

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES CAMPUS A C A T L A N

**DE LA INOPERANCIA DEL TIEMPO QUE SE REQUIERE PARA
DEMANDAR EL DIVORCIO NECESARIO EN TÉRMINOS DE LA
FRACCIÓN XIX DEL ARTICULO 4.90 DEL CÓDIGO CIVIL DEL ESTADO
DE MÉXICO.**

NOMBRE DEL ASESOR: LIC. JORGE SERVIN BECERRA

**TESIS QUE PARA OBTENER EL TITULO DE LICENCIADA EN DERECHO
PRESENTA: GUADALUPE YAZMIN MOLINA CORTES**

NUMERO DE CUENTA: 9736917-8

MAYO DE 2006



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.

DEDICATORIA

Quiero agradecer primeramente a mis padres, por convertirme en una persona de provecho, a quienes nunca podré pagar todos sus desvelos ni aun con las riquezas mas grandes del mundo.

A ti papito por ser un guía en mi camino por que para un padre como tú jamás hubo distancias, cosas inalcanzables, ni dificultades. Tú me enseñaste que la humildad es algo con lo que siempre se debe de cargar.

A ti mami por ser otra guía, por todo tu apoyo y enseñanzas, por estar presente en los momentos mas importantes de mi vida, por ser mi mejor ejemplo a seguir al ser una persona responsable y entregada a todo lo que inicie.

A mi hermano y a mi cuñis, de los cuales siempre tuve muestras de apoyo y estímulos a lo largo de mi carrera.

A ti Chris, por tener una fe ciega en mi, por siempre alentarme a seguir adelante a no darme por vencida, por crecer juntos, por recordarme que no hay limites mas que los que uno mismo se plantea, por ser mi mejor amigo, confidente y darme el mas puro y bello amor.

A mis profesores y a todas aquellas personas que compartieron conmigo sus conocimientos y me ayudaron a crecer profesionalmente.

A mis amigos y compañeros de escuela con los cuales conviví alrededor de cuatro años en los cuales llegamos a ser como una pequeña familia, en donde aprendimos a respetar y a aceptar la forma de pensar y de ser de cada uno de nosotros, a compartir disgustos, penas y alegrías, por que reímos y lloramos, por que reñimos y después simplemente nos reconciliamos, por que éramos uno frente a la adversidad, pero también éramos dos que caminaban juntos, pero sobre todo donde siempre prevaleció la AMISTAD, que es lo mas valioso que me llevo del tiempo que compartí con ustedes.

A todos ustedes no tengo mas que una palabra Gracias, gracias por que con sus consejos y apoyo he llegado a realizar la más grande de mis metas y la herencia más valiosa que pudiera recibir, mi carrera.

No sin antes hacer un reconocimiento especial a mi guerrera invencible, a mi madre, por que a ella le debo todo lo que soy, gracias mamita por ser tan importante e indispensable en mi vida, por quererme y llenarme de cariño y atenciones, por saber entenderme y dejarme experimentar mis propios fracasos y triunfos.

Es bueno saber que cuento contigo para todo y que eres la mejor confidente y amiga que tengo. Por eso, hoy quiero darte las gracias y decirte que eres el mejor regalo que la vida y dios me han dado.

Gracias a todos siempre los llevo en mi corazón

Guadalupe Yazmín Molina Cortés

CAPITULADO

INTRODUCCION.....	1
DEDICATORIA.....	2

CAPITULO PRIMERO DEL MATRIMONIO

1.1 Antecedentes del Matrimonio.....	3
1.2 Concepto del Matrimonio.....	8
1.3 Naturaleza Jurídica del Matrimonio.....	10
1.4 De la regulación del Matrimonio en el Código Civil del Estado de México.....	17
1.5 Importancia del Matrimonio en el Derecho Mexicano.....	20

CAPITULO SEGUNDO ANTECEDENTES DEL DIVORCIO

2.1 En el Derecho Romano.....	24
2.2 En el Derecho Francés.....	28
2.3 En el Derecho Español.....	32
2.4 En el Derecho Mexicano.....	35

CAPITULO TERCERO DEL DIVORCIO

3.1 Concepto Jurídico del Divorcio.....	48
3.2 De los tipos de Divorcio que regula el Código Civil del Estado de México.....	51
a) El Divorcio Voluntario Administrativo.....	51
b) El Divorcio Voluntario Judicial.....	54
c) El Divorcio Necesario.....	58
3.3 Las causales de Divorcio Necesario que regula el artículo 4.90 del Código Civil del Estado de México.....	63
3.4. Consecuencias Jurídicas del Divorcio.....	75

CAPITULO CUARTO EL DIVORCIO NECESARIO POR LA SEPARACION DE LOS CONYUGES POR MÁS DE DOS AÑOS

4.1 Discusión y análisis de la fracción XIX del artículo 4.90 del Código Civil del Estado de México.....	77
4.2 Procedencia.....	78
4.3 Efectos.....	82
4.4 Problemática.....	86
4.5 Propuesta de modificación a la fracción XIX del artículo 4.90 del Código Civil del Estado de México.....	89

CONCLUSIONES BIBLIOGRAFIA CAPITULADO

INTRODUCCION

Cuando el hombre comenzó a vivir agrupado, comenzaron a seguir normas que garantizaron una coexistencia armónica para un beneficio en común, se dieron los principios básicos de la unión entre un hombre y una mujer para asegurar la procreación por la supervivencia de la comunidad, el hombre en su periodo reproductivo estableció de una manera clara, los derechos y obligaciones que los cónyuges contraían al celebrar el contrato del matrimonio.

Cuando una pareja decide casarse lo hace por la creencia religiosa y el acto jurídico, afirmando los valores y reglas para la vida en pareja y ante la sociedad.

En nuestra sociedad actual es cada vez mas frecuente el divorcio; que si bien es cierto en numerosos casos es necesario y la única salida para las presiones desgastantes que se desarrollan en el seno de la familia, cuando la situación es insostenible, las bajas pasiones se apoderan de los cónyuges y el matrimonio en lugar de ser un factor de unión, se convierte en un laberinto que solo conlleva a situaciones trágicas y desgastantes que proporcionan un verdadero desajuste emocional en el núcleo familiar.

También es cierto, que la sociedad le va perdiendo respeto al matrimonio, la mayoría de las parejas antes de contraer nupcias están seguras que si las cosas al paso del tiempo no resultan como lo habían pensado, tienen a su alcance la figura del divorcio; por lo cual en lugar de tratar de imprimir solidez, amor y el esfuerzo necesario para poder llevar a cabo los fines que perseguían tratando de darles a los hijos el ambiente optimo para el mejor desarrollo emocional optan por la salida fácil, rompiendo aquel vinculo, que por momentos los aflige.

El Divorcio es aquel rompimiento del vínculo matrimonial de las dos personas que decidieron unirse y que por diversos motivos hacen intolerables la vida en común.

Y así la fracción XIX del artículo 4.90 del Código Civil del Estado de México, nos da la opción de obtener el divorcio por la simple separación de los cuerpos es decir de los cónyuges, por mas de 2 años, independientemente del motivo que la haya originado;

debido a que es una causa suficiente para que proceda el rompimiento del vinculo matrimonial.

Así pues, en algunos casos, esta causal viene a regularizar aquellas situaciones en donde los matrimonios están totalmente rotos, sin embargo, el lapso de 2 años, es un tiempo que considero totalmente excesivo, ya que si una pareja se separa y va a tomar la decisión de divorciarse lo hará en el lapso de 6 meses a un año, y por consiguiente el plazo que nos da es demasiado, ya que se deja de verdaderamente cumplir con el objeto del matrimonio, y dan cabida a la posibilidad de rehacer su vida con persona distinta a su cónyuge, sin antes haber disuelto el vinculo matrimonial, cayendo por tanto en figura distinta al matrimonio.

CAPITULO PRIMERO
DEL MATRIMONIO

CAPITULO PRIMERO DEL MATRIMONIO

1.1 ANTECEDENTES DEL MATRIMONIO

En casi todos los países la institución del matrimonio se halla siempre en mayor o menor medida, vinculada a la religión. La necesidad de reglamentar el matrimonio y las uniones de hombre y mujer, la podemos apoyar en estas palabras de Santo Tomas de Aquino "el matrimonio en cuanto es oficio de la naturaleza, debe ser estudiado por la ley natural; en cuanto es sacramento, por el Derecho divino; en cuanto es oficio de la comunidad, pertenece al Derecho Civil".¹

El matrimonio, se constituye originalmente en las tribus o clanes primitivos, por necesidad de un orden socioeconómico de los pueblos cazadores y agrícolas; y que surgió antes de la formación de cualquier idea de estado de derecho, esta ha sufrido una incesante evolución fuertemente influida por la cultura, la religión, la moral, el derecho y las costumbres.

En la sociedad azteca el varón, en el matrimonio solo podía tener una esposa, que era la legítima y era llamada Cihuantlanti, con quien se casaba con todo el ritual correspondiente, pero podía tener tantas concubinas como pudiera sostener, pero con estas no realizaba el ritual matrimonial.

La edad ordinaria para contraer matrimonio era entre los 20 y los 22 años, no podían casarse padres con hijos, ni padrastros y entenados, ni hermanos entre si. Para casarse el joven necesitaba el permiso de sus maestros del Calmecac o del Tepochcalli, esto se obtenía cuando los padres ofrecían un banquete de acuerdo a sus recursos. Mas tarde, los padres del novio se dirigían a los padres de la novia a través de unas ancianas, quienes llevaban la petición.

Era la costumbre que la primera vez se negara la petición, y más tarde se contestaba con la aceptación o la negativa formal. Pero entre los plebeyos se hacía mas

¹ Santo Tomas de Aquino, Suma Teológica Citado por Jorge Mario Magallon Ibarra en "EL MATRIMONIO, SACRAMENTO, CONTRATO, INSTITUCIÓN.

frecuente la unión libre, y después de tener los recursos adecuados, se efectuaba la ceremonia.

En la ceremonia nupcial, los novios se sentaban uno frente al otro situados junto al fuego, donde intercambiaban vestidos y se daban de comer entre si, como símbolo de ayuda mutua para el futuro.

El matrimonio en Roma, era una de las formas en las que la autoridad paterna se hacia mas grande y comprendía a un numero considerable de personas, ya que el fin primordial del matrimonio era la procreación de hijos, mismos que quedaban bajo la potestad del pater familias, que solo terminaba cuando este moría, pasando entonces a sus hijos, quienes a su vez presidían con tal carácter, pero hasta entonces, a su propia familia.

Aquí encontramos la figura de la manus, traducida como la potestad del marido sobre la mujer, que también se ejercía por el pater familias cuando el esposo era alieni iuri, y hasta pudo establecerse, a titulo temporal, en provecho de un tercero.²

La manus fue extinguiéndose en virtud del cambio social que siguió a las guerras punicas, y cayo en desuso, hasta que en realidad desapareció, en virtud de que la posición de la mujer fue en ascenso para buscar la igualdad con su esposo.

El matrimonio en Roma se caracterizaba por dos elementos fundamentales: la comunidad de vida y la comunidad espiritual; la primera tenia como finalidad el reconocimiento jurídico, que lo distinguía de otras uniones sexuales. El segundo esta apoyada en un carácter netamente religioso.

Para los romanos era un hecho la convivencia de un hombre y una mujer aunada por la "affectio maritales". Entre ellos no era una relación jurídica sino una relación natural. La comunidad de vida incluye el nombre, estado, domicilio y cohabitación.³

² Floris Margadant S., Guillermo. EL DERECHO PRIVADO ROMANO. Editorial Esfinge. México 2004. Pág. 149

³ Op. cit

LA TEORIA TRADICIONAL SOBRE LA EVOLUCION DEL MATRIMONIO

Esta teoría distingue diversas etapas, no coincidentes en el tiempo en todos los lugares, pero que estuvieron presentes en muchas culturas, como son las siguientes: la primitiva promiscuidad sexual, el matrimonio por grupos que asume, a su vez, variantes: el matrimonio por rapto, el matrimonio por compra, el matrimonio consensual y el matrimonio civil.

a) PRIMITIVA PROMISCUIDAD.- Podemos decir que este tipo de comportamiento sexual se supone que corresponde a la etapa del salvajismo anterior a toda cultura. Ya que en un principio el ser humano se comporto y se dejo llevar por sus instintos primarios: la búsqueda del alimento para la sobrevivencia y el instinto reproductor para la continuidad de la especie. Sin ninguna traba de carácter moral, social, ni religiosa, el humano cumplía con las exigencias de la naturaleza sin mas trabas que las impuestas por la misma. La lucha feroz del hombre por sobrevivir en situación de desventaja con otras especies animales mucho mas fuertes, hizo desarrollar forzosamente su astucia, y con ello su intelecto.

Moderadamente, a partir del siglo XIX empezó a ponerse en entredicho la teoría de la primitiva promiscuidad, aduciendo que en ningún lugar del planeta, por primitiva que sea la cultura, se encuentran vestigios de un indiscriminado comercio sexual y se aduce también que los propios primates, tienen ciertos principios selectivos y permanentes entre las parejas reproductoras.

b) MATRIMONIO POR GRUPOS.- Con independencia de si existía o no una primitiva anarquía sexual, lo cierto es que la primera limitación que se encuentra a la libertad absoluta al respecto, es que surgió el matrimonio por grupos llamado también cenogamia. La cual consiste en la relación sexual establecida entre un grupo de hombres con un determinado grupo de mujeres en el cual todos son cónyuges en común. La relación sexual se entabla únicamente entre los miembros del grupo matrimonial como una primitiva regulación de los derechos y deberes en razón de la convivencia grupal.

b.1) MATRIMONIO POR RAPTO.- Esta fue una de las formas más usuales de realizar el matrimonio en diversos pueblos del globo terráqueo, y de ello quedan

numerosos vestigios, incluso en obras de arte se reproducen famosos raptos colectivos, como el de las sabinas del que cuenta la leyenda histórica.

Entre los principales factores que originaron el matrimonio por raptó pueden citarse la exogamia que prohibía el matrimonio entre los miembros de una misma tribu, la escasez de mujeres derivada de la salvaje costumbre generalizada en algunos pueblos de sacrificar mujeres por que no eran elementos deseables como proveedoras de satisfactores, asimismo, en la guerra las mujeres eran parte del botín de los vencedores.

Rojina Villegas adiciona al matrimonio por raptó que existían posibilidades poligámicas normales, ya que es considerado como elemento jurídico el raptó, que daba la posesión real, independientemente del consentimiento femenino ya sea expreso o tácito.⁴

Esto originaba que se diera el matrimonio por captura el cual es ya un primer paso a la monarquía. El raptor se casaba únicamente, con la raptada y la consideraba como un objeto de su propiedad, puesto que fue su botín, y como tal, le exige fidelidad y obediencia plena, castigándose terriblemente sus faltas al respeto; no sucede lo mismo con el hombre, quien es libre por ser el conquistador y puede ser impunemente infiel.

b.2) MATRIMONIO POR COMPRA.- Una vez sojuzgado totalmente la condición de la mujer y establecida la prepotencia del varón en su calidad de padre o cónyuge, ya no es necesario acudir a la violencia. Las mujeres son objeto de propiedad, y por ello, están en el comercio.

Otro segundo factor que contribuyó a la supremacía masculina fue la división del trabajo y su valoración económica, por que en esta división del trabajo, la mujer fue productor de servicios y el hombre fue productor de bienes; sin embargo, cuando abundaron los bienes, estos fueron objeto de intercambio con un valor económico, mientras que los servicios domésticos no eran susceptibles en aquel entonces, de intercambio y, por ello, no tuvieron un valor económico.

De aquí partimos que el varón es estimado dentro del seno familiar, por constituir un elemento productivo y a la mujer se le desdeña y se vende como un objeto

⁴ Rojina Villegas, Rafael. COMPENDIO DE DERECHO CIVIL I, INTRODUCCION PERSONAS Y FAMILIA. Editorial Porrúa. México 2004. Págs. 244 y 245.

cualquiera, de esta manera el padre recupera parte de los gastos que le ha ocasionado la crianza y la manutención por la mujer, la cual pasa del dueño padre al dueño esposo, este la ha comprado, es de su propiedad y puede ejercer sobre ella actos de dominio.

Fueron los hebreos, griegos y romanos los que consolidaron y transmitieron a otros pueblos el matrimonio por compra. El precio de la novia se entregaba al padre o al ascendiente más cercano.

El matrimonio por compra, asumió otras formas, tales como el matrimonio por servicio o intercambio. En el primero de ellos, el novio, en vez de una paga por la novia en dinero o en especie, realiza conductas de hacer, paga con servicios propios al padre o a la familia de la mujer.

En el matrimonio por compra, se encuentra una incipiente monogamia que tiene carácter religioso. Donde la Traditio o entrega de la mujer, constituye un elemento jurídico que perfeccionaría el contrato, al cual concurría el consentimiento de los padres.⁵

El matrimonio por compra, en el transcurso de los siglos fue suavizándose y adquiriendo formas variadas menos denigrantes para la esposa.

b.3) MATRIMONIO CONSENSUAL.- Consiste en la unión matrimonial de un hombre y una mujer derivada, únicamente de su libre consentimiento.

Largo camino se tuvo que recorrer para llegar a esta forma, única, libre y digna en que dos seres; por su propia voluntad, deciden llevar vida en común, sancionada por la sociedad a través del derecho.

Este matrimonio es tan reciente, que apenas en 1962 surgió un tratado internacional mediante el cual las naciones firmantes se comprometen a que el matrimonio será únicamente producto del consentimiento de los consortes. El 19 de abril de 1983, México, ratificó este tratado.

Aunque nuestra tradición jurídica desde siempre ha admitido solamente este tipo de matrimonio.

⁵ Op. Cit.

El matrimonio consensual de hecho presenta diferentes matices en razón del transcurso de cierto tiempo, de la procreación, del registro del mismo o de expresar el consentimiento simplemente ante testigos, etc. Podemos poner como ejemplo de matrimonio consensual de acuerdo a la secuencia histórica matrimonial al romano, canónico y civil.

b.4) MATRIMONIO CIVIL MODERNO.- Tanto el matrimonio civil como el canónico se celebran con festividades sociales a los contrayentes, sus familiares y círculo de amigos conceden normalmente importancia. Todas las costumbres en las ceremonias sociales tienen su origen en formas de la vida del pasado, algunas oscuras y olvidadas, otras todavía presentes en la memoria de la humanidad, pero que se continúan simplemente por tradición, por que los humanos aman y apegan a sus tradiciones, aunque algunas, ya no tengan ningún sentido y aun vayan en contra del sentir personal de los que las llevan al cabo.

Todo lo anterior explica que la ceremonia de contraer matrimonio es normalmente un acto solemne, como solemnidad social o religiosa, no necesariamente como acto jurídico solemne.

El matrimonio es considerado un acto jurídico solemne, debido a que la ley exige ciertas particularidades, llamadas solemnidades, como requisitos de existencia del mismo. No todas las legislaciones exigen las solemnidades, sino que basta el consentimiento de los contrayentes, mediante ciertas formas que, si no se cumplen, el matrimonio de todas maneras subsiste.

Nuestro Derecho Positivo, considera al matrimonio un acto solemne. La solemnidad consiste en que, forzosamente, tiene que realizarse frente al oficial del registro civil, en el que éste, preguntara a los pretendientes si es su voluntad unirse en matrimonio y ante la respuesta afirmativa de ambos declarar en nombre de la ley y la sociedad que los contrayentes han quedado unidos en legítimo matrimonio. Acto seguido se levantara el acta y será firmada por los consortes y el oficial del registro civil.⁶

⁶ Atwood, Roberto. DICCIONARIO JURIDICO. Ediciones Primeros en Tiempo. 5ª edición. México 2001. Pág. 82

1.2 CONCEPTO DEL MATRIMONIO

La palabra matrimonio proviene del latín: MATRIMONIUM, matris; madre y monium: cargas, o sea que el significado etimológico del matrimonio parece comprender las cargas de la madre. El sentido etimológico de la palabra matrimonio, revela una idea de contenido sociológico, que conjugo las palabras MATREM MUNIENS, que tienen una inspiración en la defensa y protección de la madre.

El matrimonio constituye una plena comunidad de vida entre los cónyuges. Es un consorcio o comunión de vida que vincula al varón y su esposa de acuerdo a la naturaleza humana y al ordenamiento jurídico.

Matrimonio es la sociedad legítima del hombre y de la mujer, que se une con vínculos indisolubles, para perpetuar su especie, ayudarse a llevar el peso de la vida y participar de una misma suerte.⁷

Por lo tanto el matrimonio es, la forma legal de constituirse la familia, a través del vínculo jurídico entre dos personas de distinto sexo, que crea entre ellas, una comunidad de vida total y permanente.

Otro concepto nos dice que el matrimonio es una institución jurídica que rige la vida en común de los consortes de acuerdo a una normatividad que debe apagarse a la naturaleza. El vínculo jurídico que se crea entre marido y mujer implica una entrega mutua entre los cónyuges. Desde este punto de vista, el matrimonio es una institución natural y social.

Para Rafael Rojina Villegas el matrimonio " constituye una verdadera institución, por cuanto que los diferentes preceptos que regulan tanto el acto de su celebración,. Al establecer elementos esenciales y de validez, como los que fijan derechos y obligaciones de los consortes, persisten la misma finalidad al crear un estado permanente de vida que será la fuente de una gran variedad de relaciones."⁸

⁷ Diccionario Jurídico Mexicano. Instituto de Investigación Jurídica UNAM. México 2002

⁸ Rojina Villegas, Rafael. Bis. Pág. 246

Así tenemos que el matrimonio civil es el contraído con sujeción a las normas establecidas por la legislación civil relativa.

De acuerdo con el artículo 4.1 del Código Civil del Estado de México "El matrimonio es una institución de carácter público e interés social, por medio de la cual un hombre y una mujer voluntariamente deciden compartir un estado de vida para la búsqueda de su realización personal y la fundación de una familia."⁹

Así mismo el artículo 146 del Código Civil para el Distrito Federal refiere que el matrimonio es: "la unión libre de un hombre y una mujer para realizar la comunidad de vida, en donde ambos se procuran respeto, igualdad y ayuda mutua con la posibilidad de procrear hijos de manera libre, responsable e informada. Debe celebrarse ante el Juez del Registro Civil y con las formalidades que esta ley exige."¹⁰

Por otra parte tenemos que el artículo 130 de nuestra carta magna dispone que el matrimonio es un contrato civil y que este y los demás actos del estado civil de las personas, son de la exclusiva competencia de las autoridades administrativas en los términos que establezcan las leyes, y tendrán la fuerza y validez que las mismas les atribuyan.

