



**UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE MÉXICO**

**FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES
“ACATLÁN”**

**“PROPUESTA DE ADICIÓN AL ARTICULO 267 DEL CÓDIGO CIVIL
PARA EL DISTRITO FEDERAL, RELACIONADA CON LA INCLUSIÓN
COMO CAUSAL DE DISOLUCIÓN DEL VINCULO MATRIMONIAL LA
BISEXUALIDAD PROBADA DE ALGUNO DE LOS CÓNYUGES”**

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE:
L I C E N C I A D O E N D E R E C H O
P R E S E N T A :
V I C T O R Q U I N T A N A L Ó P E Z

ASESOR: LIC. JESÚS FLORES TAVARES

AGOSTO 2006



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

Esta tesis esta dedicada:

A mis padres:

Mi eterno agradecimiento a los seres que me dieron la vida, gracias a su ejemplo de responsabilidad, honradez y dignidad me han enseñado a ser honesto y responsable, por lo que les debo lo que soy y lo que pueda ser.

A mi esposa e hijas:

Gracias por el amor que me brindan que me impulsa continuar superándome con la realización de esta tesis.

A mis hermanas:

Enedina: gracias por tu ejemplo de vida aunque breve pero significativa, gracias por tu ejemplo y amor que jamás nos hará olvidarte.

Elvia e Imelda gracias por su amor y apoyo incondicional de toda la vida.

Al Licenciado Jesús Flores Tavares:

Por la dedicación comprensión y excelente dirección, así como todo el apoyo brindado para realizar esta tesis.

Mi agradecimiento por la consideración y apoyo incondicional

Al Honorable Jurado

Lic. Víctor Guadalupe Capilla Sánchez

Lic. Jesús Flores Tavares

Lic. Salvador Sánchez Michel

Lic. José Martínez Ochoa

Lic. Aniceto Bautista Carte

INDICE

	PAGINAS
INTRODUCCIÓN	I
CAPÍTULO UNO	
Antecedentes históricos del divorcio.	
1.1 Panorama histórico.	1
1.2 El divorcio en la biblia.	2
1.3 Pueblos de la antigüedad.	3
1.4 Roma.	9
1.5 España.	11
1.6 Derecho canónico.	12
CAPÍTULO DOS	
Antecedentes del divorcio en México.	
2.1 Los Aztecas.	14
2.2 Época Colonial.	15
2.3 Época independiente.	18
2.4 Código civil de 1870.	19
2.5 Código civil de 1884.	21
2.6 Ley del divorcio vincular de 29 de diciembre de 1914.	23
2.7 Ley sobre relaciones familiares de 1917.	26
2.8 La legislación vigente.	28
2.9 Legislación comparada.	30
CAPÍTULO TRES	
Aspectos generales del divorcio y adulterio	
3.1 Aceptación gramatical.	37
3.2 Concepto jurídico.	39
3.3 El divorcio como figura controvertida.	44
3.4 Tipos de divorcio que regula nuestra legislación.	44
3.4.1 Divorcio administrativo.	46
3.4.2 Divorcio voluntario.	48

3.4.3 Divorcio necesario.	54
3.5 Procedimiento de divorcio necesario supuestos.	57
3.6 Juicio de valor frente a la conceptualización gramatical del adulterio.	63
3.7 Elementos que comprenden la causal de divorcio artículo 267 fracción I del código civil.	66
3.8 Jurisprudencia de la Corte sobre el adulterio como causal de divorcio.	67

CAPÍTULO CUATRO

La bisexualidad.

4.1 Concepto de homosexualidad.	70
4.2 Concepto de lesbianismo.	73
4.3 Concepto de bisexualidad.	74
4.4 Concepto de heterosexualidad.	78
4.5 Modalidades de la homosexualidad.	78
4.6 Países que han promovido y aprobado leyes protectoras de derechos de las personas con preferencia sexual distinta de la heterosexual.	79
4.6.1 Dinamarca.	81
4.6.2 Noruega.	82
4.6.3 Holanda.	83
4.6.4 Francia.	83
4.6.5 Estados Unidos de Norte América.	85
4.6.6 México.	88

CAPÍTULO CINCO

La adición al artículo 267 del código civil para el Distrito Federal, de la bisexualidad probada de alguno de los cónyuges.

5.1 Análisis doctrinario del divorcio.	90
5.2 Elementos probatorios que integran la causal de divorcio.	92
5.3 Problema que se presenta al aplicar los criterios jurisdiccionales en la causal de divorcio por adulterio.	93
5.4 Atendiendo a la naturaleza jurídica del matrimonio.	94
5.5 Obligaciones y derechos que nacen del matrimonio.	101
5.6 Margen de error al aplicar criterio o juicio de valor por el juzgador.	105

5.7 Propuesta de adición al artículo 267 del código civil para el Distrito Federal, relacionada con la inclusión como causal de disolución del vínculo matrimonial la bisexualidad probada de alguno de los cónyuges.	106
Conclusiones.	111
Bibliografía.	113

INTRODUCCIÓN

Un matrimonio debería ser siempre una fuente de confort mutuo y sus mutuas relaciones deberían estar muy por encima del simple goce sexual, alcanzando el estadio de la amistad cordial acompañada de la mutua benevolencia y compañerismo más sin en cambio desgraciadamente muchas veces la realidad es otra.

En la actualidad el cambio vertiginoso de valores, de conductas que ha tenido la sociedad, ha impactado mucho la relación familiar; en consecuencia, las normas que en ocasiones se deben de aplicar para dilucidar desde el punto de vista esta clase de problemas sociales, en ocasiones no nos dan las pautas requeridas para poder entrar a un aspecto de justicia en relación a estos temas.

La sociedad se ha disparado en relaciones desde el punto de vista tecnológico, desde la forma en que nos estamos relacionando, y esto impacta mucho al derecho familiar.

Impacta tal vez más, que a otras ramas del derecho, son situaciones que debemos de contemplar en el aquí y en el ahora, con todas las conductas que se han ido estableciendo hasta la fecha, en donde hemos estado en presencia –a mi juicio- de un cambio de era histórica, en la cual las relaciones entre todos los seres humanos han cambiado mucho, presentando problemas como el adulterio homosexual en el matrimonio que abordaremos en el aspecto jurídico en el presente trabajo de manera seria y respetuosa.

El presente trabajo busca realizar un enfoque del problema de la conducta bisexual, desde un punto de vista científico, cultural, social, histórico, y jurídico, a través de diversos aspectos para proponer una alternativa de solución a estos problemas cuando se presenten dentro del matrimonio.

Para ello en el primer capítulo apreciaremos los antecedentes históricos del divorcio en diversas culturas a lo largo de la historia, en el segundo capítulo abordaremos los antecedentes históricos del divorcio en México y su constante evolución, en el tercer capítulo trataremos los aspectos generales del divorcio y adulterio para analizar todos los elementos jurídicos a nuestro alcance que nos permitan demostrar la problemática jurídica y falta de regulación al respecto.

En el cuarto capítulo abordaremos el tema de la bisexualidad y la falta de regulación jurídica sobre el tema, por último en el quinto y último capítulo realizó una propuesta de adición al artículo 267 del Código Civil para el Distrito federal, para incluir a la bisexualidad como una causal de divorcio.

CAPÍTULO UNO

Antecedentes históricos del divorcio.

1.1 Panorama histórico.

Es necesario identificar las formas de regulación de la conducta de los hombres antiguos, hasta nuestros días y así lograr un mejor conocimiento del marco histórico del tema que nos ocupa.

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

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

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

El repudio es la manera más antigua de divorcio. El Código de Hammurabi permitía el repudio a cargo de la mujer; el Código de manú permitía que la mujer estéril fuera reemplazada al cabo de ocho años de convivencia; cuando una mujer que “bebe licores, se porta mal, se enferma o es pródiga”, dice la misma ley, o aquella a la que se le hubieran muerto todos sus hijos en la menor edad, o que hubiera engendrado más que mujeres, estaba sometida a la repudiación. En su caso, podía originarse el derecho de repudiación en la mujer, si su cónyuge no conservase la virtud de la vida matrimonial.

Las raíces históricas del adulterio las encontramos tal vez desde la aparición del hombre sobre la faz de la tierra; sin embargo solo haremos un breve recorrido por las páginas de la historia Universal donde encontraremos una constante que asume tanto en las culturas orientales como occidentales.

Como veremos, en distintos países se observa y reprime esta conducta antisocial en mayor o menor medida, desde una amonestación pública, hasta la muerte, por ello es pertinente decir que existe discrepancia entre algunos doctrinarios porque unos proponen que el adulterio sea tratado por el derecho privado y otros por el derecho público, pero en suma, todos esos autores coinciden en que el adulterio ha

existido desde siempre, en todas las razas y culturas, no es privativo de clase social alguna, ni de posición económica aparece unido a la institución del matrimonio, ya que sin la existencia de ese vínculo jurídico entre las personas, sencillamente no existiría el adulterio.

Siempre ha sido considerado el adulterio como uno de los motivos más graves. El más grave tal vez para concluir la vida conyugal.

1.2 El divorcio en la Biblia.

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

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

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

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

El divorcio fue condenado en los textos del Nuevo Testamento en términos generales. “Según San Marcos, a la pregunta de unos fariseos sobre si es lícito al marido repudiar a la mujer, Jesús dijo: ¿qué os mandó Moisés?, y ellos contestaron: Moisés permitió repudiarla, precediendo escritura legal y repudio. Replicó Jesús, “En vista de la dureza de vuestro corazón, os dejó mandado eso”. Pero más adelante aclara: “cualquiera que rechazase a su mujer y tomare otra, comete adulterio contra ella y si la mujer se aparta de su marido y se casa con otro es adúltera”. (San Mateo X, 2-12).

Así pues os declaro que cualquiera que despidiere a su mujer sino en caso de adulterio y aún en este caso si se casare con otra; este tal, comete adulterio; y quien casare con la divorciada también lo comete” (San Mateo XIX, 9).

