI ASESOR:

LICENCIADO ALEJANDRO PEREZ NUÑEZ, POR HABER ACEPTADO DIRIGIR EL PRESENTE TRABAJO Y HABER CONTRIBUIDO EN MI FORMACIÓN PROFESIONAL. GRACIAS.

A TODOS Y CADA UNO DE LOS PROFESORES:

QUE ME DEDICARON SU TIEMPO Y EXPERIENCIA. GRACIAS.

Y POR ULTIMO. GRACIAS A MI UNIVERSIDAD:

POR HABERME DADO LA OPORTUNIDAD DE SER.

LA NEGATIVA DE UNO DE LOS CONYUGES AL DÉBITO CONYUGAL Y A LA PROCREACION COMO CAUSAL DE DIVORCIO, Y SU REPERCUSIÓN EN EL ACTUAL ESTADO MEXICANO

INDICE

INTRODUCCION.....	1
CAPITULO I	
DEL MATRIMONIO	
1.1 EN ROMA.....	4
1.2 EN LA EPOCA PREHISPANICA.....	22
1.3 EPOCA COLONIAL.....	28
1.4 MEXICO INDEPENDIENTE.....	29
1.5 SECULARIZACION DEL MATRIMONIO.....	31
1.6 EPISTOLA DE MELCHOR OCAMPO.....	32
1.7 EN LA CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS DE 1917.....	35
CAPITULO II	
DEL DIVORCIO	
2.1 CONCEPTO.....	36
2.2 EVOLUCION HISTORICA.....	46
2.3 EL DIVORCIO EN EL DERECHO MEXICANO.....	52
2.4 CONSECUENCIAS.....	56
2.5 PROCEDIMIENTO DEL DIVORCIO NECESARIO.....	60
2.6 PROCEDIMIENTO DEL DIVORCIO VOLUNTARIO JUDICIAL.....	65

CAPITULO III

LA FAMILIA Y EL ESTADO

3.1 DERECHO DE FAMILIA.....	70
3.2 PROBLEMA POLITICO DEL DERECHO DE FAMILIA.....	75
3.3 LA INTERVENCION DEL ESTADO EN LA ORGANIZACIÓN JURIDICA DE LA FAMILIA.....	76
3.4 REPERCUSION EN EL ESTADO MEXICANO POR LA FALTA DE INTERÉS EN LA FAMILIA... 81	
3.5 EL DEBER JURIDICO FAMILIAR.....	82

CAPITULO IV

INCLUIR COMO CAUSAL DE DIVORCIO EN EL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL

LA NEGATIVA DE UNO DE LOS CONYUGES AL DÉBITO CONYUGAL Y A LA PROCREACIÓN

4.1 CAUSALES DE DIVORCIO EN EL CODIGO CIVIL VIGENTE PARA EL DISTRITO FEDERAL.....	88
4.2 CREACIÓN DE LA CAUSAL XXII DEL ARTÍCULO 267 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL.....	93
4.3 TÉRMINO PARA PROMOVER LA ACCION DE DIVORCIO.....	104

CONCLUSIONES.....	105
-------------------	-----

BIBLIOGRAFIA.....	108
-------------------	-----

INTRODUCCIÓN

El matrimonio es la base de la sociedad, es un tema de interés para el Estado y que ha sido descuidado en gran parte, además que apasiona al estudioso del derecho familiar, sus alcances en nuestro entorno social son de gran relevancia debido a los constantes cambios que se han dado en nuestro país. Por tal motivo, se justifica el presente trabajo y vale la pena estudiarlo.

El objetivo que se pretende con la presente tesis, es la actualización de la ley de acuerdo a las necesidades de la sociedad para el efecto de evitar que la relación de los consortes se degrade, ya que existe una oposición constante entre los cónyuges que origina contrariedades y desavenencias, lo que trae como consecuencia que existan hijos fuera de matrimonio, y que, de una u otra forma, se da con mucha frecuencia en nuestra sociedad.

Esta propuesta tendría como consecuencia en parte la disminución de los hijos extramaritales, pues no hay que olvidar que como deber principal del matrimonio se encuentra el débito conyugal y la procreación de la especie que será dispensada por la ley en los casos de imposibilidad biológica; Así como la intervención del Estado, para el efecto de que se ocupe de la institución que representa el matrimonio y para que se conserven los principios morales de nuestra sociedad.

El presente trabajo se divide en cuatro capítulos:

El primer capítulo contiene los antecedentes de la institución del matrimonio en diversos países de la antigüedad, con el propósito de tener un punto de referencia, se analizan las principales costumbres y reglas que existieron de esta institución en civilizaciones muy

antiguas. El estudio empieza con una justificación de la importancia de la familia como célula esencial de toda sociedad para demostrar la trascendencia que tiene el lazo conyugal, estos antecedentes los encontramos por ejemplo: En Roma, en la Epoca Prehispánica, y en México.

Y como un tema que no podía faltar se aborda la epístola de MELCHOR OCAMPO.

Roma es muy importante por ser considerada la cuna del derecho, y es de gran relevancia pues en éste se abordan los principales temas relacionados con la institución del matrimonio y como se sabe, ha tenido gran influencia en la mayoría de países europeos, e incluso gran parte de sus instituciones pasan a formar parte de nuestras normas jurídicas.

El capítulo segundo contiene lo relativo al divorcio su evolución histórica y sus consecuencias, así como la regulación jurídica actual de los procedimientos para la disolución del vínculo matrimonial, con apego a la legalidad.

El capítulo tercero contiene la problemática política del derecho de familia, la forma en que interviene el Estado para su organización, y de que forma repercute la falta de interés en dicha institución, así como sus consecuencias, pues se han dado nuevas tendencias que se están generando en países europeos ante la falta de moral y la desintegración que viven muchos de esos países, y que, de una u otra forma, están influyendo en nuestra sociedad.

Como resultado de lo anterior se encuentra que corresponde al Estado como la responsabilidad que tiene de buscar y aplicar medidas a través del derecho, creado por la propia sociedad para auto regular la célula más importante que es el matrimonio, y así evitar los hijos fuera del mismo, ya que se ha olvidado el significado del matrimonio como institución jurídica,

El capítulo cuarto contiene las causales de divorcio contempladas en el artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal así como la propuesta de incluir en el citado Código, como causal de divorcio la negativa de uno de los cónyuges al débito conyugal y a la procreación, pues uno de los requisitos que establece el matrimonio es precisamente la procreación del ser humano, y por último el término que tiene el cónyuge afectado para promover la acción de divorcio.

El método a emplear en la presente investigación es el método inductivo, como una forma de obtener el conocimiento, iniciando la presente investigación en lo particular para llegar a una conclusión general, fundamentalmente en la experimentación y observación.

CAPITULO I

DEL MATRIMONIO

1.1 EN ROMA

La palabra matrimonio deriva de la voz latina *matrimonium*, que significa "carga de la madre". A su vez la palabra "patrimonio" expresa carga del padre (*patris nimum*). El significado de ambas palabras es ilustrativo al respecto pues lleva el sentido tradicional de la distribución de las cargas en los pilares de la familia: el padre y la madre. El padre que debe proveer al sustento del grupo familiar, y la madre que lleva el peso de la maternidad y el cuidado y crianza de los hijos y la organización del hogar. Las legislaciones del pasado, muy cercanas en el tiempo al momento actual señalaban entre los deberes derivados del matrimonio, esa distribución de funciones.

Aunque el concepto de matrimonio es casi apriorístico, pues el común de los mortales puede expresar una idea sobre el mismo, existen tantas definiciones como autores que tratan el tema. Así en una concepción puramente legalista se ha dicho que es el estado de dos personas, de sexo diferente, cuya unión ha sido consagrada por la ley. Una concepción histórico sociológica expresa que el matrimonio es una relación más o menos duradera entre el hombre y la mujer. Que se prolonga más allá del acto de la reproducción hasta después del nacimiento de la progenitura. El punto de vista canónico estima que el matrimonio es un sacramento de la Nueva Ley que confiere gracia para santificar la legítima unión entre el varón y la mujer, y para engendrar y educar pía y santamente la prole.

A esta sublime institución se le consideró como el poder marital absoluto sobre la persona de la mujer.

En el sentido propio se entendió por familia o *domus* la reunión de personas bajo la autoridad o la *manus* de un jefe único. La familia comprendía al *paterfamilias*, que era el jefe, a los descendientes, sometidos a la autoridad paterna y a la mujer *in manu*.

Existía la soberanía del padre o del abuelo, paternos, pues eran dueños absolutos de las personas bajo su autoridad. Todas sus adquisiciones y las de sus miembros se encontraban en un patrimonio único sobre el cual ellos ejercían toda la vida los derechos de propietario.

También, el *paterfamilias* cumplía como sacerdote en adoración de dioses domésticos.

Las personas bajo la autoridad paterna estaban unidas por el parentesco civil llamada *agnatio*, esta ligadura subsistía a la muerte del jefe, lo mismo entre sus hijos que, de hecho, después de muerto el padre, se convertían en jefes a su vez de nuevas familias o *domus*.

El matrimonio romano se hallaba integrado por dos hechos esenciales: el físico, que consistía en la conjunción del hombre con la mujer y se manifestaba exteriormente con la *deductio* de la esposa; mientras que el otro elemento era el intencional o psíquico, del mismo modo que en la posesión se compara el matrimonio con el *animus*, cuyo requisito era que se integrara con el *corpus*. Este elemento espiritual era el *afectio maritalis*, es decir, la intención de quererse marido y mujer de crear y mantener la vida en común.

La familia romana se constituía por el padre de familia, su mujer, dos o tres hijos e hijas. Los esclavos domésticos y los liberados, a los que se añadían los clientes.

La existencia de la *afectio maritalis* era lo que marcaba la distinción entre el matrimonio y el concubinato. Los romanos daban el nombre de *concubinatus* a la orden

inferior más duradera, que se distinguía así de las relaciones pasajeras consideradas como ilícitas. Fue bajo el emperador Augusto cuando el concubinato recibió ese nombre.

La Ley Julia calificaba de *adulteris al stuprum* y castigaba el comercio con toda joven y viuda fuera de la *justae nuptiae*.

El concubinato solo estaba permitido entre personas púberes y no parientes en grado prohibido para el matrimonio. Los hijos nacidos en un concubinato honorable eran libres, puesto que la madre era libre; pero no cuando era una mujer casada, en este caso se consideraba a los hijos como ilegítimos y, por tanto, solo tenían derecho a llevar el nombre de la madre. Cabe señalar que en este sentido se dictó un edicto *unde cognati*, que se refería a la relación del hijo con la madre y sus parientes.

Se consideraron hijos naturales a los nacidos de una unión sexual fuera del matrimonio, pero que al tiempo de concebirlos podían casarse aunque fuera con dispensa.

Los llamados hijos espurios eran los concebidos fuera del matrimonio por alguno de los cónyuges.

Se les llamo hijos incestuosos a los hijos de progenitores que no podían casarse por un impedimento de parentesco de consanguinidad o afinidad. Y como sacrilegio por estar uno de los progenitores ligado al sacerdocio o a un voto de castidad. Los hijos *mánceres* fueron los habidos de las prostitutas.

El matrimonio estaba originalmente vedado a los esclavos. Estos pobres seres sin importancia social carecían de hijos.

Posteriormente, hubo medidas tendientes a moralizar las condiciones de los esclavos, otorgándoles el derecho al matrimonio, considerándolo no tanto como un signo de reconocimiento social, sino como una garantía de moralidad.

Los hijos habidos entre los esclavos seguían siendo esclavos. También los habidos entre el amo y la esclava, pues no había posibilidad de reconocerlos y adoptarlos porque el derecho la prohibía.

Requisitos e impedimentos

Se consideraba matrimonio válido cuando se daban los siguientes requisitos:

Capacidad natural. No podían contraer matrimonio los *impuberos*, es decir cuando los varones tenían menos de 14 y las mujeres menos de 12 años, tampoco los eunucos.

Capacidad jurídica. Se debía ser libre y ciudadano, es decir, tener el *status civitatis* y *libertatis*; la unión de los esclavos se consideraba y estaba excluido el matrimonio entre personas libres y esclavas.

No se consideró como matrimonio la unión de una persona romana con una persona extranjera, salvo una especial concesión, este matrimonio sólo era válido en el estado a que pertenecía la persona extranjera,

“En el año 445 a.C. no se reconoció al matrimonio entre patricios y plebeyos, se negaba la condición de *justas nupcias* a las uniones entre ingenuos y *libertos*. Este fue establecido por Augusto, pero sólo para los matrimonios entre *libertos* y personas de rango senatorial”¹

Consentimiento del *paterfamilias*. Cuando los contrayentes no eran *sui iuris*, el *pater* siempre debía dar su consentimiento. En caso de que este fuere prisionero de guerra o estuviera ausente, se podía contraer el matrimonio en su ausencia. El Derecho Justiniano exigió que debían haber transcurrido tres años de ausencia para poder contraer nupcias.

Consentimiento del Derecho Civil y de ciertas personas. Un hijo y un nieto, ambos bajo la patria potestad del abuelo; el nieto necesitará del consentimiento no sólo de su abuelo, sino también de su padre, aunque no se halle bajo la potestad de este último. La razón es porque a la muerte del abuelo, el padre tendrá bajo su potestad no sólo al futuro esposo, sino con él a los hijos que nazcan de este matrimonio.

En orden a las mujeres *sui iuris*, señalaba como necesario el consentimiento del tutor para las menores de 25 años. Si eran viudas se requería el consentimiento del padre, y falta de éste de la madre y de sus parientes.

Se consideraban impedimentos absolutos los siguientes:

1. El matrimonio precedente todavía no disuelto, en cuanto a que la Ley no autoriza la coexistencia de un doble vínculo.
2. La esclavitud de uno de los cónyuges.
3. El voto de castidad y las ordenes mayores, en el derecho nuevo.

¹ Juan Iglesias, Derecho Romano, Ariel, Barcelona, 1998, p. 486.

Mientras que eran impedimentos relativos:

1. El parentesco de sangre o cognación en línea recta. Estaba prohibido el matrimonio tanto en ascendientes como en descendientes hasta el infinito, y en línea colateral, hasta el tercer grado.
2. El parentesco espiritual. Estaba prohibido el matrimonio entre el padrino y el ahijado.
3. Por afinidad. No debía darse el matrimonio entre los familiares de los cónyuges.
4. El adulterio y el raptor. No se podía dar el matrimonio entre la adúltera y su cómplice o entre el raptor y su víctima.

“Además existieron razones especiales de diversa índole, como fueron las siguientes”:

1. El matrimonio entre el tutor, su *paterfamilias*, sus descendientes y la pupila, estaban prohibidos bajo la pena de nulidad.
2. Se prohibía que el magistrado contrajera matrimonio con una mujer que perteneciera a la circunscripción donde él ejercía su cargo.
3. Se prohibía que los militares contrajeran nupcias. En el siglo II fue revocada esta prohibición.
4. Por motivos de índole social se prohibía el matrimonio entre senadores y descendientes y sus *libertas*; esta prohibición desapareció en la legislación Justiniana.
5. En el Derecho Clásico la mujer no podía contraer nupcias antes de los 10 meses de la disolución del precedente matrimonio por muerte del marido. En la época posclásica se extiende este periodo a un año, considerándose la disolución por divorcio. Dicha prohibición cesaba en todo caso si la mujer daba a luz antes de los diez meses o del año”.²

² Ibid., pp. 488-489.

6. Por motivos religiosos, se estableció la prohibición por el derecho nuevo de contraer matrimonio entre cristianos y judíos.

Efectos del matrimonio

“De la unión matrimonial surgían derechos y deberes que afectaban a ambos contrayentes.

En la mayoría de los aspectos el marido y la mujer no estaban en igualdad, ya que ésta se encontraba subordinada a aquél.

La mujer era castigada por el adulterio. Al marido le competía la defensa de la esposa, confiriéndole la Ley la acción de injurias por razón de las ofensas inferidas, mientras que el marido tenía a su favor los interdictos de *uxore exhibenda et ducend*, para reclamar la mujer a todo tercero que la retuviera indebidamente.

Entre cónyuges no era dable ejercitar las acciones penales e infamantes. En el derecho Justiniano, cuando menos, el marido y la mujer gozaban recíprocamente del beneficio *competentia*. Ambos tenían derecho a los alimentos y a la sucesión hereditaria.

La esposa tomaba el nombre de *uxor*, y el esposo, *vir*”.³

En el *Corpus Juris* de Justiniano se distinguían los matrimonios celebrados por personas de grandes dignidades, de los que efectuaban los soldados, los labradores y las personas pobres. Respecto de los primeros, la novela 24 exigía para su validez que se

³ Ibid., P. 489.

acompañara al matrimonio un contrato dotal; En cuanto a los segundos, era obligatorio manifestarlos ante el defensor de alguna iglesia para su transcripción en un acta levantada ante tres o cuatro testigos.

Legislación matrimonial de Augusto

Con el propósito de acrecentar la población y de poner fin a la corrupción de las malas costumbres que se adueñaron en la sociedad romana, en los comienzos de la época imperial el emperador Augusto emitió una serie de normas, que tuvieron entre otros objetivos evitar la mezcla entre gente de clase social con personas indeseables o de baja condición.

Asimismo, se estableció que los hombres mayores de 25 y menores de 60, y las mujeres comprendidas entre los 20 y 50 años, estaban obligados a contraer matrimonio. Disuelto este por divorcio se obligó al hombre casarse inmediatamente. Mientras que a la mujer, según fuera divorciada o viuda, se le concedían plazos de 18 meses y dos años, respectivamente.

Quedaba libre de la tutela, la ingenua con tres hijos y la *liberta* con cuatro. Finalmente, las personas que permanecían solteras o casadas sin hijos eran sancionadas con la incapacidad para heredar.

Disolución del matrimonio

“El matrimonio se disolvía por las razones siguientes”:

1. Por la muerte de uno de los cónyuges.

2. Por la *capitis de minutio* sin que se reanudara con el cónyuge que quedó libre no podía contraer nupcias hasta en tanto hubiere transcurrido un quinquenio desde el tiempo de la cautividad.
3. Por sobrevenir un impedimento, por ejemplo cuando el padre del hombre adoptaba a la mujer de éste, de manera que los cónyuges se convertían en hermanos, debiendo emancipar a la hija e hijo, antes de contraer matrimonio.
4. Por divorcio, que significaba la pérdida del *afectio maritalis*, se consideraba suficiente presentar un aviso por escrito.

La *Lex iulia adulteris* estableció que el repudio debería participarse por medio de un liberto, en presencia de siete ciudadanos púberos. La *Lex Lula et Papia* prohibió a la *liberta* divorciarse del propio patrono contra la voluntad de éste.

Hacia fines de la República fué concedida a las mujeres la posibilidad de divorciarse del marido, obligándole a declararlas libres.

En la época cristiana es cuando se inicia una fuerte reacción contra la libre facultad de disolver el matrimonio, aunque sin llegar a negar la validez del divorcio. Este sólo debía tener lugar cuando había *iusta causae*. En cualquier caso, la mujer podía pasar a segundas nupcias antes de que transcurrieran cinco años.