El matrimonio también puede ser considerado desde el punto de vista civil y desde el punto de vista religioso. En el primero el matrimonio es un vínculo jurídico entre el hombre y la mujer, unión permanente, por medio del cual los esposos se dan y reciben mutuamente, en íntima comunidad conyugal. En el segundo, para la iglesia católica, es considerado un sacramento; de acuerdo con una concepción civil, el matrimonio es una realidad del mundo jurídico que, en términos generales, puede definirse como un acto bilateral solemne, en virtud del cual se producen entre dos personas de distinto sexo una comunidad destinada al cumplimiento de los fines espontáneamente derivados de la naturaleza humana y de la situación voluntariamente aceptada por los contrayentes.¹¹

Aunque del matrimonio se han dado diversas definiciones, por nuestra parte, consideramos que no existe inconveniente serio, para negarle la categoría de contrato, si bien con características especiales. Se puede definir como un contrato solemne entre un

⁹ Código Civil del Estado de México. Editorial Sista. México 2005. Artículo 4.1

¹⁰ Código Civil para el Distrito Federal. Editorial Sista. México 2005. Artículo

¹¹ De Pina Vara, Rafael Diccionario de Derecho Editorial Porrúa. México 2004.

hombre y una mujer, celebrado ante un oficial del registro civil, teniendo por objeto principal la procreación de la especie y/o la ayuda mutua.

1.3 NATURALEZA JURÍDICA DEL MATRIMONIO

El matrimonio para constituirse requiere de un acuerdo de voluntades o manifestación de voluntad de los contrayentes, por lo que se le considera un contrato.

Este acuerdo de voluntades produce una serie de efectos jurídicos y establece derechos, deberes y obligaciones recíprocas entre los cónyuges, que están previamente determinados en la ley.¹²

Desde luego, como deje expuesto con anterioridad, el matrimonio es mucho más que un simple contrato de contenido patrimonial; en el mismo se crea un estado de vida matrimonial entre los cónyuges, "Vínculo Jurídico y Unión Conyugal", por lo que se contemplan deberes, facultades y obligaciones de contenido extramatrimonial.

Por ello el legislador debe de tener en cuenta la naturaleza del matrimonio prohibiendo cualquier pacto que sea contrario a los fines de esta institución.

Debemos establecer que a la celebración del matrimonio la ley prevé como fines: la perpetuación de la especie, la ayuda mutua, la cohabitación y la fidelidad.

Así, pues, por lo que respecta a la Naturaleza Jurídica del Matrimonio, ha sido considerada desde distintos puntos de vista, pues puede conformarse de la siguiente manera:

- a) El Matrimonio como Institución
- b) El Matrimonio como Contrato Ordinario
- c) El Matrimonio como Contrato de Adhesión
- d) El Matrimonio como Acto Jurídico Mixto
- e) El Matrimonio como Acto Jurídico Condición
- f) El Matrimonio como Estado Jurídico

¹² Arellano García, Carlos. PRACTICA FORENSE Y FAMILIAR. 2ª Edición. Editorial Porrúa. México 2005, Pág. 33

a) EL MATRIMONIO COMO INSTITUCIÓN.- Significa el conjunto de normas que rigen el matrimonio. Una institución jurídica, o sea, un conjunto de normas de igual naturaleza que regulan un todo orgánico y persiguen una misma finalidad pues como señala Lhering, que las normas jurídicas se agrupan constituyendo series de preceptos para formar verdaderos cuerpos que tienen autonomía, estructura y funcionamiento propio, dentro del sistema total que constituye el Derecho Positivo.

Por su parte, Kelsen formula una jerarquía y un principio de creación en el derecho, según el cual la norma superior rige a la creación de la norma inferior.

Partiendo del principio de Lhering, la institución jurídica debe quedar integrada por un conjunto de normas que persiguen la misma finalidad. Por lo tanto, la institución jurídica se presenta como un cuerpo debidamente integrado posnormas de igual naturaleza que se unifican en razón de un fin.

El matrimonio constituye una verdadera institución, por cuanto que los diferentes preceptos que regulan tanto el acto de su celebración, al establecer elementos esenciales de validez, como los que fijan los derechos y obligaciones de los consortes, persiguen la misma finalidad, al crear un estado permanente de vida que será la fuente de una gran variedad de relaciones jurídicas.¹³

b) EL MATRIMONIO COMO CONTRATO ORDINARIO.- Los autores que así lo afirman lo hacen en función de que reviste los elementos de existencia y requisitos de validez a que se refieren las disposiciones de los artículos 7.30 al 7.32 del Código Civil del Estado de México, argumentando que es de los pocos contratos que requieren de un tercer elemento de existencia como la SOLEMNIDAD.

Sin embargo los opositores a este punto de vista hacen notar que la ley impone a quienes lo celebran fines y no obligaciones como los que derivan de los contratos que no son de dar, hacer y no hacer; que a su incumplimiento podrían recurrir al órgano jurisdiccional para demandar el cumplimiento forzoso lo que no es real por lo tanto tienen el carácter de que son deberes y por lo tanto los actos de infidelidad, ayuda mutua, que encontramos en algunas causales de divorcio en el artículo 256 del Código

¹³ Rojina Villegas, Rafael. DERECHO CIVIL MEXICANO TOMO II DERECHO DE FAMILIA. 33ª edición. Editorial Porrúa. México 2001. Pág. 20

Civil para el Distrito Federal y 4.90 del Código Civil del Estado de México, al quebrantarse dan oportunidad a que el cónyuge que no haya dado causa demande a través del divorcio el cual es la disolución del Vínculo Matrimonial.

Esta es la tesis tradicional desde que se separó el matrimonio civil del religioso, pues tanto en el derecho como en la doctrina, se le ha considerado, fundamentalmente, como un contrato en el cual existen todos los elementos esenciales y de validez de dicho acto jurídico. Especialmente se invoca como razón el hecho de que los contrayentes deben manifestar su consentimiento ante el Oficial del Registro Civil, para unirse en matrimonio.

Por consiguiente, se considera que en este caso como en todos los contratos, es el elemento esencial "EL ACUERDO DE LAS PARTES". Asimismo, se requiere que exista la capacidad necesaria en los contrayentes y que su voluntad no este viciada es decir, se aplican al matrimonio todas las reglas relativas a los elementos de validez, que deben observarse en todo contrato consistentes, respectivamente, en la capacidad, ausencia de vicios en la voluntad y licitud en el objeto motivo y fin del acto.

c) EL MATRIMONIO COMO CONTRATO DE ADHESION.- Aquí, como una modalidad en la tesis contractual, se ha sostenido que matrimonio participa de las características generales de los contratos de adhesión, por cuanto que los consortes no son libres para estipular derechos y obligaciones distintos de aquellos que imperativamente determina la ley. Situación semejante es la que se presenta en los contratos de adhesión, pues en ellos una parte simplemente tiene que aceptar en sus términos la misma. En ocasiones el estado, reglamenta determinadas cláusulas o elementos de ciertos contratos de Prestación de Servicios Públicos y en esos casos las partes, ya no son libres para determinar el contenido de las cláusulas. Como sucede en el contrato de Transportes y en el de Suministro de Energía Eléctrica.

En el caso del matrimonio se estima que por razones de interés públicos el estado impone el régimen legal del mismo, de tal manera que los consortes simplemente se adhieren a este estatuto, fusionado su voluntad, solo para ponerlo en movimiento y aplicarlo, por lo tanto a sujetos determinados. En cuanto a los contratos de adhesión se ha sostenido que en realidad prevalece la voluntad del estado, que a través de estas, determina algunas cláusulas o elementos de los contratos de Prestación de Servicios.

Respecto al matrimonio, no se puede sostener que prevalezca la voluntad del estado expresada en la ley la que se impone, de tal manera que ambos consortes simplemente se adhieren a la misma para aceptar en sus términos la regulación legal.

Para el maestro Gutiérrez y González¹⁴, son GUIONES ADMINISTRATIVOS pues a su celebración sucede lo siguiente:

1. Las partes adecuan su voluntad lo ya previamente establecido por la ley.
2. No se da como en otros contratos la autonomía de la voluntad, es decir no existe la libre contratación.
3. Los términos y condiciones en que se celebran no pueden modificarse con posterioridad.

Estos presupuestos efectivamente se dan, pero no son aplicables al matrimonio y además se olvidan de la solemnidad.

El maestro Galindo Garfías¹⁵, establece “ El matrimonio es un acto mixto o complejo que se establece así por que concurre la voluntad de los consortes y la del estado, continua agregando que desde el punto de vista jurídico su celebración radica en establecer la familia como grupo social o institución jurídica que establece la seguridad y las relaciones entre los consortes, la situación de estado de los hijos en sus derechos y en los bienes, el estado de matrimonio a través de la seguridad y certeza que imparte el Derecho fortalece el núcleo familiar y permite que se cumplan las finalidades éticas y aun económicas de la comunidad.

d) EL MATRIMONIO COMO ACTO JURIDICO MIXTO.- Los actos mixtos se distinguen por la concurrencia tanto de particulares, como de funcionarios públicos en el acto mismo, haciendo sus respectivas manifestaciones de voluntad.

Sin apartarse de la idea de que a la celebración del matrimonio se requiere la intervención del estado, los que participan de esta idea afirman que el matrimonio debe

¹⁴ Gutiérrez y González, Citado por Arellano García, Carlos. PRÁCTICA FORENSE CIVIL Y FAMILIAR. 29ª edición. Editorial Porrúa. México 2005.

¹⁵ Galindo Garfías, Ignacio. DERECHO CIVIL, PRIMER CURSO. Editorial Porrúa. México 2000. Pág. 25

ser un acto jurídico mixto, ya que será sancionado por el estado, por lo tanto dicha unión no será transitoria pues a la celebración se establecen como fines:

1. Perpetuar la especie
2. Ayuda mutua
3. Soportar las cargas de la vida
4. Cohabitar bajo un mismo techo

Por lo tanto este acto jurídico lo debe sancionar el estado. El matrimonio es un acto mixto debido a que se constituye no solo por el consentimiento de los consortes, sino también por la intervención que tiene el Oficial del Registro Civil. Este órgano del estado desempeña un papel constitutivo y no simplemente declarativo, pues podemos decir que si se omite, en el acta respectiva, hacer constar la declaración que debe hacer el citado funcionario, considerando unidos a los consortes en legítimo matrimonio. este no existiría desde el punto de vista jurídico.

e) EL MATRIMONIO COMO ACTO JURIDICO CONDICION.- Aquí los autores sujetan al matrimonio a ciertas reglas afirmando que quienes lo celebran deben reunir ciertas condiciones, como la diferencia de sexos y la edad reglamentada.

León Duguit, lo define como el acto jurídico que tiene por objeto determinar la aplicación permanente de todo un estatuto de derecho a un individuo o a un conjunto de individuos, para crear instituciones jurídicas concretas que constituyen un verdadero estado, por cuanto que no se agotan por la realización de las mismas, sino que permiten su renovación continua.

En el Derecho Publico los actos condición permiten aplicar diferentes estatutos del derecho administrativo a los distintos funcionarios, por el solo hecho de la aceptación y protesta de su cargo. En el Derecho Privado tenemos también situaciones semejantes en el matrimonio y en la tutela.

Por virtud del matrimonio se condiciona la aplicación de un estatuto que vendrá a regir, la vida de los consortes en forma permanente. Es decir, un sistema de derecho en su totalidad, es puesto en movimiento por virtud de un acto jurídico que permite la realización constante de consecuencias múltiples y la creación de situaciones

jurídicas permanentes de acuerdo con lo expuesto podemos encontrar en la definición del matrimonio, todos los elementos que caracterizan el acto condición, ya que implica una manifestación plurilateral de voluntades¹⁶, que tiene por objeto crear un estado de vida entre los cónyuges para originar derechos y obligaciones, recíprocas, así como las relaciones permanentes que no se agotan por el cumplimiento de las mismas, sino que se siguen renovando de manera indefinida.

En esta concepción se logra conjugar a la vez el aspecto de matrimonio como acto jurídico y su carácter de institución, supuesto que no basta para su debida caracterización tomar en cuenta el momento inicial, sino el estado de vida que surge mediante la organización permanente que establece el sistema normativo.

f) EL MATRIMONIO COMO ESTADO JURIDICO.- Desde este punto de vista el matrimonio se presenta como una doble consecuencia de la Institución Matrimonial y del acto jurídico que celebran las partes en unión del Oficial del Registro Civil, pues constituye a la vez una situación jurídica permanente que rige la vida de los consortes y un acto jurídico mixto desde el momento de su celebración.

Los estados jurídicos se distinguen de los hechos y de los actos jurídicos, en virtud de que produce situaciones jurídicas permanentes, permitiendo la aplicabilidad de todo un estado legal a situaciones determinadas que continúan renovándose en forma mas o menos indefinida. En este sentido, el matrimonio evidentemente que constituye un estado jurídico entre los consortes, pues crea para los mismos una situación jurídica permanente que origina consecuencias constantes por aplicación del estatuto legal respectivo que todas y cada una de las situaciones que se van presentando durante la vida matrimonial.

Además el matrimonio se presenta como un estado de derecho en oposición a los simples estados de hecho. La ley puede reglamentar estados permanentes, tomando en cuenta ciertas situaciones naturales, como ocurre en materia de servidumbre por el desnivel de los predios o con el subsuelo mineral para originar la propiedad del estado; o bien, puede referirse a situaciones humanas que por aplicar derechos y obligaciones derivados de un acto jurídico. También cabe distinguir entre los estados

¹⁶ La de los contrayentes unida a la declaración que hace el Oficial del Registro Civil.

naturales y los estados del hombre, en el primer caso, se trata de situaciones derivadas de hechos que son independientes del hombre, pero que el derecho organiza para establecer múltiples consecuencias.

Refiriéndonos al matrimonio lo caracterizamos como un estado de derecho, en oposición al concubinato que es un simple estado de hecho. En ambos casos existe analogía desde el punto de vista de que constituye estados del hombre debido a la unión sexual, mas o menos permanentes; pero en tanto el matrimonio es un estado de derecho y obligaciones entre los consorte, creando una forma permanente de vida regulada en su constitución, en sus efectos y en su disolución por la ley; en el concubinato no encontramos esa regulación normativa, aun cuando si produce determinadas consecuencias jurídicas. Precisamente en atención a tales consecuencias podemos considerarlas como un estado jurídico de hecho. Si careciere totalmente de esos efectos jurídicos tendríamos que reconocer que se trataba de un estado jurídico.

Los estados del hombre pueden influir en su capacidad, como son, respectivamente, los estados de interdicción o de minoridad. El matrimonio influye en la capacidad de los consortes; especialmente de la mujer. Tradicionalmente la esposa había sido considerada como incapaz, tanto en el derecho Romano como en los Códigos que se inspiraron en el de Napoleón; nuestro ordenamiento de 1870 y 1888, originaron incapacidad en la esposa tanto para celebrar directamente actos jurídicos, así como para comparecer en juicio. Si bien es cierto en el código vigente se regulan todavía algunas incapacidades cierto es también que estas son comunes a ambos consortes.¹⁷

1.4 DE LA REGULACIÓN DEL MATRIMONIO EN EL CÓDIGO CIVIL DEL ESTADO DE MÉXICO

El artículo 4.1 del Código Civil del Estado de México, nos dice que el matrimonio es una institución de carácter público e interés social, por medio de la cual un hombre y una mujer voluntariamente deciden compartir un estado de vida para la búsqueda de su realización personal y la fundación de una familia.¹⁸

¹⁷ Rojina Villegas, Rafael. Op cit. Págs. 209 a 224

¹⁸ Código Civil del Estado de México. Artículo 4.1

El matrimonio a su celebración debe cumplir con ciertas Solemnidades como son ser celebrada ante el Titular o los Oficiales del Registro Civil, estar presentes los contrayentes, sus testigos, el Oficial del Registro Civil deberá preguntar si existe algún impedimento para la celebración del matrimonio, en caso de no existir impedimento, preguntará a cada uno de los contrayentes si es su voluntad unirse en matrimonio; estando conformes los declarará unidos en nombre de la ley y la sociedad, asentándose el acta correspondiente.

Para contraer matrimonio, el hombre necesita haber cumplido dieciséis años y la mujer catorce. Sin embargo los Jueces de Primera Instancia pueden conceder dispensas de edad por causas graves y justificadas.

Cuando los menores de edad, deseen contraer matrimonio deberán contar con el consentimiento de alguno de los que ejerzan sobre ellos la patria potestad, faltando éstos, se requiere el consentimiento del tutor, y a falta de éste, el Juez de Primera Instancia, suplirá o no el consentimiento.

A su vez existen diversos impedimentos entre los que podemos señalar:

- I. La falta de edad requerida por la ley, cuando no haya sido dispensada;
- II. La falta de consentimiento de quienes legalmente deben otorgarlo;
- III. El parentesco por consanguinidad sin limitación de grado en línea recta, ascendente o descendente; en segundo grado en línea colateral y el del tercer grado colateral, siempre que no se haya obtenido dispensa;
- IV. El parentesco de afinidad que hubiere existido en línea recta, sin limitación alguna;
- V. El adulterio habido entre las personas que pretendan contraer matrimonio, cuando haya sido judicialmente comprobado;
- VI. El atentado contra la vida de alguno de los casados, judicialmente comprobado, para contraer matrimonio con el que quede libre;
- VII. La violencia para obtener el consentimiento para celebrar el matrimonio. En caso de rapto, subsiste el impedimento entre los sujetos activo y pasivo, mientras éste no sea restituido a lugar seguro, donde libremente pueda manifestar su voluntad;

- VIII. La embriaguez habitual y el uso indebido y persistente de estupefacientes, psicotrópicos o de cualquier otra sustancia que altere la conducta y produzca dependencia;
- IX. La impotencia incurable para la cópula, la bisexualidad; las enfermedades crónicas e incurables que sean contagiosas o hereditarias. No serán impedimentos cuando sean aceptadas por el otro contrayente;
- X. Trastornos mentales, aunque haya espacios de lucidez;
- XI. El matrimonio subsistente de alguno de los contrayentes.

Al contraer nupcias los cónyuges están obligados a guardarse fidelidad, a contribuir a los fines del matrimonio, a socorrerse y respetarse.

El matrimonio debe celebrarse bajo un régimen jurídico ya sea el régimen de sociedad conyugal o el de separación de bienes. En el caso de omisión o imprecisión, se entenderá celebrado bajo el régimen de separación de bienes. El régimen patrimonial podrá cambiarse mediante resolución judicial.

Existen también las llamadas capitulaciones matrimoniales, que son los convenios que los contrayentes o cónyuges celebran para constituir la sociedad conyugal o la separación de bienes y reglamentar su administración.

A falta de pacto expreso, la sociedad conyugal comprenderá todos los bienes que adquieran los cónyuges, individual o conjuntamente durante la vigencia de la misma, a excepción de los bienes adquiridos por donación o herencia.

En el matrimonio existen las donaciones antenuptiales y estas son las que antes del matrimonio hace un pretendiente al otro, así como las que un tercero hace a alguno de los pretendientes, o a ambos en consideración al matrimonio, las que podrán ser inoficiosas en los términos en que lo fueren las comunes.

Las donaciones antenuptiales no se revocarán por ingratitud a no ser que el donante fuere un extraño, que la donación haya sido hecha a ambos esposos y que los dos sean ingratos. Las donaciones antenuptiales son revocables. Las realizadas entre pretendientes se tienen por revocadas cuando el donatario cometa adulterio, abandone

injustificadamente el domicilio conyugal por más de seis meses o incumpla sus obligaciones inherentes a la familia.

Los cónyuges pueden hacerse donaciones siempre que no perjudiquen el derecho de los acreedores alimentarios; pero sólo se confirman con la muerte del donante. Las donaciones entre cónyuges pueden ser revocadas libremente y en todo tiempo por los donantes.

El ordenamiento en mención señala como causas de nulidad de un matrimonio: el error acerca de la persona con quien se contrae, que el matrimonio se haya celebrado con alguno de los impedimentos señalados en el Código Civil del Estado de México, que se haya celebrado sin las formalidades que la ley señala.

Aunque si bien es cierto que la falta de edad requerida es una forma de nulidad en el matrimonio también lo es que esta dejará de ser causa de nulidad cuando haya hijos o la cónyuge se encuentre embarazada, se alcance la mayoría de edad y no se hubiere demandado la nulidad y se obtuviere dispensa de edad.

A diferencia del Código Civil para el Distrito Federal, en este código si se prevé la figura del adulterio. Esta figura es una causa de nulidad del matrimonio, la cual podrá ser ejercitada dentro de seis meses, contados a partir de la celebración del matrimonio, por el cónyuge ofendido o por el Ministerio Público, en caso de muerte de aquél.

Otra causa de nulidad es la violencia, cuando exista peligro de perder la vida, la honra, la libertad, la salud o una parte considerable de los bienes; que se cause al contrayente, a sus parientes en línea recta sin limitación de grado, sus colaterales dentro del segundo grado, o a su tutor o bien que haya subsistido al tiempo de celebrarse el matrimonio.

La acción de nulidad del matrimonio por violencia, sólo puede deducirse por el cónyuge agraviado, dentro de los sesenta días desde que cesó la misma.

También son causas de nulidad la embriaguez, el uso de estupefacientes, psicotrópicos o de cualquier otra sustancia que altere la conducta y produzca dependencia, la bisexualidad que como impedimento para contraer matrimonio señala

la ley; esta sólo puede ser pedida por el cónyuge agraviado, dentro del plazo de seis meses contados desde que se celebró el matrimonio.

Tienen derecho de pedir la nulidad por el impedimento derivado de trastornos mentales, el otro cónyuge o el tutor del incapacitado. La acción de nulidad por impedimento de un matrimonio anterior, existente al tiempo de contraerse el segundo, puede deducirse por el cónyuge del primer matrimonio; por sus hijos o herederos, y por los cónyuges que contrajeron el segundo. No deduciéndola ninguna de las personas mencionadas, la ejercerá el Ministerio Público.

1.5 IMPORTANCIA DEL MATRIMONIO EN EL DERECHO MEXICANO

En la mayoría de los tratados de Derecho Civil se afirma que el matrimonio constituye la base fundamental de todo Derecho de Familia.

En relación a nuestro derecho, primero nos referimos a la posición tradicional que formula Ruggiero en los siguientes términos:

“El matrimonio es la institución fundamental del derecho de familia, por que el concepto de familia reposa en el matrimonio como supuesto y base necesarios, de el derivan todas las relaciones, derechos y potestades por benigna concesión y aun así son estos de un orden inferior a meramente asimilados a los que el matrimonio genera.

La unión del hombre y la mujer sin matrimonio es reprobada por el derecho y degradado a concubinato, cuando no lo estima como el delito de adulterio o incesto¹⁹, el hijo nacido de la unión extramarital es ilegítimo y el poder del padre sobre el hijo natural no es patria potestad; fuera de matrimonio no hay parentesco, ni afinidad, ni sucesión hereditaria, salvo entre padre e hijo.

Una benigna extensión limitada siempre en sus efectos, es la hecha por la ley de las relaciones de familia legítima a las relaciones naturales derivadas de la unión legítima y ello responde a razones de piedad y a la necesidad de hacer efectiva la

¹⁹ INCESTO: trasgresión que consiste en la práctica de relaciones sexuales entre parientes

responsabilidad contraída por quien procreo fuera de justas nupciales; la artificial creación del vínculo parental en la adopción, no es mas que una imitación de la filiación legítima. Esta importancia y preeminencia de la institución que hace del matrimonio el eje de todo el derecho de familia y repercute aun más allá del ámbito de este.