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

1.3 Pueblos de la antigüedad.

DERECHO HEBREO

En el Derecho Hebreo existió la repudiación, el versículo 14 del Capítulo XXI del Génesis del Antiguo Testamento, señala que: “Abraham, esposo de Agar, quien fue madre de Ismael, se levantó muy de mañana y tomó pan y un odre de agua, y diólo a Agar, poniéndolo sobre su hombro, y entrégale al muchacho, y despidióla. Y ella partió y andaba errante por el desierto de Bar-Sheba”.

En el Deuteronomio (Cáp. XXIV, vers. 1 y sigs.) se encuentran los siguientes preceptos: “Cuando alguno tomare mujer y se casare con ella, si no le agradara por haber hallado en ella alguna cosa torpe, le escribirá carta de repudio y se la entregará en su mano y despedirá de su casa, podrá ir y casarse con otro hombre. Y si la aborreciere éste último, y le escribiere carta de repudio y la despidiere de su casa; o si muriere el postrer hombre, que la tomó para si por mujer, no podrá su primer marido que la despidió volverla a tomar para que sea su mujer, después que fue amancillada; Porque es abominación delante de Jehová”.¹

La ley bíblica no hace referencia a una institución que constituye típicamente el divorcio. Para la Biblia no existe más que una repudiación; el divorcio surge de las reglas del Talmud, que fue el creador del auténtico divorcio, como se conoce en la ley israelita y como ha pasado al Derecho positivo moderno.

Las causas de divorcio fueron la esterilidad y el adulterio.

ISRAEL

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

¹ GOLDSTEIN, Mateo. Enciclopedia Jurídica Omeba, T. IX, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1958, pp. 26 y 27

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

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

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

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

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

BABILONIA

En la antigua Persia, en China ² y Japón se practicó el repudio, en el derecho de la India, según las leyes de Manú (600 a.c al 300 d. c), se congregaban otras causas de divorcio, como son: la incompatibilidad de caracteres, enfermedad incurable etc.

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

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

² Ibidem, pp. 27 a 29

En Babilonia existía el repudio y la esterilidad de la mujer, como causas de divorcio. La esterilidad de la mujer después de nueve años de casada, permitía al marido casarse con otra mujer además de la primera.

El Código de Hammurabi (1780 a.c.) reconocía el repudio para el hombre, pero debía devolver la dote a su mujer y en caso de que hubiera hijos le tenía que dar tierras en usufructo.

CHINA

La antigua China reconocía el repudio, la esterilidad la impudicia, la falta de consideración y respeto debido a los suegros, la charlatanería, el robo, el mal carácter y la enfermedad incurable.

DERECHO MUSULMÁN

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

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

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

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

EGIPTO

Los antiguos egipcios consideraban el adulterio como un pecado, el cual se incluía en el libro de la muerte, las mujeres eran tratadas generalmente igual por comisión del adulterio; sin embargo existen numerosos indicios sobre los castigos que le eran impuestos a la mujer adúltera incluso podía ser condenada a la muerte en la hoguera, en tanto, no existe ningún antecedente sobre los castigos que pudiesen imponerse al varón.

El adulterio se sancionó con diversidad de penas dependiendo que el delincuente fuese el marido o la esposa. En un principio se castigó con la pena de muerte, posteriormente con la mutilación de la nariz a la mujer y con cien palos al hombre; en la comisión del adulterio mediaba la sanción que implicaba la castración o la falotomía.

Este último caso prevé la situación de violencia que las legislaciones contemporáneas, al menos así sucede en la nuestra, se penaliza de manera diferente al adulterio.

La finalidad que perseguían los encargados de fijar la pena a la mujer adúltera es decir la mutilación de la nariz, era de alejar de ella a sus amantes pues se creía que lo que impulsaba a cometer adulterio a los hombres era la atracción física que poseía la mujer, y por tal motivo una vez mutilada dejaba de ser atractiva para el hombre con quien cometió el delito.

Igualmente el adulterio de la mujer daba origen a que fuese despedida por su marido sin compensación alguna, en cuanto al esposo, hasta donde podemos saber, los Arcanos, la fidelidad del marido era tan esmerada como en cualquier cultura posterior y la posición de la mujer era más avanzada que en la mayoría de los países hoy en día. ³

GRECIA

Admitió el divorcio por parte del marido y por medio de la mera devolución o abandono de la mujer; pero ésta, si era abandonada sin razón, podía reclamar que se le restituyera la dote o que se le pagasen los intereses y sus alimentos. También la mujer podía pedir el divorcio ante el arconte.

En Grecia la familia tenía una gran importancia en la estructura social, dado que con la práctica de relaciones adulterinas la mujer ponía en peligro a ésta por la posibilidad que había de que introdujera sangre extraña a la misma.

Esta conducta era severamente castigada, el esposo tenía la obligación de repudiarla, quedaba excluida de los templos religiosos; si intentaba asistir a uno de ellos, cualquiera podía atacarla y despojarla de sus adornos, pero no podía ser mutilada o muerta.

El varón podía matar al cómplice de su mujer infiel o infringirle cualquier otro castigo como lo era el pago de una cantidad de dinero; sin embargo el adulterio del varón no era castigado a menos que dañara los derechos de otra familia, ya que solo se consideraba adulterio el cometido con mujer casada.

Asimismo en Grecia la manera de sancionar el adulterio durante los llamados tiempos heroicos fue el derecho de venganza.

Este delito se equiparaba al crimen, la pena era aplicada por el ofendido dando muerte al adúltero en el acto criminal, pero si el culpable escapaba, tenía el ofendido derecho de persecución contra aquél en su persona y aún en contra de su familia.⁴

Esta forma de sancionar el adulterio entre el pueblo griego no era única, pues aplicar determinada pena dependía de la ciudad donde se realizará el acto delictuoso.

Así tenemos que en Esparta se permitía en ciertos casos el adulterio y según lo refiere Plutarco, legislador Espartano, Liturgo Gobernador, se esforzó en apartar de la unión matrimonial los celos y llegó incluso a burlarse de quienes castigaban con el homicidio las infidelidades de las esposas por ello, han llegado a afirmar varios autores que en la Esparta, el adulterio de la mujer no existía, según las costumbres que imperaban entre las sociedades primitivas, pues la mayoría de ellas, consideraban cuando menos, la falta de la fidelidad conyugal de la mujer, digna de una severa pena como ha quedado establecido en los pueblos que hemos visto.

En Atenas era radicalmente contraria la manera de ver el delito del adulterio a como era considerado entre los espartanos, los atenienses eximían de toda pena al marido que sorprendiera *In fraganti* a los adúlteros y tomará venganza.

Más tarde el legislador Zeluco ordenó como pena que le fueran sacados los ojos a quien cometiera tal delito.

Posteriormente, asistió al marido una acción pública contra el adúltero, en dicha acción el ofendido podía tener una compensación con una base pecuniaria con el culpable podía el primero retener a este último en calidad de esclavo mientras no pagase o no diese fianza sí en la comisión del delito mediaba la violencia, el precio de la multa era el doble.

En Atenas se daba el caso como en la mayoría de los pueblos que hemos tratado, de no considerar como delito el que un hombre faltare a la fidelidad conyugal sin embargo la falta de la mujer era considerado como adulterio aunque ella no fuese casada, como es el caso de las concubinas.

Otros ejemplos de las diversas maneras de sancionar el adulterio entre los pueblos de la antigua Grecia eran las siguientes:

- Entregar al adúltero a la risa e insultos del pueblo;
- Pasear a los adúlteros en un asno;
- Maniatar y arrastrar al reo por tres días a través de la ciudad;
- Obligar a la mujer a sentarse once días consecutivos en el mercado ligeramente vestida etc.

También se dice que en Atenas Dracón y Solón se propusieron realizar la dignidad del matrimonio y combatir el adulterio, pero no se procedió con tanto rigor como en otras legislaciones pues se autoriza a la mujer para que se entregue a los más próximos parientes con el fin de encontrar descendencia con la venía del marido fuera de estas circunstancias en el derecho clásico griego no deja de ser castigado el delito de adulterio.

La pena era arbitraria y variada, pero se respetaba esencialmente el derecho de venganza del marido el cual podía acusar a la mujer ante el tribunal familiar que tenía posibilidad de decretar la muerte de la esposa.

En cuanto a Esparta, no puede hablarse de fidelidad conyugal ni de adulterio punible o al menos censurable.

Reveladora es la aseveración de Plutarco que en su vida de Licurgo nos habla de que se favorecía el adulterio de la mujer a fin de que pudiera tener descendencia masculina.

1.4 Roma.

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

La muerte de uno de los cónyuges disuelve el matrimonio, como es lógico. Y a la muerte debe equipararse el caso de la *capitis deminutio maxima*, ya que un esclavo no puede ser parte del matrimonio, sino sólo en un *contubernium*; en cuanto a la *capitis deminutio media*, normalmente significa también la pérdida del *connubium*, de manera que produce, en tal caso, la degradación de la *Yuste nuptiae* hasta el nivel del concubinato.

Además se disolvía el matrimonio por declaración unilateral, hecha por uno de los cónyuges (*repudium*). Los romanos consideraban que no debía subsistir un matrimonio si una de las partes se daba cuenta de que la *afectio maritalis* había desaparecido. No tenía validez, siquiera, un convenio de no divorciarse. Augusto, con su política de fomentar la frecuencia de uniones fértiles, no tomaba medidas en contra del *repudium*, opinando que así sería más fácil que una unión estéril cediera su lugar a nuevas uniones que quizá darían hijos a la patria. Lo que hizo fue rodear la notificación del *repudium* de ciertas formalidades (presencia de siete testigos). De otra manera, después de una violenta discusión conyugal, muchas veces no podía la esposa saber exactamente si estaba repudiada o no.

Al lado del *repudium* encontramos la disolución del matrimonio por mutuo consentimiento.