“El divorcio por común consentimiento fue siempre libre.

Vale la pena distinguir cuatro figuras de divorcio:

1. *Divortium ex iusta causa*, motivado por alguna de la otra parte.
2. *Divortium sine causa*, cuando se produce como un acto unilateral no justificado por la ley.
3. *Divortium communi consensu*, es decir, por el simple acuerdo común.

4. *Divortium bona gratia* o divorcio fundado en una causa no proveniente de culpa del otro cónyuge, como impotencia incurable, voto de castidad y cautividad de guerra.

Tratándose del divorcio *ex iusta causa*, el cónyuge culpable era castigado con la pérdida de la dote y la donación nupcial. Iguales penas se aplicaban a ambos cónyuges que se divorciaban sine causa. En el *Divortium communi consensu*, se les declaraba libres de toda sanción. En ciertos casos el divorcio era considerado ilícito, pero nunca se declaraba su invalidez”.⁴

Esponsales

“Los esponsales eran la mención y promesa de futuras nupcias. Incumplida la obligación naciente de la *sponsio*, cabría exigir judicialmente el pago de una suma de dinero.

En relación con la capacidad, se aplicaban los requisitos e impedimentos que se daban en materia de matrimonio. Se permitió que se contrajeran los esponsales sin haber alcanzado la pubertad.

Destaca que el Derecho posclásico acoge la institución oriental.

Habiéndose cambiado estas arras, rigió la norma de que la parte que incumple la promesa, sin que haya mediado justa causa, pierde las propias y tiene la obligación de devolver las que recibió, a razón de cuatro veces su valor”.⁵

⁴ Juan Iglesias, Op. Cit., pp. 576-578

⁵ Juan Iglesias, Op.Cit., p. 65.

Los regalos y donaciones entre novios, entendiéndose hechos bajo la condición de que se verifique el matrimonio, era dable su reclamación. No era posible reclamar al que se había negado injustificadamente a contraer matrimonio, en este caso la novia sólo estaba obligada a restituir la mitad.

Los esponsales producían los siguientes efectos:

1. Una *cuasi adfinitas* entre los padres de los esponsales, que sirve de impedimento para el matrimonio.
2. El no poder contraer otra promesa de futuro matrimonio.
3. El derecho del novio a ejercitar la acción de injurias por las ofensas inferidas de la novia.
4. El deber de fidelidad de la novia.

Los esponsales se disolvían por la muerte, por el *mutuo disenso* y por la simple voluntad de uno de los novios.

Segundas nupcias

Bajo las costumbres romanas y después de lo expuesto, se aprecia que la legislación autorizaba que los divorciados y los viudos contrajeran segundas nupcias. La ley cristiana, por el contrario, consideraba desfavorable el paso a un nuevo matrimonio.

En el caso de los bienes adquiridos por el cónyuge premuerto, todos pasaban a propiedad de los hijos del primer matrimonio reservándose al segundo cónyuge el simple usufructo

Así mismo se estableció que el segundo cónyuge no podía dejar a la madrastra o al padrastro una cuota superior a la recibida por el menos favorecido entre los hijos del primer matrimonio.

Concubinato

El concubinato se consideró como la unión estable de un hombre y una mujer sin *afectio maritalis*, era una simple relación sexual.

No fue castigado por la ley, tampoco llegó a ser reprobado por la conciencia social. Las leyes matrimoniales de Augusto prohibieron el matrimonio con determinadas mujeres..

También se declaró ilícita la unión extra conyugal con mujeres de baja condición.

Bajo los emperadores cristianos se consideró al concubinato como una disciplina jurídica, aunque tenía como fin cuidar los intereses de la familia legítima, las donaciones y los legados a la concubina y a los hijos habidos con ella, eran prohibidos o limitados. Hay que advertir que se procuraba inducir al matrimonio, premiándolo con la legitimación de los hijos naturales.

Filiación natural y legitimación

Se consideraban naturales a los hijos nacidos en concubinato.

Estos seguían la condición de la madre, su legitimación adoptó tres formas:

1. *Per subsequens matrimonium*. Tenía lugar cuando se toma por mujer a una concubina.

2. *Per oblationem curiae*. Autorizó a los padres que no tuvieran hijos legítimos para donar o dejar testamento todo el patrimonio a los hijos naturales, si eran varones.
3. *Per rescriptum principis*. Fue creada por Justiniano, se concedía siempre que, no existiendo hijos legítimos, fuese imposible el matrimonio de la concubina.

Relaciones patrimoniales entre cónyuges

Había dos tipos:

1. Régimen de absorción de bienes. Iba acompañado de la *manus*, los bienes de la mujer pasaban a engrosar el patrimonio del marido así como todos los bienes que adquiriera la mujer durante el matrimonio.
2. Régimen de separación de bienes. El matrimonio libre *sine in manum*, siempre que sea *sui iuris*. Los bienes podían ser administrados por la mujer o se podía confiar en la administración del marido, hablándose entonces de bienes extradotales.

En los bienes parafernales el marido actuaba como simple mandatario, debiendo atenerse a las instrucciones de su mujer. Disuelto el matrimonio, el marido estaba obligado a la restitución de dichos bienes.

Teodosio y Valentiniano en su constitución ordenaban que el marido no podía tener comunidad con los bienes parafernales cuando no lo consintiese la mujer. El Derecho Justiniano se mostraba más favorable al considerar los bienes parafernales en función de

subvenir al sostenimiento de las cargas matrimoniales. Cuando menos había un lugar para confundirlos con la dote, pues podían cumplir con la misma finalidad que ésta.

En el caso de los créditos que no eran parte de la dote y que la mujer daba a su marido para que los tuviera en calidad de parafernales, se establecían sin exigir ninguna ratificación, el marido percibía las rentas o intereses y los empleaba en beneficio suyo y de su mujer.

En relación con los matrimonios libres, éstos se regían por las normas siguientes:

1. Todas las adquisiciones de la mujer durante el matrimonio se presumían hechas por el marido, salvo probar lo contrario.
2. Las donaciones entre cónyuges estaban prohibidas, para evitar que se pusiera precio al afecto conyugal y por el peligro de que el amor pudiera mover al cónyuge más generoso a desprenderse de sus bienes en beneficio del otro.

La dote

“El régimen dotal era considerado como el conjunto de bienes o cosas singulares que se daba a los consortes con la finalidad de atender al sostenimiento de las cargas matrimoniales.

Nació en el ámbito del matrimonio acompañado por la *manus*, con el propósito de compensar la pérdida de los derechos hereditarios que sufría la mujer como consecuencia de la ruptura de todo vínculo con su familia paterna

Posteriormente pasó al matrimonio libre, con el carácter de aportación destinada a sufragar los gastos del hogar. Si el matrimonio iba acompañado de la *manus*, los bienes se

consideraban propiedad del marido. Pudiera ser que él hubiera hecho una promesa de que en caso de divorcio los bienes serían restituidos.

A finales de la república la dote, como propiedad del marido, paso a ser una ficción, pues solo podía gozar del usufructo. Al principio la dote era un deber moral era una cuestión de honor para los padres de una mujer.

Constitución de la dote

A la primera dote se le llamó *dotis datio*. Podía ser proveniente de cualquier persona, de la cual la recibía el marido o alguien en quien éste la delegaba.

La constitución obligatoria tenía dos formas.

1. La *dictio dotis*. Era típica y se substanció en una declaración solemne del constituyente que sólo podía ser la mujer, que interviniese por mandato de ésta.
2. La *promissio dotis*. Era una promesa de dote en la forma de la *stipulatio*. En el derecho Justiniano se admitió también la constitución tácita de la dote ésta se producía cuando la mujer luego de divorciada, volvía a contraer matrimonio con el antiguo marido sin haber obtenido la restitución de la que le fuera conferida en ocasión de la primeras nupcias.

En la última época, lo corriente era que se recurriera al documento para la constitución de la dote. Esta solía constituirse antes del matrimonio, pero también era posible después, salvo en el caso de la *dictio*".⁶

⁶ Ibid., p. 501.

La dote durante el matrimonio

“La dote durante el matrimonio pertenecía al marido. La idea de la dote desde un punto de vista económico era restituirla a la mujer en caso de divorcio. Mientras que la dote como capital era un bien del cual el marido sólo podía hacer suyos los frutos.

Para asegurar la restitución de la dote se prohibió que el marido dispusiera de los fondos ímóviles que se habían entregado como dote sin tener el consentimiento de la mujer.

Las cosas dotaes podían ser objeto de valoración. Esto se hacía para señalar el valor que tendría que ser restituido por el marido en caso de divorcio, pues él tenía que responder por el equivalente en dinero.

Restitución de la dote

La restitución de la dote era obligatoria, se debía considerar si el marido había hecho promesa de restitución en caso de ser necesario.

Disuelto el matrimonio por muerte de la mujer la dote quedaba en poder del marido, esto en caso de que así se hubiere convenido. Mientras que si la disolución del matrimonio tenía lugar por muerte del marido o por divorcio, la dote, sin distinción alguna debía ser restituida.

Muerta la mujer después de divorciada, sólo competía a sus herederos o a los del *pater* cuando el marido tuviere una deuda”.⁷La dote, siempre que comprendiera cosas fungibles debía devolverse en tres anualidades

Por su parte la dote integrada por bienes de otra clase había de ser restituida tal cual.

Además, otorgaba en determinados casos la facultad de hacer deducciones a favor del marido, se reconocieron algunas retenciones. El marido tenía derecho a retener una quinta parte por cada hijo, en caso de divorcio siempre y cuando la culpable fuere la mujer debido a inmoralidades graves como el adulterio.⁸

Los inmuebles debían ser restituidos inmediatamente. Para la devolución de las demás cosas, se tenía el término de un año.

En muchas ocasiones la mujer se encontraba protegida, pues se podía constituir una hipoteca sobre los bienes del marido, en donde ella era privilegiada.

Donación nupcial

“La donación nupcial no tenía ninguna relevancia jurídica. Esta costumbre se dió en el imperio oriental donde se solía hacer contribuciones a la novia en correspondencia a la dote y sobretodo, con el fin de asegurar un patrimonio en caso de que el matrimonio se disolviera.

Para el caso del matrimonio no celebrado por culpa de la novia, se admitía reclamación

⁷ Ibid., p.502

⁸ Ibid., p. 505.

de la donación. Celebrado el matrimonio el marido perdía la donación por sobrevenir el divorcio por su culpa”.⁹

En caso de que el marido muriera, la viuda, mientras no tuviera segundas nupcias podía ser usufructuaria de todos los bienes correspondiéndole también una cuota de la propiedad junto con los hijos. Si teniendo hijos hubiera contraído un nuevo matrimonio, las donaciones se dividían entre estos por partes iguales, de manera que la madre quedaba excluida de la repartición.

En resumen, en el derecho romano existieron dos tipos de matrimonios: las *iustae nuptiae* y el concubinato. Ambos fueron socialmente aceptados y no requerían ningún tipo de formalidad; eran uniones duraderas y monogámicas.

La *iustae nuptiae* es el antecedente del actual matrimonio. Estaba constituida por dos elementos: el objetivo, que es la convivencia de los cónyuges y el subjetivo que es la *affectio maritalis*. La exteriorización de este último elemento estaba dada por la participación de la mujer en el ámbito público y social del marido.

La familia civil del marido y los bienes de ella pasaban al poder de éste. Durante la república cayó en desuso la familia civil y el matrimonio *sine manu*, fué la típica *iustae nuptiae*.

⁹ Ibid., pp.506-507.

1.2 EN LA EPOCA PREHISPANICA

Los indígenas mesoamericanos no contaron con una codificación respecto del matrimonio y sus costumbres. Su derecho fue consuetudinario. Aunque se sabe que en épocas cercanas a la conquista algunos códices plasmaron ciertas normas en relación con las costumbres familiares.

Durante esta época, coexistieron una gran variedad de costumbres y principios matrimoniales, dependiendo de la tribu de que se tratara, pues cada una de ellas tenía sus propias costumbres familiares.

“En los antiguos tiempos Nopaltzin, Señor de los Chichimecas, dictó ciertas leyes cuya simplicidad indica las primitivas costumbres sociales de estos pueblos. El propósito de aquella legislación fué proteger a la familia y a su propiedad en sus más rudimentarios aspectos.

Destaca que condenaban a muerte a los adúlteros.

Ya para los tiempos de Netzahualcóyotl, habían evolucionado las normas legales, aumentando sus fórmulas e instituciones; en este estado encontraron los españoles a las tribus mesoamericanas.

El derecho a tener varias mujeres constituyó una especie de privilegio entre las castas pudientes, principalmente entre los reyes y señores; de entre todas ellas se tenía a una por legítima, la cual se procuraba que fuese del mejor linaje y alta sangre. Con ella se realizaba una ceremonia nupcial especial”.¹⁰

¹⁰ Manuel Asencio Chávez, La familia en el Derecho, Derecho de familia y relaciones jurídicas, 5ª. Ed. Porrúa, México, 2000, p. 60.

Conviene destacar que la poligamia fué una de las causas que más dificultaron la evangelización de los indios, ya que, por una parte, los señores de las principales castas no querían dejar esas costumbres y, por la otra, los misioneros no sabían como convencerlos para resolver el problema moral que se les planteaba para poder establecer la monogamia excluyendo las diversas esposas.

Por su parte las esposas podían tener diferentes linajes o rangos. A la primera se le llamaba *cihuatlanti*, a las otra *cihuapilli* o damas distinguidas; de éstas había las que eran dadas por sus padres, *cihuanemantil*, y otra que habían sido robadas, *tlacihuasantin*, que eran las más en el harén.

Se conoce también un tipo de matrimonio sujeto a condición suspensiva como se diría hoy, en el cual si la mujer tenía un hijo de tal unión, los parientes podían exigir al hombre que se casara o la devolviera. También sucedía que, después de varjos años de unión irregular que ya los vecinos consideraban como matrimonio, dicha unión producía los efectos de una legítima.

Como se ve, había una serie gradual de uniones mediante la cual la separación de la mujer legítima y la ilegítima era difícil de precisar, y en otras tribus distintas de la azteca era aún más difícil establecer ciertas reglas.

“La ceremonia nupcial de los reyes o señores de gran linaje consistía en poner una estera (Tejido grueso de la rama de la palma que servía para cubrir el suelo de las habitaciones, (“estera”, en Diccionario de la Lengua Española, t. I, Real Academia Española, España, 1984, p.605) lo más arreglada enfrente del fogón principal de la casa, ante la cual se sentaban los

novios, atados uno del otro de los vestidos. Una vez así, llegaban los principales señores de su reino para desearles que los dioses les dieran muchos hijos en quienes perdurara su nobleza.

Luego los embajadores y demás señores de los pueblos cercanos pasaban a felicitarlos. Una vez despedidos todos, los llevaban al lecho marital, en donde consumaban su matrimonio y al cabo de cuatro días regresaban a saber de ellos”.¹¹

“De acuerdo con los relatos de Sahagún, las tribus otomíes dejaban mucho que desear, ya que a los muchachos les daban niñas de la misma edad. Se consideraba ilícito abusar de cualquier doncella antes de casarse. Pero sobre todo, se autorizaba a que una vez casados, si hallaban en su mujer algo que les disgustare, podían despedirla y tomar otra. De este privilegio también gozaban ellas”.¹²

Respecto a las tribus Nahuás, se conoce que las parejas se unían en matrimonio y se guardaban mucha lealtad. Se dice que eran monógamos. Mientras que en las tribus de Sinaloa el matrimonio se contraía con consentimiento expreso de los parientes y sólo los jefes de las tribus podían tener más de una mujer.

Se tiene conocimiento que entre los Olmecas y Toltecas daban ritos matrimoniales que consistían en colocar en los cuatro ángulos de una estera, que servía de tálamo nupcial, cuatro manojos de cañas en los que ponían algunas plumas y un *Chalchihuitl*. Estos eran los emblemas de la fecundidad y cuadruplicados por razón de los cuatro elementos que intervenían y de los hijos que pedían a Quetzalcóatl.

¹¹ Manuel Asencio Chávez, Op.Cit., p. 60.

¹² Ibid., p.61.

Así mismo, se sabe de las costumbres de tribus primitivas de Río de Palmas, que habitaron entre el Pánuco y la Florida, en las que existía la poligamia como un hecho natural.

La edad para contraer matrimonio entre los aztecas era de 22 años para el hombre y entre los 10 y los 18 para la mujer; contraerlo era una obligación y el hombre que no lo hacía a tiempo no podía contraerlo después, y era mal visto.

Estaba prohibido celebrar nupcias entre los ascendientes, descendientes y hermanos, pero no era rigurosa la prohibición con la madrastra. Era costumbre que el hermano del difunto se casara con la viuda, si había dejado hijos necesitados de protección. El matrimonio entre tío y sobrina y entre primos era frecuente.

Al llegar un joven a la edad de casarse, se reunía con la familia para decidir acerca de la novia, con audiencia del interesado. Se cuenta que se reunían los padres y parientes en consejo de familia para decidir sobre la novia. Las mujeres más viejas de la familia tenían la misión de pedir a la novia, lo que se hacía con mucha ceremonia y llevando unos obsequios. A estas mujeres se les llamaba *Cihuatlanque*.

Era costumbre que la familia de la novia siempre rechazara la primera solicitud. Si admitía era a la segunda embajada y entonces se arreglaban las condiciones, principalmente lo que la familia de la novia debía dar.

“Había ceremonias previas, tanto en casa del novio como de la novia, en las que se preparaba a ambos para su vida matrimonial. Al anochecer todos los parientes con antorchas encendidas acompañaban a los novios en procesión a su nueva casa, que sería la del novio, donde se celebraban nuevas ceremonias.

La suegra vestía a la nuera con un *guipiyi* y las casamenteras ataban las capas del novio con el *guipiyi* de la novia, les lavaban la boca y les daban de comer cuatro bocados de un tamal, terminándose los dos juntos. Concluidas estas ceremonias encerraban a los novios en su recámara para que consumaran el matrimonio, mientras la recámara era vigilada toda la noche por las casamenteras.

Las fiestas duraban cuatro días, y durante ellas todos los parientes vivían en la casa de los novios para acostumbrarse y tratarse como familiares. Era frecuente que durante estos primeros cuatro días los novios hicieran ayunos y disciplinas”.¹³

Según algunos autores, los bienes de los esposos eran comunes; según otros, había separación y registro de lo que a cada cual pertenecía.

Entre los indígenas era reconocido el derecho de divorcio para el hombre y la mujer. En cuanto al primero, se fundamentaba por causas de que la mujer fuera estéril o pendenciera, impaciente, descuidada y perezosa. En cuanto a la mujer no se sabe con precisión cuáles serían las causas aceptadas de separación.

“En las pocas veces que se daba algún pleito de divorcio, se procuraba que los jueces arreglaran el asunto y pusieran en paz a los consortes. Estos eran regañados, principalmente el cónyuge culpable, quien era exhortado a no permitir la vergüenza y deshonra de sus padres y parientes que habían consentido el casamiento, y además los exhortaban a cuidar su reputación toda vez que el escándalo que se podría generar sería vergonzoso a los ojos del pueblo”.¹⁴

¹³ Ibid., p. 64.