En el derecho mexicano, a partir de la ley de relaciones familiares del 9 de abril de 1917, se sustenta el criterio perfectamente humano de que la familia esta fundada en el parentesco por consaguinidad y, especialmente, en las relaciones que origina la filiación tanto legítima como natural.

Por lo tanto, el matrimonio, deja de ser el supuesto jurídico necesario para regular las relaciones de la paternidad y de la patria potestad, ya que tanto los hijos naturales como los legítimos, resultan equiparados a efecto de reconocerles en el Código Civil vigente, los mismos derechos y someterlos a la potestad de sus progenitores.

Nuestro Código Civil, ha continuado la obra iniciada por la ley de relaciones familiares, al aceptar casos en que es posible la investigación de la paternidad, que todavía no reconoció el ordenamiento de 1917, además, equiparo los derechos de los hijos habidos en concubinato²⁰, para considerar posible la investigación de la paternidad siempre y cuando se demostrara que tales hijo, fueron concebidos durante el tiempo en que la madre habito el mismo techo con el pretendido padre, viviendo con el maritalmente. (Artículo 291 bis del Código Civil para el Distrito Federal y del Código Civil del Estado de México).

En la regulación jurídica del parentesco, de alimentos, del nombre, del domicilio, de los derechos y obligaciones de los hijos, del sistema hereditario en la sucesión legítima, de la patria potestad y de la tutela; no vuelve a partir nuestra ley de la distinción entre hijos naturales y legítimos,. Sino que equipara para todos los efectos legales, en las distintas instituciones mencionadas a esa clase de descendientes. Por lo tanto, ya no podemos afirmar, como lo hacen en el derecho europeo y en el americano, que el matrimonio es la institución fundamental del derecho familiar. Menos aun podemos decir,

²⁰ CONCUBINATO: en sentido amplio, cohabitación de un hombre y una mujer sin la ratificación del matrimonio. En su sentido restringido, el concubinato es una forma de poligamia en la cual la relación matrimonial principal se complementa con una o más relaciones sexuales.

que de él derivan todas las relaciones, derechos y potestades²¹. Pues nuestro régimen jurídico parte, precisamente, de una hipótesis distinta, ha considerado la filiación como la base y fuente de todas esas consecuencias jurídicas.

El criterio sustentado por la nueva legislación mexicana me parece desde luego mas humanitaria que el anterior sistema en el que se desconocen algunos derechos de los hijos, solo por el hecho de haber nacido fuera del matrimonio. Tal postura no significa minar las bases de la sociedad ni del estado, ni aun fomentar el desarrollo de ideas inmorales en la institución de la familia, para llegar al libertinaje y a las uniones sexuales transitorias y accidentales.

Evidentemente, que tenemos que partir del principio indiscutible de que la unión sexual, debe estar reconocida por el derecho, para regular una comunidad de vida permanente, tanto biológica como espiritual, pero no desconociendo que sería injusto tomar como base única de las relaciones familiares, la institución del matrimonio, a efecto de desprender de la misma, todas las consecuencias en materia de patria potestad, de parentesco, de alimentos, de impedimentos para el matrimonio, y en general de derechos y obligaciones para los hijos. De aquí partimos que el sistema jurídico debe de impedir hasta donde sea posible, el fomento de las uniones extramatrimoniales, pero tal forma de regulación no debe fundarse en el sistema antiguo de colocar a los hijos naturales en una condición inferior o ilegítima frente a los hijos habidos en el matrimonio.

Por otra parte podrán facilitarse las uniones matrimoniales y sancionar, si se quiere, a quienes constituyan una familia al margen de la ley, pero por todos conceptos es criticable hacer recaer las culpas de los padres sobre los hijos. En este sentido un criterio sano de justicia no debe permitir concesión alguna, manteniéndose estricta o intolerante ante una degradación injusta, para lograr en parte, el fomento en las uniones matrimoniales, la ley de relaciones familiares suprimió el procedimiento de publicidad en la celebración de los matrimonios.

Esto nos dice la exposición de motivos: " Que las condiciones mas importantes, relativas a las instituciones familiares, deben ocuparse, de facilitar el matrimonio suprimiendo las publicaciones que la practica ha demostrado que son inútiles; pero sin que esto sea fundamento para que se descuiden los intereses de los contrayentes y de la

²¹ Rojina Villegas, Pág. 193

sociedad, exigiendo de ellos y de los testigos que presentan sobre su aptitud legal para casarse, bajo penas severas y no irrisorias como las actuales, requiriéndoles que se conduzcan con toda verdad y con plena conciencia, a cuyo fin debe exigirse a los testigos que garanticen haber conocido a los pretendiente, con bastante anterioridad al acto; y sin que la facilidad que se quiere dar para contraer matrimonio, impida que se exija al pretendiente menor edad, no solo el consentimiento del padre sino también el de la madre, pues ambos progenitores están igualmente interesados en el porvenir de sus hijo, y ambos tienen sobre el los derechos y obligaciones que la naturaleza y la ley les otorga; aunque si debe prevenirse un diseño racional, ordenando que el ascendiente que haya dado su consentimiento, no pueda revocarlo sin motivo justificado ”.

CAPITULO SEGUNDO
ANTECEDENTES DEL DIVORCIO

CAPITULO SEGUNDO

ANTECEDENTES DEL DIVORCIO

2.1 EN EL DERECHO ROMANO

El divorcio fue admitido legalmente desde el origen de Roma, sin embargo los antiguos romanos no disfrutaban de esta libertad, por el hecho de que tenían miedo a la sociedad. Hacia el fin de la republica y sobre todo bajo el imperio, podía con mayor frecuencia comprar el divorcio hasta el extremo que antiguamente los historiadores y los poetas se pusieron de acuerdo para criticar la facilidad con que se rompían los matrimonios.

Los romanos consideraban que no debería subsistir un matrimonio, si una de las partes se daba cuenta de que la *afectio maritalis* había desaparecido.

En Roma fue un principio generalmente admitido que el matrimonio podía desvincularse con entera libertad, tal y como se contraía. El derecho Romano, contaba con mas de cinco siglos cuando vio su primer divorcio SPURIUS CARULIUS, por causa de la esterilidad de la mujer

Con la evolución del derecho se van configurando otras formas jurídicas para la disolución del matrimonio, este se desvinculaba por la declaración unilateral hecha por el hombre generalmente por repudio.

Augusto, no tomaba medidas en contra del repudio, por su política de fomentar la frecuencia de uniones fértiles, opinando que así sería mas fácil separar a los matrimonios estériles, y fomentar nuevas uniones que quizás darían hijos a la patria. De tal manera en la legislación de Augusto, estaba representada por las leyes PAPPIA POPPAEA y la IULIA; en las cuales Augusto trataba de intervenir en el problema demográfico de Roma. Este nacionalista¹, necesitaba auténticos romanos, de tal manera puso en vigor una política de premios y castigos, dirigida a los ciudadanos que no querían casarse, o ya casados que no tuvieran hijos. Por ejemplo prohibían a los célibes y *orbi*², a recibir herencias y legados.

¹ Augusto

² Cónyuge sin hijos

Cuando Justiniano sube al tono se encuentra con 4 causas para efectuarse el divorcio, estas son:

1. Por culpa del cónyuge demandado por las causas tipificadas en sus leyes.
2. Sin mutuo consentimiento, y sin causa legal, en cuyo caso el divorcio es valido pero da lugar a un castigo al cónyuge culpable que hubiere insistido en el divorcio.
3. Por mutuo consentimiento.
4. Bona Gratia.

Pero en ninguno se necesitaba sentencia Judicial. En la primera época de historia de Roma, el marido tenia poder absoluto sobre la mujer, el repudio era un acto unilateral, es decir que este tenía el derecho a repudiar a su mujer.

Por otra parte, tenemos también que en el derecho Romano el matrimonio se disolvía por la muerte de uno de los cónyuges como causa natural; asimismo, se admitía el divorcio por voluntad de los interesados.

La institucionalidad del Divorcio en el Derecho Romano, fue admitida y reglamentada aun cuando no coincidían como las antiguas costumbres romanas que fueron muy estrictas.

Del origen latín "DIVORTIUM", nos da la idea de separación de algo que ha estado unido. El divortium, fue una institución jurídica que surgió al mismo tiempo que el Derecho intervino para organizar jurídicamente el matrimonio constituyendo sobre la base de un nexo obligatorio entre el hombre y la mujer; al decir estos llevar vida en común.

La palabra divorcio, en el sentido común, contiene la idea de separación; en el orden jurídico, significa extinción de la vida conyugal, declarada por autoridad competente, en un procedimiento señalado por la ley. Así, pues, tenemos que divorcio es la disolución en vida del vínculo matrimonial de los cónyuges por una causa posterior a su celebración, dejando a los mismos en aptitud de contraer nuevo matrimonio ya que al

desaparecer la *afectio maritalis*, los cónyuges romanos consideraban que el matrimonio no debería continuar.³

En Roma, el divorcio podía efectuarse de dos formas:

- a) Bona Gratia
- b) Repudium

La primera de ellas, **BONA GRATIA**, era obtenida por la voluntad de los esposos, no siendo requerida ninguna formalidad, es decir, no basado en la culpa de uno de los cónyuges, pero si fundado en circunstancias que harían inútil la continuación del matrimonio.. En la actualidad se le conoce como divorcio voluntario y los jurisconsultos romanos consideraron como fundamento de esta institución, el mutuo descenso.

Este tipo de divorcio no requería de formalidades jurídicas, aún cuando debía cumplirse con algunas solemnidades del tipo religioso necesarias para otorgar validez al acto, sin embargo, surtía efectos por la sola realización del acto voluntario.

La segunda de estas, **REPUDIUM**, por voluntad de uno de los esposos, la mujer tiene derecho lo mismo que el marido. Consistía básicamente en la declaración unilateral por parte de alguno de los cónyuges a efecto de romper el vínculo matrimonial, la mujer podía intentarlo, siempre y cuando no se encontrara bajo la manus del marido y, posteriormente, esta pudiera solicitar la disposición del vínculo.

Al efecto cabe señalar que el marido podía repudiar a su mujer por las siguientes causas:

- a) Que la mujer hubiese encubierto maquinaciones contra el estado.
- b) Adulterio probado de la mujer.
- c) Que hubiese atentado contra la vida del marido.
- d) Que la mujer tuviese tratos con otros hombres in voluntad del marido o que se hubiese bañado con ellos.
- e) El alejamiento de la casa marital, sin el consentimiento del esposo.
- f) Asistencia de la mujer a espectáculos públicos sin permiso del marido⁴

³ Floris Margadant S., Guillermo. Pag 216

Por su parte, la mujer podía repudiar al marido a través de los siguientes motivos:

- a) Por elevada traición oculta del marido.
- b) Por cometer un atentado contra la vida de la mujer.
- c) Por intento de prostitución.
- d) Por falsas acusaciones de adulterio.
- e) Que el marido tuviera a su amante en la propia casa conyugal o fuera de ella de un modo ofensivo con persistencia, no obstante las admoniciones de la mujer a sus parientes.

La Lex Iulia, de Adulteris, exigía que el que intentara divorciarse por medio de la repudiación, debería notificar al otro cónyuge su voluntad en presencia de 7 testigos oralmente o por escrito. Pero cuando empezó a decaer la antigua moral y perdió respetabilidad la institucionalidad del matrimonio, algunos romanos se dedicaron a buscar esposas con dotes importantes, con el fin de repudiarlas, después de cobrarla y preparar luego un nuevo matrimonio favorable.

En base a lo que nos expone Eduardo Pallares⁵, "Parece cierto que el divorcio en cuanto al vínculo, existió en el derecho romano desde las épocas más remotas. Y que no podía pedirse sin causa jurídica que lo justificase, a pesar de la afirmación de Plutarco, que atribuye a Rómulo una fantástica ley que determinaba las causas legítimas del divorcio. Explican los romanistas que no era necesario una causa determinada para legitimar el divorcio por que la institución del matrimonio romano se fundaba no solo en el hecho de la cohabitación, sino en el afecto conyugal. Por tanto cuando este desaparecía, era procedente el divorcio. Por lo tanto, en el derecho clásico se deshacía el matrimonio mediante un procedimiento contrario al que le dio nacimiento; si se contrajo por medio de confarratio el divorcio se llevaba a cabo por la difarratio, si era por medio de la compra entonces procedía la remancipatio."

El propio emperador Justiniano prohibió el divorcio por mutuo consentimiento, pero su sucesor Justino hubo de restablecerlo por que la opinión pública lo exigió⁶.

⁴ Pallares, Eduardo. EL DIVORCIO EN MEXICO. 22ª edición. Editorial Porrúa. México 2003.

⁵ Op Cit. Págs. 11 y 12

⁶ Pallares, Eduardo. Bis. Págs. 12 y 13

Con lo anterior expuesto, nos damos una idea acerca de la institución del divorcio en la roma antigua, percatándose que desde los mismos orígenes de la civilización romana, las presiones que producían ciertos matrimonios eran a tal grado, que se tuvo que autorizar el divorcio para evitar males en la convivencia dentro de la familia.

Es evidente, que estas causas no son textualmente idénticas a las modernas causas previstas en nuestra legislación civil vigente, sin embargo, nos ilustran acerca de la evolución histórica de la institución objeto de estudio de esta investigación. Sin embargo, encontramos en el Derecho Romano, que entre las causas de divorcio, algunas coinciden con nuestro derecho civil moderno, como son: el adulterio, el alejamiento de la casa conyugal, atentado contra la vida de la mujer, el intento de prostituirla; además de existir el divorcio voluntario.

Para finalizar con el concepto del divorcio en el Derecho Romano, de conformidad con Ignacio Galindo Garffas, “El divortium es una institución jurídica que propiamente surgió al mismo tiempo en que el derecho intervino para organizar jurídicamente al matrimonio, constituyéndolo sobre la base de un nexo obligatorio entre el varón y la mujer que deciden hacer vida en común. Apareció en una forma primitiva, como un derecho concedido al varón, de repudiar a la mujer en ciertos casos, por causa de adulterio de la esposa y también no con menor frecuencia, se aceptaba el ejercicio del derecho de repudiar, fundada en la esterilidad de la mujer.”⁷

2.2 EN EL DERECHO FRANCES

Se considera que el divorcio apareció en Francia en los siglos XIII y XIV al parecer una reforma que se negó a reconocer el matrimonio como un sacramento. A partir de esa época los tribunales eclesiásticos son los únicos jueces en materia de matrimonio. Ya que los matrimonios en conflicto, solo podían obtener de las autoridades la separación de cuerpos, por causas especificadas en la ley.

En el siglo XIX y sus cercanías los capitulares prohibieron enérgicamente el divorcio, esta prohibición se prolongo por todo el tiempo del derecho Francés antiguo, dando como alternativas las siguientes formas:

⁷ Galindo Garffas, Ignacio. Págs. 580 y 581

1. Cuando la vida en común se hacía insoportable para los dos esposos, el Derecho canónico les permitía la separación de cuerpos, y una vez separados los esposos estaban dispensados por decisión judicial de la obligación de cohabitar; pero el matrimonio subsistía entre ellos. Esta institución beneficiaba sobre todo a la mujer por que podían pedir la separación por toda clase de causa, ya que por el contrario, el marido solo podía pedirla por adulterio de su mujer. La separación no se podía llevar a cabo por mutuo consentimiento.
2. La abundancia de causas por nulidad, que admitía el derecho eclesiástico suplica en ciertos aspectos la prohibición del divorcio. Sin embargo, el paliativo era evidentemente incompleto. Por que en un principio las causas de nulidad se refieren a hechos concernientes al matrimonio. Los únicos hechos que daban lugar a una acción de nulidad era la falta de consumación del matrimonio o el abandono del esposo por su cónyuge, que se hubiere despojado con una infiel. Y los demás agravios que pudieran hacer insoportable la vida en común, no tenían categoría de nulidad. Por consiguiente, los esposos separados no tenían mas recursos que simular la existencia de una causa de nulidad como la falta de consumación o ausencia de libertad en el momento de celebrarse la unión.⁸

En el Código de Napoleón, los legisladores franceses reglamentaron en forma más estricta el divorcio, es decir, que el cónyuge que solicite la disolución del vínculo matrimonial, debe comprobar que existe una causa muy grave para hacerlo. Este código admite el divorcio voluntario pero en forma más estricta o sea reiterando la solicitud cada trimestre y recabando el consentimiento de sus padres para poder llegar a un acuerdo sobre la aplicación de la mitad de la fortuna de cada esposo, que se pedía por ellos para la educación y patrimonio de sus menores hijos.

Este ordenamiento legal persiste en la separación de cuerpos para los cónyuges que no pueden seguir viviendo juntos, pero conservando estos la esperanza de convertirla en solicitar de la disolución del vínculo matrimonial.

Fue hasta la revolución francesa como las ideas católicas respecto a la indisolubilidad del matrimonio, perdieron valor. Siendo la Ley Francesa de 1792 que se

⁸ De Pina Vara, Rafael. DERECHO CIVIL MEXICANO 1, INTRODUCCION, PERSONAS, FAMILIA. Editorial Porrúa. México 2004.

distingue por permitir el divorcio por simple incompatibilidad de caracteres y, además, por abandono de un cónyuge o de la casa conyugal. También se reconocen causas que en realidad no implican culpa, un hecho inmoral o un delito, como la locura y ausencia. También la emigración por más de cinco años fue causa de divorcio.

Señala Galindo Garffías, "La Revolución Francesa, que sustentaba el principio de que el matrimonio es un contrato y no un sacramento, debía llevar necesariamente al divorcio. El principio de la autonomía de la voluntad, como base fundamental de los actos jurídicos y las ideas del individualismo, llevaron a la promulgación de la ley sobre el divorcio del 20 de Septiembre de 1792 en la que se reconoció la posibilidad de disolver el vínculo matrimonial, por numerosas causas entre las cuales se aceptaba la incompatibilidad de caracteres."⁹

Como dato histórico, recordemos la influencia que tuvo la Revolución Francesa, en todos los ámbitos de la cultura y de la política de los países civilizados.

Esta notoria influencia se sintió, en el campo del Derecho Civil y Constitucional principalmente.

En el año de 1792 se consagró en la Ley Francesa la institución del divorcio. En esta ley se autoriza la disolución del vínculo matrimonial, por simple incompatibilidad de caracteres, además por adulterio, injurias graves, sevicias, abandono de un cónyuge o de la casa conyugal; la comisión de un hecho inmoral o un delito, la locura y la emigración por más de cinco años fueron también causa de divorcio. En el Código Civil de Napoleón, se admitió tanto el divorcio voluntario como el necesario. En este último, se restringieron las causas; se excluyeron como causales de divorcio la incompatibilidad de caracteres, la locura, la ausencia, la emigración y contrariamente se incluyeron como nuevas causales, el adulterio, las injurias graves, la sevicia y las condenas criminales.

Según nos refiere Marcel Planiol, "La revolución, que sólo consideraba al matrimonio como un contrato civil, necesariamente debería de llegar al divorcio. Desde la constituyente se proyectó el restablecimiento de este, pero solo fue la asamblea legislativa la que organiza en la Ley de Septiembre de 1792, que lo permite con gran facilidad. En primer lugar admite el divorcio no solo por el consentimiento mutuo, sino por simple incompatibilidad de caracteres, alegada por solo uno de los cónyuges durante

⁹ Galindo Garffías, Ignacio. Pág. 578

cinco años. La convención facilitó aun más el divorcio en sus decretos del 8 nivoso y del 4 floreal año II. Pero ante el abuso de esta nueva libertad, pronto volvió a la Ley de 1792.¹⁰

De conformidad con Galindo Garfías "El Código de Napoleón de 1804 redujo las causas de divorcio a solo tres: el adulterio, la sevicia y las injurias graves. Solo se aceptaba el divorcio por actos culposos de uno de los cónyuges y lo rechazaba en aquellas causas en que alguno de ellos padecía enfermedad mental, en los cuales no puede imputarse culpa alguna a los consortes.¹¹

Los principios sustentados por el Código Civil Francés de 1804 en materia de divorcio, influyeron en las legislaciones modernas de algunos países.

Hasta el año de 1816 la institución del divorcio en Francia continua, en base al Código Civil de Napoleón, sin embargo al nombrar a la religión católica como religión de estado, se suprime el divorcio.

A este respecto, Planiol¹² nos comenta: "Supresión de divorcio en 1816 con la restauración y la carta de 1814, se estableció el catolicismo como religión de estado, quedando por lo mismo, condenado el divorcio. De Bonald deposito una Ley a la abolición del divorcio, que fue la del 8 de Mayo de 1816.

Siempre se ha considerado que esta ley es la satisfacción dada a la iglesia contra el régimen derivado de la Revolución. Las apasionadas frases de Bonald y las discusiones que originó el proyecto, no dejan duda a este respecto. Restableciendo el divorcio, la carta de 1830 privó al catolicismo de su carácter de religión exclusiva. La consecuencia lógica de esto debió haber sido el restablecimiento del divorcio, pero aunque la cámara de diputados en los primeros años del reinado de Luis Felipe, lo votó cuatro o cinco veces, siempre fue rechazada por los pares. En 1848, la constitución lo rechazó a su vez y solamente 68 años después de su supresión fue restablecida por la ley del 19 de Julio de 1884 como consecuencia de una prolongada cámara emprendida por Naquet.

¹⁰ Planiol, Marcel, citado por Rojina Villegas, Rafael. Pág. 419

¹¹ Galindo Garfías, Ignacio. Pág. 581

¹² Planiol, Marcel, citado por Rojina Villegas, Rafael. Pág. 421

Desde el año 1816 hasta el año de 1884, el divorcio estuvo prohibido en Francia, como vemos, a mediados del siglo XIX en Francia se quita al catolicismo la categoría de religión de estado, con lo que tiempo después se vuelve a instruir el divorcio.

En el año de 1884, se reimplanta el divorcio tal y como lo regula el Código Civil de Napoleón, restringiéndose las causas de adulterio, de injurias graves, de sevicias y condenas criminales como causales de divorcio.

La Ley Naquet del 27 de Julio de 1884, no admitía el divorcio por mutuo consentimiento ni por incompatibilidad de caracteres; adopto la concepción del divorcio sanción, considerando que el Divorcio es una pena para el cónyuge culpable, según señala la Mazeaud.¹³

El Derecho Francés antiguo es de gran importancia ya que al señalar la evolución del matrimonio en el antiguo derecho francés, en virtud de que posteriormente el Código Napoleónico serviría de inspiración a los Códigos europeos.

Con la exposición anterior, nos damos una idea somera acerca del divorcio francés, y la influencia que tuvo la revolución de 1789, la que como hemos visto, tuvo repercusiones no solamente a nivel político, sino también el ámbito jurídico, sobre todo el Código Civil de Napoleón de 1804, mismo que influyera en el Derecho Hispanoamericano.