Desde los triunfos sobre Cartago, es decir, desde el momento que un espíritu cosmopolita reemplazó la austeridad rústica de antes, el divorcio se hizo cada vez más frecuente. El censor ya no se metía tanto en asuntos privados, y el nuevo individualismo disminuía la importancia de los consejos de familia. La sociedad contemplaba el divorcio con creciente indiferencia, y el principal freno era quizás el miedo del marido a tener que devolver la dote. Los escritos de Séneca, Tertuliano y otros nos demuestran que los romanos del principado se casaban y divorciaban muy frecuentemente. La tan alabada definición de Modestino del matrimonio, como una *coniunctio maris et feminae, et consortium omnis vitae; divini et humani iuris communicatio*.⁵ no era, en tiempos de este jurisconsulto, sino nostálgico recuerdo de siglos pasados.

⁵ D. 23. 2. 1. (Unión de hombre y mujer , que implica solidaridad en cuanto a los actos de toda la vida, y una comunidad formada a la luz de los derechos divino y humano).

Cuando, a partir de Constantino, los emperadores cristianos inician la lucha contra la facilidad del divorcio, no atacan éste cuando se efectúa por mutuo consentimiento. Más bien combaten el repudium, fijando las causas por las cuales un cónyuge puede obtener la disolución del vínculo matrimonial, aunque la otra parte no consienta en ello. ⁶

En cambio se prohíbe –o cuando menos, se castiga- el divorcio efectuado contra la voluntad de uno de los cónyuges, si no se comprueba la existencia de una de las causas de divorcio, limitativamente establecidas en la ley.

Cuando Justiniano sube al trono, se encuentra con cuatro clases de divorcios, para ninguno de los cuales se necesitaba una sentencia judicial:

1.-Divorcio por mutuo consentimiento

Es decir, la decisión de los cónyuges de no continuar casados, aunque Justiniano no imponga sanciones a las personas que disuelvan el vínculo matrimonial de esta manera como, por ejemplo, el no permitirles contraer nuevo matrimonio hasta que hubiese transcurrido determinado tiempo.

2.-Divorcio por culpa de uno de los cónyuges

Cuando uno de los cónyuges alegaba determinada conducta realizada por el otro, basándose en los casos expresamente señalados en la ley.

El marido podía invocar el adulterio de la mujer, el hecho de que ésta concurriera a lugares públicos sin su consentimiento, o, hablara con extraños fuera del domicilio conyugal. La esposa podía repudiar al marido si éste intentaba prostituirla, cometía adulterio. Cualquiera de ellos podía alegar como causas de repudio, el atentado contra la vida, las injurias graves, la sevicia y el crimen de alta traición.

3.- Divorcio por declaración unilateral

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

⁶ Cfr. Artículo 267 del Código Civil. En Uruguay existe de nuevo el divorcio por repudio unilateral de la esposa, sin indicar y comprobar una causa.

4.-Divorcio Bona gratia

Es decir, no basado en la culpa de uno de los cónyuges, pero sí fundado en circunstancias que harían inútil la continuación del matrimonio (impotencia, cautividad prolongada) o inmoral (voto de castidad).

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

1.5 España.

La mujer española tenía una consideración ante el derecho superior a la que tenía aún la mujer Romana, de aquí que si bien no se castigaba el adulterio del marido en el fuero juzgo, en el caso de que se haya cometido con la mujer casada, y entonces si tenía el adulterio hijos legítimos quedaban sus bienes para éstos y él puesto en poder de la mujer si había hecho en esta violencia y sí no los tenía era puesto en poder del marido, lo que también ocurría cuando el adulterio se consumaba con sentimientos del cómplice.

Al igual que otros pueblos de esta época el Español sancionaba la comisión del adulterio y aunque habiendo diferencia de penalidad considerando como tal la unión sexual de un hombre con una mujer casada, mediara o no la violencia física, siendo este último caso un delito de violación. Así consideramos que la penalidad aplicada al adulterio propiamente dicho, era la de entregar al marido ofendido al culpable.

Las Siete Partidas se refieren al adulterio en el Título Noveno que hace mención al divorcio, ley segunda que autoriza el divorcio por causa del adulterio y ordena al marido que tiene conocimiento de éste delito, acuse a su mujer, si no lo hace peca mortalmente.

La acusación deberá presentarse ante el obispado o ante un oficial suyo. Como quedó señalado aquí es donde encontramos el divorcio por causa de adulterio regulado de manera más formal, más trascendental, incluso para otras legislaciones que rigen en la actualidad como la nuestra y la Española misma.

La solicitud de divorcio a causa del adulterio únicamente opera a favor del marido ofendido.

1.6 Derecho canónico.

La iglesia católica mantuvo siempre el sistema de la indisolubilidad del vínculo matrimonial, como un medio eficaz, para dar una organización firme a la familia legítima.

El concilio de Trento estableció definitivamente la indisolubilidad del vínculo matrimonial desde el punto de vista de la iglesia católica, apostólica y romana.

El Código de Derecho Canónico no menciona siquiera la palabra divorcio: en el Capítulo X, Título VII, del Libro III, se trata “De la separación de los cónyuges”, ahí se trata de la disolución del vínculo, o sea, el antiguo divorcio pleno o perfecto y de la separación de lecho, mesa y habitación.

Disolución del vínculo.- El matrimonio rato y consumado de bautizados no puede ser disuelto por ningún poder humano y por ninguna causa, excepto por la muerte. El canon 1615 dispone que: “El matrimonio válido de los cristianos se llama rato, si todavía no ha sido consumado, rato y consumado, si entre los cónyuges ha tenido lugar el acto conyugal, al que por su misma naturaleza se ordena el contrato matrimonial, y por el que los cónyuges se hacen una sola carne”.

La unidad y la indisolubilidad son prioridades esenciales del matrimonio, así lo señala el canon 1013.

El canon 1119 admite diversos casos de disolución de matrimonio no consumado entre dos bautizados, o entre un bautizado y un no bautizado, los que se reducen a dos situaciones: 1°. Tanto por disposición del Derecho en virtud de la profesión religiosa solemne; 2°. Como por dispensa concedida por la Sede Apostólica con causa justa, a ruego de ambas partes, o de una de ellas, aunque la otra se oponga.

Las causas para la anulación del matrimonio rato, son, entre otras: la impotencia posterior al casamiento, el odio implacable de los cónyuges; cualquier enfermedad que haga imposible el uso del matrimonio; el peligro de perversión; el divorcio civil obtenido por la otra parte.

El matrimonio legítimo entre personas no bautizadas, ya sea rato, ya haya sido consumado, se disuelve a favor de la fe por el privilegio Paulino; dicho privilegio consiste en que si uno de los cónyuges infieles se bautiza y el otro permanece en la infidelidad de tal modo que, hechas las interpelaciones debidas, ni quisiera convertirse ni cohabitar con el convertido pacíficamente, sin injuria del Creador y sin

desprecio de la Religión Cristiana, o si se obstinare en pervertir a la parte fiel; y por el mismo hecho de celebrarse el nuevo matrimonio se disuelve el primero, contraído válidamente en la infidelidad, hubiese o no matrimonio consumado.

Separación de hecho, mesa y habitación.- Conforme al Código de Derecho Canónico, la única causa admitida para la separación perpétua de los cónyuges, es el adulterio de uno de ellos, no siendo por adulterio, jamás puede decretarse la separación perpétua, sino tan solo la temporal, la cual puede concederse por un plazo de tiempo determinado o por un tiempo indefinido, mientras subsista la causa de la separación.

El Código de derecho Canónico de 1983, expedido por su santidad Juan Pablo II, declara al matrimonio indisoluble, tomando como premisa que éste se llevó a cabo pero se puede dar su nulidad bajo dos supuestos:

- 1) Que haya habido coacción para llevar a cabo el matrimonio.
- 2) Que no exista consentimiento de alguno de los que participen en el sacramento, respecto del acto o cada uno de los efectos de la institución matrimonial.

Debe señalarse que en el derecho canónico no existe divorcio vincular sino la mera nulidad, cuyo efecto es confirmar que teológica y jurídicamente no se llevo a cabo el matrimonio.

CAPÍTULO DOS

Antecedentes del divorcio en México.

2.1 Los Aztecas

Entre los aztecas el divorcio no se ordenaba con sentencia formal, ya que no era bien visto por este pueblo, podían solicitarlo tanto el hombre como la mujer; excepto los matrimonios a prueba estaban fuera del divorcio.

Las causas de divorcio para que el hombre lo solicitara eran las siguientes: la esterilidad de la mujer, la pereza de la esposa, ser la esposa descuidada y sucia, ser pendenciera y la incompatibilidad de caracteres.

Las causas de divorcio para que la mujer pudiera solicitarlo eran los maltratos físicos, el no ser sostenida por el marido en sus necesidades y la incompatibilidad de caracteres.

Así es como los esposos desavenidos se presentaban ante los jueces para exponer alguna de las causas anteriormente señaladas para pedir la separación u oponerse a ella, pero estos no daban su autorización tácita para que se efectuara la separación, sin haber tratado antes de invitarlos a la reconciliación y a vivir en paz; si estos aceptaban dicha invitación y decidían continuar su vida matrimonial, el asunto quedaba terminado; pero si los esposos insistían en la separación los jueces los despachaban rudamente dándoles así su tácita autorización, perdiendo el cónyuge culpable la mitad de sus bienes a favor del cónyuge inocente, y con respecto a los hijos, los varones se quedaban con el padre y las hijas con la madre, ambos divorciados quedaban en aptitud de volverse a casar, salvo entre ellos mismos.

Los Aztecas no consideraban el adulterio como causal de divorcio, pero sí como un delito sexual, así lo señalaba la ley que los regía.

El delito de adulterio podía ser cometido:

- I.- Por la esposa principal con varón soltero o casado.
- II.- Por la esposa secundaria con varón soltero o casado.
- III.- Por un varón cuando tenga relaciones sexuales con la esposa de otro.

No se consideraba delito de adulterio cuando había relaciones sexuales entre un hombre y la manceba del otro, salvo que el amancebamiento fuera de mucho tiempo atrás, o bien cuando los amancebados eran considerados por sus vecinos como casados.