¹⁴ Manuel Asencio Chávez, Op. Cit., p.p. 62-63.

El adulterio se consideró como un delito grave y, por lo general, se castigaba con la pena de muerte. Se le otorgaba al marido ofendido la gracia de ejecutar la sentencia, la cual se podía conmutar con otras penas menores que consistían en cortar al adúltero la nariz, las orejas o los labios.

Entre los Teotihuacanos el adulterio se condenaba también con pena de muerte a flechazos, que le disparaban todos los miembros del pueblo al adúltero, arrojándole cada uno cuatro flechas.

En Yucatán. El marido podía perdonar a la adúltera, pero en caso de no ser así, la pena era morir bajo la presión de una gran piedra que dejaba caer sobre su cabeza.

Entre los mexicanos se sometía a los adúlteros a un proceso y sólo se les condenaba si los condenados aceptaban su culpa o si se rendía una prueba suficiente para lo cual se les torturaba para que confesaran.

En términos generales, a la mujer adúltera se le despreciaba; se le consideraba como mujer alevosa; perdía su reputación; vivía en la deshonra, y se le consideraba como mujer muerta.

Entre los aztecas, se acostumbró que el hombre casado o soltero podía tener cuantas mancebas quisiera, siempre que sucediera fuera del matrimonio. Los padres daban manceba a sus hijos, mientras llegaba la edad de casarlos; para tal fin, pedían las muchachas a sus respectivos padres, sin que éstos consideraran deshonoroso darlas y, sin que ni en este caso ni en el matrimonio, se exigiera igualdad de rango social.

Finalmente, la unión accidental transitoria entre hombre casado o soltero y mujer soltera no tenía pena.

La patria potestad entre los aztecas no tenía el carácter absoluto, como entre los romanos, donde el padre podía disponer aún de la vida de su hijo. No obstante, el azteca sí podía venderlos, lo cual indica la poca importancia que se atribuía a la libertad del individuo. Así mismo, entre los aztecas, se acostumbró que en caso de que nacieran gemelos (*cocua*, plural de *coatl*, culebra o gemelo), el padre podía matar a uno, por que se creía que tal hecho era presagio de que alguno de los padres podría perecer. Los hijos contrahechos o deformes también podían ser sacrificados en tiempo de hambre, malas cosechas o cuando moría el rey o algún personaje. Finalmente, mataban a los niños que nacían en cualquiera de los días llamados *nemontemi*, que eran los cinco complementarios del año.

1.3 EPOCA COLONIAL

Durante la Colonia, rigieron en nuestro territorio además de las normas del Código de Derecho Canónico, las leyes españolas tales como el Fuero Juzgo, el Fuero Real, las Siete Partidas, las Cédulas Reales y, en especial para el matrimonio, la Real Pragmática del 23 de noviembre de 1776, en donde se prohibían los matrimonios celebrados sin consentimiento de la Iglesia.

En esta época, el matrimonio generó, además de las normas del Derecho Canónico y la legislación de Castilla, disposiciones especiales debido a las circunstancias particulares del nuevo continente.

En estas normas se trató de que no se pusieran trabas a los matrimonios entre españoles y mujeres de otras razas, ya sea que fueren indios, negros o de otras castas y, por tanto, se consintió la celebración de matrimonios entre españoles y las demás razas.

Las reglas del Derecho Civil acerca del matrimonio en Indias señalaban que los menores de 25 años necesitaban autorización previa del padre para contraer matrimonio, en su defecto de la madre, de los abuelos o de los parientes más cercanos o tutores, mientras que los españoles cuyos padres o tutores vivían en España podían solicitar directamente licencia de la autoridad local.

Por tanto, el matrimonio contraído sin licencia no producía efectos legales en relación con los consortes y los hijos.

Finalmente, se estableció una prohibición especial para que los funcionarios coloniales y sus descendientes pudieran contraer matrimonio sin la autorización expresa de las autoridades; se buscaba que los nativos no pudieran obtener por el matrimonio ventajas económicas o políticas en perjuicio de la administración española.

1.4 MÉXICO INDEPENDIENTE

Durante los primeros tres siglos de la colonia en la Nueva España, así como del México independiente, el matrimonio se realizaba a través de una ceremonia religiosa. Rigieron las normas canónicas traídas del nuevo mundo por los españoles. Al matrimonio se le consideró, por el poder eclesiástico e incluso por la legislación civil, como un sacramento.

Dicha institución se celebraba según las reglas de la iglesia, que juzgaba por medio de sus tribunales todos los asuntos inherentes a este sacramento, excepto las reclamaciones económicas, como la dote, la cuestión de las arras, la administración de bienes y los alimentos, entre otras.

El contrato nupcial celebrado en esta época surtía todos los efectos civiles por determinación de ley, la cual estaba ajustada en todo a los cánones y constituciones eclesiásticas.

“Al igual que en todos los países de religión católica, la jurisdicción de la Iglesia sobre el matrimonio fué definida por el Concilio de Trento, el cual definió la potestad de la Iglesia para constituir impedimentos, dirimentes y dispensar de ellos, así como la competencia para juzgar causas matrimoniales. De modo implícito quedó definido que la Iglesia poseía jurisdicción por derecho propio y no por concesión de las autoridades”.¹⁵

En Europa, la lucha del Estado por recuperar la rectoría del matrimonio hizo que se elaboraran varias teorías entre las que destaca la del matrimonio como contrato, y es hasta el siglo XVII cuando se justifica que su esencia se encuentra constituida por la libertad de los contrayentes. Los esfuerzos por declarar al matrimonio como un acto civil tuvo su triunfo con la Revolución Francesa.

Estas ideas pronto se extendieron a otros países de Europa y América, y México no escapó de este tipo de ideas liberales y desacralizadoras que consideraron al matrimonio como un contrato civil.

¹⁵ Manuel Asencio Chávez, Op. Cit., p.66

1.5 SECULARIZACIÓN DEL MATRIMONIO

El presidente Benito Juárez, con la expedición de las Leyes de Reforma, aplica en nuestro país la secularización del matrimonio.

Mediante la Ley del Matrimonio Civil y la Ley Orgánica del Registro Civil, de julio 23 de 1859, se desconoce el carácter religioso que hasta ese momento había tenido la institución del matrimonio para pasar a ser un contrato civil. El artículo 1º de la Ley del Matrimonio Civil dispuso textualmente lo siguiente:

“El matrimonio es un contrato civil que se contrae lícita y válidamente ante la autoridad civil. Para su validez bastará que los contrayentes, previas las formalidades que establece la Ley, se presenten ante aquélla y expresen libremente la voluntad que tienen de unirse en matrimonio”.¹⁶ Por su parte, el artículo 2º otorgó el goce de todos los derechos y prerrogativas que las leyes civiles les concedían a aquellos matrimonios que contrajeran de acuerdo con lo expresado en el artículo anterior.

Se dispuso que el matrimonio civil no debía celebrarse más que por un solo hombre con una sola mujer. Asimismo, se siguió prohibiendo la bigamia y la poligamia (art.3º).

Se consagró en el artículo 4º la indisolubilidad del matrimonio civil y, por consiguiente, sólo con la muerte de alguno de los cónyuges se podía disolver. Igualmente, consagró la separación de cuerpos temporal de los casados por alguna de las causas expresadas en la misma ley, siendo que dicha separación no los dejaba libres para casarse con otras personas.

¹⁶ Felipe Tena Ramírez, *Leyes fundamentales de México 1808-1994*, Porrúa, México, 1994, p. 642.

Se establecieron como causas legítimas para el divorcio: el adulterio, la violación de la mujer, la crueldad excesiva, la enfermedad grave o contagiosa, la demencia (art. 21).

Finalmente, dispuso que ningún matrimonio celebrado sin las formalidades que prescribía la ley, podía ser considerado legítimo para efectos civiles, y permitía que los casados conforme a dicha ley podían, si ese era su parecer, casarse además por la Iglesia.

1.6 EPÍSTOLA DE MELCHOR OCAMPO

El artículo 15 de la Ley del Matrimonio Civil de 23 de julio de 1859 estableció una fórmula que debía leerse por el encargado del registro a los interesados en unirse en matrimonio, frente a dos testigos. Esta ha llegado hasta nuestros días a través de la tradición como la Epístola de Melchor Ocampo.

“En dicho artículo se señala que primero se debía preguntar a cada uno de ellos, expresándolo por su nombre, si era su voluntad unirse en matrimonio con el otro. Contestando ambos por la afirmativa”, procedía a leerles los artículos del 1º al 4º de la ley “haciéndoles presente que formalizada ya la franca expresión del consentimiento y hecha la mutua tradición de las personas queda perfecto el matrimonio” y se manifestaba el texto siguiente:

Que este es el único medio moral de fundar la familia, de conservar la especie y de suplir las imperfecciones del individuo que no puede bastarse a sí mismo para llegar a la perfección del género humano. Que éste no existe en la persona sola sino en la dualidad conyugal. Que los casados deben ser y serán sagrados el uno para el otro, aún más de lo que es cada uno para sí. Que el hombre cuyas dotes sexuales son principalmente el valor y la fuerza,

debe dar, y dará a la mujer, protección, alimento y dirección, tratándola siempre como a la parte más delicada, sensible y fina de sí mismo, y con la magnanimidad y benevolencia generosa que el fuerte debe al débil, esencialmente cuando este débil se entrega a él, y cuando por la sociedad se le ha confiado.

Que la mujer cuyas principales dotes son la abnegación, la belleza, la compasión, la perspicacia y la ternura, debe dar y dará al marido obediencia, agrado, asistencia consuelo y consejo, tratándolo siempre con la veneración que se debe a la persona que nos apoya y defiende, y con la delicadeza de quien no quiere exasperar la parte brusca, irritable y dura de sí mismo. Que el uno y el otro se deben y tendrán respeto, deferencia, fidelidad, confianza y ternura, y ambos procurarán que lo que el uno se esperaba del otro al unirse con él, no vaya a desmentirse con la unión. Que ambos deben prudenciar y atenuar sus faltas. Que nunca se dirán injurias, porque las injurias entre los casados, deshonoran al que las vierte, y prueba su falta de tino o de cordura en la elección, ni mucho menos se maltratarán de obra, porque es villano y cobarde abusar de la fuerza. Que ambos deben prepararse con el estudio y amistosa y mutua corrección de sus defectos, a la suprema magistratura de padres de familia, para que cuando lleguen a serlo, sus hijos encuentren en ellos buen ejemplo y una conducta digna de servirles de modelo. Que la doctrina que inspiren a estos tiernos y amados lazos efecto, hará su suerte próspera o adversa; y la felicidad o desventura de los hijos será la recompensa o el castigo, la ventura o la desdicha de los padres. Que la sociedad bendice, considera y alaba a los buenos padres, por el gran bien que les hacen dándoles buenos y cumplidos cuidados; y la misma, censura y desprecia debidamente a los que, por abandono, por mal entendido cariño, por su mal ejemplo, corrompen el depósito sagrado que la naturaleza les confió,

concediéndoles tales hijos. Y por último, que cuando la sociedad ve que tales personas no merecían ser elevadas a la dignidad de padres, sino que solo debían haber vivido sujetas a la tutela, como incapaces de conducirse dignamente, se duele de haber consagrado con su autoridad la unión de un hombre y una mujer que no han sabido ser libres y dirigirse por sí mismos hacia el bien”.¹⁷

Por su parte, la Ley Orgánica del Registro Civil de 28 de julio de 1859 reglamentó todo lo concerniente a los Jueces del estado civil y sus funciones, así como el manejo de los libros y actas del estado civil de las personas.

El artículo 25 señaló textualmente lo siguiente:

“Las personas que pretendan contraer matrimonio, se presentarán ante el juez del estado civil, quien tomará sobre el registro nota de esta pretensión, levantando de ella acta en que conste los nombres, apellidos, profesiones y domicilios de los padres y madres, así como la declaración y nombres, edad y estado de los testigos que presentará cada parte para hacer constar su aptitud para el matrimonio conforme a los requisitos que para poderlo contraer exige la ley del 23 de Julio de 1859”.¹⁸

¹⁷ Felipe Tena, Op. Cit., pp. 644-645.

¹⁸ Ibid., p. 652.

1.7 EN LA CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS DE 1917.

Venustiano Carranza el 14 de septiembre de 1916. Promulga la convocatoria al Congreso Constituyente, quien después de arduos trabajos publica el 5 de febrero la Constitución actualmente en vigor. El artículo 130 incorpora, en uno de sus párrafos, lo relativo al matrimonio y establece que “el matrimonio es un contrato civil. Este y los demás actos del estado civil de las personas son de la exclusiva competencia de los funcionarios y autoridades del orden civil, en los términos prevenidos por las leyes y tendrán fuerza y validez que las mismas les atribuyan”.¹⁹

¹⁹ Ibid., p. 652.

CAPITULO II

DEL DIVORCIO

2.1 CONCEPTO

Cuando una pareja decide contraer matrimonio basa su decisión en diversos factores; amor, atracción sexual o afectiva, conveniencia, quizá. El hecho es que los que se casan están seguros, o tienen fundadas esperanzas, en que van a ser recíprocamente felices.

Algunos logran durante algún tiempo que puede prolongarse toda la vida, alcanzar la relativa felicidad que la vida conyugal puede otorgar. Otras parejas, por innumerables circunstancias, tan variadas como los seres humanos fracasan en su intento de ser felices en su vida común. El otro panorama de luminoso horizonte, va ensombreciéndose brusca o paulatinamente.

Cuando esto ocurre los cónyuges empiezan a desunirse, se alejan uno del otro y, aunque sigan compartiendo el mismo lecho, rompen el vínculo afectivo que los impulso a contraer matrimonio, dejan de ser pareja y toman caminos diferentes.

Ante el inminente fracaso de su matrimonio, los cónyuges optarán por diversas soluciones.

Algunos con madurez y sensibilidad, cuando el vínculo de origen era sólido y auténtico, y más aún si hay hijos, tratan de salvar del naufragio la nave conyugal: con éxito o sin el, al menos lo intentan. Otros soportan indefinidamente una situación que, de matrimonio no tiene

más que el nombre, y víctimas de su soledad o infelicidad matrimonial, buscan compensación por diversos medios, ya sea mediante uniones ilícitas, o en la variada gama de conductas neuróticas propias de las frustraciones. Y otras más, cada vez en mayor número en la sociedad contemporánea se divorcian.

En este último supuesto el divorcio no vino a ser más que la manifestación de la real ruptura del matrimonio.

La palabra divorcio se deriva de la voz latina *divortium* que significa separarse lo que estaba unido, tomar líneas divergentes. Divorcio es la antítesis del matrimonio. Matrimonio significa unión-comunidad. Encontrarse dos seres enlazados bajo el mismo yugo conyugal.

Divorcio es rompimiento del vínculo, de la unión, seguir sendas diferentes los que antes marchaban por el mismo camino. En sentido figurado puede decirse que viven divorciados los cónyuges que ya no comparten los intereses fundamentales de la existencia. El concepto legal de divorcio es otro.

Divorcio es la forma legal de extinguir el matrimonio válido en la vida de los cónyuges, decretada por autoridad competente que permite a los mismos contraer con posterioridad un nuevo matrimonio válido.

Para captar cabalmente el concepto de divorcio como forma legal de extinción del matrimonio válido, habrá que determinar, así sea brevemente, el concepto jurídico de matrimonio.

Matrimonio es un contrato solemne, de interés público, por el cual un solo hombre y una sola mujer establecen una comunidad de vida total y permanente al que la sociedad y la ley consideran el fundamento de la familia.

Para contraer matrimonio se deben llenar una serie de requisitos sustanciales y formales.

Cumplidos éstos, el matrimonio se considera válido, crea en los esposales el estado civil de casados con sus consecuencias jurídicas de derechos y deberes recíprocos.

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

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

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

Como podemos observar el matrimonio es la forma legal de fundar una familia por la unión de la pareja humana que cumple con ciertos requisitos, los cónyuges no pueden extinguir voluntariamente su vínculo sin cumplir forzosamente con los requisitos específicos ordenados por la ley.

“El matrimonio se ha distinguido en las legislaciones civiles como un contrato, es esencialmente un contrato por ser el acuerdo de dos voluntades que tienen por objeto crear consecuencias jurídicas, pero es un contrato de derecho de familia de naturaleza especial en razón del interés público y que la ley no permite que opere la rescisión o la revocación como formas de extinción comunes en los demás contratos civiles”.²⁰

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

²⁰ Cfr. Pallares, Eduardo. El divorcio en México. Editorial Porrúa México 1979. Págs. 19 y 20.

Con base en lo anterior, la simple separación de hecho de los consortes, ya sea física o espiritual, o ambas no es divorcio, ya que los cónyuges siguen unidos legalmente y no pueden contraer matrimonio válido hasta que sea legalmente extinguido el anterior. Sino obstante la prohibición legal, se volviere a casar el matrimonio anterior sigue subsistiendo, y el subsecuente es nulo absoluto y quienes lo contraen a sabiendas cometen el delito de bigamia.

En resumen, el divorcio, como la forma legal de extinguir el matrimonio válido solo puede ser decretado por autoridad competente, basándose en las causas específicamente señaladas en la ley; Tiene como consecuencia directa desvincular a los cónyuges dejándolos en libertad de contraer un nuevo matrimonio válido.

El divorcio como institución es paralelo en antigüedad al matrimonio, desde que las sociedades se organizaron jurídicamente y crearon la institución del matrimonio como la forma legal de fundar la familia y, concomitantemente se instituyó el divorcio como la forma permitida de extinción del mismo.

Como podemos observar el divorcio es aceptado universalmente, en todos los tiempos fue el de la separación de los cónyuges. El divorcio vincular verdadero sigue siendo una figura profundamente controvertida. El divorcio que regularon todas las culturas sin oposición alguna es aquel que no rompe el vínculo, que únicamente extingue la obligación de convivencia entre los casados, pero en el que persisten las demás obligaciones, fundamentalmente la fidelidad.

El cónyuge separado legalmente que entabla relaciones sexuales con otra persona, comete el delito de adulterio, y el adulterio fué en el derecho antiguo uno de los delitos más terriblemente penados. Así el divorcio hacía enfrentar a los cónyuges con una disyuntiva ominosa: la castidad o la comisión de un delito.

Se entiende por divorcio vincular aquel que extingue totalmente el vínculo con todas sus consecuencias. Los divorciados dejan de tener el estado civil de casados y pueden volver a adquirir libremente ese estado, pueden volver a casarse.

Es el divorcio vincular el que ha producido enconadas polémicas. Se esgrimen contra el razones de carácter religioso, ético, político, y psicológico.

“Por razones de orden religioso el catolicismo prescribe el divorcio vincular aunque sí regula la anulación del mismo cuando se ha contraído mediante impedimentos. La iglesia católica considera el matrimonio como un lazo indisoluble en vida de los casados. En esa razón el rompimiento del vínculo civil sería inoperante para los católicos en cuanto a la libertad de contraer un nuevo matrimonio.