2.3 EN EL DERECHO ESPAÑOL

El Derecho canónico no admitía el Divorcio, sin embargo, en el siglo VIII predomino la interpretación que del evangelio hizo San Mateo, estimando que por el adulterio podía disolverse el matrimonio. En sentido contrario hubo la interpretación que llevaron a cabo San Lucas y San Marcos, en el sentido de que ni aun por adulterio, podía disolverse el matrimonio. En los primeros siglos, incluso algunos padres de la iglesia permitían el divorcio por adulterio.

¹³ Magallon Ibarra, Jorge Mario. INSTITUCIONES DE DERECHO VICIL 3 DERECHO DE FAMILIA. Editorial Porrúa. México 2001. Pág. 65

A partir del siglo VIII se discutió en los concilios¹⁴, si era admisible el divorcio por adulterio, la única causa posible, sin embargo, la idea de que ni aun por adulterio era posible obtener el divorcio, fue ganando terreno, y el derecho francés antiguo evoluciono. En realidad, no fue sino hasta el siglo XIII como ya quedo debidamente establecido que el matrimonio consumado entre bautizados, es decir, el matrimonio en donde ya hubo copula carnal, no podía disolverse, ni aun por adulterio.

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

El matrimonio no consumado según el derecho canónico, puede ser en dos casos:

1. Por solemne en una orden religiosa, reconocida por la iglesia.
2. Por dispensa pontificia.

El derecho canónico, acepta en ciertos, la supresión de la comunidad conyugal. La separación puede ser perpetua o temporal. La primera tiene únicamente lugar en caso de adulterio. La separación de cuerpos, siempre ha de ser decretada por autoridad eclesiástica competente y nunca por simple voluntad de los cónyuges.

La reforma protestante del siglo XVI admitía el divorcio, fundándose originalmente en el texto de san mateo, solo en el caso del adulterio. Después el protestantismo agrego el abono y la simple declaración unilateral de voluntad. Originalmente no se requería la intervención de autoridad alguna que pronunciara el divorcio. Más tarde se revoco la necesidad de hacer intervenir a la autoridad eclesiástica.¹⁵

La Ley IV del Fuero Juzgo, prohíbe que pidan la acción mencionada las siguientes personas: el que se supiese que estaba en pecado mortal o que se le probase estarlo, a menos que le correspondiese hacerlo por parentesco. Tampoco se deberá oír al que lo hiciere con intención de utilizar de alguna manera objetos de aquellos a quienes

¹⁴ CONCILIOS: Junta o congreso de eclesiásticos de la iglesia católica para deliberar sobre materias doctrinales y de disciplina.

¹⁵ Galindo Garfias, Ignacio. Pág. 579

acusa, ni el que hubiese recibido dinero u otra casa por esta razón, siempre que se le pudiese probar.

Las Leyes españolas casi no se encargaron de regular el divorcio sino que todo lo relacionado con el matrimonio y el divorcio pertenecía a la jurisdicción eclesiástica, y la iglesia mediante decretales, resoluciones de concilios y el Código Canónico, era lo que regulaba esas materias.

No obstante, hay algunas disposiciones en la legislación civil que tratan del divorcio. Voy a referirme a las mas importantes de las leyes españolas que precedieron a la nuestra y en parte, estuvieron vigentes en México.

En el Fuero Juzgo encontramos en el libro 3º, 6º titulo, las siguientes disposiciones:

1. Se prohíbe que alguno se case con la mujer que dejo al marido a no ser que supiese que fue dejada por escrito o por dos testigos.
2. Si no son personas de alcurnia social, el juez, debía separarlos inmediatamente y ponerlos a disposición del primer marido, tanto a la mujer como al que se caso con ella, a no ser que el marido estuviese ya casado con otra, para que hiciere con ellos lo que fuera su voluntad.
3. Si el marido abandonara a su mujer sin motivo legal pierde la dote que recibió y no tiene derecho a ninguna de los bienes de la mujer. Además, si había enajenado lo que había recibido de la mujer, estaba obligado a devolverlo.
4. Si la mujer es abandonada injustamente y le hubiera dado a su esposo algún bien, aunque fuera por escrito, tal donación no valdría y todo tendría que tornar a ella.

Esta Ley demuestra que el divorcio en aquel entonces no era indisoluble y hasta el concilio de Trento para encontrar en el, con el carácter de imperativa, la indisolubilidad.¹⁶

En el presente punto examinaremos la regulación de la institución del divorcio, en Derecho Español, mismo que es antecedente inmediato de nuestro Derecho Civil Mexicano.

2.4 EN EL DERECHO MEXICANO

Se puede decir que en el derecho precolonial, poco se conoce de la organización jurídica de los pueblos que habitaron el actual territorio de nuestro país antes de la llegada de los españoles. Estos pueblos tenían culturas y civilizaciones y estaban unidos entre si por estrechas ligas étnicas y sociales que fueron causas de afinidades numerosas.

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

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

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

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

¹⁶ Pallares, Eduardo. Págs. 15 a 17

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

Realizada la separación, los hijos quedaban con el padre y las hijas con la madre. El cónyuge culpable era castigado con la pérdida de la mitad de sus bienes, y ambos divorciados podían contraer nuevo matrimonio, salvo entre ellos.

El divorcio no era frecuente ni bien visto entre los aztecas. Los jueces se resistían a otorgar el divorcio cuando se presentaba uno de los cónyuges a solicitarlo, y solamente después de reiteradas gestiones autorizaban al peticionario para hacer lo que quisiera.

Cuando la petición era hecha por los dos, los jueces traban de reconciliarlos, invitándolos a vivir en paz, y si no aceptaban los despachaban rudamente, dándoles su tacita autorización. La misma solamente podía otorgarse ante las causales mencionadas con anterioridad.

Como otros antecedentes podemos mencionar al Código Civil de 1870, al Código Civil de 1884, La Ley del Divorcio Vincular de 1914 y a la Ley sobre Relaciones Familiares de 1917.

A) CÓDIGO CIVIL DE 1870

El Código Civil de 1870, al decir de Galindo Garfías¹⁷, "Tiene como antecedente un proyecto que por encargo oficial redactó en 1859 Justo Sierra. Este proyecto fue concluido en el año de 1861 pero la situación política y el estado de guerra por el cual atravesaba entonces el país impidieron que sus disposiciones se pusieran en vigor."

El proyecto de Justo Sierra se inspiró principalmente, en el Código Civil Francés de 1804, en el Código Albertino de Cedeña, en los Códigos Civiles Portugués, Austriaco, y Holandés, así como en las concordancias del proyecto del Código Civil Español de 1851, redactado por Don Florencio García Goyena, fue uno de los Códigos más avanzados en su tiempo.

¹⁷ Galindo Garfías, Rafael

Como antecedente tenemos que el Código Civil Francés de 1804 influye directamente en la Legislación Civil española del siglo XIX, por medio del proyecto del Código Civil de 1851, conocido como Código Civil de García Goyena. Aunque este código no tuvo vigencia.

Los Juristas latinoamericanos han sido influenciados por este Código atendiendo a que nuestros Códigos Civiles de 1870 y 1884, se inspiraron tanto en el Código Civil Napoleónico, como en los estudios de García Goyena.

En el Código Civil de 1870, únicamente se aceptaba el Divorcio por la separación de los cuerpos, y no así el divorcio vincular; ya que se estimaba que el divorcio no disolvía el vínculo matrimonial, únicamente suspendía algunas obligaciones civiles.

En el Capítulo V del Código de 1870, se prevé lo referente al divorcio, parte de la noción del matrimonio como unión indisoluble y, como consecuencia lógica, no se admite el divorcio vincular, a continuación transcribe los artículos 239 y 240 de este ordenamiento.

Artículo 239.- El divorcio no disuelve el vínculo matrimonial suspende algunas de las obligaciones civiles, que se expresaran en los artículos relativos de este Código.

En este dispositivo se regula que el divorcio no disuelve el vínculo matrimonial, influido sin duda este ordenamiento por el derecho canónico, y por que el proyecto de Código Civil de García Goyena, los cuales no autorizaban esta de divorcio.

En el artículo 240 de este ordenamiento legal, se disponen las causas de divorcio en los siguientes términos: Son causas legítimas de divorcio:

- I. El adulterio de uno de los Cónyuges.
- II. La propuesta del marido para prostituir a su mujer no solo cuando el mismo la haya hecho directamente, sino cuando se pruebe que ha recibido dinero o cualquier remuneración con el objeto expreso de permitir que otro tenga relaciones ilícitas con su mujer.
- III. La incitación o la violencia por un cónyuge al otro para cometer algún delito aunque no sea de incontinencia carnal.

- IV. El conato del marido o de la mujer para corromper a los hijos, o la convivencia en su corrupción.
- V. El abandono sin causa justa del domicilio conyugal, prolongado por más de 2 años.
- VI. La sevicia del marido con su mujer o la de esta con aquel.
- VII. La acusación falsa hecha por un cónyuge al otro.

Rafael Rojina Villegas, comentando este artículo, señala "Este ordenamiento se encuentra inspirado, por un profundo proteccionismo al matrimonio, como institución indisoluble, debido a lo cual interpuso a la realización del divorcio, una serie de trabas y formalidades.¹⁸

Después de una serie de separaciones temporales, en las cuales al finalizar el plazo de cada una de ellas, el juez exhortaba a los cónyuges en conflicto, para que diesen por terminado el juicio de divorcio e intentaba una última audiencia de conciliación antes de pronunciar una sentencia.

El Divorcio por la separación de los cuerpos estaba prohibido cuando el matrimonio tenía celebrado más de veinte años. Este Código señalaba que como condición para poder promover el divorcio por separación de cuerpos, que hubieren transcurrido como mínimo dos años desde la celebración del matrimonio.

B) CÓDIGO CIVIL DE 1884

El Código Civil de 1884, coincide con el Código Civil de 1870 en no establecer el divorcio vincular, sino tan solo el llamado "SEPARACION DE CUERPOS", en el cual subsistía el vínculo matrimonial, suspendiéndose solo algunas obligaciones civiles que imponía el matrimonio.

De este ordenamiento sobresale la autoridad del esposo sobre la esposa y los hijos, así como la distinción que hacía entre los hijos naturales y los legítimos y no hay que olvidar la indisolubilidad del matrimonio.

¹⁸ Rojina Villegas Rafael. COMPENDIO DE DERECHO CIVIL I, INTRODUCCION PERSONAS Y FAMILIA. Editorial Porrúa. México 2004.

Este ordenamiento, en lo relativo al divorcio fue reformado por la Ley de Divorcio del 29 de Diciembre de 1914, promulgada en Veracruz, por Don Venustiano Carranza.

En relación a las disposiciones contenidas en el Código Civil de 1884, el artículo 226 nos da el concepto de divorcio en los siguientes términos: El divorcio no disuelve el vínculo matrimonial suspende solo algunas de las obligaciones civiles, que se expresaran en los artículos relativos de este Código.

Por su parte el artículo 227 del ordenamiento en cita establece las causales de divorcio: Son causales de divorcio:

- I. El adulterio de uno de los Cónyuges.
- II. El hecho de que la mujer de a luz durante el matrimonio un hijo concebido antes del contrato (matrimonio) y que judicialmente se le declare ilegítimo.
- III. La propuesta del marido para prostituir a su mujer no solo cuando el mismo marido la haya hecho directamente, sino cuando se pruebe que ha recibido dinero o cualquier remuneración con el objeto expreso de permitir que otro tenga relaciones ilícitas con su mujer.
- IV. La incitación o la violencia por un cónyuge al otro para cometer algún delito aunque no sea de incontinencia carnal.
- V. El conato del marido o de la mujer para corromper a los hijos, o la tolerancia a la corrupción.
- VI. El abandono del domicilio conyugal sin causa justa, o aún cuando sea con justa causa, si siendo esta bastante para pedir el divorcio, se prolonga por mas de 1 año el abandono, sin que el cónyuge que lo cometió intente el divorcio.
- VII. La sevicia, las amenazas o las injurias graves, de un cónyuge contra el otro.
- VIII. La acusación falsa hecha por un cónyuge contra el otro.
- IX. La negativa de uno de los cónyuges a ministrar al otro alimentos conforme a la ley.
- X. Los vicios incorregibles de juego o embriaguez.
- XI. Una enfermedad crónica e incurable, que sea también contagiosa o hereditaria, anterior a la celebración del matrimonio y que no haya tenido conocimiento el otro cónyuge.
- XII. Por mutuo consentimiento.

El Código Civil de 1884 reprodujo las siete causales de Divorcio contempladas en el Código Civil de 1870, e introdujo cinco causales mas, las cuales son:

1. El hecho de que la mujer de a luz durante el matrimonio un hijo concebido antes del contrato (matrimonio) y que judicialmente se le declare ilegítimo.
2. La negativa de uno de los cónyuges a ministrar al otro alimentos conforme a la ley.
3. Los vicios incorregibles de juego o embriaguez
4. Una enfermedad crónica e incurable, que sea también contagiosa o hereditaria, anterior a la celebración del matrimonio y que no haya tenido conocimiento el otro cónyuge.
5. El mutuo Consentimiento

Cabe hacer mención que en el Código de 1884, el divorcio podía solicitarse y obtenerse cuando ambos cónyuges estuvieran de acuerdo.

C) LEY DE DIVORCIO VINCULAR DE 1914

Esta Ley surgió el 29 de Diciembre de 1914 y fue promulgada por Venustiano Carranza, este ordenamiento es considerado como histórico debido a que México por primera vez regulaba jurídicamente el Divorcio Vincular.

Lo cual fue un paso trascendental que reconoció en nuestra legislación Civil al Divorcio Vincular.

En seguida transcribiré algunos párrafos de la exposición de motivos¹⁹ de esta ley, los que demuestran su evidente evolución histórica de la institución del divorcio en nuestro país.

“Venustiano Carranza, Primer Jefe del Ejercito Constitucionalista, encargado del Poder Ejecutivo de los Estados Unidos Mexicanos y Jefe de la Revolución en virtud de las facultades de que me encuentro investido, y considerando:

“Que el matrimonio tiene por objetos esenciales la procreación de la especie, la educación de los hijos y la mutua ayuda de los contrayentes para soportar las cargas

¹⁹ Exposición de Motivos de la Ley del Divorcio del 29 de Diciembre de 1914

de la vida; que en esa virtud, se contrae siempre en concepto de unión definitiva, pues los cónyuges al unirse entienden conseguir por ese medio la realización de sus mas altos ideales; pero desgraciadamente no siempre se alcanzan los fines para los cuales fue contraído el matrimonio, y, por excepcionales que pueden ser estos casos, la ley debe de atender justamente a remediarlos, relevando a los cónyuges de la obligación de permanecer unidos durante toda su existencia, en un estado irregular contrario a la naturaleza y a las necesidades humanas."

"Que lo que hasta ahora se ha llamado Divorcio en nuestra legislación, o sea la simple separación de los consortes sin disolver el vinculo, lejos de satisfacer las necesidades sociales de reducir a su mínima expresión las consecuencias de las uniones desgraciadas, solo crea una situación irregular, peor de la que trata de remediarse, por que fomenta la discordia entre las familias, lastimando hondamente los efectos entre los padres e hijos, y extendiendo la desmoralización de la sociedad."

"Que esa simple separación de los consortes crea además, una situación anómala de duración indefinida, que contrario a la naturaleza y al derecho, que tiene todo ser humano de procurar su bienestar y la satisfacción de sus necesidades, por cuanto condena a los cónyuges separados a perpetua inhabilidad para los mas altos fines de la vida."

"Que la experiencia y el ejemplo de las naciones civilizadas enseñan que el divorcio que disuelve el vinculo es el único medio de subsanar, hasta donde es posible, los errores de uniones que no pueden subsistir."

"Que la experiencia de países tan ocultos como Inglaterra, Francia y Estados Unidos de Norte América, han demostrado ya, hasta la evidencia, que el divorcio que disuelve el vinculo es un factor de moralidad porque facilitando la formación de nuevas uniones legítimas, evitando la multiplicidad de los concubinatos y, por lo tanto, el pernicioso influjo que necesariamente ejercen en las costumbres publicas, da mayor estabilidad a los afectos y relaciones conyugales, asegura la felicidad de mayor numero de familias y no tiene el inconveniente grave de obligar a los que por error o ligereza, fueron al matrimonio a pagar su falta con la esclavitud de toda su vida."

“Que si bien la aceptación del divorcio que disuelve el vinculo es el medio directo de corregir una verdadera necesidad social, debe tenerse en cuenta que solo se trata de un caso de excepción, y no de un estado que sea la condición general de los hombres en la sociedad; por lo cual es preciso solo a los casos en que la mala condición de los consortes ya es irreparable en otra forma que no sea absoluta separación.”

“Por lo tanto, he tenido a bien decretar lo siguiente:

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

“Fracción IV.- El matrimonio podrá disolverse en cuanto al vinculo ya sea por el mutuo y libre consentimiento de los cónyuges cuando el matrimonio tenga mas de tres años celebrado, y en cualquier tiempo por causas que hagan imposibles o indebida la realización de los fines del matrimonio, o por faltas graves de alguno de los cónyuges, que hagan irreparables las desavenencias conyugales. Disuelto el matrimonio los cónyuges pueden contraer una nueva unión legítima.”

“Artículo 2º. Entretanto se establece el orden constitucional de la Republica, los Gobernadores de los Estados quedan autorizados para hacer en los respectivos Códigos Civiles las modificaciones necesarias, a fin de que esta Ley pueda tener aplicación.”

Con la anterior transcripción, tanto de la Exposición de Motivos como de los dos únicos artículos de la Ley del Divorcio, de Diciembre de 1914, constatamos el trascendente paso que se verifico en nuestra legislación civil con respecto al divorcio, refiriéndonos a la autorización del divorcio vincular, misma que entre otros motivos se aducen cuestiones de carácter humano, como aquellas que se refieren a que durante la vigencia del Código anterior, la separación de cuerpos lejos de remediar la situación entre los consortes, se reduce la relación entre estas lastimándose hondamente los afectos entre padres e hijos, y extendiéndose la desmoralización de la sociedad.

Así mismo, se hace alusión de dicha exposición, que el divorcio vincular solo es un caso de excepción, mas no de estado, que sea la condición general de los hombres

en sociedad, cuando ya sea irreconciliable la comunidad en pareja y no puedan llevarse a cabo los fines para los cuales fue concebido el matrimonio.

En la reforma tan amplia en que la Ley de 1914²⁰ reconoció el divorcio vincular necesario. En esta Ley se formaron dos series de causales de este Divorcio:

La Primera comprendía las que hacían imposible o indebida la realización de los fines del matrimonio como son: la impotencia incurable para la copula; enfermedades crónicas e incurables que fuesen contagiosas o hereditaria.

Y situaciones contrarias al estado matrimonial, como el abandono de la casa conyugal o por ausencia, toda vez que al no verificarse la vida en común, ya no podían cumplir los fines matrimoniales.

En la Segunda serie de causas que podrían considerarse para autorizar el divorcio encontramos a las faltas graves de alguno de los cónyuges que hicieran irreparable la desavenencia conyugal; los graves hechos inmorales de prostitución de la mujer, de la tolerancia del marido para prostituirla, o de la ejecución de actos directos para su prostitución, así como la corrupción de los hijos; el incumplimiento de obligaciones conyugales en cuanto alimentos y abandono en condiciones aflictivas de un cónyuge o de los hijos.

La Ley de 1914 tiene como propósito terminar con el régimen de separación de los cuerpos el cual era considerado funesto para las relaciones matrimoniales, ya que constituida una situación irregular que solo fomentaba a la mala relación entre los cónyuges la cual era reflejada a los hijos y a demás parientes, ya que permanecían unidos en contra de su voluntad.

Por lo que esta ley consideró que el matrimonio debería romper cualquier vínculo de manera definitiva, y dándole a cada uno de los cónyuges la libertad y capacidad para poder contraer nuevamente matrimonio.

²⁰ Reformas de la Ley de Divorcio de 1914

D) LEY SOBRE RELACIONES FAMILIARES DE 1917

Esta Ley también fue expedida por Venustiano Carranza el 09 de abril de 1917, era una ley donde se autorizaba el divorcio vincular.

La Ley sobre Relaciones Familiares de 1917, recopiló algunos conceptos de la Ley de Divorcio de 1914, así como, de los anteriores Códigos de 1870 y 1884, quedando firmes las bases en lo relativo a la materia del Divorcio.

Como vimos con antelación, el Código Civil de 1814, no reconoció el divorcio vincular, toda vez que solo autorizaba la separación de cuerpos en casos limitados.

La Ley de Relaciones Familiares, tomó en consideración las causales de divorcio que reguló el Código Civil de 1884, suprimiendo la infracción de las capitulaciones matrimoniales que ha sido el unido Código, que admitió que la infracción de dichas capitulaciones matrimoniales puedan disolver el vínculo matrimonial.

Cabe la precisión, de que fuera del Código Civil de 1884, ningún ordenamiento posterior autorizó como causal de divorcio la infracción a las capitulaciones matrimoniales

A continuación citare algunos considerandos de la Ley sobre Relaciones Familiares²¹ que me ocupa:

“Que en las relaciones pecuniarias de los esposos es en donde más se deja sentir la influencia de las antiguas ideas, pues mientras el marido sea administrador de los bienes comunes y el representante legítimo de la mujer, quien no puede celebrar ningún acto ni contrato sin la autorización de aquel, se conserva prácticamente el sistema romano que colocaba por completo a la mujer bajo la potestad del marido; y por otra parte la indisolubilidad del vínculo matrimonial estableciendo la comunidad perpetua de vida, dio origen a la de intereses, creando así la sociedad legal salvo el caso de que previamente se estableciera una voluntaria o se pactase la separación de bienes, la mujer y muy especial la mexicana que es toda abnegación y ternura ha sido frecuentemente víctima de explotaciones inicuas que el estado debe impedir y mucho más que ahora que estableció el divorcio, se hace necesario evitar que satisfecha la codicia de los aventureros o arruinada la mujer, se le abandone después de haber

²¹ Ley Sobre Relaciones Familiares del 09 de Abril de 1917

perdido su belleza y fortuna, sin que el marido conserve para ella mas que obligaciones insignificantes y con frecuencia poco garantizadas; y así pues no habiendo necesidad de suprimir la sociedad legal, se dispone expresamente de los bienes comunes mientras permanezcan indivisos, sean administrados de común acuerdo, que cada uno de los cónyuges conserve la administración y propiedad de sus bienes personales así como de los frutos de estos, y la completa capacidad para contratar y obligarse, pero sin perjuicio de la unidad familiar y sin excluir la ayuda mutua, pues se deja en libertad a ambos consortes para conferirse mandato y para comunicarse los frutos de sus bienes, aunque aceptándose como medidas de protección a favor de la mujer, que esta no reciba del marido menos de lo que ella le dio, que no pueda otorgarse fianza a favor de aquel y que no se obligue jamás solidariamente con el marido, en negocios de este."