Este delito se castigaba no obstante el perdón dado por el ofendido, aunque la pena era menos rigurosa.

Cuando la esposa adúltera y su cómplice eran sorprendidos in fraganti por el esposo ofendido, los llevaban al tianguis, donde se les aplicaba la pena de muerte, aplastándoles la cabeza entre grandes piedras.

Si los adúlteros no eran sorprendidos in fraganti, pero el marido tuviere sospechas que después resultaren ciertas, se le aplicaba la pena de muerte por ahorcamiento.

Si la esposa adúltera mataba al esposo ofendido se le castigaba con la pena de muerte quemándola públicamente en la plaza.

Si los adúlteros eran miembros de la nobleza se les aplicaba el garrote y muerte por cremación.

En caso de que el adulterio se relacionara con esposas reales, se les daba muerte por estrangulación y se demolía su casa.

Para que se castigara el delito de adulterio no bastaba la acusación del cónyuge ofendido, sino que era necesario además que los culpables se encontrarán confesos y que hubiera testigos.

Al marido ofendido se le prohibía hacerse justicia por su propia mano, aún cuando hubiere sorprendido a su cónyuge en flagrante delito.

El marido que mataba a su esposa por haberla sorprendido en flagrante delito de adulterio sufría la pena de muerte. “En caso que la mate por indicios o sospechas sufrirá el mismo castigo.”⁷

2.2 Época Colonial.

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

⁷ H. ALBA, Carlos, Estudio Comparado entre el Derecho Azteca y el Derecho Positivo Mexicano, 2ª ED; México, Instituto Indigenista Interamericano, 1949, p. 20

En la Época Colonial con la conquista los españoles, trataron de imponer sus leyes a los indígenas, entre las más destacadas que hablaban del adulterio encontramos las siguientes:

En la recopilación de las leyes de Indias de la Nueva España, de Andrés de Alcábiz aparecen las siguientes disposiciones sobre adulterio:

24ª. La probanza para el adulterio era que debían encontrarlos juntos y la pena era que públicamente los apedreaban.

34ª. Apedreaban a las que habían cometido adulterio y con el que ellas había pecado.

35ª A ninguna mujer ni hombre castigaban por este pecado de adulterio, si sólo el marido de ella lo acusaba, sino había de haber testigos y confesión de los malhechores y si estos eran principales los ahogaban en la cárcel.

36ª Tenía pena de muerte el que mataba a su mujer por sospechas o indicios, los jueces lo habían de castigar.

En esta época el Fuero Real, el Fuero Juzgo, las Partidas, el ordenamiento de Alcalá, la Novísima recopilación y todos los demás ordenamientos jurídicos establecían en resumen las siguientes disposiciones sobre el adulterio:

A).- El adulterio solo era referible a la mujer casada y a su amante adulterino. Nunca el hombre podía ser acusado de adulterio. En el Fuero Real de España hay un precepto que justificaba y toleraba las relaciones sexuales de un hombre casado, cuando hace fornicó con mujer que no sea casada ni desposada.

B).- La pena impuesta era la de muerte en un principio, pero posteriormente se dejó el castigo en manos del marido ofendido, para imponer a su arbitrio la pena que juzgara conveniente, ambos quedaban en poder del marido y éste hacía de ellos lo que quería.

C).- Sólo era castigado a instancia de parte agraviada, es decir, por querrela del esposo ofendido y excepcionalmente podían presentar la acusación en contra de los adúlteros, el padre, el hermano o los tíos, pero jamás personas extrañas.

El adulterio en esa época se vincula a la infidelidad de la mujer, porque ésta es contada por lecho de su marido y no de ella como dicen las partidas. La consumación del delito se reputa esencial, a veces bastaba con la presunción aunque por tratarse de una ofensa a la fe conyugal y a los derechos del marido, no debía existir adulterio

hasta en tanto existiera un matrimonio, en las Partidas y en la ley del Toro era posible una vez celebrados los Esponsales. Por la misma razón podía decirse que no hay adulterio si el matrimonio no es valido; pero las Leyes del Toro lo pusieron en duda, y las recopilaciones rechazaron esta defensa de los adúlteros y facultaron al marido para acusarlos como si el matrimonio fuese verdadero.

Resulta discutible el derecho del marido para perseguir a la mujer adúltera queda invalidado cuando él mismo cometió también infidelidad conyugal; de las leyes de las partidas parece deducirse así pero de otras se desprende lo contrario, sobre todo al decir que la mujer no puede acusar al marido de adulterio, toda vez que los daños y las deshonras no son iguales.

El abandono de la acusación de este delito extingue la facultad de perseguir a la mujer delincuente, también cuando el marido acude ante juez y manifiesta ya no querer acusarla como consta en las Partidas; la acción prescribía ordinariamente a los cinco años. La penalidad en el Fuero Real establecía que se ponían a los adúlteros a disposición del marido.

Las leyes de Partidas después de señalar los grandes males y daños que resultaran de este delito adoptan las disposiciones que dio Justiniano en sus novelas de Instituta. La Recopilación volvió al viejo criterio de entregar a los culpables al marido, dejando a su arbitrio su persona y sus bienes, pero no puede matar al uno y dejar al otro, pudiendo matar a ambos.

El adulterio reprimido es sólo el cometido por la mujer. Sólo se castigaba al hombre cuando yace con mujer casada. La libertad absoluta que se confiere al marido para castigar a los desleales, tiene un solo límite: no puede cohabitar más con su mujer bajo sanciones económicas (Ley 12). Esta obligado a repudiarla.

En el fuero viejo de Castilla y en el Fuero Real, aunque no contienen sanciones de carácter civil con relación a la sociedad conyugal se presume que el cónyuge inocente esta facultado para pedir la separación de su mujer.

La acción para perseguir el delito correspondía al marido, pero si éste la abandonaba, la podía solicitar su padre sus hermanos o sus tíos, pues mientras el casamiento no se hubiere partido, no debía poder acusar ninguno extraño (Ley 2).

Cabe destacar que el adulterio como causal de divorcio no se encontraba establecido en ordenamiento jurídico alguno.

2.3 Época independiente.

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

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

Algunos intentos surgieron a nivel de las entidades federativas que dieron como resultado la creación de Códigos civiles o de proyectos de los mismos, a nivel local.

A nivel de provincia surgieron las siguientes legislaciones: Código Civil del Estado de Oaxaca de 1827, Proyecto de Código Civil del Estado de Jalisco de 1833, Código Civil Corona del Estado de Veracruz de 1868, Código Civil del Estado de México de 1870.

Entre las legislaciones del siglo XIX hay que mencionar también, en relación con nuestro tema, la ley de Matrimonio Civil de 1859 expedida por Benito Juárez, en la cual se desconocía el carácter sacramental del matrimonio para convertirlo en un acto regido por las leyes civiles, en dicha ley se estipuló, que el matrimonio es un contrato civil que se contrae lícita y válidamente ante la autoridad Civil; no puede celebrarse sino por un solo hombre con una sola mujer. El matrimonio era el único medio moral de fundar la familia y de conservar la especie, debiéndose cada uno fidelidad, confianza y ternura.

Establece entre las causas legítimas para el divorcio, el adulterio, excepto cuando ambos esposos hayan cometido adulterio o cuando el esposo prostituye a la esposa con su consentimiento.

La acción de adulterio era común a ambos cónyuges, pero la mujer según declara el artículo 21, inciso 1° de esta Ley solo tenía el derecho para entablarla cuando el adulterio del marido estaba acompañado de concubinato público.

También cabe mencionar el Código Civil del Imperio Mexicano de 1866, expedido por Maximiliano de Habsburgo.

Todas las legislaciones o proyectos legislativos del siglo XIX, en materia de divorcio tienen como semejanza un solo tipo de divorcio: el divorcio separación. Con ligeras variantes en cuanto a las causales, requisitos formales y consecuencias jurídicas, son fundamentalmente semejantes.

2.4 Código Civil de 1870.

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

Este Código sólo regulo el divorcio por separación de cuerpos, no permitiendo en ningún caso el divorcio vincular.

El artículo 239 de dicha legislación señalaba:

“el divorcio no disuelve el vínculo del matrimonio, suspende sólo algunas de las obligaciones civiles que se expresaran en los artículos relativos a este código”.⁸

En tanto el artículo 240 señalaba las siguientes causas:

1).-El adulterio de uno de los cónyuges .

2).-La propuesta del marido para prostituir a la mujer, no sólo cuando el mismo marido lo haya hecho directamente, sino cuando se pruebe que ha recibido dinero o cualquiera remuneración con el objeto expreso de permitir que otro tenga relaciones ilícitas con su mujer.

3).-La incitación o la violencia hecha por un cónyuge al otro para cometer algún delito aunque no sea de incontinencia carnal.

4).- El conato del marido o la mujer para corromper a los hijos, o la convivencia en su corrupción.

5).-El abandono sin justa causa del domicilio conyugal, prolongado por más de dos años.

6).-La sevicia del marido con su mujer, o la de ésta con aquél.

7).-La acusación falsa hecha por un cónyuge al otro.

Entendemos de lo anterior que en este código el divorcio no rompe con el vínculo matrimonial, es decir, que es indisoluble, en consecuencia persiste el enlace matrimonial, pero se suspende el deber de cohabitación que es a lo que se refiere el citado numeral; en este sentido significa que subsiste la unión del matrimonio y algunos de los deberes del mismo, como sería ayuda mutua, alimentos, fidelidad,

patria potestad compartida, régimen de sociedad conyugal si bajo ese régimen se casaron, y siempre que no existiera enajenación mental y el administrador sea el enfermo, pero desde luego suspende la cohabitación.