Con independencia del dogma religioso se aducen argumentos morales contra el divorcio en el sentido de que el mismo implica una solución contraria a los principios morales que deben regir la constitución de la familia, cual son la estabilidad y la permanencia de la misma basada en una comunidad espiritual de los cónyuges. El divorcio fomenta la disgregación de la familia, pues los que se casan saben de ante mano que si la unión que inician no da los resultados deseados, pueden darla por terminada mediante el divorcio, lo que les permitiría experimentar con otra pareja cuantas veces les plazca. Propicia la frivolidad en una decisión tan trascendente como debe ser el fundar una familia. Por otro lado, contribuye a que los cónyuges no realicen los esfuerzos para evitar o ajustar sus diferencias, o impedir que la misma se ahonde, lo que de seguro intentarían si no tuvieran ante sí el espejismo de romper

lo que de momento incomoda, ante las ilusorias perspectivas de encontrar compañero más idóneo”.²¹

Otra forma de disolución del estado matrimonial, y por ende, de poner término a éste en vida de los cónyuges es el divorcio, entendido legalmente como el único medio racional capaz de subsanar, hasta cierto punto, las situaciones anómalas que se generan en ciertas uniones matrimoniales y que deben desaparecer ante la imposibilidad absoluta de los consortes de conseguir su superación.

El divorcio es el caso de excepción y no un estado general, por lo mismo es necesario verlo sólo en función de aquellos casos en que la crítica concisión de los esposos es ya insostenible e irreparable de forma que se conduce a la ruptura del vínculo matrimonial y con ella la separación definitiva que los deja en posibilidad de contraer nuevo matrimonio legítimo.

Desde sus orígenes latinos el término divorcio implica el significado de separación, de separar lo que ha estado unido; de ahí que actualmente sea el medio jurídico, por el cual debemos entender la extinción de la convivencia matrimonial declarada por la autoridad.

En nuestro medio como institución jurídica y en lo que toca al alcance de sus efectos, el divorcio ha variado a lo largo del tiempo. Así, en el siglo pasado nuestra legislación lo consideró como la separación temporal a definitiva de los cónyuges, sin ruptura del vínculo matrimonial y, por lo tanto, sin autorización para contraer nuevas nupcias. A principios de este siglo se adopta al criterio del divorcio vincular que actualmente se maneja, como

²¹ Cfr. Arron Silva M. La Mujer Mexicana ante el Divorcio Eclesiástico. Editorial Sepsetentas. México 1976. Págs. 37 y 38.

disolución absoluta del vínculo matrimonial que deja a los esposos divorciados en aptitud de celebrar nuevo matrimonio.

“Existen diversos tipos de divorcio que responden a clasificaciones establecidas a partir de dos criterios fundamentales:

1. Por los efectos que produce.
2. Por la forma de obtenerlo, considerando el papel de la voluntad de los esposos”²².

Por sus efectos

“Respecto a los efectos, han existido y existen dos clases de divorcio:

1. El divorcio vincular (*divotium quad vinculum*), llamado divorcio pleno, que es precisamente aquel que rompe el vínculo matrimonial y que deja a los divorciados en condiciones de contraer nuevas nupcias.
2. El divorcio por simple separación de cuerpos (separación *quad thourum et mensam*), llamado divorcio menos pleno, que es aquel que no permite la celebración de un nuevo matrimonio en tanto únicamente suspende a los cónyuges la obligación de vivir juntos, subsistiendo las otras obligaciones derivadas del matrimonio, como el deber de fidelidad.

Este último no es en realidad un divorcio sino sólo un estado en el que los esposos han sido dispensados de las obligaciones de cohabitación y débito carnal”²³.

²² Edgar Baqueiro Rojas y otra, Derecho de Familia y Sucesiones, Editorial Harla, México 1997.p.148

²³ Ibid., p.149.

En atención a la voluntad de los cónyuges

En lo que toca a la forma de obtener el divorcio en función del papel de la voluntad de uno de los cónyuges, éste se clasifica en:

1. Divorcio Unilateral o repudio. Es aquel en el que la sola voluntad de uno de los esposos basta para poner fin al matrimonio. Es clásico el derecho de repudio concebido al varón en el derecho romano. Actualmente la misma facultad se confiere a la mujer en el derecho uruguayo; A cualquiera de los cónyuges en el derecho soviético.
2. Divorcio por mutuo consentimiento, voluntario o por *mutuo disenso*. Es aquel que requiere del acuerdo voluntario de ambos cónyuges para poner fin al matrimonio, sin tener que invocar causa alguna, pero estas se ocultan, generalmente para beneficio de los hijos.
3. Divorcio causal, necesario o contencioso. Es aquel que requiere de la existencia de una causa o razón suficientemente grave, que haga imposible o al menos difícil la convivencia conyugal; la acción se otorga al esposo que no hubiere dado causa para el divorcio. Y cuando sin culpa de alguno de los esposos, la vida en común se deteriora por enfermedad, impotencia o locura, también se tiene la facultad de disolver el vínculo matrimonial. En este caso, la acción se concede al cónyuge sano.

Divorcio causal

El divorcio causal, a su vez, ha sido clasificado en:

Divorcio sanción

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

Divorcio remedio

En éste no puede hablar con el cónyuge culpable, pues no le es imputable la causal, como es el caso de las enfermedades graves, contagiosas e incurables, la impotencia o la locura; pero siendo éstas motivo para no poder llevar a cabo una convivencia normal, se da la acción a los cónyuges para poner fin a la relación.

También se consideran causales remedio en nuestro Código Civil:

1. La falta de convivencia de los cónyuges por mas de dos años (incluyendo los casos de declaración de ausencia y presunción de muerte).
2. El hecho de que alguno de los cónyuges hubiere demandado la nulidad del matrimonio o el divorcio, y su demanda haya sido desestimada o se hubiere desistido de la acción. En este caso puede no haber culpable por haber obrado, creyendo tener causa.

Evolución en la legislación civil para el Distrito Federal

Los Códigos Civiles para el Distrito Federal de 1870 y 1884, sólo conocieron el divorcio menos pleno o de separación de cuerpos, el cual podía obtenerse de común acuerdo de forma voluntaria, a bien por alguna de las causales expresamente señaladas.

El Código de 1870 requería que hubieran transcurrido dos años desde la celebración de matrimonio para que procediera la separación de cuerpos de forma voluntaria, y no procedía después de veinte años de matrimonio.

La Ley de Divorcio del 29 de diciembre de 1914 y la Ley de Relaciones Familiares de abril de 1917 introducen en nuestra legislación el divorcio vincular –el que disuelve el vínculo matrimonial-, lo que significó un paso trascendente en la legislación mexicana.

El Código Civil para el D.F. de 1928, aún vigente, estableció como regla y de manera general el divorcio vincular y, como excepción, el divorcio por separación de cuerpos, en los casos de enfermedad crónica e incurable, impotencia o enajenación mental. El cónyuge sano que no desee pedir el divorcio puede optar por la separación, permaneciendo subsistentes las demás obligaciones del matrimonio. La misma situación se da cuando de los esposos se traslada a un país extranjero o a un lugar insalubre o indecoroso.

2.2 EVOLUCIÓN HISTÓRICA

El divorcio ha asumido formas y producido efectos diversos, dependiendo de cada cultura en particular, pero siempre ha estado presente en todos los órdenes jurídicos.

El divorcio de la Biblia

En el Antiguo Testamento existe un paraje en el Deuteronomio (XXIV-1) en el que el marido podía entregar a su consorte un libelo de repudio para despacharla a su casa por torpezas de la mujer tales como: la sospecha del adulterio, la impudicia, las costumbres licenciosas.

La repudiación tenía que ser con la manifestación expresa de la voluntad del marido exteriorizada a través de un documento escrito que debía contener la fecha, lugar nombre de las partes y sus antecesores inmediatos; debía decir que abandonaba a su mujer y que la repudiaba libremente dándole la libertad de casarse con otro.

El marido pedía lo que había donado al suegro a título de compra; pero si la repudiación era por falta de virginidad, tenía derecho a que se le restituyera el precio de la compra (había comprado un "objeto" usado).

Tiempo después la legislación hebrea concedió a la mujer al derecho de repudiar, basado en el adulterio del marido, por ser maltratada, porque el marido fuera pródigo o perezoso, o no diera cumplimiento a los deberes conyugales.

La Ley Talmúdica reconocía como causales la esterilidad y el adulterio.

El divorcio fue condenado en los textos del Nuevo Testamento en términos generales. “Según San Marcos, a la pregunta de unos fariseos sobre si es lícito al marido repudiar a la mujer, Jesús dijo: ¿Qué os mandó Moisés? Y ellos contestaron: Moisés permitió repudiarla, precediendo escritura legal y repudio. Replicó Jesús, En vista de la dureza de vuestro corazón, os dejo mando eso. Pero más adelante aclara: cualquiera que rechazase a su mujer y tomare otra, comete adulterio contra ella y si la mujer se aparta de su marido y se casa con otro es adúltera.(San Mateo X, 2-12). Así pues se declaró que cualquiera que despidiere a su mujer sino en caso de adulterio y aún en este caso si casare con otra; éste tal, comete adulterio; Y quien casare con la divorciada también lo comete” (San Mateo XIX.9).²⁴

San Pablo en la Epístola a los Corintios (VII, 10 XII) condena el divorcio, aún cuando parece que es lícito al cónyuge creyente separarse de su consorte no cristiano.

Pueblos de la historia antigua

Los más antiguos testimonios de la historia de la humanidad hablan de alguna manera del divorcio.

Se permitió siempre como un derecho exclusivo del varón de repudiar a su mujer por causa diversa como el adulterio, la esterilidad, torpeza, impudicia, vida licenciosa, etc., y ocasionalmente como un derecho de la mujer por la causa casi única del maltrato del marido.

El repudio fué la forma usual de romper el matrimonio en las culturas inscritas en la historia antigua: Babilonia, China, India, Israel, Egipto, etc.

²⁴ Cfr. Montero Duhalt, Sara. El Divorcio D.U.A. Editorial UNAM, México 1982. Págs. 202, 203.

Israel. El divorcio era admitido como un deber para el marido y aún contra la voluntad del mismo, era obligado en justicia en caso de adulterio.

El adulterio de la mujer se castigaba con pena de muerte; el del marido únicamente si era sorprendido con mujer casada; en los demás casos quedaba impune.

Reconocían el repudio, en tal caso el marido debía entregar el libelo de repudio y echar de la casa a la mujer en presencia de dos testigos hebreos. La mujer tenía que recurrir al sacerdote para que éste le redactara en su caso, el escrito de repudio.

Regulaban diversas causales; algunas servían a ambos, tales como la esterilidad de la mujer y la impotencia del hombre, a los diez años de matrimonio, enfermedad insoportable (epilepsia), o contagiosa (lepra), cambio de religión y ausencia.

Las causales para el marido eran: no encontrar en la mujer las cualidades que pensaba que tenía, adulterio cuando no era condenada a muerte, negativa de la mujer a consumar el matrimonio, pasearse con la cabeza o el brazo descubierto; dar al marido comida fermentada; permitirse bromas con un joven; no ser virgen al casarse.

La mujer tenía como causales: si el marido no cumplía sus deberes conyugales, si llevaba vida desarreglada, si maltrataba a la mujer.

Babilonia. El Código de Hammurabi reconocía el repudio para el hombre, pero debía devolver la dote a su mujer y en caso de que hubiera hijos le tenía que dar tierras en usufructo.

El *Xend - Avesta* señalaba que si la mujer no ha tenido hijos después de nueve años de casada, el marido tiene derecho de repudiarla.

Persia. El divorcio era desconocido, pero la repudiación podía operar si la mujer no lograba dar un hijo durante nueve años de convivencia.

China. Reconocían el divorcio para el hombre cuando la mujer tenía muy malas cualidades, como esterilidad, impudicia, falta de consideración y respeto debido al suegro o suegra, charlatanería, robo, mal carácter, enfermedad incurable. Sin embargo la repudiación era poco frecuente.

India. Las leyes de *Manú* admitían el repudio a la mujer en el caso de que fuera estéril a los ocho años de matrimonio, que todos los hijos murieran en minoría de edad, que hubiera engendrado solamente mujeres, si bebía licores, que padeciera enfermedad incurable, que fuera pródiga, si hablaba con dureza al marido, podía ser repudiada de inmediato.

La mujer podía abandonar al marido que fuera un criminal, impotente, atacado por lepra, o tuviera ausencia prolongada en naciones extranjeras.

Grecia. Cualquiera de los esposos tenía la facultad de pedir disolución del matrimonio. El marido daba un libelo de repudio como en Judea. La mujer solicitaba sentencia del arconte.

Eran causas de divorcio: el adulterio, la esterilidad, los malos tratamientos. El marido podía devolver o abandonar a la mujer aún sin razón, pero en este caso ella podía reclamar que se le restituyera la dote o que se le pagaran intereses o alimentos.

Derecho musulmán

El matrimonio podía disolverse de cuatro maneras en vida de los cónyuges: repudio del hombre, divorcio obligatorio para ambos, el mutuo consentimiento, y el divorcio consensual retribuido.

El marido podía repudiar a la mujer por adulterio o indocilidad de la misma.

El divorcio era obligatorio en los siguientes casos: impotencia, enfermedad que hiciera peligrosa la cohabitación, incumplimiento de las condiciones del contrato de matrimonio como no pagar la dote al marido y no suministrar éste alimentos a la mujer; así como el adulterio.

El mutuo consentimiento era causa de divorcio y el divorcio consensual retribuido era aquél en el que el marido renunciaba a los derechos que tenía sobre su mujer, mediante una compensación que ésta le pagaba. Para la validez de este convenio se requería que la mujer tuviera una plena capacidad de disposición. Los efectos que producía este convenio eran los mismos que los del repudio.

Derecho romano

De interés especial para nuestra legislación es el conocimiento del derecho romano por ser su antecedente directo y remoto.

Desde los orígenes de Roma el divorcio fué conocido y regulado jurídicamente. Tenía lugar en diferente forma si el matrimonio había sido celebrado *cum manu* o *sine manu*, es decir, quedando la mujer bajo la potestad del marido en el primer caso, o libre de ella en el segundo caso.

En el matrimonio *cum manu*, el divorcio consistía en derecho de repudio por parte del marido. Según Cicerón, este tipo de divorcio fué admitido desde la Ley de las XII Tablas. En esta forma de matrimonio el repudio era un acto unilateral y exclusivo del marido, quedando el mismo con la única obligación de restituir la dote de la mujer.

Si el matrimonio había sido celebrado en forma solemne por medio de la *confarreatio*, se disolvía por la *disfarreatio* en la que se necesitaban también ciertas formalidades, como el hacer una ofrenda a Júpiter, dios tutelar del matrimonio, acompañada de expresiones verbales.

El sacerdote podía negarse a officiar en la *disfarreatio* cuando no existiere alguna de las causas de divorcio reconocidas por el derecho sacro.

En el matrimonio celebrado por *coemptio* (compra de la mujer), se disolvía por el *remancipatio*, otra especie de venta a semejanza de una *manumissium*, forma de salir de la esclavitud.

La *remancipatio* de la mujer casada equivalía a la emancipación de la hija, era realmente en repudio.

En el matrimonio celebrado *sine manu*, el derecho de disolver el vínculo era recíproco y asumía a su vez dos formas: el divorcio *bona gratia* que no requería ninguna formalidad y surtía sus efectos por el mutuo consentimiento, llamado también *divortium comuni consensu*.

Requería únicamente darle carácter de seriedad y notoriedad a la intención de divorciarse a través de una declaración expresa. La segunda forma era el repudio sin causa *repudium sine nulla causa* por la sola voluntad de cualquiera de los esposos y sin la intervención del magistrado o el sacerdote y sin necesitarse el consentimiento de la otra parte. Las consecuencias de la repudiación eran en tanto semejantes, para ambos consortes. La mujer que repudiaba perdía su dote y las donaciones matrimoniales. Si era el marido perdía el derecho a la dote y las donaciones y cuando éstas no existían tenía que darle a la mujer la cuarta parte de su patrimonio.

Derecho canónico

Tiene como característica la indisolubilidad del matrimonio, por considerarlo un sacramento perpetuo. Al respecto el canon 1118 declara: “El matrimonio válido, rato y consumado no puede ser disuelto por ninguna potestad humana ni por ninguna causa, fuera de la muerte”.

Establece solamente ciertas formas disolver el vínculo matrimonial: El matrimonio no consumado y el matrimonio entre no bautizados. Con respecto al primero, el canon 1119 señala: “El matrimonio no consumado entre bautizados o entre una pareja bautizada y otra que no lo está, se disuelve tanto por la disposición del derecho, en virtud de la profesión religiosa solemne como dispensa concedida por la Sede apostólica con causa justa, a ruego de ambas partes, o de una de ellas aunque la otra se oponga”.

La segunda forma de disolver el matrimonio consiste en el llamado privilegio Paulino.

2.3 EL DIVORCIO EN EL DERECHO MEXICANO

Derecho precortesiano.

Poco se conoce de la organización jurídica de los pueblos que habitaban el actual territorio de nuestro país antes de la llegada de los españoles. Estos pueblos tenían culturas y civilizaciones vacías, y estaban unidos entre sí por estrechas ligas étnicas o sociales que fueron causa de afinidades numerosas.

Entre ellos ejerció una hegemonía severa el pueblo de los aztecas, asentados en la parte central de nuestro actual territorio, y que fueron los que sufrieron en forma más directa el impacto de la conquista.

Entre los aztecas, el vínculo matrimonial era susceptible de disolución durante la vida de los cónyuges, ya porque se tratara de un matrimonio temporal, cuya subsistencia estaba sujeta a la voluntad del hombre, ya porque hubiera causas que ameritaran la disolución.

El divorcio requería para su validez y para que produjera efectos de rompimiento del vínculo, que la autoridad judicial lo autorizara y que el que pidiera la autorización se separara efectivamente de su cónyuge.

Las causas de divorcio eran variadas. El marido podía exigirlo en caso de que la mujer fuera pendenciera, impaciente, descuidada o perezosa, sufriera una larga enfermedad o fuera estéril.

La mujer a su vez, tenía las siguientes causas: que el marido no pudiera mantener a ella a los hijos, o que la maltratara físicamente.

Derecho colonial

En la rama que nos ocupa y en toda la materia de derecho privado, rigió la legislación española, y no conoció el divorcio vincular en el pasado. Es hasta la reciente ley de julio de 1981, con excepción de un brevísimo periodo durante la República (1932 a 1939) que España ha establecido esta forma de divorcio.

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 la libertad para contraer un nuevo matrimonio mientras vive el otro cónyuge.

México independiente

Consumada la independencia en 1821, el flamante Estado requería de una organización propia. Debido a ello todos los esfuerzos legislativos tendieron a la creación de las normas jurídicas básicas que dieron como resultado la primera Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos de 1824.

La materia privada siguió siendo regulada por el viejo derecho español, fundamentalmente por las partidas.