"Que por lo que se refiere al divorcio que solo tendrá que añadirse a los considerandos de esta ley respectiva a fin de que esta no sirva para eludir las disposiciones legales de los estados de la republica o de un país extranjero, se ha prevenido que no se podrá promover el divorcio, ante los Jueces de Distrito y Territorios Federales, si los que lo solicitan no tienen cuando menos un año de domiciliados en la jurisdicción del juez competente."

Enseguida transcribiré algunos de los artículos²² de esta Ley, a fin de percatarnos como regulaba la Institución del Divorcio y sobre las causales que comprendían.

Artículo 75. El Divorcio disuelve el vínculo matrimonial y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro.

En cuanto a las causas de divorcio figuran en el artículo 76 del ordenamiento señalado en los siguientes términos:

Artículo 76. Son causas del divorcio:

- I. El adulterio de uno de los cónyuges;
- II. El hecho de que la mujer de a luz, durante el matrimonio, un hijo concebido antes de celebrarse el contrato, y que judicialmente fuese declarado ilegítimo;

²² Artículos 75 y 76 de la Ley sobre Relaciones Familiares.

- III. La perversión moral de alguno de los cónyuges, demostrada por actos del marido para prostituir a su mujer, no sólo cuando la haya hecho directamente, sino también cuando haya recibido cualquiera remuneración con el objeto expreso de que otro tenga relaciones ilícitas con ella; por la incitación a la violencia de uno de los cónyuges al otro para cometer algún delito aunque no sea de incontinencia carnal; por el conato de cualquiera de ellos para corromper a los hijos, o la simple tolerancia en su corrupción, o por algún otro hecho inmoral tan grave como los anteriores;
- IV. Ser cualquiera de los cónyuges incapaz para llenar los fines del matrimonio, o sufrir sífilis, tuberculosis, enajenación mental incurable, o cualquiera otra enfermedad crónica incurable, que sea, además, contagiosa o hereditaria;
- V. El abandono injustificado del domicilio conyugal por cualquiera de los consortes, durante seis meses consecutivos;
- VI. La ausencia del marido por más de un año, con el abandono de las obligaciones inherentes al matrimonio;
- VII. La sevicia, las amenazas o injurias graves o malos tratamientos de un cónyuge para el otro, siempre que éstos y aquéllas sean de tal naturaleza que hagan imposible la vida en común;
- VIII. La acusación calumniosa hecha por un cónyuge contra el otro, por delito que merezca pena mayor de dos años de prisión;
- IX. Haber cometido uno de los cónyuges un delito por el cual tenga que sufrir una pena de prisión o destierro mayor de dos años;
- X. El vicio incorregible de la embriaguez;
- XI. Cometer un cónyuge contra la persona o los bienes del otro, un acto que sería punible en cualquiera otra circunstancia o tratándose de persona distinta de dicho consorte, siempre que tal acto tenga señalado en la ley una pena que no baje un año de prisión;
- XII. El mutuo consentimiento.

En cuanto al divorcio por separación de cuerpos, este se relega a segundo termino, quedando exclusivamente como excepción relativa a la causal señalado en la fracción IV del artículo 76, a que se refiere a enfermedades crónicas e incurables, contagiosas o hereditarias, dejando a la voluntad del cónyuge sino pedir el divorcio vincular o la simple separación del lecho y cohabitación.

Una vez ejecutoriado el divorcio se precedería a la liquidación de la sociedad conyugal en caso de que bajo este régimen se hubiera celebrado el matrimonio teniendo la obligación los padres de aportar conforme a su caudal la cantidad suficiente como concepto de alimentos a los hijos. Si la mujer no hubiere dado causa al divorcio tenía el derecho de recibir alimentos mientras viviera honestamente y no contrajera nuevas nupcias; si el marido fuere inocente y estuviera imposibilitado para proveer por si mismo a su subsistencia, tendrá derecho a reclamar a la mujer alimentos.

Por virtud del divorcio, decía el artículo 102, los cónyuges recobrarán entera capacidad para contraer matrimonio, salvo en lo dispuesto por el artículo 140 y cuando el divorcio se haya declarado por causa de adulterio, pues en este último caso el cónyuge culpable no podrá contraer un nuevo matrimonio sino después de 2 años de pronunciada la sentencia de divorcio.

Su importancia radica en que por disposición de la misma se permitía la disolución del vínculo matrimonial, autorizando a los cónyuges a celebrar un nuevo matrimonio.

Cabe mencionar que esta ley tiene una tendencia proteccionista a favor de la mujer, ya que permite que esta participe en la administración de los bienes comunes, así mismo conservar y administrar directamente sus bienes.

Esta Ley también le daba a las mujeres la capacidad de contratar y obligarse por si misma, sin necesidad de contar previamente con la autorización y aprobación de su esposo.

CAPITULO TERCERO
DEL DIVORCIO

CAPITULO TERCERO DEL DIVORCIO

3.1 CONCEPTO JURIDICO DEL DIVORCIO

En este punto daré diversas definiciones sobre el concepto del divorcio, desde el punto de vista jurídico, expuesto en la doctrina nacional y extranjera.

De acuerdo con el pensamiento etimológico, el divorcio significa dos que se apartan del camino.

La palabra divorcio proviene del latín DIVORTIUM, que significa "Disolución del matrimonio". Forma sustantiva del antiguo divirtiere, que significa separarse. La voz latina DIVORTIUM, evoca la idea de separación de algo que ha estado unido. Desde el punto de vista jurídico significa la disolución del vínculo matrimonial y solo tiene lugar mediante la declaración de la autoridad judicial y en ciertos casos de la autoridad administrativa, dentro de un procedimiento señalado por la ley en que se compruebe debidamente la imposibilidad de la vida matrimonial, debe de ser pronunciada cuando no hay duda de que ha cesado la posibilidad de que continúen unidos en matrimonio los consorte, ya sea por que ha quedado probada en el juicio la existencia de hechos en tal manera graves que considerados en la ley como causas de divorcio, han provocado la ruptura de ese consenso para mantener el vinculo (divorcio contencioso o necesario) o por que marido y mujer están de acuerdo en hacer cesar su vida matrimonial (divorcio por mutuo consentimiento).

El divorcio viene a ser la forma legal de extinguir un matrimonio valido, decretado por autoridad competente y por alguna causa que la ley señala.

Rafael Rojina Villegas nos proporciona su concepto de divorcio en los siguientes términos: "Es un sentido jurídico, abarca dos posibilidades, una mayor y otra menor; la disolución del vinculo matrimonial y la mera separación de cuerpos que deja subsistente el vinculo. En ambos casos en virtud de sentencia judicial fundada en causa legal".¹

¹ Rojina Villegas, Rafael. Pág. 196

Por lo cual debemos de distinguir dos grandes sistemas: el divorcio separación de cuerpos y el divorcio vincular. En el primero perdura el vínculo, suspendiéndose solo algunas obligaciones del matrimonio tales como la de hacer vida en común cohabitar. En el segundo se disuelve el vínculo matrimonial, quedando los cónyuges en aptitud de contraer nuevas nupcias.

En base a lo que nos refiere Eduardo Pallares, el concepto de divorcio consiste en "Un acto jurisdiccional o administrativo, por virtud del cual se disuelve el vínculo conyugal y el contrato de matrimonio concluye, tanto con relación a los cónyuges como respeto a terceros. Por tanto, en si mismo, el divorcio consiste en la ruptura del vínculo conyugal, pero esta solo se obtiene mediante las formas y requisitos que la propia ley determina. Produce en consecuencia, dos efectos; el de la mencionada ruptura y el de otorgar a los cónyuges la facultad de contraer nuevo matrimonio".²

Ignacio Galindo Garfías, con respecto al divorcio nos advierte de la siguiente forma: "El divorcio es la ruptura de un matrimonio válido, en vida de los esposos, decretada por autoridad competente y fundada en algunas causas expresamente establecidas por la ley."³

Rafael de Pina, se refiere al tema que nos ocupa expresándose en las siguientes palabras: "La palabra divorcio, en el lenguaje corriente, contiene la idea de separación; en el sentido jurídico significa extinción de la vida conyugal, declarada por autoridad, competente, en un procedimiento señalado al efecto y por una causa determinada de modo expreso".

Se conocen dos especies de divorcio: el vincular (*divorium chupad vinculum*) calificado de pleno y el de separación de cuerpos (*separatio chupad thourum et mensan*) calificado de menos pleno; en el cual todas las obligaciones derivadas del estado de matrimonio subsisten con exclusión de la relativa vida en común.⁴

La Ley sobre Relaciones Familiares, en su artículo 75, da la definición que es preservada en el Código Civil para el Distrito Federal en vigor en su artículo 266, al igual que en el Código Civil del Estado de México en el artículo 4.88.

² Pallares, Eduardo. Pág. 36

³ Galindo Garfías, Ignacio. Págs. 577 y 578

⁴ De Pina Vara, Rafael, Pág. 196

L.S.R.F. ARTICULO 75.- "El divorcio disuelve el vinculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro.

Tratando de hacer un bosquejo que nos aclare y precisa parte por parte, de las anteriores definiciones llegamos a que, con el divorcio se disuelve el vinculo matrimonial, es decir, se rompe con la obligación de fidelidad al cónyuge, quedando en la posibilidad de contraer nuevas nupcias, subsistiendo la obligación de alimentos a los hijos menores y en su caso, al cónyuge inocente, en el divorcio necesario o a uno de los cónyuges por pacto en el divorcio voluntario.

Por lo tanto el divorcio es la forma legal de extinguir un matrimonio valido en vida de los cónyuges, decretada por autoridad competente que permite a los mismos contraer con posterioridad un nuevo matrimonio valido.

Para captar cabalmente el concepto de divorcio, como forma legal de extinción del matrimonio valido, habrá que determinar el concepto jurídico de matrimonio.

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

El divorcio es la disolución del vínculo matrimonial, en vida de los cónyuges, decretada por autoridad competente por causas posteriores a la celebración del matrimonio y establecidas expresamente por la ley.

Ahora veamos lo que el artículo 4.88 del Código Civil del Estado de México dice relacionado con el Divorcio: "El divorcio disuelve el matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro."

El Código no define al divorcio, solo se limita a expresar sus efectos.

De inmediato el artículo 4.90 del Código Civil del Estado de México, señala las causas de divorcio Necesario en XIX fracciones. El artículo 4.89 hace referencia al mutuo consentimiento.

Sobre este aspecto se puede decir que se conocen tres variedades del divorcio:

- a) Divorcio Voluntario Administrativo
- b) Divorcio Voluntario Judicial
- c) Divorcio Necesario

De lo que antecede, tenemos que por mi parte el divorcio puede ser definido como la forma que la ley autoriza; por medio del cual se decreta la disolución del matrimonio, que puede ser en forma voluntaria (judicial o administrativa) o en forma necesaria (cuando se acreditan los extremos previstos en el Código Civil como causales de divorcio) extinguiendo el vínculo jurídico que unía a los cónyuges, dejándoles la posibilidad de volver a contraer un nuevo matrimonio válido.

3.2 DE LOS TIPOS DE DIVORCIO QUE REGULA EL CODIGO CIVIL DEL ESTADO DE MEXICO

A) EL DIVORCIO VOLUNTARIO ADMINISTRATIVO

Uno de los sistemas de divorcio regulado por nuestra legislación vigente es el llamado divorcio vincular, es decir aquel que disuelve el vínculo matrimonial; del cual iniciaremos con el divorcio voluntario o por mutuo consentimiento.

El divorcio por mutuo consentimiento lo han definido diciendo que: "Es la disolución del vínculo matrimonial en vida de los cónyuges decretada por autoridad competente ante la solicitud de mutuo acuerdo de ambos cónyuges".⁵

El divorcio por mutuo consentimiento o voluntario en base a nuestro sistema jurídico, es aquel que disuelve el vínculo matrimonial y concede capacidad a los cónyuges de contraer otro. Y se lleva a cabo por voluntad de los consortes de disolver dicho vínculo.

El Código Civil habilita la vía de divorcio por voluntad de los consortes, dependiendo de la autoridad ante la cual se tramite; estas pueden ser el divorcio

⁵ Montero Duhalt, Sara. DERECHO DE FAMILIA. 11ª Edición. Editorial Porrúa. México 2001. Pág. 254

voluntario judicial y el divorcio voluntario administrativo que se solicita ante el Oficial del Registro Civil.

El Divorcio Voluntario Administrativo, es llamado de esta forma, por que se tramita ante las autoridades administrativas; esta regulado por los artículos 4.101 y 4.105 del Código Civil del Estado de México, los cuales transcribiré a continuación.

Artículo 4.101.- El divorcio voluntario judicial o administrativo no podrá pedirse sino pasado un año de la celebración del matrimonio.

Artículo 4.105.- Cuando ambos cónyuges convengan en divorciarse, sean mayores de edad, no tengan hijos menores de edad o mayores sujetos a tutela y hubieren liquidado la sociedad conyugal, si la había, podrán ocurrir personalmente ante el Oficial del Registro Civil del lugar de su domicilio, comprobando que son casados, mayores de edad y manifestando su voluntad de divorciarse.

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

El divorcio así obtenido no surtirá efectos legales si se comprueba que los consortes tienen hijos menos de edad y no han liquidado la sociedad conyugal, entonces aquellos incurrirían en un delito y por tanto sufrirían las penas que establece el código de la materia correspondiente.

Los consortes que no se encuentren en el caso previsto en los anteriores párrafos de estos artículos, pueden divorciarse por mutuo consentimiento, ocurriendo al juez competente en los términos que ordena el Código de Procedimientos Civiles del Estado de México.

De los artículos expuestos con anterioridad podemos señalar los requisitos y características de este divorcio que son las siguientes:

- ❖ Que los consortes convengan en divorciarse
- ❖ Que ambos sean mayores de edad
- ❖ Que no tengan hijos menores de edad o mayores sujetos a tutela
- ❖ Que hayan liquidado la sociedad conyugal
- ❖ No podrán iniciar el procedimiento de divorcio sino después de un año de celebrado el matrimonio.

Al exigir que los consortes comparezcan personalmente, significa que es un acto personalísimo y por lo tanto no pueden comparecer a través de un apoderado o de un representante en común.

Los Oficiales del Registro Civil, desempeñan un papel pasivo ya que sus funciones se asemejan a las de los Notarios Públicos, toda vez que los Oficiales del Registro Civil se limitan a hacer constar la voluntad de los consortes, los hechos que la ley ordena y a declarar el divorcio. Al dar fe de la voluntad de las partes, y en ejercicio de una potestad que les otorga el Estado tienen la facultad de disolver el matrimonio.

En base a lo que nos comenta Eduardo Pallares; "El papel pasivo del Oficial del Registro Civil, en esta clase de divorcios, se explica, por que no habiendo hijos de por medio, ni conflictos de interés económico procedentes del matrimonio, tanto la sociedad como el estado carecen de interés en que el vínculo conyugal subsista y por lo tanto consideran el divorcio como la rescisión de un contrato."⁶

Para que el divorcio surta efectos es necesario que se levanten las actas correspondientes y que estén debidamente autorizadas. Su omisión o el hecho de que no estén autorizadas con la firma del Oficial del Registro Civil impedirá que el divorcio surta efectos debido a que estos requisitos son indispensables, a excepción del que se refiere a que se anote en el acta de matrimonio, la de divorcio.

Ahora bien, cuando los cónyuges se hayan casado en una jurisdicción determinada y con posterioridad trasladen su domicilio a otra parte distinta, en este caso, el Oficial del Registro Civil que haya divorciado a los consortes, remitirá copia del acta de divorcio al Oficial que conoció del matrimonio, para que se efectúe la anotación correspondiente.

⁶ Pallares, Eduardo. Pág. 40

Este tipo de divorcio marca la cúspide en donde las facilidades para la obtención del mismo han aumentado a tal grado que la sola voluntad de los consortes es suficiente para disolver el vínculo matrimonial, sin necesidad de la intervención de la autoridad judicial, sino que basta simplemente que el Oficial del Registro Civil consigne la voluntad de las partes y mediante esa constancia hecha en el acta que tomará, después de haber sido ratificada a los quince días, será suficiente para considerar disuelto el matrimonio.

El divorcio por la vía administrativa fue objeto, cuando surgió el Código Civil después de muchas críticas, diciendo que el mismo era un factor de profunda disolución de la familia al dar extremas facilidades para terminar el matrimonio. La comisión redactora expuso sus motivos para implantarlo con las siguientes palabras:

“El divorcio en este caso solo perjudica directamente a los cónyuges, que obran con pleno conocimiento de lo que hacen, y no es necesario para decretarlo que se llenen todas las formalidades de un juicio. Es cierto que hay interés social en que los matrimonios no se disuelvan fácilmente, pero también es cierto que la sociedad esta interesada en que los hogares no sean focos de constantes disgustos y en que cuando no están en juego los sagrados intereses y los hijos, o de los matrimonios, cuando los cónyuges manifiestan su decidida voluntad de no permanecer juntos.”⁷

B) DIVORCIO VOLUNTARIO JUDICIAL

Dentro del divorcio por mutuo consentimiento existe otra forma que regula el Código Civil del Estado de México y es llamado DIVORCIO VOLUNTARIO JUDICIAL, el cual deberá tramitarse ante la autoridad judicial es decir ante un juez de lo familiar.

Cuando no se llenan los requisitos necesarios para que proceda el divorcio voluntario de tipo administrativo, y se tiene la voluntad de disolver el matrimonio, existe este tipo de divorcio judicial, el cual se va a decretar por sentencia dictada por un juez de lo familiar, dicha sentencia tendrá como resultado la disolución del vínculo matrimonial y la sociedad conyugal en su caso dejara de existir.

⁷ Montero Duhalt, Sara. Pág. 255

Si los consortes son mayores de edad, si existen en el matrimonio hijos, o si bien, el matrimonio se ha celebrado bajo el régimen de sociedad conyugal, sin haberse liquidado, se deberá de tramitar el divorcio voluntario de tipo judicial ante juez competente. Es decir si los consortes que pretendan divorciarse por mutuo consentimiento, no llenan los requisitos señalados para el divorcio administrativo deberán de acudir ante el juez competente.

En su escrito inicial de demanda deberán presentar un convenio, en el que estipulen las cláusulas que exige el artículo 4.102 del Código Civil del Estado de México.

Entre los requisitos que deberán de contener el convenio anexo al escrito inicial de demanda de divorcio se encuentran:

- ❖ La persona que tendrá la custodia de los hijos, tanto durante el procedimiento, como después de ejecutoriado el divorcio.
- ❖ La forma de cubrir las necesidades de los hijos tanto durante el procedimiento como al término de este.
- ❖ El domicilio de cada uno de los cónyuges durante el procedimiento.
- ❖ Los alimentos que un cónyuge dará a otro, en los términos del artículo 4.99 del Código Civil del Estado de México, tanto durante el procedimiento como después de ejecutoriada la sentencia de divorcio; la forma de hacer el pago y la garantía que debe otorgar.
- ❖ La forma de administrar la sociedad conyugal durante el procedimiento y la de liquidarse al ejecutoriarse el divorcio.

El Divorcio Voluntario Judicial se encuentra regulado por los artículos 2.275 del Código de Procedimientos Civiles del Estado de México y los artículos 4.89 y 4.101 del Código Civil del Estado de México, mismos que establecen:

Artículo 4.89 del Código Civil del Estado de México.- El divorcio se clasifica en necesario y voluntario. Es necesario cuando cualquiera de los cónyuges lo reclama fundado en una o más de las causas que señala el artículo siguiente y es voluntario cuando se solicita de común acuerdo por éstos.

Artículo 4.101 del Código Civil del Estado de México.- El divorcio voluntario judicial o administrativo no podrá pedirse sino pasado un año de la celebración del matrimonio

En casos no previstos en los párrafos anteriores se refieren a contrario sensu: cuando no sean mayores de edad cuanto tengan hijos y no hubieren liquidado la sociedad conyugal, en estos supuestos es cuando procede el divorcio voluntario judicial

Por su parte el artículo 2.275 del Código de Procedimientos Civiles del Estado de México, dispone en relación al divorcio por mutuo consentimiento.

Cuando ambos cónyuges convengan en divorciarse, presentarán solicitud escrita al Juez acompañando:

- I. Convenio a que se refiere el Código Civil
- II. Copia certificada del acta de su matrimonio
- III. Copia certificada del acta de nacimiento de sus menores hijos.

Ahora bien, en cuanto a la naturaleza del convenio que sirve de base al divorcio Pallares comenta: "El convenio es un verdadero contrato de derecho publico, por que tanto el estado como la sociedad, están interesados en que ser otorgué conforme a las leyes que rigen el matrimonio y el divorcio, cuenta habida de que existen los interés de los hijos menores y los derechos de los cónyuges derivados del matrimonio, todo lo cual concierne a la institución de la familia.

Es un contrato sui generis, por que la ley obliga a los consortes a incluir en el, diversas estipulaciones sin las cuales carecen de valides y eficacia jurídica. En otros términos, los consortes no tienen plena libertad para otorgarlo fuera de las prescripciones legales. Lo mas importante en el convenio, que no debe omitirse, es lo relativo a los hijos, así como a los alimentos que tanto ellos como uno de los cónyuges deberán de percibir, y las garantías concernientes a su pago."⁸

Para estar en aptitud de solicitar el divorcio por esta vía, es indispensable que haya transcurrido por lo menos un año desde la celebración del matrimonio. En tanto se

⁸ Pallares, Eduardo. Págs. 49 y 50

decreta el divorcio, el juez dictara las medidas necesarias para asegurar la subsistencia de los hijos, a fin de obligar a los consortes a dar alimentos.

Durante la tramitación de este juicio los consortes pueden reunirse en cualquier momento dando fin al litigio, si aun no hubiere sentencia ejecutoriada. En este caso no podrán volver a solicitar el divorcio por mutuo consentimiento, hasta pasado un año desde su reconciliación.

En cuanto al procedimiento este comprende una junta de avenencia que exige el artículo 2.276 y 2.277 del Código de Procedimientos Civiles del Estado de México, para que en ella se ratifique y reitere la voluntad de los consortes.

Artículo 2.276.- Presentada la solicitud, el Juez citar, oyendo al Ministerio Publico, a los cónyuges a una junta, dentro de los quince días siguientes, en la que procurará averirlos.

Artículo 2.277.- Si el juez no logra la reconciliación en la misma junta, analizará el convenio, señalando a los cónyuges los puntos que no se ajustan a derecho, o que no considera de equidad, proponiéndoles que lo corrijan o ajusten.

Resulta una disposición de suma importancia el convenio que deben de adjuntar los cónyuges a su escrito inicial de demanda de divorcio, toda vez que de conformidad con el artículo 2.277 del Código de Procedimientos Civiles del Estado de México, se analizara el convenio y se hará del conocimiento de los cónyuges los puntos con que no este de acuerdo ya sea el Ministerio Publico mismo que representa los intereses de los menores o bien el Juez.