La explicación de la causa por la cual el Código Civil en estudio no permitía el divorcio destructivo del vínculo matrimonial, encuentra opiniones contradictorias, el Diccionario Jurídico Mexicano, señala que se debió “A la influencia del derecho canónico tanto en las legislaciones de Europa como en las legislaciones de ascendencia jurídica romano-germánica, entre ellos los códigos mexicanos del siglo pasado”.⁹

Sin embargo el maestro Rafael Rojina Villegas, considera que nuestros anteriores Códigos (1870 y 1884) “admitieron el carácter de indisoluble del vínculo, pero no en función de un criterio religioso, sino por la idea de que la solidaridad familiar se mantenía a través de la indisolubilidad del matrimonio”.¹⁰

En los artículos 241 y 227 respectivamente señalaban como primera causal de divorcio al adulterio de uno de los cónyuges, reglamentando una diferencia en cuanto al cometido por el esposo y por la mujer, contra ésta bastaba la simple demostración del adulterio para que el divorcio se decretara; contra el marido no producía ese efecto si no concurría alguna de las siguientes circunstancias:

- 1).-Que el adulterio hubiera sido cometido en la casa común.
- 2).-Que hubiera habido concubinato entre los adúlteros dentro o fuera de la casa conyugal.
- 3).-Que hubiera habido escándalo o insulto público hecho por el marido a la mujer legítima.
- 4).-Que la adúltera hubiera maltratado de palabra o de obra, o que por su causa se haya maltratado de alguno de esos modos a la mujer legítima.

⁹ Diccionario Jurídico. Op. Cit. Pág. 185

¹⁰ Rojina Villegas, Op. Cit; pag. 428

La razón de la diferencia que existe entre el hombre y la mujer para solicitar el divorcio, se comprendía en que los legisladores de esa época, consideraban como de mayor gravedad el adulterio cometido por la mujer, ya que ésta con su infidelidad introducía en la familia del marido hijos extraños, atribuyéndosele a éste la paternidad de ellos y disminuyendo las porciones que les señalaba la ley a los hijos legítimos con respecto a la herencia.

El divorcio no podía pedirse sino transcurridos dos años de matrimonio. Se realizaban dos juntas de avenencia, con separación de tres meses entre una y otra; después de la segunda junta había que esperar de nuevo otros tres meses más y si reiteraban su deseo de separarse, el juez decretaba la separación.

Al admitirse la demanda de divorcio se adoptaban medidas provisionales, entre ellas, el infamante depósito de la mujer, en casa de persona decente, designada por el esposo o por el juez.

Las audiencias en los juicios de divorcio eran secretas y se requería la intervención del Ministerio Público.

2.5 Código Civil de 1884.

Este Código al igual que el anterior regula tanto el divorcio necesario como por mutuo consentimiento y similar a su antecesor no faculta el divorcio vincular; en consecuencia solo permite la separación de cuerpos.

De conformidad con el artículo 231, el código en estudio establecía “cuando ambos consortes convengan en divorciarse, en cuanto al lecho y habitación, no podrán verificarlo sino ocurriendo por escrito al juez y en los términos que expresan los siguientes (Art. 232, 234, 235 y 236); en caso contrario, aunque vivan separados se tendrán como unidos para todos los efectos legales del matrimonio.”¹¹

De esta redacción observamos que al igual que el anterior Código resultaba necesario acudir ante el juez a solicitar la separación de cuerpos, por lo que no era válido que aún cuando estuvieran de acuerdo en divorciarse se separaran por mutuo propio.

¹¹ Pallares, Eduardo. Op. Cit. Pág. 25.

La diferencia entre este Código y el anterior, en lo que se refiere al divorcio, consiste, en la inclusión de las siguientes causales:

- 1).- El hecho de que la mujer dé a luz durante el matrimonio un hijo concebido antes de celebrarse el contrato, y que judicialmente sea declarado ilegítimo;
- 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 de que no haya tenido conocimiento el otro cónyuge;

Incluyendo el mutuo consentimiento, sin que se vea afectado lo que debería entenderse por divorcio tal y como se aprecia en la redacción del artículo 226 del código de 1884 el cual señalaba: “El divorcio no disuelve el vínculo del matrimonio. Suspende sólo algunas de las obligaciones civiles que se expresarán en los artículos relativos de este código.”¹²

En razón de lo anterior podemos decir que tanto el código de 1870 como el de 1884 regularon el divorcio separación de cuerpos pero no el vincular; igualmente ambos ordenamientos autorizaban el divorcio por mutuo consentimiento debiendo en este supuesto acudir los cónyuges a tramitarlo ante la autoridad judicial. Como diferencias el código de 1884 estableció un número mayor de causales para el divorcio necesario sin desconocer las que prevenía el código de 1870.

El Código Civil de 1884 establecía en su artículo 228 las mismas causales de divorcio:

“El adulterio de la mujer es siempre causal de divorcio; el del marido es solamente cuando con él concurra alguna de las circunstancias siguientes:

- 1).- Que el adulterio hubiera sido cometido en la casa común: para que esta acción de divorcio procediera en contra del marido era suficiente que la infidelidad la hubiere cometido por una única ocasión.

¹² Magallón, Ibarra, Jorge Mario Instituciones de Derecho Civil, Tomo III Ed. Porrúa México 1998, Pág. 375.

2).- Que hubiera habido concubinato entre los adúlteros, dentro o fuera de la casa conyugal: en este inciso, para que la relación habida entre los adúlteros fuera causal de divorcio, no se tomaba en cuenta el lugar en donde fuera cometido, o mejor dicho, independientemente del lugar, solamente se tenía presente la constante repetición del mismo, era preciso que existieran relaciones más o menos continuas, ya por concubina se entendía a aquella mujer que sin estar casada vivía con un hombre como si fuera la esposa de éste y para que existiera concubinato era necesario que el hombre y la mujer hicieran vida común durante un período más o menos prolongado.

3).- Que hubiera habido escándalo o insulto público hecho por el marido a la mujer legítima: en este inciso el adulterio cometido por el esposo, también era causal de divorcio cuando estaba acompañado de publicidad, a tal grado que cause escándalo dentro de la sociedad y constituía para la esposa legítima un insulto; este escándalo o insulto público debía ser producido por el esposo.

4).- Que la adúltera hubiera maltratado de palabra o de obra, o que por su causa se haya maltratado de alguno de esos modos a la mujer legítima: este inciso establece que, cuando el adulterio del marido vaya aunado a malos tratos de palabra o de obra, por parte de la adúltera o producidos por terceras personas, pero por culpa de ella en contra de la mujer legítima, también era causal de divorcio para la mujer.

En este inciso vemos que la procedencia del divorcio en el caso de adulterio del marido, no se fundaba en un hecho del mismo, si no en un hecho de la mujer adúltera, aún más, este podía ser, también de una tercera persona.

2.6 Ley del divorcio vincular de 29 de diciembre de 1914.

Como anteriormente se explicó los códigos de 1870 y 1884 no permitieron la disolución del matrimonio en cuanto al vínculo, pero esto no fue obstáculo para que se llevara a cabo intentos tendientes a autorizar el divorcio destructivo o vincular, a este respecto se debe considerar que la fracción IX del artículo 23 de la ley orgánica del 14 de diciembre de 1874, reglamentaria a las adiciones constitucionales del 25 de septiembre de 1873, disponía que “el matrimonio civil no se disuelve más por la muerte de uno de los cónyuges,” por tal motivo para que el divorcio vincular se pudiera llevar a cabo era necesario derogar dicha fracción.

En tal virtud el diputado Juan A. Mateos, el día 30 de octubre de 1891 presentó a la Cámara de Diputados una iniciativa de ley para derogar la fracción de referencia, con el propósito de superar el obstáculo que constituía, y por fin dar origen al divorcio vincular, sin embargo contra esta iniciativa el diputado Agustín Arroyo de Anda se manifestó en contra, dado que el diputado Mateos consideraba que le correspondía a las legislaciones de los estados y no a la federación la facultad para legislar sobre el matrimonio.

A este respecto el citado diputado Mateos se fundamentaba en el artículo 117 de la Constitución Política de 1857, que es similar al actual artículo 124 de nuestra Constitución. Agustín Arroyo de Anda por su parte esgrimió que le correspondía a la federación la estructuración del matrimonio como contrato civil así como determinar sus características de monogámico e indisoluble.

Esta propuesta derogatoria de la fracción IX de la ley orgánica no llegó a prosperar, pero podemos considerarla como el primer antecedente formal para dar lugar al divorcio que disuelve el vínculo.

No fue sino hasta 1914 cuando Venustiano Carranza sin explicación aparente alguna expide dos decretos en la ciudad de Veracruz de fechas 29 de diciembre de 1914 y 29 de enero de 1915, por los cuales se deroga prácticamente la fracción IX del artículo 23 de la ley orgánica de 1874 para dar lugar al divorcio vincular, toda vez que a través del primer decreto se modificó la ley orgánica en cita y por el segundo se reformó el código civil de 1884 para establecer “que la palabra divorcio que antes significaba la separación del lecho y la habitación y que no disolvía el vínculo, hoy debe entenderse en el sentido de que éste queda roto y deja a los consortes en aptitud de contraer una nueva unión legítima”.¹³ argumentando los citados decretos en su exposición de motivos que a la letra dicen: “el divorcio que disuelve el vínculo es un poderoso factor de moralidad, porque facilita la formación de nuevas uniones legítimas evitando la multiplicidad de los concubinatos, y, por lo tanto, el pernicioso influjo que necesariamente ejerce las costumbres públicas, da mayor estabilidad a los efectos y relaciones conyugales, asegura la facilidad de mayor número 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 la vida.”¹⁴

¹³ Sánchez, Medal. Pág. 14.

¹⁴ *Ibid.* Pág. 16.

Con estos argumentos tan débiles se trató de justificar la introducción en nuestras leyes del divorcio que disuelve el vínculo, pero, desde luego su misma fragilidad fue objeto en su momento de grandes críticas, pues se consideró que al permitir a los esposos desunidos contraer un nuevo matrimonio para no caer en el adulterio, que los hijos se educaran en un nuevo hogar legítimo, era equivalente a considerar que sí los seres humanos hacen algo inmoral, hay que declararlo que sea moral para que se le quite el carácter de inmoral.