Algunos surgieron al nivel de las entidades federativas que dieron como resultado la creación de Códigos Civiles o de proyectos de los mismos, en el ámbito local. En cuanto al Distrito y Territorio Federales, hubo que esperar hasta el año de 1870 para que surgiera el primer Código Civil.

Código Civil para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California de 1870.

La entrada en vigor de este Código el 1º de marzo de 1871 trajo la consecuencia de unificar la materia civil en todo el territorio de la República, pues, con variantes ligeras en cada entidad federativa, sirvió de modelo a todas ellas para la elaboración de sus propios Códigos Civiles.

Reguló el divorcio separación estableciendo siete causas para pedirlo, a saber: 1) El adulterio de uno de los cónyuges; 2) La propuesta del marido para prostituir a la mujer; 3) La incitación o violencia hecha al cónyuge para cometer algún delito; 4) La corrupción o la tolerancia en ella, de los hijos; 5) El abandono sin causa del domicilio conyugal prolongado por más de dos años; 6) La sevicia y 7) La acusación falsa hecha por un cónyuge al otro.

Código civil del Distrito Federal y Territorios de la Baja California y Tepic en 1884.

Reprodujo los preceptos del Código anterior en cuanto a la naturaleza del divorcio, sus efectos y formalidades, reduciendo los trámites necesarios para la consecución del mismo.

A las siete causas que establecía el Código derogado y que se señalaron en el inciso anterior, se añadieron seis más: 1) El que la mujer diera a luz un hijo concebido antes del matrimonio y fuera declarado legítimo; 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.

Ley sobre relaciones Familiares de 1917.

Regula el divorcio en los artículos 75 al 106. Se asemeja en las causales al Código de 1884, mas en esta ley son causas de divorcio vincular.

Establece doce causas muy semejantes a las que señala el Código vigente en las primeramente enumeradas del artículo 267. En el mutuo consentimiento se requieren tres juntas de avenencia. Incluye a las enfermedades como causa de divorcio o de simple separación y regula los efectos del divorcio en forma bastante semejante al Código derogado.

2.4 CONSECUENCIAS

El Juez de lo familiar al decretar la separación judicial de los cónyuges produce las siguientes consecuencias jurídicas:

1) La separación de los cónyuges (extingue el deber de cohabitación y el débito conyugal). El Juez de lo Familiar determinará con audiencia de parte, y teniendo en cuenta el interés familiar y lo que más convenga a los hijos, cuál de los cónyuges continuará en el uso de la vivienda familiar y así mismo, previo inventario, los bienes en seres que continúen en ésta y los que se ha de llevar el otro cónyuge, incluyendo los necesarios para ir al ejercicio de la profesión, arte, u oficio a que esté dedicado, debiendo informar éste el lugar de su residencia.

La separación conyugal decretada por el Juez interrumpe los términos a que se refieren las fracciones VIII y IX del artículo 287 de este Código.

2) Las que se estimen convenientes para que los cónyuges no se puedan causar perjuicios en sus respectivos bienes ni en los de la sociedad conyugal en su caso. Así mismo, ordenar cuando existan bienes que puedan pertenecer a ambos cónyuges la anotación preventiva de la demanda en el Registro Público de la Propiedad del Distrito Federal. Y de aquellos lugares en que se conozca que tienen bienes;

3) Persisten los demás deberes del matrimonio: fidelidad, ayuda mutua, proporcionar las cantidades que a título de alimentos debe dar el acreedor alimentario, patria potestad compartida, régimen de sociedad conyugal y su administración;

4) Dictar en su caso, las medidas precautorias que la ley establece respecto a la mujer que quede embarazada;

5) Poner a los hijos al cuidado de la persona que de común acuerdo hubieren designado los cónyuges, pudiendo ser uno de éstos. En defecto de ese acuerdo, el cónyuge que pida el divorcio propondrá la persona en cuyo poder deben quedar provisionalmente los hijos. El Juez de lo Familiar, previo el procedimiento que fije el Código respectivo y tomando en cuenta la opinión del menor, resolverá lo conducente.

Salvo peligro grave para el normal desarrollo de los hijos, los menores de doce años deberán quedar al cuidado de la madre;

6) En los casos en que el juez de lo familiar lo considere pertinente, de conformidad con los hechos expuestos y las causales invocadas en la demanda, tomará las siguientes medidas, con el fin de salvaguardar la integridad y seguridad de los interesados, que tratándose de violencia familiar deberá siempre decretar:

a) Ordenar la salida del cónyuge demandado de la vivienda donde habita el cónyuge familiar.

- b) Prohibición al cónyuge demandado de ir a lugar determinado, tal como el domicilio o el lugar donde trabajan o estudian los agraviados.
- c) Prohibir que el cónyuge demandado se acerque a los agraviados a la distancia que el propio Juez considere pertinente.
- 7) Revocar o suspender los mandatos que entre los cónyuges se hubieran otorgado, con las excepciones que marca el artículo 2596 de este Código;
- 8) Requerirá a ambos cónyuges para que le exhiban bajo protesta de decir verdad, un inventario de sus bienes y derechos, así como, de los que se encuentren bajo el régimen de sociedad conyugal, en su caso, especificando además el título bajo el cual se adquirieron o poseen, el valor que estime que tienen, las capitulaciones matrimoniales y un proyecto de partición. Durante el procedimiento, recabará la información complementaria y comprobación de datos que en su caso precise.

La persistencia de ciertos deberes entre los cónyuges separados judicialmente presenta una peculiar problemática jurídica que analizaremos de inmediato.

- a) El deber de fidelidad. El divorcio separación extingue el débito sexual entre los cónyuges; obliga en consecuencia a ambos a una forzada castidad legal. El cónyuge que entabla relaciones sexuales con tercero, comete el delito de adulterio.
- b) En casos de separación o de abandono de los cónyuges, el que no haya dado lugar a ese hecho, podrá pedir al Juez de los Familiar que obligue al otro seguir contribuyendo con los gastos del hogar durante la separación en la misma proporción en que lo venía haciendo hasta antes de esta, así como también satisfaga los adeudos contraídos en los términos del artículo 322. Si dicha proporción no se pudiera determinar, el Juez de lo Familiar fijará la suma

mensual correspondiente y dictará las medidas necesarias para asegurar su entrega y el pago de lo que ha dejado de cubrir desde la separación.

Una vez que la sentencia que decreta el divorcio causa ejecutoria, se inician las consecuencias que trae consigo la disolución del matrimonio. Estas consecuencias tienen una triple naturaleza: en cuanto a las personas de los cónyuges, en cuanto a los bienes de los mismos y en cuanto a sus hijos que a continuación se detallan:

a) En las personas de los cónyuges.

El efecto directo del divorcio es la extinción del vínculo conyugal. En virtud del divorcio los antes cónyuges dejan de serlo y recobran su entera capacidad para contraer un nuevo matrimonio (artículo 289 del Código Civil para el Distrito Federal)

b) En cuanto al, o a la cónyuge culpable, la ley impone como sanción en cuanto a los bienes de los cónyuges lo siguiente:

El cónyuge que diere causa al divorcio perderá todo lo que se le hubiere dado o prometido a su consorte o por otra persona en consideración a éste; el cónyuge inocente conservará lo recibido y podrá reclamar lo pactado en su provecho (artículo 286 del Código Civil para el Distrito Federal). En los casos de divorcio necesario, el Juez de lo Familiar sentenciará al cónyuge culpable al pago de alimentos a favor del cónyuge inocente, tomando en cuenta las circunstancias del caso, entre ellas las siguientes: La edad y el estado de salud de los cónyuges; Su calificación profesional; Duración del matrimonio y dedicación pasada y futura a la familia; Colaboración con su trabajo en las actividades del cónyuge; Medios económicos de uno y otro cónyuge, así como de sus necesidades; y las demás obligaciones que tenga el cónyuge deudor. En todos los casos, el cónyuge inocente que carezca de bienes o que

durante el matrimonio se haya dedicado preponderantemente a las labores del hogar o al cuidado de los hijos, o que esté imposibilitado para trabajar, tendrá derecho a alimentos, (artículo 287 del Código Civil para el Distrito Federal).

El divorcio disuelve la sociedad conyugal, por ello, ejecutoriado el divorcio, se procederá desde luego y tomando en consideración, en su caso, los datos recabados en términos del artículo 282 a la división de los bienes comunes.

c) Y en cuanto a los hijos, se tomarán las precauciones necesarias para asegurar las obligaciones que queden pendientes entre los cónyuges o con respecto a los hijos. Los ex cónyuges tendrán obligación de contribuir, en proporción a sus bienes e ingresos, a las necesidades de los hijos, a la subsistencia y a la educación de éstos hasta que lleguen a la mayoría de edad. (Artículo 287 del Código Civil para el Distrito Federal). Cabe señalar que el cónyuge que tiene la custodia de los hijos cumple en buena parte con el esfuerzo que significa la atención y cuidado de los hijos, de esta manera el progenitor que no tiene esta tarea deberá cumplir con una mayor asignación económica.

2.5 PROCEDIMIENTO DEL DIVORCIO NECESARIO

Etapas procesales

Demanda, contestación, (y reconvenición en su caso). Traslado de la reconvenición (si la hubo), audiencia conciliatoria, ofrecimiento, admisión de pruebas y desahogo de pruebas, alegatos, sentencia (y apelación en su caso) (juicio de amparo en su caso), auto en el que se

declara que la sentencia definitiva dictada ha causado ejecutoria, envío de copia certificada de la sentencia con los insertos necesarios al Registro Civil para hacer la anotación correspondiente de divorcio.

Demanda y contestación

Se inicia el procedimiento con la demanda en la cual el cónyuge ofendido invoca una de las diversas causales de divorcio establecidas en el artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal y reclama la disolución del vínculo matrimonial que une a los cónyuges.

Con la demanda deberá adjuntarse copia certificada del acta de matrimonio, copia certificada de las actas de nacimiento de los hijos si los hubiere.

Contestación a la demanda y reconvencción en su caso.

Admitida la demanda el Juez de lo familiar mandará a emplazar al demandado a fin de que produzca su contestación dentro del término de nueve días.

En el escrito de contestación a la demanda, la parte demandada indicará si son ciertos los hechos señalados en la demanda y, por lo tanto, si ha concurrido o no en la o las causales de divorcio que se le imputen, en su caso, puede también en el mismo escrito de contestación reconvenir a su contra parte, o sea hacer valer a su vez, causales de divorcio en contra del demandante. En este supuesto los papeles de actor y demandado se invertirán.

Traslado de la reconvencción si la hubo. De presentarse reconvencción, el Juez deberá correr traslado de ella al cónyuge demandante para que la conteste dentro de seis días.

A partir de la fecha en que surta efectos de notificación el auto en que se tiene por contestada la demanda o la reconvencción, el Juez dará vista a la parte que corresponda con las excepciones que se hubieren opuesto en contra, por el término de tres días para que manifieste lo que a su derecho corresponda, y en caso de que el demandado oponga reconvencción lo hará precisamente al contestar la demanda y nunca después, y se correrá traslado del escrito a la parte actora para que la conteste en el término de seis días.

Audiencia previa y de conciliación

Una vez contestada la demanda, y en su caso la reconvencción, el Juez señalará de inmediato fecha y hora para la celebración de una audiencia previa y de conciliación, dentro de los diez siguientes.

Ofrecimiento de pruebas

El mismo día en que se haya celebrado la audiencia previa de conciliación y de excepciones procesales, si en la misma no se terminó el juicio por convenio o a más tardar al día siguiente de dicha audiencia, el Juez abrirá el juicio al periodo de ofrecimiento de pruebas que es de diez días comunes, que empezarán a contarse desde el día siguiente a aquél en que surta efectos la notificación a todas las partes del auto que manda abrir el juicio a prueba.

En materia de divorcio pueden emplearse todos los medios de prueba que puedan producir convicción en el ánimo del juzgador a cerca de los hechos controvertidos o dudosos.

No debe olvidarse que existen reglas especiales para el ofrecimiento de cada prueba, mismas reglas que se encuentran contenidas en los artículos 291 a 297 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

Transcurrido el término de diez días para el ofrecimiento de pruebas, el Juez debe dictar auto en el cual determinará qué pruebas de las ofrecidas por las partes serán admitidas, y señalará fecha y hora para el desahogo de las mismas.

Enseguida, se procederá a la recepción y práctica de las pruebas, exclusivamente de aquellas que hubieren sido admitidas, y en cuanto a esta etapa procesal, también hay normas aplicables a cada tipo de prueba. Estas normas se encuentran contenidas en los artículos 308 al 384 del Código Procesal Civil para el Distrito Federal.

Existen pruebas que requieren para su recepción o desahogo de la celebración de la audiencia de Ley, a la cual deberán concurrir los cónyuges en sus respectivos papeles de actor y demandado, bien sea personalmente o a través de apoderado legal, además de testigos o peritos si los hubiere. como sucede con las siguientes pruebas: confesional, testimonial, pericial, reconocimiento o inspección judicial.

Existen otros tipos de prueba, como por ejemplo, la documental pública o privada, la consistente en fotografías, copias fotostáticas etc.; que se dicen quedan desahogadas dada su propia naturaleza, es decir, se encuentran ya integradas en el expediente.

De cualquier manera, la audiencia establecida en el artículo 385 del Código adjetivo multicitado, debe celebrarse el día y hora que para ese efecto señale el Juez que conoce del asunto, iniciándose con la indicación de las personas que comparecen y deban intervenir. Acto

continuo se procede al desahogo de las pruebas, primero las de la parte actora y después las de la parte demandada.

Alegatos

Concluida la recepción de las pruebas, establece el artículo 393 del referido Código procesal, el Tribunal dispondrá que las partes aleguen por sí o por sus abogados o apoderados y, concluidos los alegatos, el Juez se reservará para dictar la sentencia que proceda.

Al dictar la sentencia respectiva, el juez valorará las pruebas rendidas, en la inteligencia de que si le quedara duda acerca de algún punto controvertido, podrá en cualquier momento antes de dictar la sentencia, decretar la práctica o ampliación de cualquier diligencia probatoria.

Sentencia

Al dictar el Juzgador la sentencia definitiva si se hubieren probado la o las causales de divorcio en que se basó la demanda, declarará disuelto el vínculo matrimonial, dejando por lo tanto a los cónyuges en actitud de contraer nuevo matrimonio, y determinará además lo relativo a la situación de los hijos, de los bienes y al pago de alimentos.

Concluido el término de nueve días para interponer el recurso de apelación por cualquiera de las partes, y no se interpusiese por alguna de ellas, el Juez a petición de parte

dictará auto en el que se declare que la sentencia definitiva ha causado ejecutoria y se procederá a su cumplimiento según sus términos.

Entre los puntos resolutivos de la sentencia de divorcio se incluye la de enviar al Oficial del Registro Civil respectivo, copia certificada de la sentencia con los insertos necesarios, a fin de que se haga la anotación marginal en el acta de matrimonio.

2.6 PROCEDIMIENTO DEL DIVORCIO VOLUNTARIO JUDICIAL

Es la disolución del vínculo matrimonial en vida de los cónyuges, decretada por autoridad competente ante la solicitud por mutuo acuerdo de ambos cónyuges.

El Código Civil para el Distrito Federal, regula de dos formas este tipo de divorcio, dependiendo de la autoridad ante que quien se solicite; el divorcio administrativo, que se solicita ante un Oficial del Registro Civil, y al divorcio judicial interpuesto ante un Juez de lo Familiar.

Cuando los cónyuges que quieren divorciarse por mutuo consentimiento habiendo hijos de por medio, o son menores de edad, tienen que recurrir al Juez de lo Familiar competente, para solicitar el divorcio siempre que haya transcurrido un año o más de celebrado el matrimonio

Con la solicitud de divorcio debe adjuntarse un convenio en el que se fijen los siguientes puntos:

- 1) 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.

- 2) El modo de atender las necesidades de los hijos a quien deben 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.
- 3) 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.
- 4) 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.
- 5) La cantidad o porcentaje o pensión alimenticia a favor del cónyuge acreedor en los términos del inciso número dos.
- 6) 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 este efecto, en su caso, las capitulaciones matrimoniales, el inventario, avalúo y el proyecto de partición.
- 7) 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.

El procedimiento del divorcio voluntario judicial se encuentra regulado por el título undécimo del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, en los artículos 674 a 682. Cuando ambos cónyuges convengan el divorciarse, en los términos del último párrafo del artículo 272 del Código Civil, deberán ocurrir al tribunal competente presentando el convenio que se exige en el artículo 273 del Código citado, así como una copia certificada del acta de matrimonio y de las de nacimiento de los hijos menores.

Hecha la solicitud, citará el tribunal a los cónyuges y al representante del Ministerio Público a una junta en la que se identificará plenamente ante el Juez, que se efectuará después de los ocho y antes de los quince días siguientes, y si asistieren los interesados los exhortará para procurar su reconciliación. Si no logra averirlos, aprobará provisionalmente, oyendo al representante del Ministerio Público, los puntos del convenio relativos a la situación de los hijos menores o incapacitados, a la separación de los cónyuges y a los alimentos de aquellos y de los que un cónyuge debe dar al otro mientras que dure el procedimiento, dictando las medidas necesarias de aseguramiento.

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

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

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

En cualquier caso en que los cónyuges dejaren pasar más de tres meses sin continuar el procedimiento, el tribunal declarará sin efecto la solicitud y mandará archivar el expediente.

En caso de que el Ministerio Público se oponga a la aprobación del convenio, por considerar que viola los derechos de los hijos o que no quedan bien garantizados, propondrá las modificaciones que estime procedentes y el tribunal lo hará saber a los cónyuges para que, dentro de los tres días, manifiesten si aceptan las modificaciones.

En caso de que no las acepten, el tribunal resolverá en la sentencia lo que proceda con arreglo a la ley, cuidando de que, en todo caso, queden debidamente garantizados los derechos de los hijos.

Cuando el convenio no fuere de aprobarse, no podrá decretarse la disolución del matrimonio.

La sentencia que decreta el divorcio por mutuo consentimiento es apelable en el efecto devolutivo. La que lo niegue es apelable en ambos efectos.

Ejecutoriada la sentencia de divorcio, el tribunal mandará remitir copia de ella al Juez del Registro Civil de su jurisdicción, el del lugar en que el matrimonio se efectuó y al del nacimiento de los divorciados para los efectos de los artículos 114,116, y 291 del Código Civil.

De la misma manera, la reconciliación de los cónyuges pone término al juicio de divorcio en cualquier estado en que se encuentre si aún no hubiere sentencia ejecutoriada. En este caso no podrán volver a solicitar el divorcio por mutuo consentimiento sino pasado un año desde su reconciliación. (Art.276). La muerte de uno de los cónyuges pone fin al juicio de divorcio, tanto al solicitado por mutuo consentimiento, como al pedido por uno solo de los cónyuges.

En estas circunstancias los herederos tienen los mismos derechos y obligaciones que tendrían si no hubiere existido dicho juicio.(Art. 290).