En caso de que no las acepten, el tribunal resolverá en la sentencia lo que procederá de conformidad con la ley, cuidando de que en todo caso queden debidamente garantizados los derechos de los hijos. Cuando el convenio no fuera aprobado, no podrá dictarse la disolución del vinculo matrimonial.

En relación a estos preceptos el artículo 2.279 del Código adjetivo de la materia estatuye: "El cónyuge menor de edad necesita de un tutor especial para poder solicitar su divorcio por mutuo consentimiento".

Además como consecuencia necesaria, no solo el tutor deberá de firmar la solicitud de divorcio, sino comparecer a la junta de avenencia en la que el menor deberá manifestar su voluntad de divorciarse con su aprobación.

Los cónyuges pueden hacerse representar por medio de un procurador, excepto en la junta de avenencia como lo exige el artículo 2.280 del ordenamiento legal citado, en la cual se requiere la comparecencia personal de los consortes.

Otra medida de naturaleza sustantiva con respecto al divorcio voluntario es la prevista en el Código Civil del Estado de México:

Artículo 4.103.- Antes de que se decrete el divorcio, el Juez autorizará la separación de los cónyuges de una manera provisional, y dictará las medidas necesarias para asegurar la subsistencia de los hijos a quienes haya obligación de dar alimentos.

De lo antes expuesto diremos que una vez que cause ejecutoria la sentencia de divorcio, se remitirá oficio al Oficial del Registro Civil ante quien se celebró el matrimonio, acompañadas de copias certificadas de la sentencia para que haga las anotaciones correspondientes a efecto de darle cumplimiento a lo establecido por el artículo 4.110 del Código Civil del Estado de México.

C) DIVORCIO NECESARIO

El Divorcio Necesario o Contencioso es la disolución del vínculo matrimonial a petición de un cónyuge, decretado por autoridad competente y en base a una causa expresamente señalada en la ley.

El Divorcio Necesario disuelve el vínculo matrimonial y deja a los cónyuges en la posibilidad de contraer nuevas nupcias, este tipo de divorcio se decreta siempre y cuando se comprueba alguna de las causales que en formas taxativas o limitativas están previstas en el artículo 4.90 del Código Civil del Estado de México.

En base a lo que nos informa Eduardo Pallares, con respecto a la aplicación restrictiva de las causales de divorcio, nos comenta el criterio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación:

“La H. Suprema Corte de Justicia ha establecido la jurisprudencia de que las causas de divorcio son autónomas, en el sentido de que es ilegal vincularlas entre sí, completando o combinando lo que más dicen con lo que otras ordenan. Está prohibido interpretarlas extensivamente y aplicarlas a casos diferentes de lo que de manera expresa presumen cada norma”.⁹

De conformidad con Ignacio Galindo Garfías, “Las causas de divorcio, pueden derivar de la culpa de uno o de ambos cónyuges o provenir de otras causas, en los que no puede imputarse culpa a ninguno de ellos”.

Este autor, clasifica como causas de divorcio todas aquellas derivadas de la culpa, mismas que podemos encontrar en el artículo 4.90 del Código Civil del Estado de México:

1. El adulterio de uno de los cónyuges
2. Que la mujer dé a luz, durante el matrimonio, un hijo concebido antes de celebrarse el mismo con persona distinta al cónyuge
3. La propuesta de prostitución de un cónyuge al otro no cuando el mismo la haya hecho directamente, sino cuando se pruebe que ha recibido cualquier remuneración con el objeto expreso de permitirlo
4. La incitación o la violencia hecha por un cónyuge al otro para cometer algún delito
5. Los actos inmorales ejecutados por alguno de los cónyuges con el fin de corromper a los hijos de ambos, o de uno de ellos, así como la tolerancia de su corrupción
6. La separación del domicilio conyugal por más de seis meses sin causa justificada
7. La separación del hogar conyugal originada por una causa que sea bastante para pedir el divorcio, si se prolonga por más de un año sin que el cónyuge que se separó entable la demanda del divorcio
8. La sevicia, las amenazas o las injurias graves de un cónyuge para el otro, que hagan difícil la vida en común
9. La negativa de los cónyuges de darse alimentos

⁹ Ob. Cit. Pág. 61

10. La acusación calumniosa por un delito, hecha por un cónyuge contra el otro
11. Haber cometido uno de los cónyuges un delito doloso, por el cual tenga que sufrir una pena de prisión no conmutable
12. Los hábitos de juegos prohibidos o de embriaguez habitual, el uso indebido y persistente de estupefacientes, psicotrópicos, o cualquier otra sustancia que altere la conducta y produzca dependencia cuando amenacen causar la ruina de la familia, o constituyan un continuo motivo de desavenencia conyugal
13. Haber cometido un cónyuge contra la persona o los bienes del otro, un acto que sería punible si se tratara de tercero, siempre que tenga señalada en la ley una pena de prisión que exceda de un año
14. El grave o reiterado maltrato físico o mental de un cónyuge hacia los hijos de ambos o de uno de ellos
15. Permitir ser instrumento, de un método de concepción humana artificial, sin el consentimiento de su cónyuge
16. La separación de los cónyuges por más de dos años, independientemente del motivo que haya originado la separación, la cual podrá ser invocada por cualquiera de ellos.

Ignacio Galindo Garfías, clasifica como causas de divorcio no derivadas de culpas, las que provienen de enfermedad mental o física de alguno de los cónyuges y de la impotencia incurable.¹⁰

Sobre este particular y puesto que la causa que ha dado origen al divorcio no es imputable al cónyuge que la origina, el cónyuge sano no puede demandar el divorcio vincular o solicitar del juez que suspenda su obligación de cohabitar con el cónyuge enfermo. En este caso quedan subsistentes las demás obligaciones creadas por el matrimonio.

La clasificación anterior, proporcionada por Galindo Garfías misma que divide las causales de divorcio desde el punto de vista de la culpa o no culpa, resulta interesante para nuestro estudio, atendiendo al hecho de que para que opere el divorcio necesario, el Código Civil vigente atiende a un criterio de culpabilidad o no culpabilidad, lo que

¹⁰ Galindo Garfías, Ignacio. Pág. 598

demuestra que la naturaleza del divorcio necesario procede siempre y cuando e den los extremos previstos por el artículo 4.90 del Código en cita, debiendo tomar en cuenta que la ley en este aspecto es rigorista y poco flexible, toda vez que cuando no existe culpa de alguno de los cónyuges solo autoriza el divorcio necesario por lo preceptuado en las fracciones VII y VIII del artículo en mención, en las que no hay culpa pero si una causa que impide la realización del matrimonio.

Expuestas en forma somera las causales del divorcio necesario, toda vez que estas serán objeto del siguiente punto.

De conformidad con Eduardo Pallares, "El divorcio contencioso o necesario se lleva a cabo en un juicio cuyas notas esenciales son las siguientes:

- a) Es un juicio ordinario civil
- b) La ley lo considera tan importante que como veremos mas adelante únicamente tienen competencia para conocer de el los jueces de primera instancia, sea cual fuere la cuantía de los intereses del juego
- c) La sentencia que en el se pronuncia es al mismo tiempo constitutiva y de condena. Es lo primero por que mediante ella se pone término a un estado jurídico y se produce un nuevo estado civil o sea el de divorcio que permite a los cónyuges volver a contraer nupcias.

El carácter constitutivo de la sentencia se pone de manifiesto por que solo mediante ella puede dictarse el vínculo conyugal incluso en el divorcio voluntario.

- d) Es de sentencia de condena por que impone determinadas responsabilidades y sanciones al cónyuge declarado culpable
- e) El fallo en el que se dicte, no solo produce efectos jurídicos a favor o en contra de los litigantes, sino también es oponible a terceros.

Lo anterior se explica, por que, el estado civil de las personas en una determinada situación jurídica que existe no solo entre ellos, sino ergo omnes, esto es respecto de todos los demás miembros de la sociedad incluso respecto del estado mismo y de los funcionarios y empleados que lo integran.

Ni que decir que directamente afecta a los hijos de los cónyuges que se divorcian, que no sean mayores de edad o que siéndoles se encuentren en estado de interdicción ...”¹¹

A continuación, expondremos algunos dispositivos relativos a la tramitación del divorcio necesario, previstos en el Código de Procedimientos Civiles y algunos del Código Civil ambos del Estado de México.

Se inicia el procedimiento con el escrito inicial de la demanda, en la cual el cónyuge ofendido reclamara la disolución del vínculo matrimonial, señalando una o mas de las causales de divorcio establecidas limitativamente en el artículo 4.90 del Código Civil del Estado de México.

El Juez al admitir la demanda de divorcio, debe ordenar que se adopten ciertas medidas cautelares de naturaleza provisional, mientras se tramita el divorcio, que atañen a la persona de los cónyuges, así como de los hijos, y en cuanto a los bienes de los consortes con relación a las obligaciones de la naturaleza patrimonial entre los esposos y en relación con los hijos, en base al artículo 4.95 del Código Civil en cita.

Veamos las fracciones del artículo 4.95 del Código Civil que hacen referencia a las medidas precautorias en el divorcio.

1. Separar a los cónyuges, tomando siempre en cuenta las circunstancias personales de cada uno y el interés superior de los hijos menores y de los sujetos a tutela
2. Fijar y asegurar los alimentos que debe dar el cónyuge alimentario al acreedor y a los hijos
3. A falta de acuerdo entre los cónyuges, la guarda y custodia de los hijos se decretará por el Juez en función del mayor interés de los menores y de los sujetos a tutela;
4. Dictar las medidas convenientes respecto a la mujer que esté embarazada;
5. Las necesarias para que los cónyuges no se causen daños en su persona, en sus bienes, en los de la sociedad conyugal o en los bienes de los hijos.

¹¹ Pallares, Eduardo. Diccionario Procesal Civil. Editorial Porrúa. México 2000. Pág. 273

Como medidas cautelares de carácter económico que deben ser tomadas cuando se demanda la acción de divorcio tenemos:

Fijarse el monto de los alimentos que uno de los cónyuges este obligado a dar al otro cónyuge en base a lo que establece el artículo 4.18 del Código Civil del Estado de México.

La fijación se hará de acuerdo con el principio general de que los alimentos han de ser proporcionados a las posibilidades del deudor alimentario y a las necesidades del acreedor.

El aseguramiento del pago de los alimentos, puede ser realizada por medio de fianza, hipoteca o en deposito de dinero en cantidad suficiente, calculada por la duración probable del juicio de divorcio.

El dictar las medidas convenientes para que el marido no cause perjuicios en sus bienes a la mujer; estas medidas pueden ser las siguientes:

- ❖ Deposito judicial de los bienes muebles
- ❖ Oficio al Director del Registro Publico de la Propiedad, a fin de que no inscriba ningún acto jurídico que dañe los bienes de la mujer.
- ❖ Prevención al marido bajo el apercibimiento de ser consignado al Ministerio Publico para que se abstenga de ejecutar cualquier acto perjudicial en contra de la integridad de la mujer y de los hijos.

Entre las formas de terminar el divorcio contencioso o necesario encontramos las siguientes:

1. Por desistimiento que haga el actor de su demanda.- Aunque si bien es cierto que el desistimiento de esta no significa la de la acción es decir de los derechos que el actor hizo valer en su demanda.
2. Que el actor se desista de la acción de divorcio que el actor requiere del consentimiento del demandado, en el desistimiento de la acción, no se requiere este consentimiento ya que al operar el desistimiento de la acción, se extingue esta y ya no se puede ejercitar la misma acción.

3. Por que el cónyuge ofendido, es decir el actor otorgue al cónyuge culpable su perdón que puede ser expreso o tácito.
4. la reconciliación de los cónyuges también concluye el divorcio, pero procederá esta cuando asimismo haya concluido el juicio con sentencia firme irrevocable
5. Por operar la caducidad de la instancia concluye el divorcio, cuando ninguna de las partes realice promoción alguna en el juicio durante los 90 días naturales que fija el artículo 2.281 del Código de Procedimientos Civiles del Estado de México
6. La muerte de alguno de los cónyuges pone fin al juicio de divorcio
7. Por convenio expreso celebrado entre los consortes durante la tramitación del juicio, pone fin al juicio de divorcio.
8. La sentencia definitiva y ejecutoriada pone fin al juicio de divorcio.

Una vez que la sentencia de divorcio cause ejecutoria se inician las consecuencias que trae consigo el divorcio. Mismas que se señalaran más adelante.

3.3 LAS CAUSALES DE DIVORCIO NECESARIO QUE REGULA EL ARTICULO 4.90 DEL CODIGO CIVIL DEL ESTADO DE MEXICO

Las causales del divorcio necesario¹² que están previstas en el artículo 4.90 del Código Adjetivo son las siguientes:

- I. El adulterio de uno de los cónyuges
- II. Que la mujer dé a luz, durante el matrimonio, un hijo concebido antes de celebrarse el mismo con persona distinta al cónyuge
- III. La propuesta de prostitución de un cónyuge al otro no cuando el mismo la haya hecho directamente, sino cuando se pruebe que ha recibido cualquier remuneración con el objeto expreso de permitirlo
- IV. La bisexualidad manifestada posterior a los seis meses de celebrado el matrimonio
- V. La incitación o la violencia hecha por un cónyuge al otro para cometer algún delito
- VI. Los actos inmorales ejecutados por alguno de los cónyuges con el fin de corromper a los hijos de ambos, o de uno de ellos, así como la tolerancia de su corrupción

¹² Código Civil del Estado de México. Editorial Sista.

- VII. Padecer alguna enfermedad crónica e incurable que sea además contagiosa o hereditaria
- VIII. Padecer enajenación mental incurable
- IX. La separación del domicilio conyugal por más de seis meses sin causa justificada
- X. La separación del hogar conyugal originada por una causa que sea bastante para pedir el divorcio, si se prolonga por más de un año sin que el cónyuge que se separó entable la demanda del divorcio
- XI. La sevicia, las amenazas o las injurias graves de un cónyuge para el otro, que hagan difícil la vida en común
- XII. La negativa de los cónyuges de darse alimentos
- XIII. La acusación calumniosa por un delito, hecha por un cónyuge contra el otro
- XIV. Haber cometido uno de los cónyuges un delito doloso, por el cual tenga que sufrir una pena de prisión no conmutable
- XV. Los hábitos de juegos prohibidos o de embriaguez habitual, el uso indebido y persistente de estupefacientes, psicotrópicos, o cualquier otra sustancia que altere la conducta y produzca dependencia cuando amenacen causar la ruina de la familia, o constituyan un continuo motivo de desavenencia conyugal
- XVI. Haber cometido un cónyuge contra la persona o los bienes del otro, un acto que sería punible si se tratara de tercero, siempre que tenga señalada en la ley una pena de prisión que exceda de un año
- XVII. El grave o reiterado maltrato físico o mental de un cónyuge hacia los hijos de ambos o de uno de ellos
- XVIII. Permitir ser instrumento, de un método de concepción humana artificial, sin el consentimiento de su cónyuge
- XIX. La separación de los cónyuges por más de dos años, independientemente del motivo que haya originado la separación, la cual podrá ser invocada por cualesquiera de ellos.

1. El Adulterio de uno de los Cónyuges.- El adulterio es la acción de mantener una persona casada relaciones amorosas o sexuales con otra persona diferente de aquella con quien contrajo matrimonio¹³.

La violación del deber conyugal de fidelidad es causa suficiente para disolver el vínculo matrimonial, el cónyuge adúltero se hace culpable respecto del otro cónyuge.

¹³ Arellano García, Carlos. Práctica Forense Civil y Familiar. 29ª Edición Editorial Porrúa. México 2005. Pág. 73.

Cualquiera de los esposos puede pedir el divorcio por el adulterio de su cónyuge. Aunque en estos tiempos se ha igualado la situación jurídica entre los esposos ya que se ha borrado la distinción que se había venido haciendo entre el adulterio cometido por la mujer y el cometido por el hombre, discriminación producida por un concepto de inferioridad femenina.

Aunque el Código Civil no da un concepto de adulterio de la misma forma que el Código Penal no lo da, sino que este último simplemente lo castiga, podemos afirmar que consiste en la relación sexual establecida entre personas de distinto sexo, cuando al menos, una de ellas está casada, pero esta relación debe realizarse en el domicilio conyugal o con escándalo. El adulterio sólo se castiga cuando haya sido consumado, es decir, se considera, al momento de consumarse al acceso carnal.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido que para la comprobación de las relaciones sexuales, como elemento constitutivo del delito de adulterio, basta la prueba Presuncional.

La acción para pedir el divorcio por parte del cónyuge ofendido, dura seis meses, contados a partir desde que se tuvo conocimiento del adulterio. Cuando el cónyuge ofendido perdona al adúltero, la causa de divorcio simplemente desaparece.

2. Que la mujer dé a luz, durante el matrimonio, un hijo concebido antes de celebrarse el mismo con persona distinta al cónyuge.- Se presumen hijos de los cónyuges los hijos nacidos dentro de los ciento ochenta días contados desde la celebración del matrimonio, esta presunción legal reviste carácter de especial gravedad, ya que, como lo dispone el Código Civil que contra esta presunción no se admite otra prueba que la de haber sido físicamente imposible al marido tener acceso carnal con su mujer, en los primeros ciento veinte de los trescientos días que han precedido al nacimiento.

El marido no podrá desconocer a los hijos, alegando adulterio de la madre, aunque ésta declare que no son hijos de su esposo, a no ser que el nacimiento se le haya ocultado, o bien que se demuestre que durante los diez primeros meses que precedieron al nacimiento no tuvo acceso carnal con su esposa.

El marido no puede desconocer que es el padre del hijo nacido dentro de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio cuando:

- a) Se pruebe que supo antes de casarse del embarazo de su futura cónyuge, para esto se requiere un principio de prueba por escrito
- b) Si ocurrió al levantamiento del acta de nacimiento y ésta fue firmada por el, o contiene su declaración de que no sabe firmar
- c) Si ha reconocido expresamente por suyo al hijo de su mujer, si el hijo no nació capaz de vivir

Cuando el marido tenga derecho de contradecir que el nacido es hijo de su matrimonio, deberá deducir su acción dentro de los sesenta días contados desde el nacimiento si está presente, desde el día en que llegó al lugar si estuviese ausente; o desde el día en que descubrió el fraude, si se le ocultó el nacimiento.

Para fundar la acción de divorcio por esta segunda causa, tiene que existir primero la sentencia ejecutoria declare ilegítimo al hijo.

3. La propuesta de prostitución de un cónyuge al otro no cuando el mismo la haya hecho directamente, sino cuando se pruebe que ha recibido cualquier remuneración con el objeto expreso de permitirlo. En esta causal encontramos dos supuestos distintos, la invitación del marido para prostituir a la mujer, para que tenga relación carnal con persona extraña; y el hecho de recibir cualquier remuneración por consentir que otra persona realice con su esposa el acto sexual.

Esta causa, se refiere a aquellos que explotan o consienten a su esposa para obtener lucros mediante las relaciones carnales.

Además de ser causa de divorcio, el lenocinio es un delito que está tipificado en el Código Penal. Cabe aclarar que no es necesario que se configure el delito de lenocinio para considerar culpable al marido¹⁴.

¹⁴ Chávez Asensio, Manuel. La Familia en el Derecho Relaciones Jurídicas Conyugales. Editorial Porrúa, México 2003. Pág. 89.

Lo anterior, en virtud de que el lenocinio puede ser cometido por persona que no estén unidas maritalmente. A mayor abundamiento, se puede demandar el divorcio civilmente sin intentar la esposa ofendida la acción penal de lenocinio descrita en el Código Penal.

4. La bisexualidad manifestada posterior a los seis meses de celebrado el matrimonio.- En esta causal la principal afectación que sufre el cónyuge ofendido es psicológica y moral, debido al miedo de confesar sus preferencias sexuales.

Las personas bisexuales son capaces de tener fantasías y disfrutar tanto de las relaciones físicas heterosexuales como de las homosexuales, aunque algunos muestren mayor preferencia por uno de esos dos tipos de relaciones

La bisexualidad es un proceso normal dentro de la experiencia de la infancia. Su persistencia en la edad adulta puede deberse a que no ha habido una diferenciación de ese estado anterior o a que se ha desarrollado más de un potencial

Los problemas de los bisexuales se deben a la existencia de tabúes en la mayor parte de las sociedades, que dificultan las elecciones sexuales múltiples o variadas. Ello puede inducir a las personas bisexuales a verse forzadas a tomar partido exclusivamente por la heterosexualidad o la homosexualidad, lo cual puede causarles angustia emocional tanto a ellos como a sus parejas. Asimismo, pueden desarrollar sentimientos de culpa ante la diferencia entre lo que son en realidad y lo que creen que la sociedad espera que sean

5. La incitación o la violencia hecha por un cónyuge al otro para cometer algún delito.- Al respecto, como fácilmente puede apreciarse, podemos decir que es necesario que uno de los esposos motive al otro para que realice una conducta descrita como delito por el Código Penal.

No es necesario el delito de que se trate sea cometido con un acto violento, puede ser de otra naturaleza. Un claro ejemplo sería una falsedad de declaración ante autoridad competente.

La incitación a la violencia, a que hemos hecho referencia anteriormente, se refiere a provocar o invitar al otro a cometer un delito. Es decir, no es necesario que se cometa un delito de los llamados de sangre.

6. Los actos inmorales ejecutados por alguno de los cónyuges con el fin de corromper a los hijos de ambos, o de uno de ellos, así como la tolerancia de su corrupción.- En esta causal la tolerancia en la corrupción que da derecho a pedir el divorcio debe consistir en actos positivos y no en simples omisiones.

Uno de los deberes jurídicos fundamentales de los padres para con los hijos, consiste en educarlos. Por lo tanto es evidente el hecho de que, como causa de divorcio se establezca que cuando uno de los esposos lejos de cumplir con la educación y orientación de los hijos, ejecute actos inmorales con la finalidad de corromperlos, así como la tolerancia para que su conducta se trastorné¹⁵.

Este precepto puede realizarse de dos maneras diferentes. La primera de ellas consistente en actos positivos de corrupción ejecutados por alguno de los cónyuges.

La senda, en actos negativos que impliquen la tolerancia del padre o la madre respecto de la inmoralidad de sus descendientes.

Cabe mencionar que la palabra corromper significa echar a perder, descomponer, depravar, pudrir, etc., por lo que se puede deducir que la corrupción consiste en todas aquellas conductas que atenten contra la moral de los hijos.

7. Padecer alguna enfermedad crónica e incurable que sea además contagiosa o hereditaria.- Esta fracción pertenece a las llamadas causas eugenésicas del divorcio.

Puede apreciarse claramente que el legislador estableció estas causas por considerarlas de tal manera grave que hacen prácticamente imposible la convivencia en común de la pareja, además de que ponen en peligro la salud de los hijos.

¹⁵ Magallón Ibarra, José Mario. El Matrimonio, Sacramento, Contrato, Institución. Editorial Porrúa. México 2001. Pág. 26.

La idea es que deben reunirse tres requisitos, es decir, crónico, incurable y contagioso o hereditario.