No obstante, de la exposición de motivos y de las críticas de que fueron objeto, estos decretos introducen por primera ocasión una forma legal para disolver la unión matrimonial durante la vida de los cónyuges de manera definitiva dejándolos en aptitud de contraer otro; sin embargo es importante mencionar que de acuerdo con el Lic. Sánchez Medal no fue el interés general lo que motivó la introducción del divorcio vincular en nuestro derecho, sino el interés de dos ministros de Carranza, el Ingeniero Félix F. Palavicini y el Licenciado Luis Cabrera a quien se debe en realidad esta clase de divorcio, puesto que ellos lo pretendían antes de la reforma, lo que se hizo una realidad para ellos después de la modificación del Código Civil de 1884.

Para concluir con este tema podemos destacar, que con el decreto de 29 de diciembre de 1914, se introduce a nuestra legislación el divorcio vincular, toda vez que se derogó la fracción IX del artículo 23 de la ley orgánica de 1874, desapareciendo con ello el obstáculo para decretar judicialmente no solo el divorcio en cuanto a cama y mesa, sino la disolución del vínculo matrimonial, con lo cuál abrió la posibilidad para modificar los artículos correspondientes del código civil de 1884 relativos al divorcio, lo que se cristalizó con el decreto de 29 de enero de 1915. Así los artículos 155 y 266 modificados por este decreto dispusieron:

“Artículo 155.- El matrimonio es un contrato civil entre un solo hombre y una sola mujer, que se unen en sociedad legítima para perpetuar la especie y ayudarse a llevar el peso de la vida...

Artículo 266.- El divorcio es la disolución legal del vínculo matrimonial y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro”.¹⁵

De esta manera se establece un verdadero parte aguas en la historia de nuestra legislación común, que rompe con una tradición de casi medio siglo de indisolubilidad del matrimonio, para convertirlo en disoluble, siendo el antecedente de la ley de relaciones familiares de 1917, que confirma y consolida definitivamente el divorcio vincular como regla general y con excepción el divorcio por separación de cuerpos.

2.7 Ley sobre relaciones familiares de 1917.

Con fecha 9 de abril de 1917, Venustiano Carranza expidió en Palacio Nacional de la ciudad de México, la ley de relaciones familiares, misma que fue severamente criticada por la barra de abogados, en virtud de que se consideró que tenía un “vicio de origen” toda vez que cuando Carranza expide esta ley ya estaba en funciones el congreso de la unión a quien, le correspondía su expedición de acuerdo a la división de poderes.

Esta ley reafirmó el decreto vincular de 1914, en cuanto a que dispuso que el divorcio disuelve el vínculo matrimonial, lo que se refleja en el numeral 75 de la citada ley.

“El divorcio disuelve el vínculo matrimonial y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro.”¹⁶

Es de observarse que el artículo 266 del decreto de divorcio vincular de 1914, señalaba que “El divorcio es la disolución legal del vínculo del matrimonio...”¹⁷

En tanto que el artículo 75 de la ley de relaciones familiares antes citada ya no hace referencia a que el divorcio es la “disolución legal”, pues suprime la palabra “legal” que se explica en virtud de que tal parece ser que la intención del legislador de 1914 fue puntualizar que era legal la figura del divorcio vincular, en tanto, tres años después ya no era necesario este término que se sobreentendía que el divorcio que disolvía la unión matrimonial era legal.

¹⁶ Pallares. Op. Cit. Pág 28.

¹⁷ Ibíd. Pág 36.

De acuerdo con el artículo 76 de la ley en estudio se establecían doce causas de divorcio, pero conforme con el artículo 79, incluía una causal más consistente en el divorcio fallido, por lo que eran trece causas. “En cuanto al mutuo consentimiento que contemplaba la ley de relaciones familiares en sus artículos 81, 82, 83, 85, 86 y 106, se establecían tres juntas de avenencia, las que se verificarían ante el juez de primera instancia del domicilio de los cónyuges, teniendo por objeto las tres juntas mencionadas, la reconciliación de los solicitantes del divorcio, de igual manera al presentar su solicitud de divorcio, los cónyuges deberían acompañar un convenio en el que se fijaran entre otros la situación de los hijos y la manera de liquidar la sociedad conyugal, en tanto se verificaban las tres juntas el juez autorizaba la separación de los consortes de una manera provisional dictando las medidas necesarias para asegurar la subsistencia de los hijos menores de edad.

Si los cónyuges se manifestaban firmes en su propósito de divorciarse en las tres juntas de avenencia el juez decretaba la disolución del vínculo matrimonial, aprobando el convenio con las modificaciones que en su caso se hubieran hecho y previamente oyendo al Ministerio Público. Una vez que se declaraba ejecutoriada la sentencia, el juez remitía copia de ella al oficial del registro civil para que realizara las anotaciones respectivas.

“De acuerdo con la ley en comento, se reconocía el divorcio por separación de cuerpos cuando alguno de los cónyuges se encontrara incapacitado para llevar a cabo los fines del matrimonio, sufriera sífilis, tuberculosis, enajenación mental incurable o cualquier enfermedad crónica incurable que fuera contagiosa o hereditaria, de tal manera que el cónyuge sano, si no quería solicitar el divorcio vincular podía optar por la simple separación de cuerpos, pero únicamente en los casos antes mencionados”.¹⁸

En razón de lo expuesto podemos considerar que la ley de relaciones familiares reconoció tres clases de divorcio:

- 1).- Divorcio necesario
- 2).- Divorcio por separación de cuerpos
- 3).- Divorcio por mutuo consentimiento

De los cuales, solo dos disolvían el vínculo matrimonial, el divorcio necesario y por mutuo consentimiento, en tanto el divorcio por separación de cuerpos lo deja subsistente, facultando tan sólo la separación de los cónyuges en cuanto a cama y mesa de igual manera la citada ley establece tres juntas de avenencia para el caso de divorcio por mutuo consentimiento, a diferencia de nuestra actual legislación que sólo exige dos.¹⁹ Así mismo la ley de relaciones familiares presenta un grave vicio de origen, como en su momento lo estableció la barra de abogados, pues ya estando en funciones el Congreso le Correspondía a éste y no al Ejecutivo expedir la citada ley, y en todo caso su promulgación al Ejecutivo.

Por último, conforme al artículo 104 de esta ley, tratándose de los juicios de divorcio se estableció que las audiencias fueran secretas.²⁰

Podemos señalar que esta ley, al igual que el decreto de 1915, fundamenta e impulsa el divorcio vincular el cual se encuentra vigente hasta nuestros días.

No introduce ningún cambio con relación al adulterio considerado como causal de divorcio, ya que continúa con la misma forma que su antecesor, el de 1884.

2.8 La legislación vigente.

El Código Civil (ahora vigente en el Distrito Federal) que se publicó en 1928, pero que entró en vigor el 1º. de Octubre de 1932, reconoce en la actualidad los siguientes tipos de divorcio: (de tipo administrativo o de tipo judicial) necesario, y el divorcio por separación de cuerpos, que no llega a disolver en forma total el vínculo matrimonial solamente se suspende la obligación de cohabitar con el otro cónyuge, siguió el camino que a su vez ya había seguido la ley de relaciones familiares.

En el primer inciso del artículo 267 del actual Código Civil para el Distrito Federal, señala al adulterio como causal de divorcio igual que sus antecesores, solamente varía la redacción, ya que establece “el adulterio debidamente probado de uno de los cónyuges”. Esta pequeña variante a la redacción, deja al cónyuge inocente en una situación realmente difícil, ya que las pruebas para acreditarlo resultan casi imposibles debido a su propia naturaleza.

¹⁹ Código de Procedimientos Civiles. Ed. Ediciones Fiscales Isef; México, 2002. Pág 122, 123.

²⁰ Pallares. Op. Cit. Pág 34.

El Código en mención no establece una definición del mismo para poder partir de la definición y así acreditar dicha causal, así es que debemos acudir a la Doctrina o a la Jurisprudencia para reunir las pruebas suficientes que puedan disolver el vínculo matrimonial por medio de esta causal.

Sin lugar a dudas, la más grande innovación que este Código introdujo en nuestro derecho, con relación al adulterio, fue el hecho de equiparar a la mujer con el hombre para los efectos de considerarlo como causal de divorcio.

Como el matrimonio es considerado como una célula que da origen al organismo denominado sociedad y de él depende el logro de la plena estructuración de la misma, el cual tiene como pedestal el amor y como calidad inseparable el deber de mutua fidelidad que los cónyuges aceptan en el momento en que se celebra este.

En el recorrido histórico que hemos realizado en este capítulo, nos damos cuenta que ha sido una eterna preocupación del legislador, la salvaguarda del deber de fidelidad que ambos cónyuges se deben, ya que en todos y cada uno de los pueblos, el adulterio ha sido castigado, en algunos lugares con extrema crueldad.

En materia civil, el adulterio siempre ha sido causa de separación de cuerpos o de divorcio vincular, según las legislaciones citadas con anterioridad, en las que el adulterio de la mujer ha sido más severamente castigado, teniendo en cuenta su mayor gravedad desde el punto de vista de la filiación legítima.

Nosotros hemos cuestionado a las anteriores legislaciones que en materia civil han regido, por no equiparar la conducta de ambos cónyuges en cuanto al adulterio, así mismo manifestamos nuestro reconocimiento a los legisladores que en el Código Civil de 1928 corrigieron esa anomalía que no tenía ninguna razón de ser en virtud de que la fidelidad es un deber que incumbe por igual a ambos cónyuges y quien lo viole, tendrá que sufrir las consecuencias de su mal proceder, el cual no es en la mayoría de los casos promovido toda vez que es difícil de probar.