CAPITULO III

LA FAMILIA Y EL ESTADO

3.1 DERECHO DE FAMILIA

Concepto

El Derecho de familia no se inventa. Constata la existencia del matrimonio y la familia y procura descubrir sus relaciones y sus fines. En la medida que se profundiza en las instituciones del Derecho de familia se van descubriendo sus relaciones y sus fines, que van variando a través del tiempo y lugares.

Sobre el particular, Bonnacase señala que “la familia es un todo orgánico, cuyos datos fundamentales escapan a nuestro espíritu porque se trata de los datos mismos de la especie humana; en su base se encuentra la diferencia de sexos que implica una diferencia de actitudes, y una diferencia de funciones. El Derecho no crea a la familia; simplemente organiza con el nombre de matrimonio basado en una estructura orgánica natural, revelada por la biología humana. Por lo tanto, si se desea determinar la naturaleza específica del matrimonio desde el punto de vista del Derecho, necesariamente debe partirse de la definición biológica de la familia y del matrimonio que en el fondo forman una sola”.²⁵

²⁵Filosofía del Código de Napoleón aplicada al Derecho de Familia. Ed. José M. Cajica Jr. México, 1945. pág 206.

Debemos tomar en cuenta que las instituciones familiares exceden el dominio del Derecho en mucho, por la gran influencia moral y religiosa que en ellos se observa. La familia constituye la célula base de la sociedad y el Derecho sobre esta materia regula, en primer lugar, su organización, su existencia y sus bases materiales. Igualmente, las consideraciones sobre estabilidad de la familia aparecen justificadas solamente en lo que se refiere a ésta célula social.

La familia no se regula sólo por el Derecho, Roberto B. “Ruggiero señala que como organismo social, está fundado en la naturaleza y en las necesidades naturales, tales como la unión sexual, la procreación, el amor, la asistencia, la cooperación, la familia no se haya regulada exclusivamente por el Derecho. En ningún otro campo incluye como en éste la religión, la costumbre, la moral. Antes que jurídico, la familia es un organismo ético”.²⁶

Es evidente que el Derecho de familia no penetra en todas las relaciones familiares; muchas se resuelven con criterios morales, no puede desconocerse la necesidad de que el Estado intervenga para procurar mayor firmeza, certidumbre, y estabilidad en las distintas relaciones que regula el Derecho de familia, en esto se justifica la intervención del Estado, para procurar una mayor seguridad en las distintas relaciones de sus componentes, seguridad que afecta definitivamente la existencia misma de la sociedad y la nación.

José Castán Tobeñas dice: “El Derecho de Familia es el conjunto de normas o preceptos que regulan esas mismas relaciones que mantienen entre sí los miembros de la familia”.²⁷

²⁶ Cfr Manuel Asencio Chavez, Op. Cit., pág. 154

²⁷ Ibid., pág. 155.

Para Ferrara, citado por Castán Tobeñas, “el Derecho de Familia es el complejo de las normas jurídicas que regulan las relaciones personales y patrimoniales de los pertenecientes a la familia entre sí y respeto de terceros”.²⁸

Para Julián Bonecasse, “el Derecho de Familia es el conjunto de reglas de Derecho, de orden personal y patrimonial, cuyo objeto exclusivo, principal accesorio o indirecto es presidir la organización, vida y la disolución de la familia”.²⁹

Con base en lo anterior se puede decir que el Derecho de Familia es el conjunto de normas jurídicas de un fuerte contenido moral y religioso, que regulan la familia y las relaciones familiares personales y patrimoniales que existen entre sus miembros y entre éstos con otras personas y el Estado, que protegen a la familia y sus miembros, y promueven a ambos para que la familia pueda cumplir su fin.

Ubicación del Derecho de familia

El Derecho de familia es un Derecho que ha despertado inquietud, porque participa del público y del privado. Se destaca el interés de la sociedad y del Estado que interviene en los principales actos constitutivos y fija fines de las instituciones familiares. Por otra parte, se destaca el interés personal de quienes integran las relaciones familiares. Se conjugan los intereses personales y los sociales; en la familia se persiguen fines personales, fines familiares y fines sociales; es una comunidad que tiene proyección social.

²⁸ Ibid, pág . 155

²⁹ Ibid, pág . 155

No podemos colocar al Derecho de familia dentro del Derecho Público, pues independientemente de los diferentes criterios para clasificar el Derecho Público y Privado, la intervención del Estado es distinta a la que observamos en el Derecho Público, y predominan las relaciones entre personas que son miembros de las familias, orientadas hacia un fin social y familiar.

En el matrimonio, en la familia, en la patria potestad, en la tutela, la sociedad y el Estado señalan fines específicos que no pueden omitirse, y cualquier disposición en contrario se tendrá por no puesta. Estos fines interesan a la sociedad y al Estado. Una familia bien integrada será base sólida para un Estado fuerte y una nación que se desarrolle progresivamente; lo contrario una familia desintegrada, será el elemento perjudicial al desarrollo nacional.

El Derecho de familia comprende normas de Derecho Público, y normas de Derecho Privado. Las normas que regulan, protegen y promueven a la familia las encontramos en las distintas leyes que integran nuestro Derecho positivo. Es lógico lo anterior, porque si la familia constituye el primer núcleo fundamental de la sociedad y de ella se deriva que el país sea fuerte y vigoroso, a la familia y sus miembros habrán de referirse las distintas leyes para tratar sobre su constitución, su vida y disolución, así también para poder proporcionar a ésta, a través de normas protectoras de orden público, todo lo necesario para que la familia pueda cumplir con su misión, por ejemplo obtener un salario remunerador, seguridad social, educación, diversión, etc.

Es tan amplio el Derecho de familia que no se puede catalogar dentro del Derecho Público o Derecho Privado por comprender ha ambos. No es posible integrarlo dentro de un

cuerpo de leyes o Código familiar, porque la familia es tan importante y su influencia tan basta, que la encontramos en toda legislación.

Familia

Con base en los distintos artículos del Código Civil para el Distrito Federal, se puede elaborar un concepto y decir que para el Derecho, la familia es una institución natural, de contenido ético, que como núcleo primario (388 del Código Civil para el Distrito Federal) constituye una comunidad humana de vida, vinculada por lazos de matrimonio, parentesco o concubinato (138 Quintus del Código citado), cuyas relaciones interpersonales y jurídicas, constituyen un conjunto de deberes, derechos y obligaciones (138 Quater del Código citado), con respeto a la dignidad de las personas (138 Ter del Código en comento) y a su integridad física y psíquica (323 Ter del Código en comento), cuyos miembros conviven en un domicilio común (29, 31 fracción I, 163, y 423 del multicitado Código), tiene un patrimonio y fines propios.

La familia en el Código Civil

En el actual Código Civil para el Distrito Federal, vigente a partir del primero de junio del año 2000, adiciona un nuevo título el Cuarto Bis, que se titula “De la Familia” lo que es conveniente pues es una institución fundamental para las personas y la sociedad, que es reconocida como de orden público en el artículo 138 Ter, que confirma lo ya expresado en el

Código procesal en su artículo 940. La legislación, la jurisprudencia y la doctrina califican a la familia y sus relaciones de orden público, por ser el núcleo básico de la sociedad.

El objeto de las normas jurídicas es proteger la organización y desarrollo integral de los miembros de la familia basados en el respeto a su dignidad.

3.2 PROBLEMA POLITICO DEL DERECHO DE FAMILIA

El problema político se plantea en el sentido de determinar si el Estado debe tener injerencia en la organización de la familia y, en el caso de resolverse esta cuestión en sentido positivo, precisar cual es la intervención del Estado en el seno familiar.

La primera cuestión evidentemente que debe resolverse en sentido afirmativo: El Estado sí debe tener intervención en la organización jurídica de la familia, por múltiples razones:

- a) Porque de la solidaridad familiar depende en gran medida la solidaridad política, de tal manera que peligraría la existencia misma del Estado si ocurriera la disolución de la familia o ésta estuviese organizada de manera deficiente o incompleta por el Derecho.
- b) Porque el Estado debe tutelar un conjunto de intereses de orden público que existen en el seno de la familia. Ya hemos caracterizado las instituciones familiares, indicando que en ellas prevalece el interés social al grado de que Cicu ha considerado que las normas del Derecho Familiar fundamentalmente pertenecen al Derecho Público, o bien algunos autores han considerado que el régimen jurídico de la familia tiene características tanto de Derecho Privado como de Derecho Público, al armonizar intereses individuales e intereses generales representados por el grupo familiar.

c) Porque el Estado debe intervenir a través de sus órganos a fin de que se celebren determinados actos jurídicos del Derecho Familiar, tales como el matrimonio, la adopción, el reconocimiento de hijos, etc., a efecto de dar autenticidad a los citados actos y proteger los derechos de las partes evitando hasta donde sea posible que puedan ocurrir después problemas de nulidad.

d) Porque finalmente el Estado debe controlar la actividad de los que ejercen la patria potestad y la tutela, mediante la intervención del Juez, para impedir que se realicen actos perjudiciales a los intereses de los menores o incapacitados.

Tomando en cuenta las razones anteriores, se comprenderá que en el Derecho moderno, el Estado no puede permanecer ajeno a la solidaridad familiar.

3.3 LA INTERVENCION DEL ESTADO EN LA ORGANIZACIÓN JURIDICA DE LA FAMILIA

Para Cicu éste es el problema más importante del Derecho de familia pues determina la injerencia del Estado dentro del grupo familiar, para considerar a éste como un ente Público.

Así mismo precisa el control de la autoridad judicial en diferentes relaciones familiares con la obligación de someterse a dicho control, el cual no sólo es de legitimidad, sino también de oportunidad, teniendo carácter no sólo preventivo sino también posterior y substitutivo.

Precisa también múltiples casos en los cuales la autoridad judicial puede a veces proveer de oficio y nos indica la injerencia constante del Ministerio Público en las cuestiones de familia, con la facultad de accionar directamente en ciertos casos.

En cuanto a las sentencias sobre asuntos familiares, hace notar que las mismas no tienen no sólo valor de actos administrativos en jurisdicción voluntaria, sino también de verdaderos actos jurisdiccionales, teniendo las características de ejecutoriedad en sentido amplio.

Compara Cicu a la familia con los entes públicos para considerar que tanto en la organización de una y de otros tiene intervención directa el Estado proveyendo, a través de disposiciones jurídicas a la mejor realización de los fines institucionales.

En nuestro Derecho tenemos la necesaria intervención del Juez y de su autorización para vender bienes inmuebles del incapaz o muebles preciosos, juzgando no sólo de la necesidad, sino también de la evidente utilidad de la operación.

También el control de la autoridad judicial no es sólo preventivo, sino posterior y substitutivo. Cicu entiende por control posterior al que tiene carácter represivo para anular todos aquellos actos ejecutados sin la autorización judicial correspondiente. Además tal control puede ser substitutivo como ocurre en los casos en que se priva de la patria potestad por actos inmorales o causa graves como las indicadas por el artículo 444 de nuestro Código vigente, a efecto de que no sólo se pierda ese Derecho, sino que otra persona sustituya a los padres y a los abuelos. Lo mismo ocurre tratándose de tutor cuando se le destituye del cargo y se le designa otro. Nuestro Derecho admite también el control judicial para reprimir todos aquellos actos de los que ejercen la patria potestad o tutela en perjuicio de los intereses de los incapaces y el artículo 422 estatuye que: "A las personas que tengan al hijo bajo su patria potestad, incumbe la obligación de educarlo convenientemente. Cuando llegue a conocimiento de los Consejos Locales de Tutela de las personas de que se trata no cumple esa obligación, lo avisarán al Ministerio Público para que promueva lo que corresponda".

En el artículo 423 se determina una cooperación entre las autoridades y los que ejercen la patria potestad, dice así: “Para los efectos del artículo anterior los que ejerzan la patria potestad o tengan hijos bajo su custodia, tienen la facultad de corregirlos y la obligación de observar una conducta que sirva a éstos de buen ejemplo.

Las autoridades en caso necesario, auxiliarán a esas personas haciendo uso de amonestaciones y correctivos que les presten el apoyo suficiente”.

Para la tutela existe también un control judicial directo en los términos del artículo 633: “Los Jueces de lo familiar son las autoridades en cargadas exclusivamente de intervenir en los asuntos relativos a la tutela”.

Ejercerán una sobrevigilancia sobre el conjunto de los actos del tutor para impedir, por medio de disposiciones apropiadas, la transgresión de sus deberes”. Además, el curador, conforme al artículo 626, ejerce también una vigilancia directa sobre los actos del tutor. Dice así el citado precepto: I.- A defender los derechos del incapacitado en juicio o fuera de él, exclusivamente en el caso de que estén en oposición con los del tutor; II.- A vigilar la conducta del tutor y a poner en conocimiento del Juez todo aquello que considere que puede ser dañoso al incapacitado; III.- A dar aviso al Juez para que se haga el nombramiento de tutor cuando éste faltare o abandonare la tutela; IV.- A cumplir las demás obligaciones que la ley le señale”.

Por último en el Consejo Local de Tutelas, el Código vigente ha creado un órgano de vigilancia y de información, respecto a los actos del tutor. El artículo 632 estatuye: “El Consejo Local de Tutelas es un órgano de vigilancia y de información que, además de las

funciones que expresamente le asignan varios de los artículos que preceden, tiene las obligaciones siguientes”:

- I. Formar y remitir a los Jueces de lo familiar una lista de las personas de la localidad que, con su actitud legal y moral pueden desempeñar la tutela, para que de entre ellas se nombren los tutores y curadores, en los casos que estos nombramientos correspondan al Juez;
- II. Velar porque los tutores cumplan sus deberes, especialmente en lo que se refiere a la educación de los menores; dando aviso al Juez de lo familiar de faltas u omisiones que notare;
- III. Avisar al Juez de lo familiar cuando tenga conocimiento que los bienes de un incapacitado están en peligro, a fin de que dicte las medidas correspondientes;
- IV. Investigar y poner en conocimiento del Juez de lo familiar qué incapacitados carecen de tutor, con el objeto que se hagan los respectivos nombramientos;
- V. Cuidar con especialidad de que los tutores cumplan la obligación que les impone la fracción II del artículo 537;
- VI. Vigilar el registro de tutelas, a fin de que sea llevado en debida forma.

En cuanto a la injerencia del Ministerio Público, Cicu señala que a través de este órgano el Estado procura velar por los intereses de los incapaces y de la familia misma.

En este sentido el Código de Procedimientos Civiles reconoce la intervención constante del Ministerio Público en todos los asuntos de jurisdicción voluntaria que afecten intereses de menores o incapacitados.

El artículo 895 prescribe: “Se oirá precisamente al Ministerio Público”:

I. Cuando la solicitud promovida afecte los intereses públicos; II. Cuando se refiera a la persona o bienes de menores incapacitados; III. Cuando tenga relación con los derechos o bienes de un ausente; IV. Cuando lo dispusieren las leyes”.

Además, dicha intervención está constantemente reconocida en el Código Civil para diferentes materias. Desde luego, tratándose de matrimonios nulos los artículos 242, 243, 244, 248, y 249 permiten al Ministerio Público ejercitar la acción de nulidad en los siguientes casos: Cuando hubiere adulterio entre las personas que hubieren contraído matrimonio, cuando éste se celebre existiendo el impedimento relativo al parentesco por consanguinidad o afinidad; Cuando haya habido atentado contra la vida de unos de los cónyuges para casarse con el que quede libre; Cuando existe bigamia y cuando no se hayan observado las formalidades esenciales para la validez del matrimonio.

En los juicios de divorcio se prescribe también la intervención del Ministerio Público.

Tratándose de alimentos, el artículo 315 fracción V, expresamente otorga a dicho órgano la acción para pedir el aseguramiento de los alimentos. Para reconocimiento de los hijos, debe oírse también al Ministerio Público. En la adopción el artículo 397, fracción IV, establece que deberá consentir en ella el Ministerio Público cuando el adoptado no tenga padres conocidos ni tutor, ni persona que ostensiblemente le imparta su protección y lo haya acogido como hijo.

Para la existencia de diversas instituciones del Derecho de Familia se requiere la presencia e intervención del Estado Mexicano, a través de sus funcionarios: Juez del Registro Civil; Juez Familiar; Ministerio Público; etc.

Para probar el estado civil de las personas se requieren documentos oficiales para lo cual interviene el Estado a través de sus funcionarios para su registro y expedición de constancias.

En los actos fundamentales del matrimonio, tanto para su constitución, como para su disolución, encontramos la presencia de un funcionario estatal. El matrimonio no será válido sin la presencia del Juez del Registro Civil y el divorcio será imposible sin la sentencia que declare disuelto el vínculo por el Juez Familiar o la declaratoria del Juez del Registro Civil.

3.4 REPERCUSIÓN EN EL ESTADO MEXICANO POR LA FALTA DE INTERÉS EN LA FAMILIA

Resulta de suma importancia que el Estado ponga especial interés en el desarrollo de la vida familiar, pues en caso contrario traería como consecuencia inestabilidad social, política, cultural y económica.

El Estado debe poner especial interés en la familia y confrontar el cambio social que propicie en lo cultural, oportunidad de escolaridad, desde primaria hasta profesional a todos los miembros de la sociedad; en lo económico, oportunidad de trabajo, salario remunerador a todos, seguridad social, vivienda adecuada, vestido y diversiones; en lo político, convencimiento de que la política es servir, y quienes actúan deben promover el bien común, así como normas promotoras y protectoras de la familia pues las normas familiares son de interés social y de orden público, en virtud de que se refieren al núcleo básico y fundamental de la sociedad, para que al cumplir sus fines pueda sanear y fortalecer el país, siendo esto la oportunidad para el ejercicio de la solidaridad.

3.5 EL DEBER JURIDICO FAMILIAR

Concepto

El deber podríamos considerarlo, como la responsabilidad derivada de un vínculo jurídico surgido por virtud de un acto jurídico o de una situación de hecho, que tiene una persona de hacer, no hacer, o respetar conforme a principios generalmente aceptados, que tienen un fuerte contenido moral y que el Derecho asume dentro de la norma objetiva.

Deberes de hacer, no hacer y respetar

Al igual que las obligaciones podríamos distinguir tres categorías de deberes que son: de dar, de hacer o de no hacer, sin embargo, difícilmente encontraremos deberes de dar porque el dar se refiere a una cosa que tiene contenido patrimonial económico que se reserva a las obligaciones, y en cambio en el Derecho de Familia podemos encontrar deberes de “respetar”, que no son simple abstención. Estos deberes de respetar llamados de “tolerancia” por Rojina Villegas “implican la posibilidad de que el sujeto activo pueda interferir en la esfera del sujeto pasivo, y la necesidad por parte de éste de sufrir el acto de interferencia en su persona, conducta, patrimonio o actividad jurídica”. Es distinto al no hacer, pues el deber de no hacer se satisface por la simple inactividad del obligado, sin que el sujeto activo tenga que realizar acto o facultad alguna, en cambio, en el deber de respetar, además de la inacción que se supone

como necesaria para que se pueda cumplir, el obligado debe aceptar la actuación o actitud del otro sujeto en cuanto es conveniente para su desarrollo.