La impotencia incurable, debe sobrevenir después de celebrado el matrimonio, ya que si ésta existe antes de celebrarse la unión conyugal, es un impedimento para la celebración de tal contrato. La nulidad debe pedirse dentro de los sesenta días contados a partir de la celebración del matrimonio, si pasa este término, no podrá invocarse como causa de divorcio.

Por impotencia sexual incurable debemos entender la incapacidad para tener relaciones sexuales.

La impotencia sexual incurable debe sobrevenir a causa de una enfermedad, pues si se aplicara a aquellos esposos que han llegado a la vejez, después de largo tiempo de matrimonio, nos encontraríamos ante una injusticia, pues ese matrimonio no debería disolverse.

Por lo que toca al requisito de incurabilidad hay que hacer notar que esta característica se refiere a la imposibilidad de sanar de la impotencia, es decir, a la falta de cura para realizar las relaciones sexuales.

8. Padecer enajenación mental incurable.- Para que pueda pedirse el divorcio por causa de enajenación mental que se considere incurable, es necesario que hayan transcurrido dos años desde que comenzó a padecer la enfermedad, y siempre que haya sido declarado el estado de interdicción del cónyuge demente.

La enajenación mental implica una serie de actos de desarreglo mental, en donde la persona pierde la facultad de regular sus actos y su conducta.

9. La separación del domicilio conyugal por más de seis meses sin causa justificada.- Por casa conyugal debemos entender la casa habitación donde los esposos residen habitualmente, hacen vida en común y cumplen con las finalidades del matrimonio, es decir los esposos vivirán juntos en el hogar conyugal.

La separación del domicilio conyugal, consiste en la salida física del domicilio y no regresar al mismo suspendiendo sus relaciones matrimoniales.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha establecido que para poder utilizar esta causal es necesario probar la existencia del domicilio conyugal y también los siguientes extremos:

- a) Que la separación haya sido injustificada
- b) Que sea de la casa conyugal por mas de seis meses
- c) Que quien la demande pruebe haber conservado el domicilio conyugal por lo menos seis meses

En esta causal no opera la caducidad por considerase de tracto sucesivo, puede ser que cumplidos los seis, siete, ocho o nueve meses el actor promueva, sin llegar al año pues de ser así caeríamos en la fracción XIX, objeto de esta investigación.

Cabe mencionar que se perderá la patria potestad, el cónyuge culpable.

10. La separación del hogar conyugal originada por una causa que sea bastante para pedir el divorcio, si se prolonga por más de un año sin que el cónyuge que se separó entable la demanda del divorcio.- este precepto supone que uno de los cónyuges se separó por causa suficiente para pedir el divorcio, pero si no lo hiciera, el otro, el que motivó la causa, puede demandar la disolución del matrimonio.

En este caso, el ofendido que abandone el hogar conyugal se convierte en ofensor.

El esposo inicialmente ofendido tiene la protección de la ley, ya que la acción de divorcio que concede la ley al esposo que ha sido abandonado por haber cometido una causa suficiente para la disolución del matrimonio, es pasado un año a partir de que se efectuó la separación; pudiendo el que se separó del hogar volver al mismo durante ese tiempo.

De lo anterior, podemos afirmar que el titular para ejercitar esta acción es el esposo abandonado, aunque de hecho haya sido el causante, el que incurrió en la falta.

El tiempo que la ley requiere para que se actualicé este supuesto a partir de la separación es de un año, en virtud de que pasado este lapso, se presume una clara actitud de indolencia del cónyuge inicialmente ofendido puesto que no ha demandado la acción para la separación.

11. La sevicia, las amenazas o las injurias graves de un cónyuge para el otro, que hagan difícil la vida en común.- Estas causas son sin duda, las que con más frecuencia se utilizan para tratar de terminar la vida conyugal.

La sevicia consiste en un trato desconsiderado, humillante y que denigre la personalidad de uno de los cónyuges. Puede decirse que es la violencia de un cónyuge a otro, no es necesario que esta violencia consista en golpes y heridas, sino que basta que un esposo imponga a otro trato conyugal excesivo que haga imposible la vida en matrimonio¹⁶.

La amenaza consiste en dar a entender que se quiere hacer algún mal a otro. Constituye un ataque a la tranquilidad personal, toda vez que se intimida, amaga o atemoriza al sujeto contra quien se hace.

Por injuria debemos entender toda acción proferida o toda acción ejecutada para manifestar desprecio a otro o con el fin de hacerle una ofensa. El elemento esencial de la injuria es el menosprecio contra quien se dirige, el propósito deliberado y consciente de deshonorar, o de ofender.

12. La negativa de los cónyuges de darse alimentos.- Aquí en el estado de México, para que prospere esta causal se requiere que quien demande promueva antes una demanda de alimentos y acompañe a la demanda de divorcio copia certificada del juicio de alimentos probando la negativa de uno de los cónyuges a proporcionarlos.

Se puede pedir el divorcio por esta causa, cuando se demuestre que no ha sido posible asegurar los ingresos del cónyuge que debe dar los alimentos.

¹⁶ Magallón Ibarra, José Mario. Instituciones de Derecho Civil 3, Derecho de Familia. Editorial Porrúa. México 2001. Pág. 98.

13. La acusación calumniosa por un delito, hecha por un cónyuge contra el otro.- La calumnia consiste en la imputación de hecho determinado y calificado como delito por la ley, cuando ese hecho fuere falso, o es inocente la persona a quien se le imputa.

El elemento subjetivo de la calumnia es la intención dolosa de afirmar que alguien ha cometido un delito, sabiendo de antemano que es inocente. Precisamente la acusación debe ser de que otro cónyuge ha cometido un hecho que se considere como delito por la ley penal y que además merezca como castigo una pena de prisión.

Para fundar el divorcio con esta causal, es necesario que se siga primero el juicio penal y que sea declarado inocente el cónyuge acusado de un delito que merezca una pena mayor de dos años. Entonces, al resultar absuelto, tendrá elementos suficientes para solicitar la disolución del matrimonio.

14. Haber cometido uno de los cónyuges un delito doloso, por el cual tenga que sufrir una pena de prisión no conmutable.- La razón de la ley para considerar esta conducta como suficiente para disolver el matrimonio, consiste en la desigualdad de la honorabilidad de los cónyuges. Es de suponer, que se crea una situación difícil entre los esposos, ya que mientras uno es honrado, el otro esta desacreditado.

15. Los hábitos de juegos prohibidos o de embriaguez habitual, el uso indebido y persistente de estupefacientes, psicotrópicos, o cualquier otra sustancia que altere la conducta y produzca dependencia cuando amenacen causar la ruina de la familia, o constituyan un continuo motivo de desavenencia conyugal.- Cuando uno de los cónyuges practica los juegos de azar, abusa de la embriaguez, o usa indebidamente los estupefacientes, psicotrópicos, o cualquier sustancia que altere su conducta, es lógico que de motivo a que se quebrante la estabilidad familiar causando la ruina de la misma.

Las disposiciones acostumbradas a lo malo, al libertinaje, a la corrupción, e decir, aquellas que constituyen vicio, acarran males tan grandes en el núcleo familiar que relaja por completo esta íntima célula social.

Es por ello que el legislador quiso que fueran causales de divorcio, ya que al separar al cónyuge de la familia, el mal ejemplo terminara, siguiendo las cosas el ritmo de vida normal, dentro de los lineamientos de la moral y buenas costumbres.

Además del mal ejemplo, la función económica de la familia pelagra, ya que es bien sabido que el juego de azar, la embriaguez habitual y el uso de los estupefacientes, psicotrópicos, o cualquier sustancia que altere la conducta, perjudican el presupuesto de los esposos.

16. Haber cometido un cónyuge contra la persona o los bienes del otro, un acto que sería punible si se tratara de tercero, siempre que tenga señalada en la ley una pena de prisión que exceda de un año.- esta fracción se refiere a ciertos actos que cuando los comete un cónyuge sobre el otro no son punibles, es decir, no son delitos, pero si ese mismo hecho lo realizara un extraño, de inmediato se configuraría la figura delictiva.

El delito de que se trate, lo deberá apreciar el juez sólo para fundar la acción de divorcio. Puede decirse que este precepto contiene todos los hechos punibles que pueda desarrollar un esposo en contra de otro, afectando la integridad física, moral o patrimonial de su consorte; sin embargo, existen casos en que por virtud de la relación matrimonial, no es posible castigar tales actos, ya que les falta algún elemento para atribuirle el carácter de delito y la legislación civil relacionada con el divorcio, específicamente esta fracción considera que tal conducta, aunque impune al Derecho Penal, puede ser causa para que se motive la disolución del divorcio.

17. El grave o reiterado maltrato físico o mental de un cónyuge hacia los hijos de ambos o de uno de ellos.- Esta causal está inspirada en la armonía entre sí y extensiva a los hijos no procreados entre sí puede ser el uso de la fuerza física o moral o la comisión grave contra un miembro de la familia puede ser acción psíquica o física la causal prevé aunque no se produzca.

Aunque no puede afirmarse que toda la violencia sea cometida por hombres, sí ocurre así en la mayoría de los casos. A veces son el padre y la madre juntos quienes cometen las agresiones, como en el caso de malos tratos a los hijos.

18. Permitir ser instrumento, de un método de concepción humana artificial, sin el consentimiento de su cónyuge.- en esta causal se protegen los medios empleados sobre todo por la cónyuge para concebir sin consentimiento de su cónyuge, se parte del concepto de que cualquier método de fecundación asistida, deberá consentirlo expresamente el cónyuge, si se recurriera a la prueba confesional tendría que ser reforzada con la pericial medica y el no consentimiento expreso del cónyuge que solo se presume, sobre todo la demandad al ocultar el método para poder concebir¹⁷.

Este es un tema actual y resiente, debido al avance científico que hay hoy en día en todo el mundo.

Los métodos mas sonados son la inseminación artificial, que es un proceso por el cual los gametos masculinos, o espermatozoides, son recogidos e introducidos de forma artificial en el tracto genital femenino para conseguir la fecundación.

Hoy en día también se utiliza el esperma humano congelado para la inseminación, en general de un donante anónimo masculino, en el caso de parejas que deseen tener un hijo, cuando el varón es estéril. Empleando espermatozoides congelados se consigue la fecundación en el 60% de los casos, mientras que con semen fresco la tasa de éxito alcanza el 90% de los casos. Ninguno de los dos métodos produce un aumento de anomalías congénitas, pero el semen congelado se deteriora con el tiempo.

Otro método de inseminación artificial consiste en mezclar el esperma y el óvulo en un medio nutritivo fuera del organismo femenino. A continuación el huevo fecundado se implanta en el útero. Esta es la técnica conocida como fecundación in vitro y se utiliza cuando existe alguna alteración en las trompas de Falopio femeninas que impide que el espermatozoide alcance el óvulo

Aunque no son bien vistos del todo estos nuevos métodos de procreación humana, considero que esta causal se refiere principalmente a la negativa de los hombres en someterse a alguno de estos métodos, con la finalidad de tener hijos, un tanto por dañar su ego y hombría.

¹⁷ Montero Duhalt, Sara. Derecho de Familia. 11ª Edición. Editorial Porrúa. México 2001. Pág. 124.

9. La separación de los cónyuges por más de dos años, independientemente del motivo que haya originado la separación, la cual podrá ser invocada por cualesquiera de ellos.

- En esta causal lo que se pretende es resolver una situación irregular por virtud de que el matrimonio no se concibe como el celebrarse en forma transitoria sino mas o menos duradera, con la idea de procrear hijos.

No existirá un cónyuge culpable por lo que en esta causal no abra la perdida de la patria potestad y además el juez solo ira al estudio del tiempo transcurrido y suspensión de la vida en común sin importar las causas que dieron origen a la separación. No opera la caducidad y hay que probarse los siguientes extremos:

- a) Que efectivamente la separación sea por lo menos de un año, suspendiendo los cónyuges su convivencia bajo un mismo techo lo que presume la interrupción respecto de la cohabitación
- b) Que sin entrar al estudio del motivo que origino la separación solo es requisito que se cumpla el año pues la causal es de tracto sucesivo, es decir la ausencia debe ser continua

Esta causal hace referencia a la separación de cuerpos.

3.4 CONSECUENCIAS JURIDICAS DEL DIVORCIO

Una de las consecuencias jurídicas del divorcio ya sea voluntario o necesario es la SENTENCIA, la cual consiste en alcanzar la fuerza de cosa juzgada. De la cual se derivan: la disolución del vínculo matrimonial, la pérdida de la patria potestad, la guarda y custodia de los hijos, la pensión alimenticia, régimen de visitas y convivencia con los hijos, etc¹⁸.

a) Disolución del vínculo matrimonial.- Es la conclusión de la relación a los cónyuges, dejándolos en aptitud de contraer uno nuevo. Para poder solicitarla debe haber transcurrido por lo menos un año de la celebración del matrimonio.

¹⁸ Pallares, Eduardo. El Divorcio en México. 22º Edición. Editorial Porrúa. México 2003. Pág. 86.

El cónyuge declarado inocente puede contraer nupcias de inmediato; la cónyuge inocente deberá esperar 300 días para volver a casarse. El plazo de 300 días que pide la ley para que la mujer pueda volver a contraer nupcias, se debe para que se evite confusión alguna con respecto a la paternidad.

b) Perdida de la Patria Potestad.- Es cuando el juez decide privar al cónyuge culpable del deber de criar y educar a sus hijos y concederla al cónyuge inocente. En el supuesto de que ambos cónyuges fueran culpables los hijos quedaran bajo la patria potestad del ascendiente que corresponda y si no lo hubiere, se nombrara un tutor.

c) Guarda y custodia de los hijos.- Los cónyuges deben convenir respecto a la guarda y custodia de los hijos menores e incapaces; dichos efectos tanto durante el proceso como después de ejecutoriada la sentencia que decreta disuelto el vínculo matrimonial.

d) Pensión alimenticia.- Los divorciantes deben de establecer el modo de atender las necesidades alimentarias de sus hijos, tanto durante el procedimiento como una vez que la sentencia cause estado, especificando la forma de pago de la obligación y en su caso garantizando para asegurar el debido cumplimiento. Precisando, además, la cantidad o porcentaje de la pensión de alimentos que un cónyuge deba cubrir a otro en su caso.

e) Régimen de visitas y convivencia con los hijos.- Se refiere al acuerdo que los consortes deberán realizar con respecto a las modalidades bajo las cuales, el progenitor que no tenga la guarda y custodia de sus hijos, ejercerá el derecho de visitas y convivencia, respetando los horarios de comidas, descanso y estudios de los mismos.

Considero que la consecuencia jurídica principal del divorcio es la disolución del matrimonio, dejando a los cónyuges en libertad de contraer otro.

CAPITULO CUARTO
EL DIVORCIO Y ANÁLISIS DE LA FRACCIÓN
XIX DEL ARTÍCULO 4.90 DEL CÓDIGO CIVIL DEL
ESTADO DE MÉXICO

CAPITULO CUARTO

EL DIVORCIO NECESARIO POR LA SEPARACION DE LOS CONYUGES POR MAS DE DOS AÑOS

4.1 DISCUSIÓN Y ANALISIS DE LA FRACCION XIX DEL ARTÍCULO 4.90 DEL CÓDIGO CIVIL DEL ESTADO DE MÉXICO

En el terreno de los hechos, en innumerables ocasiones y por diversas causas imputables a cualquiera de los cónyuges, por lo complejo que resultan las relaciones humanas, no se pueden alcanzar los fines del matrimonio, por lo que los legisladores crearon la figura del divorcio, como una respuesta o solución a la situación jurídica de varias personas, con la finalidad de regularizar la misma.

Si bien es cierto, el estado tiene interés en la preservación del matrimonio, de igual forma, le preocupa la tranquilidad y desarrollo armónico social, que puede alterarse con motivo de problemas familiares e incidir en grave perjuicio de la colectividad.

Así pues tenemos que fracción XIX del artículo 4.90 del Código en Cita, nos menciona que la separación de los cónyuges por más de dos años independientemente del motivo que lo haya originado, es una causal que da pauta para obtener el divorcio necesario, circunstancia que es muy común en la actualidad, y la separación de los cónyuges por el término de dos años, ya no es operable hoy en día, debido a que es un tiempo excesivo toda vez que cuando uno de los cónyuges se separa lo hace por el lapso de seis meses hasta un año, tiempo en el cual reflexionan si es conveniente continuar juntos o no, por lo que no es necesario esperar a que transcurra el plazo de dos años, el cual a mi punto de vista es excesivo, además que da origen a muchas injusticias que inciden en perjuicio de la tranquilidad y patrimonio de uno de los cónyuges, así como crear figuras distintas como el adulterio o la bigamia, al existir la posibilidad de que uno de los cónyuges rehaga su vida con persona distinta al seguir existiendo el vínculo matrimonial.

Esta fracción aunque se modificara no contravendría a lo dispuesto en la fracción X del mismo artículo, mismo que textualmente dice:

Artículo 4.90 fracción X.- La separación del hogar conyugal originada por una casa que sea bastante para pedir el divorcio, si se prolonga por más de un año sin que el cónyuge que se separó entable la demanda de divorcio.

Toda vez que aquí se menciona como condición una causa que origine la separación del hogar.

Caso contrario en la fracción XIX, que nos dice que no importa cual fue el motivo, y hay que recordar que los fines del matrimonio son la procreación de la especie y la ayuda mutua, de la misma forma que aquí no se habla de la separación del hogar sino de la separación de cuerpos, por lo que resulta válida y procedente la causal en cita.

Así mismo, también es conveniente mencionar que este artículo debería cambiar la parte que expresa que puede ser invocada por cualquiera de los cónyuges, toda vez que se contradice en el sentido que podría clasificarse como una causal de divorcio voluntario.

En mi opinión considero que debería existir también la figura de un cónyuge inocente, toda vez que por lo general se dan situaciones en donde uno de los cónyuges se aleja del otro, y nunca mas se tienen noticias de este, por lo que existe la posibilidad de darlo por muerto o simplemente ya tiene un nuevo estilo de vida.

4.2 PROCEDENCIA

El primer Código Civil tuvo origen el 30 de agosto de 1928, mismo que empezó a regir el 1º de Octubre de 1932. Este código tenía aplicación en el Distrito Federal, Territorios Federales en materia común y para toda la republica en materia federal. Sin embargo quedaron aplicables en el estado una multitud de disposiciones que eran inaplicables en nuestra entidad. Lo cual trajo consigo una serie de confusiones a las personas que tenían la necesidad de aplicarlo¹.

¹ Panorámica Legislativa del Estado de México. 1924, 1978. Lic. Gerardo Sánchez y Sánchez. Instituciones de Administración Pública del Estado de México.

El primer Código Civil del Estado de México, fue expedido por el Congreso del Estado de México, mediante decreto número 160 de fecha 15 de enero de 1970 y promulgado por el gobernador del Estado Mariano Riva Palacio, el 20 de febrero del mismo año.

En el año de 1936 mediante decreto número 62 de fecha 23 de diciembre, promulgado por el entonces gobernador interino Eucario López Contreras el 30 de Diciembre de 1936 y publicado en la gaceta del gobierno el 6 de enero de 1937 se dio la orden de iniciar un estudio y expedición de nuevos códigos civil y de procedimientos Civiles. Sin embargo el entonces gobernador Eucario López Contreras también decretó la adopción en el Estado de México, del Código Civil para el Distrito y Territorios Federales.

El Código Civil Federal, estuvo vigente en el Estado de México, hasta el año de 1956, al expedirse por la XXIX legislatura, el Código Civil del Estado de México mediante decreto número 128 de fecha 29 de Diciembre del mismo año, por el gobernador Salvador Sánchez Colín. Entrando en vigor a los 5 días de su publicación en la gaceta del gobierno.

Así pues, el Código Civil del Estado de México tiene por objeto regular en territorio estatal los derechos y obligaciones de orden privado concernientes a las personas, a sus bienes y a sus relaciones.

En su oportunidad las ciudadanas Diputadas que integraban la H. LI Legislatura del Estado de México, en ejercicio pleno de las facultades que tenían conferidas en ese tiempo, sometieron a la consideración de la Cámara de Diputados del Estado de México, la iniciativa de un decreto; el cual contenía diversas modificaciones y adiciones en el contenido del artículo 253 del Código Civil del Estado de México, antes de que se cambiara la numeración. Por lo que se hizo una añaduría que consistió precisamente en el texto de la fracción XIX del entonces artículo 253 ahora 4.90, que constituye el tema del presente trabajo.

Dichas propuestas se dieron toda vez que la norma jurídica, para cumplir con su objetivo social y responder cabalmente a las necesidades actuales, requiere de una permanente revisión, mediante la cual se perfeccionen o incorporen las figuras de derecho existentes, en congruencia con los hechos y realidades privativas en una época

determinada. Siendo así que las normas deben ser aptas para regular los distintos fenómenos sociales.

A través de la Iniciativa se propone la Adición de tres fracciones al artículo 253 del Ordenamiento Civil Sustantivo de la Entidad, para enriquecer su contenido e incorporar al mismo algunas causas de divorcio, que a juicio de los legisladores resultaba indispensable que fueran adicionadas, ya que, si bien es cierto, en el ámbito de los hechos estas se daban, pero no existían y por ello existían las deficiencias en la Impartición de justicia en los divorcios contenciosos.

Mencionaremos los motivos de las propuestas de adición de las tres fracciones, aunque únicamente la última es motivo del presente trabajo².

- a) En los casos en que los hijos sufren agresiones que se traducen en graves y reiterados maltratos físicos o mentales de alguno de los cónyuges. Siendo este un elemento generador de la disolución del vínculo matrimonial, especialmente cuando existe la valoración de uno de los cónyuges, que aprecia que será mejor para la integridad y desarrollo de los hijos la separación matrimonial.

En este inciso la propuesta es incorporar una fracción que establezca como causa para demandar el divorcio el maltrato físico o mental hacia los hijos.

- b) En el matrimonio existe gran amplitud de coincidencias y divergencias, que la riqueza del mundo da en el campo de acción humana. La gama de posibilidades de disentir y de divergir, pueden, en un momento dado, afectar sensiblemente la vida marital, dificultando la realización de los fines del matrimonio.

La propuesta es agregar como causal de divorcio la incompatibilidad de caracteres.

- c) **Debemos reconocer que los fines del matrimonio admitidos por nuestra legislación sólo se dan en la convivencia plena, en forma tal que cuando ésta es interrumpida se desvirtúa su esencia y se imposibilita la obtención de**

² Exposición de Motivos de la LI Legislatura del Estado de México.

los mismos, por lo que se considera como causa eficiente para disolver el vínculo matrimonial.

La propuesta de adicionar una fracción que contemple como causal de divorcio necesario o causal, la separación de los cónyuges por más de dos años, independientemente del motivo que la haya originado, pudiendo ser invocada por cualquiera de ellos.

Dicho Decreto fue aprobado el miércoles 30 de diciembre de 1992 mediante decreto numero 155, quedando la fracción XIX "La separación de los cónyuges por mas de dos años, independientemente del motivo que haya originado la separación, la cual podrá ser invocada por cualesquiera de ellos"

De conformidad con el artículo 4.90 fracción XIX se prevé la procedencia del divorcio contencioso o necesario por la separación de los cónyuges por mas de dos años, independientemente del motivo que haya originado la separación, la cual podrá ser invocada por cualesquiera de ellos.