2.9 Legislación comparada.

“Relativamente de manera reciente -1976- varias legislaciones rechazaban en absoluto el divorcio vincular, era el caso de España, Irlanda, Argentina, Colombia, Brasil, Chile, Paraguay, los Estados del Vaticano, San Marino y Andorra, las provincias de Québec y New Foundland, en Canada y Filipinas. “²¹

En la actualidad se han incorporado a la tendencia divorcista los anteriores países, los últimos en hacerlo fueron España que adoptó el divorcio vincular, a partir de la Ley del 7 de Julio de 1981 y el Código Civil ²² lo reglamenta a partir del artículo 85; Argentina también incorporó a su legislación el divorcio vincular en la ley 23.515, sancionada en 1987 y de ello se ocupan los artículos, 203, 204, 205 y siguientes del código civil Argentino.

CHILE

Luego de que Irlanda, mediante un referéndum, aceptara el divorcio, Chile quedó como el único país occidental que no lo admitía. Hasta que el 11 de marzo de 2004 el parlamento chileno aprobó la ley de Divorcio que entro en vigor en noviembre del mismo año.

De acuerdo con la ley de divorcio chileno, este será concedido tras una espera de un año si es solicitado por ambas partes y de tres años si la demanda es unilateral y se establece sobre la base de incumplimiento de los deberes y obligaciones para con el cónyuge o los hijos, como maltratos graves, la trasgresión de los deberes de convivencia, socorro y fidelidad o si la homosexualidad, el alcoholismo o la drogadicción impiden la convivencia.

También cuando por ésas u otras causas haya cesado la vida en común.

21 Castán Tobeñas, Jose, Derecho Civil español, común y floral, Tomo Quinto, Reus, Madrid 1976, p.p. 839 y 840.

22 Código Civil Español, Editorial Civitas, Madrid, 1985.

ARGENTINA

La ley 23.515, sancionada el 3 de junio de 1987, admite el divorcio vincular que pone fin en ese país a un debate centenario, esta ley mantiene el sistema de inculpação previsto en las leyes anteriores. El nuevo ordenamiento, apegado en este punto a una tradición legislativa, persistió en la técnica de sancionar -con el texto impuesto al actual artículo 202 del Código Civil- un sistema casuístico, de catálogo causal. La enumeración de las causas de divorcio se contienen en cinco incisos: a) el adulterio; la tentativa de uno de los cónyuges contra la vida del otro o de los hijos, sean o no comunes, ya como autor principal, cómplice o instigador; c) la instigación de uno de los cónyuges al otro a cometer delitos; d) las injurias graves, y e) el abandono voluntario y malicioso. Con relación a las “injurias graves, la nueva ley siguió la directiva ya contenida en el artículo 67, inciso 5°, de la ley 2393: en su apreciación “el juez tomará en consideración la educación , posición social y demás circunstancias de hecho que puedan presentarse”. La norma del artículo 202 - prevista para la separación personal- se aplica al divorcio vincular a tenor de la remisión efectuada por el artículo 214, inciso 1°, del Código.

La reforma de 1987 eliminó entonces la sevicia -que, como lo recuerda Belluscio, solamente había recibido aplicación en dos casos publicados-²³ y los malos tratamientos, que la doctrina consideraba acertadamente que resultaba posible su asimilación a las injurias graves y, en consecuencia, que carecía de sentido contemplarlos en una causal separada.-²⁴

CUBA

En la ley cubana los dispositivos legales, en lugar de establecer un tipo objetivo concreto y cerrado para tener por acreditada la quiebra irremediable del matrimonio, apelan a una formula legislativa amplia y general, delegando en el juez la facultad de dar contenido a dicha fórmula.

²³ Belluscio, Manual de Derecho de Familia, t. I, p. 386

²⁴ Belluscio, Manual de Derecho de Familia, t. I, p. 386y 387; Zannoni Derecho de familia, t. 2, pág. 92 Lagomarsino - Uriarte separación personal y divorcio, pág. 179, n° 84.

La gran ventaja que presenta este sistema es que permite abarcar un cúmulo de situaciones que difícilmente podrían ser previstas en el ordenamiento si se acudiera a una enumeración casuística. Pero, precisamente por ello, tiene el serio inconveniente de que en estos supuestos se confiere al juzgador un exceso de facultades. Importa en verdad una suerte de retroceso de la ley en beneficio del poder jurisdiccional del juez; éste a su solo arbitrio y prácticamente sin límites, ha de decidir cuándo una determinada realidad matrimonial se encuadra en el modelo genérico legal. Ello conlleva el riesgo de que se dicten sentencias arbitrarias, por la apuntada falta de parámetros concretos fijados a priori.

Por otro lado, como dice Carbonnier, esos poderes inquisitoriales otorgados al juez²⁵ lo autorizarían a inmiscuirse en la vida afectiva de la pareja, afectando la intimidad de los consortes, con la proclamada finalidad de probar la efectiva e irremediable ruptura de la unión formada por quien petitiona el divorcio.

El Código de Familia de Cuba recepciona en toda su plenitud esta concepción cuando la disolución del vínculo matrimonial se requiere de manera unilateral. Está instrumentada en un escueto texto; dispone su artículo 51, parte 2ª que procederá el divorcio “cuando el tribunal compruebe que existen causas de las que resulte que el matrimonio ha perdido su sentido para los esposos y para los hijos, y con ello también para la sociedad”.

El Código de Familia de Cuba también marca una diferencia radical según se cuente o no con la conformidad de los dos esposos en la solicitud de divorcio. Así se comprueba que cuando la disolución del vínculo se encuadra en la categoría de divorcios-remedio causados según un sistema abierto. Por el contrario no sucede lo mismo si obra el acuerdo de ambos cónyuges. En estos supuestos, el divorcio incausado opera sin limitaciones de ninguna clase conforme a un breve texto en el que no hay condicionamientos ni exigencia de cumplimiento de otros requisitos. Está normado en el artículo 51, parte 1ª, del citado Código: “Procederá el divorcio por mutuo acuerdo de los cónyuges “.

ESPAÑA

Diferente es la situación en el derecho español en el cual, en puridad, sólo puede obtenerse la “separación judicial” (y no el divorcio) por mutuo acuerdo de los esposos y sin expresión de causa. En efecto, se verifica un pleno mecanismo de separación incausada a tenor de lo preceptuado por el artículo 81, inciso 1°, del Código Civil español, que impone solamente el cumplimiento de dos recaudos: que haya transcurrido un año de matrimonio, y que se presente el “convenio regulador de la separación” Como enseña Fosar Belloch, no puede el juez introducirse en el análisis de la motivación de los cónyuges, ni mucho menos requerir le demuestren la existencia de la quiebra irreparable de la convivencia conyugal ²⁶. Tampoco es indispensable, a diferencia del Código francés, la presentación conjunta de ambos consortes; basta la petición “de uno con el consentimiento del otro”. (artículo 81, inciso 1°).

Ahora bien, los mismos esposos que acudieron al procedimiento de “separación judicial”, están facultados para solicitar la disolución matrimonial acreditando “el cese efectivo de la convivencia conyugal durante al menos un año ininterrumpido desde la interposición de la demanda de separación” (artículo 86, inciso. 1°). En verdad, no sería erróneo sostener entonces que el divorcio mismo no es factible de obtener de manera incausada; la causa del divorcio sería no sólo el antecedente de la sentencia de “separación judicial” sino, además, “el cese efectivo de la convivencia conyugal” durante el plazo fijado por la ley. Luego entonces, se trataría de la regulación de una suerte de divorcio-remedio causado bajo un sistema cerrado.

FRANCIA

El Código francés, por su parte, regula la cláusula de dureza en la sección que se ocupa del divorcio por ruptura de la vida en común, que habilita unilateralmente a un cónyuge a demandar el divorcio cuando los esposos han vivido separados de hecho durante un período de más de seis años (art. 237). El cónyuge demandado por esta causal no inculpatória podrá entonces oponer dicha defensa, a tenor de lo prescripto por el art. 240, que expresa: “Si el otro esposo acredita que el divorcio tendría -sea para él, teniendo en cuenta particularmente su edad y la duración del matrimonio, sea para los hijos- consecuencias materiales o morales de una excepcional dureza, el juez rechazará la demanda”.

²⁶ Forsar Benloch, Estudios de derecho de familia, t. II, vol. 1°, p. 24.

La reforma del Código Civil francés, llevada a cabo por medio de la ley del 11 de julio de 1975, constituye un verdadero texto de compromiso. El actual artículo 229 del Code establece que el divorcio puede concederse tanto por la ruptura de la vida en común (divorcio remedio), como por falta (divorcio sanción). Cada uno de ellos mantiene una regulación propia, las secciones II y III, respectivamente.

Si bien la ruptura de la vida en común es una causal autónoma de divorcio, no se neutraliza por ello la plena funcionalidad del juicio de reproche. Hay un claro hilo conductor en la previsión del artículo 241, párrafo 2°, del Código francés: la posibilidad que tiene el demandado por divorcio, con fundamento en la ruptura de la vida en común, de reconvenir al actor imputando a éste la trasgresión de sus deberes matrimoniales. Quiere decir que para dar vida efectiva de divorcio se necesitará un requisito insoslayable: el acuerdo expreso o tácito de ambos esposos. Siempre ha de estar en manos de uno de ellos la facultad de desvirtuar la ejercitación de esta causal poniendo en marcha todo el sistema de inculpación. Podrá advertirse aquí, pues, una nítida preferencia legal por el sistema inculpatario; al menos cuando algún esposo está dispuesto a valerse de él.

Esta preeminencia que otorga la ley francesa para hallar un presunto “responsable” de la quiebra matrimonial, se verifica además en otros textos normativos, tales como el artículo 239 y también el artículo 265. Esta última norma ordena que el divorcio “se considerará también pronunciando contra el esposo que ha tomado la iniciativa del divorcio cuando se fundamentare en la ruptura de la vida común”.

Adquiere relevancia especial, a los fines de advertir la timidez de la reforma francesa, el régimen específico de sanciones previstas por el Code en contra de su cónyuge “culpable”. Nos referimos al artículo 266, que permite la condena al culpable por los daños y perjuicios “en reparación del perjuicio material o moral que la disolución del matrimonio haya hecho sufrir a su cónyuge”, y también al párrafo 2° del artículo 265 y a los artículos 267 y 269, que se aplican por igual tanto contra el esposo “culpable” como contra aquel que ha tomado la iniciativa del divorcio basado en la ruptura de la vida en común: la pérdida de los derechos que la ley o los convenios concertados con terceros atribuyan al cónyuge divorciado; y la pérdida de pleno derecho de todas las donaciones y beneficios matrimoniales que su consorte le hubiere concedido.