Es decir, hay tres categorías de deberes: hacer, no hacer o respetar.

a) Los deberes de hacer existen en las relaciones familiares. Estos se encuentran en el matrimonio, como el socorro y auxilio mutuo, la asistencia en caso de enfermedades, así como los deberes de convivir juntos en el domicilio conyugal, etc.

b) Dentro de los deberes de no hacer, se señala que “principalmente en el matrimonio tenemos obligaciones de no hacer a cargo de cada uno de los cónyuges cuyo contenido determina en función a los derechos del otro. Así es como existe el deber de fidelidad que se traduce en hechos y abstenciones, principalmente en la falta de ejecución de aquellos actos que implican relaciones de intimidad con personas de otro sexo”. Aquí el deber de fidelidad se está viendo desde su ángulo más pobre, la de simple abstención de tener relaciones íntimas con persona distinta al consorte, cuando la fidelidad es un valor y, en consecuencia, un deber positivo que consiste en la respuesta y cumplimiento a los compromisos de vida hechos entre quienes originalmente fueron novios y después entre cónyuges se confirma día a día; la fidelidad no comprende sólo lo relativo a las relaciones sexuales sino todo el cumplimiento diario de los deberes y obligaciones entre cónyuges para cumplir los fines del matrimonio y la familia.

En el matrimonio encontramos además un conjunto de deberes de no hacer, que se encuentran sancionados en caso de incumplimiento con el divorcio, y que enumera el artículo 267, del Código Civil, en sus fracciones III, IV, VI, VIII, IX, XI, XIII, XIV, XV, y VX.

Puede señalarse que cada una de las causas de divorcio antes citadas son deberes de no hacer, así es como los cónyuges deben abstenerse de ejecutar aquellos actos ilícitos cuya

comisión figura como causa de divorcio, que sería, por ejemplo: la propuesta del marido a prostituir a su mujer; la violencia hecha por un cónyuge respecto del otro; los actos inmorales ejecutados por el marido o por la mujer con el fin de corromper a los hijos; la separación de la casa conyugal por mas de seis meses sin causa justificada, etc. Sobre este particular, todos estos deberes de no hacer que se encuentran clasificados dentro de nuestro Derecho, deberían cambiarse en deberes positivos para que promuevan la relación conyugal y familiar mediante actos familiares que promuevan la honestidad, la moralidad, la promoción de los cónyuges y de los hijos, etc.

c) Dentro de los deberes de respetar están todos los derivados de las relaciones conyugales, paterno-filiales y parentales que, día a día, se hacen necesarios para la convivencia y la relación interpersonal que enriquece a los miembros de la familia.

En el matrimonio respetar la decisión sobre el número de hijos (artículo 162, del Código Civil), o ponerse de acuerdo en esta materia; respeto mutuo en la autoridad, manejo del hogar (Artículo 168, del Código Civil) y actividades que cada cónyuge puede realizar (artículo 169 del Código Civil).

A los padres y ascendientes el respeto y la honra significa el deber del respeto por lo que son (artículo 411, del Código Civil), y a los hijos o pupilos se debe respetar su personalidad a través de la educación conveniente (artículo 422, del Código Civil).

Además por su naturaleza la relación jurídica familiar debe ser cada vez más plena y mejor, una relación humana estática se desintegra. El deber familiar es cada vez más exigente para poder lograr los fines del matrimonio y de la familia que no son estáticos sino dinámicos y progresivos en intensidad.

El débito conyugal

Los deberes que en el matrimonio y la familia encontramos, al incorporarse en el Derecho positivo y considerarse deberes jurídicos, no dejan de ser deberes morales y religiosos; conservan la doble característica y se relacionan o afectan a los cónyuges y a todos aquellos que constituyan la familia, o son parientes.

El débito conyugal está comprendido dentro del amor conyugal. Actualmente se entiende este débito en una forma más personalizante, más unitiva y de mutua entrega. Es un deber permanente entre iguales y, por lo tanto, complementario, que se exige por reciprocidad, desde luego intransmisible, irrenunciable e intransigible.

En nuestra legislación no se alude al deber de cada uno de los cónyuges de prestarse a las relaciones genitosexuales con el otro. Sin embargo, no es posible desconocer su existencia, pues difícil sería satisfacer los objetos del amor conyugal y procreación responsable, con los cuales este deber guarda íntima relación.

En el matrimonio el varón y la mujer hábiles por el Derecho, por el legítimo consentimiento se otorgan, dentro de la relación jurídica interconyugal, mutuos deberes para realizar la mutua entrega genitosexual.

En el Código Civil de 1884 al matrimonio se le definía como “ la sociedad legítima de un sólo hombre y una sola mujer que se unen con vínculo indisoluble para perpetuar su especie y ayudarse a llevar el peso de la vida” (artículo 155). La Ley de Relaciones Familiares lo define ya como contrato civil con vínculo disoluble, pero conserva como fines “perpetuar su especie y ayudarse a llevar el peso de la vida” (artículo 13).

En el Código de 1928, se hacía referencia a la perpetuación de la especie en el artículo 147, que prohíbe toda condición contraria a ella, y también al artículo 162 que consagra el derecho a la paternidad responsable. En el actual Código, también se hace referencia a la procreación, pero lamentablemente ya no como fin, sino como “posibilidad”. Al definir al matrimonio, el artículo 146, señala que los cónyuges se “procuran respeto, igualdad y ayuda mutua con la posibilidad de procrear hijos de manera libre, responsable e informada”. Sin embargo el siguiente artículo previene que “serán nulos los pactos que hagan los contrayentes a lo señalado en el artículo anterior”. ¿Cómo puede ser nula una simple posibilidad? Hay una contradicción que nos obliga a reflexionar. El artículo 147 califica de pacto a la decisión que hagan los contrayentes, luego la procreación no es una posibilidad o fin del matrimonio, respecto de la cual cualquier pacto en contrario será nulo.

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

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

Debemos tomar en cuenta que no toda abstención al débito conyugal es en sí una injuria grave, porque influyen una serie de elementos de la vida diaria, comportamiento conyugal

adecuado, atención y respeto a los cónyuges, y así lo ha reconocido la Suprema Corte de Justicia de la Nación al decir que la abstención del débito carnal no es una causa de divorcio, a menos que se realice en condiciones injuriosas; por lo cual, el Juez de los autos debe apreciar las circunstancias en las que ha tenido lugar la abstención del marido o la negativa de la mujer, porque si se debió a defectos físicos, a enfermedad o a un acuerdo celebrado entre los esposos, no existe la injuria necesaria para decretar el divorcio; pero sí al contrario, obedece a un desprecio ofensivo de uno de los cónyuges para el otro, existe una injuria suficiente para considerar fundada la acción, cuando tal negativa por parte de la mujer obedece al deseo de no morir para cuidar a los hijos procreados, esto no constituye una injuria para el marido y, por lo mismo no basta para hacer procedente la acción de divorcio.

Amparo Directo 2576/1971. Ramón Alvarez Durant. Noviembre 11 de 1974. Mayoría 3 votos. Ponente Mtro. J. Ramón Palacios Vargas. 3ª Sala. Séptima Época. Volumen 71, Cuarta Parte, pág. 25. 3ª Sala. Boletín No 11 y 12 al Semanario Judicial de la Federación, pág. 52. 3ª Sala. Informe 1974. Segunda Parte, pág. 28. Tesis que han sentado precedente: Amparo Directo 593/1930/1º. José María Retes. Febrero 15 de 1934. 5 votos. Quinta Época.

CAPITULO IV

INCLUIR COMO CAUSAL DE DIVORCIO EN EL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL LA NEGATIVA DE UNO DE LOS CÓNYUGES AL DÉBITO CONYUGAL Y A LA PROCREACIÓN

4.1 CAUSALES DE DIVORCIO EN EL CÓDIGO CIVIL VIGENTE PARA EL DISTRITO FEDERAL

El Código Civil para el Distrito Federal es actualmente uno de los más casuísticos del mundo, contiene veintiún causas de divorcio.

Las causas de divorcio son de carácter limitativo y no ejemplificativo, por lo que cada causa tiene carácter autónomo y no pueden involucrarse unas en otras, ni ampliarse por analogía, ni por mayoría de razón, según tesis sustentada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación. El Código Civil para el Distrito Federal establecía 20 distintas causales en su artículo 267. La primera consistía en el adulterio debidamente probado de uno de los cónyuges, dicha causal no sufre modificación en el Código nuevo. No obstante, antes se establecía como término para ejercer dicha acción seis meses contados desde que se tuvo conocimiento del adulterio, ahora se elimina dicho plazo. (Art. 269).

La segunda aludía al hecho de que la mujer dé a luz, durante el matrimonio, un hijo concebido antes de celebrarse dicho contrato y que judicialmente sea declarado ilegítimo.

Ahora, con la reforma, los términos que se utilizan en la causal son más precisos y se

establece como atenuante que no se hubiere tenido conocimiento de dicha circunstancia.

Textualmente la segunda causal dice así:

“II. 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 ésta circunstancia”.

Por su parte, la tercera causal se refería a la propuesta del marido para prostituir a su mujer, no sólo cuando la haya realizado directamente, sino también cuando se pruebe que ha recibido dinero o cualquier remuneración con objeto expreso de permitir que otros tengan relaciones carnales con su mujer.

Ahora, esta causal se aplica tanto a la prostitución de la mujer como a la del hombre, pues señala lo siguiente:

“III. La propuesta de un cónyuge para prostituir al otro, no sólo cuando él 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”.

Respecto a la cuarta causal, misma que se refiere a la acción de incitar a la violencia hecha por un cónyuge al otro para cometer algún delito, aunque no sea de incontinencia carnal, con la reforma se elimina la parte relativa a la excepción de que no sea de incontinencia carnal y subsiste la acción de incitar a la violencia al otro cónyuge.

La quinta causal relativa a los actos inmorales ejecutados por el marido o por la mujer con el propósito de corromper a los hijos, así como la tolerancia en su corrupción, queda prácticamente en los mismos términos, solo se modifica un poco la forma de expresarlo, para quedar de la manera siguiente: “La conducta de alguno de los cónyuges con el fin de

corromper a los hijos, así como la tolerancia en su corrupción”. En consecuencia se deroga el artículo 270 que precisaba dichos actos inmorales.

Respecto a la sexta causal que antes consistía en padecer sífilis, tuberculosis o cualquier otra enfermedad crónica o incurable que sea, además, contagiosa o hereditaria, y la impotencia incurable que sobre venga después de celebrado el matrimonio, se modifica sustancialmente para adecuarla al contexto de la reforma, esto es para prever uno de los impedimentos del matrimonio, así como de exceptuar como causal de divorcio la impotencia sexual siempre que tenga como origen la edad avanzada, en este sentido dicha causal textualmente señala:

“VI. 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”.

En relación con la séptima causal, sólo se adecuan sus términos y quedan prácticamente con el mismo contenido que es: padecer trastorno mental incurable, previa declaración de interdicción que se haga respecto del cónyuge enfermo.

La octava causal, que consiste en la separación injustificada de la casa conyugal por más de seis meses, subsiste y únicamente se le hacen modificaciones de forma.

De igual modo a la novena causal se le hacen modificaciones de forma, por lo que sigue expresando como motivo para el divorcio lo siguiente. “ La separación de los cónyuges por más de un año, independientemente del motivo que haya originado la separación, la cual podrá ser invocada por cualquiera de ellos”.

Referente a la décima causal, que consiste en 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, no sufre modificación alguna.

Respecto a la décimo primera causal, que se refiere a la sevicia, las amenazas o las injurias graves de un cónyuge para el otro, ahora se incluye como causa de divorcio que estos actos indignos se realicen también a los hijos.

Las causales décimo segunda y la décimo tercera quedan en los mismos términos al no modificarse.

Por lo que toca a la causal décimo cuarta, se modifica para precisar sus términos, quedando como causa de divorcio el haber cometido uno de los cónyuges un delito doloso, por el cual haya sido condenado por sentencia ejecutoriada, cabe señalar que antes dicha condena para ser causal debía ser mayor a dos años, la novedad ahora radica en que el delito sea doloso y haya sentencia ejecutoriada.

La causal décimo quinta se reforma para señalar como motivo generador del divorcio: "el alcoholismo o el hábito de juego, cuando amenacen causar la ruina de la familia, o constituyan un continuo motivo de desavenencia", por lo que se suprimió de esta fracción XV el uso indebido y persistente de drogas enervantes.

Por su parte la causal décimo sexta se modifica en sus términos para establecer, ahora, que es causal de divorcio la acción de cometer un cónyuge contra la persona o los bienes del otro, adicionándose a los de los hijos, un delito doloso, por el cual haya sido condenado por sentencia ejecutoriada. Antes, no se incluía a los hijos y para que se configurara dicha causal, la pena debía ser mayor a un año de prisión.

Anteriormente la causal prevista en la fracción VXII, era el mutuo consentimiento de ambos cónyuges, ahora se elimina dicho motivo por obvias razones y se recorre de lugar la fracción XIX, del mismo artículo, que señalaba: "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”.

De igual manera, ahora la causal prevista en la fracción XVIII, que consistía en la separación de los cónyuges por más de dos años, independientemente del motivo que haya originado la separación, desaparece para recorrerse la anterior fracción XX y quedar como fracción XVII: “el incumplimiento injustificado de las determinaciones de las autoridades administrativas o judiciales que se hayan ordenado, tendientes a corregir los actos de violencia familiar”.

En relación con la nueva causal XIX, ahora se precisa como causal el uso de drogas enervantes que antes se incluía en la fracción XVI, para quedar redactada en la forma siguiente:

XIX. 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.

Dentro de los derechos y obligaciones que nacen del matrimonio, destaca la modificación al segundo párrafo del artículo 162, en el que por primera vez se reconocen los métodos de reproducción asistida para conseguir uno de los fines del matrimonio, la procreación de los hijos. En contrasentido, se comentó que realizar estos métodos de reproducción asistida sin el consentimiento del otro cónyuge, se configura en causal de divorcio. En este sentido, la vigésima causal consiste en el empleo de métodos de fecundación asistida, realizada sin el consentimiento del otro cónyuge.

En el citado artículo 267 se establece como vigésima primera causal el impedir uno de los cónyuges al otro, desempeñar cualquier actividad siempre que ésta sea lícita.

En otro orden de ideas, se deroga el artículo 268, que disponía que cuando un cónyuge hubiera pedido el divorcio o la nulidad del matrimonio por causa que no hubiese justificado o se hubiere desistido de la demanda o de la acción sin la conformidad del demandado, éste tendría a su vez, el derecho de pedir el divorcio, pasados tres meses de la notificación de la última sentencia o del auto que recayó al desistimiento.

Finalmente, destaca la adición al artículo 271, que antes de la reforma al código estaba derogado, para establecer la obligación de los jueces de lo familiar de suplir la deficiencia de las partes en sus planteamientos de derecho, en todos los casos previstos en el artículo 267.

Ello sin que se cambien los hechos, acciones y excepciones o defensas manifestadas.

4.2 CREACIÓN DE LA CAUSAL XXII DEL ARTÍCULO 267 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL

Los autores de Derecho Familiar, concebían el divorcio desde un principio como un acto unilateral y exclusivo de los maridos, basta recordar el repudio que es el antecedente del divorcio, el cual llevaba a cabo el hombre al ya no desear compartir su vida con determinada mujer, por determinadas causas como lo eran la del adulterio, esterilidad, torpeza, etc., exteriorizada por el varón a través de un documento. Siendo este un acto unilateral.

También debemos de recordar que en el antiguo testamento en el pasaje del Deuteronomio (XXIV-I), el marido podrá entregar a su consorte un libelo de repudio para

sacarla de su casa, por torpezas de ésta, así como por no encontrar dentro de ella las cualidades que pensaba que tenía, este era un acto unilateral de voluntad y exclusivo del hombre.

En la india las leyes de *Manú* admitían el repudio del hombre hacia la mujer si ésta fuere estéril dentro de los ocho años después de celebrado el matrimonio, así como que hubiese engendrado solamente mujeres, o que padeciera alguna enfermedad incurable y el repudio era inmediato.

Así mismo cabe recordar que los hebreos, al pasar el tiempo, a la mujer le concedieron el derecho de repudiar al hombre, basado dicho repudio sólo cuando el hombre fuera un adúltero, o en su caso maltratara a su esposa, fuera perezoso o no diera cumplimiento a los deberes conyugales, como podemos observar también es un acto unilateral por parte de la mujer hacia el hombre.

De lo anterior podemos arribar que el divorcio desde sus inicios, ha sido un acto unilateral, primeramente por parte del varón que con el solo hecho de no querer a su cónyuge por torpezas, o no encontrara en su esposa las cualidades que pensaba que tenía, éste quedaba desligado del matrimonio, y los consortes podían contraer nuevas nupcias, progresivamente a la mujer también le concedió esa oportunidad de repudiar a su marido pero en una forma más limitativa pero también en una forma unilateral.

Con el transcurso del tiempo observamos, que en el Derecho Familiar se ha modernizado en muchos aspectos, ya que en sus inicios dentro del divorcio, se daba éste por el repudio de alguno de los cónyuges, siendo un acto unilateral por uno de las partes, sin darle la oportunidad a la otra parte de defenderse, hoy en día eso no existe, ya que para poderse divorciarse hay tres formas para disolver el vínculo matrimonial:

1. El divorcio administrativo, el cual es a petición de ambos consortes llenando los requisitos enumerados en el artículo 272 del Código Civil para el Distrito Federal, y éste se tramite ante el Juez del Registro Civil.
2. El divorcio voluntario, también es a petición de los consortes, pero a diferencia del anterior éste se hace ante el Juez de lo Familiar, llenando los requisitos contemplados en el artículo 272 último párrafo del Código Civil para el Distrito Federal, en relación con los artículos 674 al 682 del Código de Procedimientos Civiles.
3. El divorcio necesario, éste es a petición de uno de los consortes el cual cree tener derecho a solicitar el divorcio por alguna de las causales contempladas en el artículo 267 del Código Civil, ante el Organismo Jurisdiccional correspondiente, por lo que dicha demanda es una expectativa de derecho, ya que la acción intentada se puede materializar o no, al dictarse la sentencia definitiva, previamente dándole la oportunidad a la contraria de defenderse, que conteste lo que se le demanda oponiendo sus defensas y excepciones dando sus motivos o razones para que el Juez al valorar las pruebas de ambos declare procedente la acción o no.

En este orden de ideas observamos que el derecho en todos sus ámbitos, y no siendo la excepción en materia familiar sea modificado día con día, adecuándose a la realidad, necesidades y evolución de la sociedad, para poder regular la convivencia y vida en común de los gobernados, sin dejar de tomar en cuenta la igualdad que hay entre las personas.

En nuestra legislación dicho acto unilateral, esta reglamentado en el artículo 1º del Código de Procedimientos Civiles que señala: “Sólo puede iniciar un procedimiento judicial o intervenir en él, el que tenga interés en que la autoridad judicial declare o constituya un derecho o imponga una condena y quien tenga el interés contrario”.