Se integra esta causal con el simple hecho consistente en la separación de mas de 2 años, sin necesidad de probar el motivo que la haya originado, ello indica que la separación es ajena a una causa justificada o no, y como consecuencia se sanciona con la disolución del vinculo matrimonial, encontrándose ambos consortes legitimados para invocarla, aún aquel que haya dado motivo a la separación.

En el capitulo tercero, al hablar del divorcio contencioso o necesario, expusimos la clasificación que sobre las causas de divorcio nos propone Galindo Garffías, reduciéndolas este autor en dos clases; la primera en donde encontramos elementos de culpabilidad por parte de alguno de los cónyuges; y en la segunda en las que no existe culpa alguna en ambos consortes para la disolución del matrimonio, pero sin embargo, por causa imprevista como la deficiencia mental o algún contagio de enfermedad venérea, o alguna crónica o incurable, se da también el divorcio de tipo necesario.

Del criterio anterior, nos percatamos que el divorcio necesario es decretado por las causales previstas en el artículo 4.90 del Código Civil del Estado de México.

Ahora bien, desde nuestro punto de vista, entendemos que el legislador, antes de la reforma introducida al entonces artículo 253, ahora 4.90 con la modificación que hubo en la numeración en el año 2003, mediante la adición de la fracción XIX, pretendió autorizar la procedencia del divorcio en los supuestos que limitativamente establecía el artículo 253 del Código Civil del Estado de México, de modo que, cuando no se divorciaban los cónyuges de mutuo acuerdo, alguno de estos tendría que acreditar fehacientemente la causal o causales en que el otro hubiere incurrido para que el juez pudiese decretar el divorcio³.

A partir de la reforma antes citada, al adicionarse la fracción XIX al entonces artículo 253 ahora 4.90, en opinión de la sustentante, se esta facilitando, mas que la disolución del vinculo matrimonial, a dar soluciones y regularizar situaciones que pudieran incurrir a lastimar la esencia del matrimonio y aún la integridad física y moral, así como la situación real que vive su matrimonio.

Sin embargo encontramos irregularidades y contradicciones en la escritura de la fracción en cita. Por lo que en los temas siguientes al hablar de la problemática que reporta la fracción en estudio, ampliaremos la exposición que hasta aquí hemos realizado.

4.3 EFECTOS

De conformidad con el artículo 4.110 del Código Civil del Estado de México, una vez ejecutoriada la sentencia de divorcio, el Juez de primera instancia tendrá que remitir una copia de la misma al Oficial del Registro Civil ante quien fue celebrado el matrimonio, para que realice el acta correspondiente y, además para que se publique un extracto de la resolución durante quince días en las tablas destinadas al efecto.

Los efectos del Divorcio, tienen una triple naturaleza. Esta es en cuanto a los cónyuges, en cuanto a los hijos y en cuanto a los bienes.

³ Decreto Número 155 del 30 de Diciembre de 1992 publicado en la Gaceta de Gobierno del Estado de México.

1. EFECTOS EN RELACIÓN A LOS CONYUGES

La fracción XIX del artículo 4.90 del Código Civil del Estado de México, se integra con el simple hecho consistente en la separación de los cónyuges por más de dos años, independientemente del motivo que haya originado la separación, ello indica que la separación es ajena a una causa justificada o no. Trae como consecuencia que no hace la calificación de cónyuge culpable o inocente, recobrando ambos consortes al momento de que la sentencia de divorcio cause ejecutoria su capacidad legal para poder contraer nuevo matrimonio. Ya que en las demás causales contenidas en el artículo 4.90, como nos señala el artículo 4.100 del ordenamiento en cita, el cónyuge culpable queda imposibilitado para contraer nuevamente nupcias hasta después de haber transcurrido dos años de ejecutoriada la sentencia.

Los cónyuges al concluir el proceso de divorcio adquieren la capacidad jurídica de contraer nuevo matrimonio; al disolverse el vínculo matrimonial cada cónyuge recobra su capacidad jurídica para celebrar nuevo matrimonio. El cual es el efecto directo del divorcio. El cónyuge declarado inocente puede contraer un nuevo matrimonio válido de inmediato; la cónyuge inocente deberá esperar 300 días para volver a casarse. El plazo de 300 días para volver a casarse que pide la ley con respecto a la mujer tiene el objeto de evitar la confusión de paternidad con respecto al hijo de la mujer que pueda dar a luz en los plazos que la propia ley señala para imputar certeza de paternidad al marido, siendo estos de 180 días después de celebrado el matrimonio y 300 días posteriores a la extinción del matrimonio⁴.

En cuanto al cónyuge culpable, la ley impone como sanción dos años de espera para poder contraer un nuevo matrimonio válido. Cuando el nuevo matrimonio se trate entre los mismos consortes podrá celebrarse en cualquier momento.

Otro efecto del divorcio en relación con los cónyuges es el pago de alimentos al cónyuge inocente, la causal XIX prevista en el artículo 4.90 del Código Civil del Estado de México, no establece culpa de ninguno de los cónyuges cuando versa sobre ella. Sobre estas bases no cobra aplicación voluntaria alguna de proporcionar alimentos entre los consortes, ya que el artículo 4.128 del Código en mención se refiere a la obligación

⁴ Rojina Villegas. Derecho Civil Mexicano Tomo II, Derecho de Familia 33º Edición Editorial Porrúa México 2001. Pág. 170.

cuando exista el matrimonio y no cuando quede disuelto por sentencia que establezca el divorcio pues en virtud de un fallo definitivo de esta naturaleza los contendientes dejan de ser cónyuges y no quedan comprendidos dentro del primer supuesto mencionado precepto.

Tampoco se esta dentro de la subsistencia de la obligación, porque no establece la ley que si ocurra en los casos de divorcio basados en la indicada causal, ya que como lo reiteramos no hay culpables, ni se trata de un divorcio por mutuo consentimiento que de pauta a tal prestación. En tales condiciones, se pensaría que esta causal trae consigo el efecto que no hay obligación de proporcionar alimentos, sin embargo esta situación la encontramos regulada por el artículos 4.99 del Código Civil del Estado de México.

Otro efecto sería cuando por el divorcio se originen daños y perjuicios a los intereses del cónyuge inocente, el cónyuge culpable tendrá la obligación de responder de estos como autor de un hecho ilícito.

1.1 EFECTOS EN RELACIÓN AL CONYUGE CULPABLE

Una vez dictada la sentencia de divorcio el cónyuge culpable podría sufrir alguna de las siguientes restricciones:

- a) Pérdida de la Patria Potestad, sobre los hijos habidos en el matrimonio.
- b) La obligación de suministrar alimentos al otro cónyuge tomando en consideración los artículos 4.96 y 4.99.
- c) Pagar al cónyuge por motivo de daños y perjuicios que le haya ocasionado en el juicio.
- d) La de no contraer nuevo matrimonio, antes de dos años de que haya causado ejecutoria la sentencia.
- e) La devolución de las donaciones si las hubo en el matrimonio entre los cónyuges, sobre todo si se trato de abandono del domicilio conyugal.

2. EFECTOS EN RELACIÓN A LOS BIENES

En los efectos con relación a los bienes encontramos los siguientes:

a) Disolución de la sociedad conyugal.- En relación a los bienes se podría pensar que lo primero que se tendría que hacer es la disolución de la sociedad conyugal, sin embargo no es consecuencia del divorcio la liquidación de la sociedad conyugal, salvo que se pida la liquidación de los bienes adquiridos en vigencia del matrimonio.

Cuando se solicite la disolución de la sociedad conyugal, una vez ejecutoriado el divorcio se procederá a la división de los bienes comunes y se aseguraran las obligaciones pendientes con los hijos.

Los casados en separación de bienes conservaran los bienes que así tengan a su favor.

b) Devolución de las Donaciones.- Solo se aplicara en perjuicio del cónyuge culpable, el cónyuge inocente conservara lo recibido o bien podrá reclamar lo pactado en su provecho.

Sin embargo el código en estudio no hace mención a las donaciones que les hiciera un tercero en consideración al matrimonio.

Con respecto a las donaciones antenuptiales hechas por un tercero o uno de los cónyuges, quedó consumada y por una causa posterior al matrimonio se disuelve el vínculo, ya no se devolverá la donación que hizo un tercero, sino que se aplicará al cónyuge inocente aunque la donación se hubiere hecho en consideración del cónyuge culpable.

3. EFECTOS EN RELACIÓN A LOS HIJOS

En los efectos en relación a los hijos encontramos los siguientes:

a) Legitimidad o ilegitimidad del hijo de la mujer divorciada.- Como lo señale párrafos anteriores, es muy importante esperar el plazo que la ley señala a la mujer divorciada para volver a casarse, para evitar confusiones con respecto a la paternidad

del hijo que espera la mujer divorciada, siendo estos de 180 días después de celebrado el matrimonio y 300 días posteriores a la extinción del matrimonio.

b) Patria Potestad.- Como lo manifesté e el capitulo anterior.

c) Alimentos.- Estos comprenden la comida, el vestido, la habitación, la atención médica, así como los medios para proporcionar estudios para aprender un oficio, arte o profesión. En cuando a los menores incapacitados lo necesario para lograr su rehabilitación o desarrollo.

El cónyuge culpable deberá garantizar el cumplimiento de los mismos por lo menos por un año, tal garantía puede ser a través de la prenda, la fianza, la hipoteca o el depósito bastante a satisfacción del juez⁵.

Cabe recordar que los alimentos son personalísimos, intransferibles, recíprocos, proporcionables, inembargables, inalienables y no son imprescriptibles.

Además como lo mencione anteriormente el juez deberá de señalar la cantidad o porcentaje de la pensión de alimentos.

4.4 PROBLEMÁTICA

Ignacio Galindo Garffas, al comentar la fracción objeto de nuestra investigación señala:

“Esta causal podrá ser invocada por cualquiera de los cónyuges, aún por aquel que haya provocado la separación. No se comprende por que el cónyuge que haya faltado al deber de cohabitación, sea legitimado para obtener el divorcio. Esto es tanto como introducir la disolución del matrimonio por repudió de uno de los consortes. Esta solución es contraria al principio que se enuncia diciendo que “nadie puede hacer vales en su favor sus propias culpas”.⁶

⁵ Ob. Cit.

⁶ Galindo Garffas Ignacio. Pág. 612

Independientemente de la autorizada opinión de Galindo Garfias en relación con la causal en comento en el sentido de que puede ser invocada por cualquiera de los cónyuges, es necesaria señalar que dicho principio también se encuentra investido el artículo 4.89 del Código Civil, al asentar que el divorcio puede ser invocado por cualquiera de los cónyuges. Autorizando a ambos consortes, para promover el divorcio, aun a aquel que injustificadamente haya dado motivo a dicha separación y que siendo el culpable la ley otorgué la facultad de romper el vínculo matrimonial.

Por mi parte consideró que la causal en estudio facilita la disolución del vínculo matrimonial, atendiendo a un criterio meramente temporal, y no atendiendo tanto a los motivos o causas que hayan dado origen a la separación.

En este orden de ideas, soy partidaria de las facilidades que de acuerdo con esta fracción XIX, se les esta dando a los consortes para divorciarse, si tomamos en consideración que es mas conveniente un divorcio en buenos términos, que un matrimonio con grito y golpes es decir en donde haga su aparición la violencia intra familiar.

La problemática surge en el hecho de que dicha causal se ha difundido entre la población, y tienen que esperar dos años para poder invocar esta causal, tiempo que a mi criterio es excesivo ya que al momento en que los cónyuges toman la decisión de tomar la opción del divorcio están consientes que ya no es su deseo continuar casados.

Ahora bien, la fracción XIX no encuadra dentro del mutuo consentimiento; será por ello un divorcio necesario con la particularidad de que no habrá calificación de cónyuge inocente o culpable, por lo que podría suponerse que no se tendría tampoco derecho a alimentos ninguno de los cónyuges, sin embargo el derecho a alimentos lo tendrá quien los necesite conforme lo establece el artículo 4.99.

La ley en general, pero muy en especial el derecho familiar debe establecerse con un sentido profundamente humano y protector de los miembros del grupo familiar para que no se vean envueltos en situaciones vulnerables de desventaja o injusticia.

Es muy cierto que existe una paradoja de si es o no conveniente el divorcio. Pues aunque es verdad que el divorcio produce consecuencias como la disolución de la

familia y la posibilidad de que se multiplique en los hijos el divorcio, dando como resultado en la sociedad que el matrimonio se convierta en una institución frágil, que permita a los cónyuges satisfacer pasiones temporales y dar rienda suelta a sus costumbres disolutas.

También es verdad que la mayoría de las personas cuando deciden contraer nupcias, lo hacen con la idea de permanecer unidos por siempre, sin embargo la relación entre los cónyuges en ocasiones se ve afectada por una variedad de causas, desde la incompatibilidad de caracteres hasta conductas que dañan la situación matrimonial, como la violencia física o verbal, cuyas consecuencias implican problemas importantes en el seno familiar, por lo que muchas veces la opción mas razonable es el divorcio.

Podemos apuntar que es una figura que apunta a la realidad concreta de la pareja ligada por matrimonio que solo existe jurídicamente, pues se ha roto la convivencia, la comunidad íntima entre ellos. Este es el único extremo que se tiene que demostrar y para ello existe la presunción legal de que ello sucede cuando la separación dura mas de dos años sin que sea importante buscar la razón de tal separación y, por tanto, no existe cónyuge culpable.

Es claro que tiene un sin número de detractores y enemigos entre los defensores de la familia. Sin embargo, la realidad se ha impuesto. Desde su aparición ha sido la causal más invocada simplificando el conflicto que ya existe en la pareja. Ciertamente hay personas que están en contra del divorcio diciendo que únicamente desarticula a las familias. Cabe señalar que el divorcio no desarticula, ni rompe, ni desune, solo ofrece una solución, una base de organización, cuando la base afectiva entre los cónyuges ha dejado de existir y evitar frustraciones y conflictos graves en los que ya no únicamente se ven afectados los cónyuges sino también los hijos cuando los hay, quienes con son los que mas recen los problemas.

4.5 PROPUESTA DE MODIFICACIÓN A LA FRACCIÓN XIX DEL ARTÍCULO 4.90 DEL CÓDIGO CIVIL DEL ESTADO DE MÉXICO

Como única propuesta de regulación, y en base a los argumentos vertidos con antelación, propongo la reforma al artículo 4.90 fracción XIX del Código Civil del Estado de México, consistente en la reducción del plazo de dos años a que se refiere el artículo en mención a el plazo de un año, por la separación de los cónyuges.

La reforma con la finalidad de resolver situaciones irregulares, ya que cuando un matrimonio se separa lo hace por el lapso de seis meses a un año, tiempo en el cual reflexionan si es conveniente continuar juntos o no; concluyéndose en la separación, sin ser necesario esperar a que transcurra el plazo de dos años, mismo que considero totalmente excesivo, debido a que se deja de verdaderamente cumplir con el objeto del matrimonio, ya que cuando una persona decide separarse existe la posibilidad de que en ese tiempo rehagan su vida con persona distinta a su cónyuge, sin antes haber disuelto el vinculo matrimonial, cayendo por tanto en otra figura distinta, en virtud de que es demasiado tiempo para poder divorciarse en los mejores términos posibles.

Todo lo anterior es debido a que en la actualidad innumerables parejas se separan por diversos motivos, sin entablar una demanda de divorcio; de hecho al darse la separación ya hay un rompimiento de los lazos afectivos y muchas veces también de las obligaciones económicas. Y en el caso de invocar la fracción XIX del código en cita, se establece que los cónyuges no tienen relación alguna, por lo que esta causal nos da la oportunidad de regularizar situaciones incómodas y de matrimonios que se encuentran desintegrados desde hace tiempo.

Lo anterior es de importante razón, que daría motivo a los legisladores para revisar el Código Civil del Estado de México y justificar una Iniciativa que tendría como propósito contribuir a la solución adecuada de fenómenos humanos de convivencia, que se dan en las relaciones matrimoniales.

CONCLUSIONES

CONCLUSIONES

1. El matrimonio es un acto y estado de unión legal de un hombre y una mujer, estableciéndose vida en común.
2. El Divorcio se define como la forma que la ley autoriza, por medio del cual se decreta la disolución del matrimonio, que puede ser en forma voluntaria (judicial o administrativa) o en forma necesaria, extinguiendo el vínculo jurídico del matrimonio que unía a los cónyuges.
3. El Divorcio puede ser vincular, si produce la ruptura del vínculo conyugal; y no vincular si solo autoriza a los consortes, subsistiendo el lazo conyugal y las demás obligaciones del matrimonio para poder vivir separados.
4. El Divorcio es un remedio en situaciones especiales, que solo es permitido en los casos en que el juez comprueba que por lo graves disturbios entre los cónyuges, por enfermedad contagiosa de alguno de ellos o por el mutuo consentimiento ha desaparecido en ellos la armonía conyugal.
5. Como lo hemos señalado ya en el cuerpo de este trabajo, dentro de nuestra legislación existe reglamentado el divorcio, en sus diferentes formas, mismas que ya hemos analizado. Respecto al divorcio existen varios criterios en pro y en contra. Sin el propósito de cuestionar uno y otro criterio, podemos decir, que el divorcio no es bueno ni malo, simplemente es. Por lo mismo, después del rompimiento vincular, lo importante es llevar adecuadamente, por parte de los responsables, el cumplimiento de sus obligaciones con relación a los bienes y a los hijos.
6. En virtud de que la sentencia de divorcio al haber invocado la fracción XIX, como causal de divorcio; no califica la culpabilidad o inocencia de los consortes, ya que como lo señala el propio artículo, es indistinta la causa justificada o no; teniendo como particularidad que no habrá declaración de cónyuge inocente o culpable

7. La fracción XIX del artículo 4.90 del Código Civil del Estado de México, nos menciona que la separación de los cónyuges por más de dos años independientemente del motivo que lo haya originado, es una causal que da pauta para obtener el divorcio necesario, circunstancia que es muy común en la actualidad, y la separación de los cónyuges por el término de dos años, ya no es operable hoy en día, debido a que es un tiempo excesivo toda vez que cuando uno de los cónyuges se separa lo hace por el lapso de seis meses hasta un año, tiempo en el cual reflexionan si es conveniente continuar juntos o no, por lo que no es necesario esperar a que transcurra el plazo de dos años

8. Esta causal XIX, puede ser invocada por cualquiera de los cónyuges, aún aquel que haya dado origen a la separación. Esta solución es contradictoria al principio que enuncia que "NADIE PUEDE HACER VALER EN SU FAVOR SUS PROPIAS CULPAS".

9. La fracción XIX del artículo 4.90 debe modificarse con la finalidad de resolver situaciones irregulares, ya que cuando un matrimonio se separa lo hace por el lapso de seis meses a un año, tiempo en el cual reflexionan si es conveniente continuar juntos o no; concluyéndose en la separación, sin ser necesario esperar a que transcurra el plazo de dos años, mismo que considero totalmente excesivo, debido a que se deja de verdaderamente cumplir con el objeto del matrimonio, ya que cuando una persona decide separarse existe la posibilidad de que en ese tiempo rehagan su vida con persona distinta a su cónyuge, sin antes haber disuelto el vínculo matrimonial, cayendo por tanto en otra figura distinta, en virtud de que es demasiado tiempo para poder divorciarse en los mejores términos posibles.

BIBLIOGRAFIA

BIBLIOGRAFIA

- 1. Arellano García, Carlos. PRÁCTICA FORENSE CIVIL Y FAMILIAR. 29ª edición. Editorial Porrúa. México 2005.**
- 2. Becerra Bautista, José. EL PROCESO CIVIL MEXICANO. Editorial Porrúa. 10ª edición. México 2003.**
- 3. Briseño Sierra, Humberto. DERECHO PROCESAL. Editorial Harla. 6ª edición. México 2001.**
- 4. Chávez Asensio, Manuel. LA FAMILIA EN EL DERECHO RELACIONES JURIDICAS CONYUGALES. Editorial Porrúa. México 2003.**
- 5. De Pina Vara, Rafael. DERECHO CIVIL MEXICANO 1 INTRODUCCION, PERSONAS, FAMILIA. Editorial Porrúa. México 2004.**
- 6. Galindo Garfías, Ignacio. DERECHO CIVIL PRIMER CURSO. Editorial Porrúa. México 2000.**
- 7. Giuseppe, Chiovenda. CURSO DE DERECHO PROCESAL CIVIL. Editorial Oxford. México 2002.**
- 8. Gómez Lara, Cipriano. DERECHO PROCESAL CIVIL. Editorial Trillas. México 2001.**
- 9. Gómez Lara, Cipriano. TEORIA GENERAL DEL PROCESO. Colección de Textos Jurídicos Universitarios. México 2001.**
- 10. Hernández López, Aarón. EL DIVORCIO PRACTICA FORENSE DE DERECHO FAMILIAR. Editorial Porrúa. México 2002.**
- 11. Magallón Ibarra, Jorge Mario. INSTITUCIONES DE DERECHO CIVIL 3 DERECHO DE FAMILIA. Editorial Porrúa. México 2001.**
- 12. Montero Duhalt, Sara. DERECHO DE FAMILIA. 11ª edición. Editorial Porrúa. México 2001.**
- 13. Ovalle Favela. DERECHO PROCESAL CIVIL. Colección de Textos Jurídicos Universitarios. México 2001.**
- 14. Pallares, Eduardo. EL DIVORCIO EN MEXICO. 22ª edición. Editorial Porrúa. México 2003.**

15. Rojina Villegas, Rafael. COMPENDIO DE DERECHO CIVIL I INTRODUCCION PERSONAS Y FAMILIA. Editorial Porrúa. México 2004.

16. Rojina Villegas, Rafael. DERECHO CIVIL MEXICANO TOMO II DERECHO DE FAMILIA. 33ª edición. Editorial Porrúa. México 2001.

LEGISLACION CONSULTADA

- 1. Código Civil del Estado de México. Editorial SISTA. México 2005.**
- 2. Código de Procedimientos Civiles del Estado de México. Editorial SISTA. México 2005.**
- 3. Código Civil para el Distrito Federal. Editorial SISTA. México 2005.**
- 4. Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal. Editorial SISTA. México 2005.**

OTRAS FUENTES

- 1. Atwood, Roberto. DICCIONARIO JURIDICO. Ediciones Primeros en Tiempo. 5ª Edición. México 2001.**
- 2. Diccionario Jurídico Mexicano. Instituto de Investigación Jurídica. UNAM. México 2002.**
- 3. Exposición de Motivos de Iniciativa del Ejecutivo Estatal de Mayo del 2002.**
- 4. Pallares, Eduardo. DICCIONARIO DE DERECHO PROCESAL CIVIL. Editorial Porrúa. México 2000.**
- 5. Semanario Judicial de la Federación.**