En nuestro Código de Procedimientos Civiles adopta su artículo 1º., Que el ejercicio de las acciones requiere el interés en el actor para deducirlas, desvaneciendo así toda controversia sobre el particular, esto quiere decir en el caso a estudio que si uno de los consortes tiene interés o con derecho a ejercitar el divorcio necesario, ejercita unilateralmente excitando al Organo Jurisdiccional, un derecho que le concede la Ley, si cree, que su cónyuge a cometido alguna causal para que su matrimonio se disuelva, siendo una expectativa de derecho, ya que al resolver la autoridad competente puede darle la razón o no de acuerdo a las pruebas que estos ofrezcan.

Dentro de nuestra legislación no se encuentra reglamentada específicamente como causal de divorcio la negativa de uno de los cónyuges al débito conyugal y a la procreación.

Lo anterior trae como consecuencia la infidelidad de uno de los cónyuges y que existan hijos fuera de matrimonio provocando una desarmonía conyugal, así como el cumplimiento con el objetivo o finalidad del matrimonio.

Ante esta situación mi propuesta radica en incluir en el artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal la causal de divorcio número XXII, consistente en la negativa de uno de los cónyuges al débito conyugal y a la procreación. Al existir falta de motivación para continuar la vida en común y soportar las cargas del matrimonio.

Lo anterior se encuentra robustecido y así lo ha determinado la DECIMO CUARTA SALA, ACTUALMENTE SEGUNDA SALA FAMILIAR DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL DISTRITO FEDERAL, misma que a la letra dice:

DECIMOCUARTA SALA

MAGISTRADOS:

Lics. María Magdalena Díaz Román de Olguín, Rafael Crespo

Dávilá y Manuel Bejarano y Sánchez.

PONENTE:

Lic. María Magdalena Díaz Román de Olguín.

Recurso de apelación interpuesto por la parte actora en contra de la sentencia definitiva dictada en juicio ordinario civil, divorcio necesario.

SUMARIO

DIVORCIO NECESARIO. LA NEGATIVA A CUMPLIR CON LOS FINES DEL MATRIMONIO, ES CAUSA SUFICIENTE PARA DECRETAR EL.- De una interpretación armónica de los artículos 162 y 164, en relación con la fracción XII del artículo 267 del Código Civil, la negativa de los cónyuges a no tener hijos y/o relaciones sexuales, demuestra indudablemente que no existe el ánimo de cumplir con los fines del matrimonio, por ello, el divorcio necesario solicitado deberá concederse.

México, Distrito Federal, a diecisiete de abril del año dos mil.

Visto, el toca número 767/2000, para resolver el recurso de apelación interpuesto por MARITZA L. F., en contra de la sentencia definitiva dictada el veinticuatro de enero del año dos mil, por el C. Juez Décimo Cuarto de lo Familiar del Distrito Federal, en los autos del

juicio ordinario civil, divorcio necesario, promovido por la hoy apelante en contra de TOMÁS RAMON F. A.; y

RESULTANDOS

1.- En los autos del juicio de divorcio necesario en mención, el C. Juez decimocuarto de lo Familiar del Distrito Federal, el veinticuatro de enero del año en curso dictó sentencia definitiva cuyos puntos resolutive se transcriben a continuación:

PRIMERO.- Ha sido procedente la vía ordinaria civil intentada en que la actora no probó su acción y el demandado se constituyó en rebeldía.

SEGUNDO.- Se absuelve al demandado de todas y cada una de las prestaciones que se le reclaman en el escrito inicial de demanda, quedando por lo tanto subsistente el vínculo matrimonial que une a las partes en el presente juicio celebrado el veintiocho de julio de mil novecientos noventa y cuatro, bajo el régimen de sociedad conyugal.

Notifíquese.

2.- Inconforme con la resolución anterior MARITZA L. F., interpuso recurso de apelación expresando agravios; recurso que el a quo admitió en ambos efectos y con los agravios dió vista a la contraria a fin de que los contestara; Asimismo, ordena la remisión de los autos originales a esta Alzada para la substanciación del recurso.

3.- Recibidas las actuaciones se ordena la formación del toca, confirmándose la calificación de grado hecha por el juzgador; se tuvieron por expresados los agravios, mismos que no se contestaron y se citó a las partes para oír resolución, la que se pronuncia al tenor de los siguientes:

CONSIDERANDOS

I.- La apelante expresó los agravios que obran a fojas 5 a 16 del toca, los cuales aquí se reproducen por economía procesal

II.- La impugnante argumenta en sus agravios que la sentencia definitiva violenta lo dispuesto por los artículos 14 y 17 constitucionales, así como diversos numerales del Código de Procedimientos Civiles, ya que el a quo no actúa de manera imparcial con las partes en litigio, pues al principio del juicio aceptó las pruebas del demandado sin que cumpliera con los requisitos de ley, por lo que en su momento interpuso recurso de apelación y esta Sala se las desechó; Que la citada resolución no se dictó conforme a la letra de la ley o a su interpretación jurídica, toda vez que el Juez primario no se apoya en precepto legal alguno o principio jurídico para determinar que la confesión ficta del demandado no hace prueba plena, siendo el caso que él no aportó pruebas para desvirtuar su confesión y tampoco está contradicho con otras pruebas. Se duele también de que conforme al artículo 281 del Código de Procedimientos Civiles asumió la carga de la prueba de los hechos constitutivos de sus pretensiones, y el juzgador estimó lo contrario porque interpretó incorrectamente tal precepto, al dejar de apreciar hechos notorios como es lo que la actora pelea en juicio es que el demandado se ha negado siempre ha procrear hijos y así perpetuar la especie que es el fin primordial del matrimonio, y que de constancias de autos se demuestra que lo que menos le importa a él es formar una familia con la actora; que con la confesión ficta del demandado quedó comprobada la acción que en su contra ejercita la impugnante y, en todo caso, si el Juez del conocimiento la estimaba insuficiente tenía facultad para interrogar a los testigos a fin de

conocer la verdad de los hechos; que las pruebas que ofreció no fueron valoradas atendiendo a las reglas de la lógica y la experiencia, ya que el juzgador no expuso los fundamentos jurídicos para desestimar la prueba testimonial y restarle valor a la confesional ficta de su contrario.

III.- De constancias de autos, las cuales tienen pleno valor en términos del artículo 327 fracción VIII del Código de Procedimientos Civiles, se desprende que la hoy apelante demandó de TOMAS RAMÓN F. A., la disolución del vínculo matrimonial que los une con base en la causal prevista en la fracción XII del artículo 267 del Código Civil y el pago de gastos y costas del juicio. Fundó su demanda en que el enjuiciado se niega injustificadamente a cumplir con los derechos y obligaciones que nacen del matrimonio, según lo establecen los artículos 162 y 164 del Código Civil, es decir, no quiere tener hijos desde que se casaron, veintiocho de julio de mil novecientos noventa y cuatro, ni formar una familia, para evitarlas se niega a tener relaciones sexuales con la actora, y los últimos días del mes de mayo dejó el domicilio conyugal, manifestándole que como ella quería divorciarse entonces él se iba de la casa. Para acreditar lo anterior ofreció como pruebas la confesional del demandado, el testimonio de AÍDA LISEA F. y BARBARA C. M., así como las documentales públicas consistentes en copias certificadas del acta de matrimonio y de la escritura del inmueble propiedad de los contendientes. Por su parte, el demandado no contesta la demanda, por lo que se le tuvo por contestada en sentido negativo y se le rechazaron las pruebas que ofreció durante el periodo probatorio por no ajustarse a lo dispuesto por el artículo 291 del Código de Procedimientos Civiles.

IV.- De una interpretación armónica de los artículos 162, 164 y 267 fracción XII del Código Civil, se desprende que en el matrimonio los cónyuges tienen los mismos derechos y

obligaciones que nacen de él y con base en esa igualdad a decidir sobre el número y espaciamento de sus hijos, éste derecho será ejercido de común acuerdo, por ambos. Con las pruebas apartadas por la actora consistentes en la confesional ficta del demandado, donde éste reconoció (posiciones tres, nueve, diez, once y doce), que desde el inicio de su matrimonio empezaron las desavenencias porque se ha negado a tener hijos con la actora; que se niega a tener relaciones sexuales con ella; que dejó el hogar conyugal en los últimos días del mes de mayo del año próximo pasado; que prefirió abandonarla antes que ceder a la petición de la actora de que tuvieran relaciones sexuales y procrear un hijo. Confesional que si bien en materia de divorcio sólo genera una presunción que requiere necesariamente administrarse con algún otro medio probatorio que produzca plena convicción en el ánimo del juzgador de los hechos que se le imputan al cónyuge enjuiciado, tal confesión quedó robustecida con el testimonio de AÍDA L. F. y BARBARA C. M. (hermana y tía de la actora), quienes fueron acordes al declarar que las partes en el juicio han tenido problemas desde que se casaron porque el demandado no quiere tener hijos y que están separados.

Con lo anterior, esta ad quem llega a la conclusión de que la conducta asumida por el señor TOMÁS RAMÓN F. A., de negarse al débito conyugal con su esposa, decidir unilateralmente no tener hijos con ella y llegar al extremo de dejar el domicilio conyugal, demuestra indudablemente que por su parte no existe el ánimo de cumplir con los fines del matrimonio; de ahí que está probada la causal de divorcio invocada por la actora y, en consecuencia, habremos de revocar la sentencia impugnada para efecto de declarar disuelto el vínculo matrimonial celebrado por los contendientes el veintiocho de julio de mil novecientos

noventa y cuatro, ante el Juzgado Vigésimo del Registro Civil del Distrito Federal, considerándose cónyuge culpable al demandado.

V- No estando el caso comprendido en alguno de los supuestos previstos por el artículo 140 del Código de Procedimientos Civiles, no se hace especial condena en costas.

Por lo expuesto y fundado, se

RESUELVE

PRIMERO.- Son fundados los agravios de la impugnante; en consecuencia, se revoca la sentencia definitiva dictada el veinticuatro de enero del año en curso, por él C. Juez Décimo Cuarto de lo Familiar del Distrito Federal, en los autos del juicio ordinario civil, divorcio necesario seguido por MARITZA L. F., en contra de TOMÁS RAMÓN F. A., para quedar en los siguientes términos:

PRIMERO.- Ha sido procedente la vía ordinaria civil intentada, en que la actora probó su acción y el demandado se constituyó en rebeldía.

SEGUNDO.- Se declara disuelto el matrimonio contraído por TOMÁS RAMÓN F. A. y MARITZA L. F., el veintiocho de julio de mil novecientos noventa y cuatro, bajo el régimen de sociedad conyugal, ante el Juzgado Vigésimo del Registro Civil, entidad 09, delegación 04, acta 02043, ano 1994 y clase Ma.

TERCERO.- Queda disuelta la sociedad conyugal, debiendo promoverse su liquidación en ejecución de sentencia.

CUARTO.- Quedan los cónyuges en aptitud de contraer nuevas nupcias, con la limitante para el demandado de que podrá hacerlo hasta que transcurran dos años a partir de que cause ejecutoria la presente resolución, por ser cónyuge culpable.

QUINTO.- Una vez que cause ejecutoria esta resolución, cúmplase con lo dispuesto por el artículo 291 del Código Civil.

SEXTO.- No estando el caso comprendido en el supuesto que prevé el artículo 140 del Código de Procedimientos Civiles, no ha lugar a condenar en costas. Notifíquese.

SEGUNDO.- No se hace especial condena en costas en esta instancia.

TERCERO.- Notifíquese y remítase testimonio de la presente resolución y constancia de sus notificaciones al Juzgado de origen y, en su oportunidad archívese el presente toca como asunto concluido.

Así, por unanimidad de votos lo resolvieron y firman los CC. Magistrados integrantes de la decimocuarta Sala del H. Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, Licenciados María Magdalena Díaz Román de Olguín, Rafael Crespo Dávila y Manuel Bejarano y Sánchez, siendo ponente la primera de los nombrados, ante la C. Secretaria de Acuerdos, quien autoriza y da fe.

De lo antes expuesto se desprende que nuestros legisladores tienen que adecuar la legislación civil a las circunstancias, necesidades y evolución que día con día requiere nuestra sociedad sin apartarse de los fines del matrimonio para preservar así a la familia. El objetivo que se pretende con la presente tesis, es la actualización de la ley de acuerdo a las necesidades de la sociedad para el efecto de evitar que la relación de los consortes se degrade, ya que existe una oposición constante entre los cónyuges que origina contrariedades y desavenencias, lo que

trae como consecuencia que existan hijos fuera de matrimonio, y que, de una u otra forma, se da con mucha frecuencia en nuestra sociedad.

Esta propuesta tendría como consecuencia en parte la disminución de los hijos extramaritales, pues no hay que olvidar que como deber principal del matrimonio se encuentra el débito conyugal y la procreación de la especie que será dispensada por la ley en los casos de imposibilidad biológica; Así como la intervención del Estado, para el efecto de que se ocupe de la institución que representa el matrimonio y para que se conserven los principios morales de nuestra sociedad.

4.3 TÉRMINO PARA EJERCITAR LA ACCION DE DIVORCIO

Cualquiera de los cónyuges puede pedir la disolución del vínculo matrimonial por la negativa injustificada a cumplir con los derechos y obligaciones que nacen del matrimonio, en el caso concreto de la negativa al débito conyugal se ejercitará después de los seis meses de haber contraído, y hasta el año de haberse celebrado el matrimonio

Tratándose de la negativa a la procreación después de cinco años de haberse celebrado. El ejercicio de la acción no procederá si existe una enfermedad o impedimento físico posteriores a la celebración del matrimonio o por un acuerdo celebrado entre los cónyuges.

CONCLUSIONES

PRIMERA. La familia es protegida por una serie de disposiciones jurídicas que se encuentran señaladas en el Derecho Civil, y más precisamente en el Derecho de Familia. El Derecho de Familia es una división del Derecho Civil de extrema importancia, cuyo objetivo es proteger a la familia, y tratar de reforzar los valores a nuestra sociedad.

Un ejemplo claro de los deberes jurídicos en la familia es la patria potestad que en nuestro Derecho se atribuye tanto al padre como a la madre en vista de los intereses superiores de la familia, aunque todo exceso en el ejercicio de esta potestad constituye un abuso del poder que puede ser limitado y aún castigado por el Estado.

Este conjunto de normas protege a la familia puesto que ésta es una institución social fundamental, por lo que el Estado tiene interés en su sano desarrollo y conservación, por esto las disposiciones legales aplicables a la familia no tienen como finalidad proteger el interés del individuo considerado aisladamente, sino como miembro del grupo familiar.

La intervención del Estado es eficaz, ya que el contenido de las normas deberá tener implicaciones de orden moral, económico y social que le permiten fortalecer a la familia misma.

SEGUNDA. La institución del grupo familiar tiene origen biogénético, que se refiere a la procreación y por ende a la supervivencia de la especie. Por otra parte, se encuentran los deberes de orden psicológico en los que se encuentran la formación integral del individuo del

grupo doméstico. En esta serie de deberes psicológicos o morales se explican, por una parte, la existencia de ciertos deberes típicos, materiales, como la prestación de alimentos entre cónyuges y parientes, en deber de desempeñar la tutela que se impone a los miembros del núcleo familiar.

TERCERA. Como deber principal del matrimonio, se encuentra la procreación de la especie que será dispensada por la ley en los casos de imposibilidad biológica. El segundo deber del matrimonio es la ayuda mutua, que permite el desarrollo pleno de los fines individuales que ayuden a alcanzar con los fines fundamentos y fines del grupo familiar. Un deber de alto contenido moral, es la fidelidad, esta es indispensable para que exista respeto entre la familia.

CUARTA. Finalmente, la propuesta de este trabajo está encaminada a que el legislador incluya dentro de las causales de divorcio la negativa de uno de los cónyuges al débito conyugal y a la procreación como causal de divorcio, para obtener como resultado la disolución del vínculo matrimonial, sin que exista la necesidad de defraudar a la ley. Pues tomando en consideración que la figura del matrimonio también se ve envuelta en la dinámica de una constante que, no solamente puede estar regulada por principios y conceptos que en su momento pudieron tener eficacia jurídica plena, con la connotación de que la familia derivada de un matrimonio es el soporte social del propio Estado; sin embargo, no debe dejarse soslayado que la interacción entre los cónyuges, no solamente puede reducirse a las actuales fracciones del artículo 267 que la ley sustantiva contempla, sino que, por el contrario, debe

ampliarse la óptica para que sin necesidad del fraude a la ley, los cónyuges que se encuentren en la situación que se propone se vean posibilitados a recurrir ante el Organo Jurisdiccional para que sin que medie elemento de prueba alguna, mas halla de los que se propongan puedan obtener la disolución del vínculo matrimonial.

BIBLIOGRAFIA

- Arron Silva M, La mujer Mexicana ante el Divorcio Eclesiástico, Sepsetentas. México 1976.
- Asencio Chávez, Manuel F, La familia en el Derecho, Derecho de familia y relaciones jurídicas familiares, Porrúa, México, 1999.
- Ayala Salazar José M y Martha Gabriela González Torres, El matrimonio y sus costumbres, Trillas, México, 2001.
- Baqueiro Rojas, Edgar y Rosalía Buen rostro Báez, Derecho de familia y sucesiones, Harla, México, 1997.
- Branca, Giuseppe, Instituciones de Derecho Privado, Porrúa, México 1978.
- Galindo Garfias, Ignacio, Derecho Civil, primer curso, parte general, personas, familia, Porrúa, México, 1989.
- Iglesias, Juan, Derecho Romano, Ariel, Barcelona, 1998.
- Ibarrola, Antonio, De, Derecho de familia, Porrúa, México, 1993.
- Montero Duhalt, Sara. El Divorcio DUA. Editorial. UNAM, México, 1982.
- Ovalle Favela José, Derecho Procesal Civil, Harla, 1991.
- Pallares, Eduardo, El Divorcio en México, Porrúa, México, 1991.
- Pina, Rafael, De, Derecho Civil Mexicano, Tomo I, Porrúa, México, 1995.
- Porrúa, Pérez, Francisco, Teoría del Estado, Porrúa, México, 1966.
- Rojina Villegas, Rafael, Compendio de Derecho Civil, Introducción, Personas y Gamilia.
- Rojina Villegas, Rafael, Derecho Civil Mexicano, Tomo II, Derecho de familia, México, 1975.
- Serra Rojas Andres, Teoría del Estado, Porrúa, México, 2000.
- Tena Ramírez, Felipe, Leyes fundamentales de México, 1808-1994, Porrúa, México, 1994.
- Anales de Jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, Sexta Epoca, Marzo-Abril del 2000

LEGISLACIÓN

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Editorial SISTA S.A, DE C.V, México,2002

Código Civil para el Distrito Federal, Editorial SISTA S.A, DE C.V, México,2002

Código Civil para el Estado de México, Editorial SISTA S.A, DE C.V, México,2002

Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, Editorial SISTA S.A, DE C.V, México,2002

Código de Procedimientos Civiles para el Estado de México, Editorial SISTA S.A, DE C.V, México,2002