Por último está regulada la cláusula de dureza -claro límite a la procedencia del divorcio-, a la que hicimos mención.

El Código Civil francés tiene previsto el divorcio consensual incausado en los artículos 230 a 232 del Code. El primero de ellos señala de manera expresa que “cuando los esposos solicitaren conjuntamente el divorcio no necesitarán exponer la causa”; esto es, como dice Benabent, “que los cónyuges no tienen que brindar explicación alguna acerca de las razones que los conducen a demandar la extinción de su vínculo matrimonial”²⁷. Se exige que haya transcurrido un plazo no inferior a los seis meses de celebradas las nupcias (artículo 230 in fine), y es necesario que la demanda sea “renovada después de un plazo de reflexión de tres meses” (artículo 231). La misma norma especifica que “en defecto de renovación, dentro de los seis meses siguientes a la terminación del plazo de reflexión, caducará la demanda conjunta”.

Además del típico divorcio por mutuo consentimiento regulado por los artículos 230 a 232 del Code, este cuerpo normativo establece otro sistema: por un lado, se exige la invocación de causas que hacen al desquicio matrimonial; por el otro, no se requiere la acreditación de los hechos narrados. Nos referimos al “divorcio demandado por uno de los esposos y aceptado por el otro”. En efecto, el artículo 233 del Código francés impone al cónyuge que acude a este tipo de divorcio efectuar una relación del “conjunto de hechos que hacen intolerable el mantenimiento de la vida común”. Si, a su turno, el otro esposo los reconoce, la ley ordena al juez, en principio, pronunciar el divorcio (artículo 234).

SUECIA

Para la ley sueca, vigente desde el 1° de enero de 1987 (reformada en 1994), el acuerdo de ambos cónyuges será suficiente para que el juez decrete el divorcio, sin que los esposos deban explicar al tribunal las razones de su decisión. No es obligatorio un período de reconsideración, salvo que los consortes así lo petitionen, o en el caso de que alguno de ellos tenga la guarda de un hijo menor de dieciséis años.

El art. 1º, parte 2ª, cap. 5, del Código de Matrimonio expresa: “Si es intención de ambos cónyuges disolver el matrimonio, éstos podrán iniciar acción de divorcio; la que estará precedida por un período de reconsideración cuando ambos cónyuges así lo requieran o si alguno de ellos viviera en forma permanente con un hijo suyo menor de dieciséis años de quien tenga la tenencia”.

El plazo de reflexión (de seis meses por lo menos) comenzará a correr “cuando los cónyuges soliciten el divorcio en forma conjunta”, y se exige que el requerimiento se renueve por cualquiera de los esposos “en un período de un año a contar desde el comienzo del período de reconsideración” (artículo 3º, parte 2ª, capítulo 5).

Es en este punto que el Código de Matrimonio sueco ha quebrado toda una tendencia que se venía desarrollando en el derecho comparado, al instaurar el divorcio sin expresión de causa por la exclusiva voluntad unilateral de un cónyuge.

Cualquier cónyuge, de manera unilateral, puede requerir su divorcio sin necesidad de invocar, y mucho menos probar, la concurrencia de hechos subjetivos (imputación de conductas reprochables en el otro) u objetivos (quiebra irremediable del matrimonio, separación de hecho etcétera). Tampoco se impone un plazo mínimo de matrimonio; de modo, pues, que es la misma voluntad unilateral la que tiene virtualidad propia para acceder al decreto de divorcio.

CAPÍTULO TRES

Aspectos generales del divorcio y adulterio.

3.1 Aceptación gramatical.

DIVORCIO

La palabra divorcio, proviene del latín *divortium* deriva de *divertere*, irse cada uno por su lado.²⁸

Iniciaremos con el concepto etimológico de divorcio, al respecto el Diccionario Jurídico Mexicano, señala que la palabra divorcio proviene de dos voces latinas “*divortium*” y “*divertere*” que significan “separarse lo que esta unido, tomar líneas divergentes”.²⁹

De este significado se desprende que el divorcio requiere como condición sine qua non la unión previa de algo, es decir, algo que se encuentra unido, de tal manera que si no hay unión es inoperante el divorcio.

Lo que traducido significa: que si la unidad o unión se origina con el matrimonio, este debe existir previamente para que el divorcio, valga la redundancia desuna lo que previamente se encontraba unido.

De igual manera y tomando como base el concepto etimológico en estudio el divorcio también implica tomar líneas divergentes, lo que da la idea de que en un momento lo que esta unido toma caminos diferentes.

Por lo tanto el divorcio etimológicamente implica desunir lo unido o que los unidos tomen caminos diferentes, el concepto nos proporciona una idea de lo que es el divorcio, que es muy parecido a lo que se entiende en el lenguaje común: “estamos separados”, “vivimos separados”, entre otras expresiones, son las que nos hacen aseverar lo anterior.

ADULTERIO

Se entiende en su acepción gramatical:

El ayuntamiento carnal ilegítimo de un hombre con una mujer cuando uno o ambos son casados.

²⁸ Diccionario Crítico Etimológico. Volumen I. Editorial Gredos. Pág. 431.

²⁹ Diccionario jurídico Mexicano, Op. Cit. Pág. 1184

Se entiende por adulterio en su acepción gramatical el ayuntamiento carnal voluntario entre persona casada y otra de distinto sexo que no sea su cónyuge, violación de la fe conyugal.

Zannoni define el adulterio como: “el ayuntamiento o unión sexual de un hombre o una mujer casados con quien no es su esposa o su marido, respectivamente. Se trata por ello, de una unión sexual ilegítima, en cuanto vulnera fundamentalmente el deber de fidelidad recíproco que se deben los esposos. El adulterio se configura con el simple acto sexual fuera del matrimonio, sea ocasional o permanentemente, ya que desde el momento en que cualquiera de los cónyuges tiene relaciones íntimas con un extraño, aunque fueran ocasionales, viola el deber de fidelidad”.

Borda lo conceptúa de la siguiente forma: El adulterio consiste en el comercio carnal tenido por uno de los cónyuges con un tercero”. Por su parte Belluscio señala que es “la unión sexual de uno de los cónyuges con un tercero. Para configurarlo se requiere, además del elemento intencional, la voluntad libre de sustraerse a la fidelidad conyugal; ese elemento intencional no es sino la imputabilidad, requisito general de todas las causales basadas en la culpa”³⁰

González de la Vega indica que en su moderno significado general o común, que es el que corresponde al derecho civil, el adulterio es la violación de la fidelidad que se deben recíprocamente los cónyuges, consistente en el ayuntamiento sexual, realizado entre una persona casada de uno u otro sexo y persona ajena a su vínculo matrimonial.

Por otro lado Agustín Verdugo en sus principios de Derecho Civil Mexicano, dice que el derecho Canónico lo define como violación de la fe conyugal, considerándolo como un grave delito en cualquier circunstancia que sea cometido bien sea por una mujer casada que tenga acceso carnal con un hombre soltero o casado o bien cuando el hombre casado, lo comete con mujer casada o soltera. Adulterio es según la iglesia “accesos ad alterius thorum”.

Para Eduardo Pallares el adulterio consiste en la unión sexual que no sea contra natura de dos personas que estén casadas civilmente, con un tercero.

De esta última definición se desprende que cuando el matrimonio se haya contraído según los cánones de la iglesia pero sin las formalidades de la ley civil, la infidelidad no constituye ningún efecto jurídico; ya que nuestro ordenamiento civil no le da valor ni reconoce de manera alguna al matrimonio puramente religioso y por tal razón no puede atribuirle acción cualquiera al cónyuge ofendido.

3.2 Concepto jurídico.

DIVORCIO

Desde el punto de vista jurídico, el término divorcio tiene otra connotación que analizaremos; El licenciado Magallón Ibarra nos señala: “el divorcio es el rompimiento y la disolución del vínculo conyugal que une validamente a una pareja, que mediante una sentencia, deja a sus partes en aptitud de contraer legalmente un nuevo matrimonio”³¹

Como podemos observar la definición anterior es aplicable exclusivamente para el divorcio necesario y voluntario, es decir, define al divorcio vincular pero no incluye lo que en la doctrina se denomina “divorcio separación” y “divorcio por separación de cuerpos” o “divorcio por separación de cama y mesa”.

La definición en estudio podemos considerarla en una acepción del término divorcio acorde a nuestros tiempos, (recordemos que en la legislación de 1870 y 1884, no se disolvía el vínculo matrimonial tan solo se permitía la separación de cuerpos), sin embargo este concepto no puede ser aplicable a otras figuras jurídicas de divorcio existentes en nuestra legislación, como sería el divorcio administrativo, pues según lo previsto por el artículo 272 del Código Civil que es el que regula dicho divorcio, no media ninguna sentencia, solo basta de la ratificación de los cónyuges de su solicitud previa de divorcio y “El juez del Registro Civil los declarará divorciados”;³² por otra parte, la definición en estudio establece que el divorcio rompe y disuelve el vínculo conyugal, pero en la separación de cuerpos, prevista en el artículo 277 del mismo ordenamiento, no se rompe el vínculo, además deja subsistentes las demás obligaciones creadas por el matrimonio.

31 Magallón Ibarra, Jorge Mario. Op. Cit. Pág 356

32 Código Civil para el Distrito Federal. Ed. Fiscales Isef, México, 2002. Pág. 36

El licenciado Baqueiro Rojas nos dice “por divorcio debemos entender la extinción de la convivencia matrimonial declarada por la autoridad”.³³

Esta definición es considerada desde el punto de vista jurídico vaga e imprecisa, toda vez que no hace referencia a que tipo de autoridad es la competente para extinguir la convivencia matrimonial, de igual forma no establece si se debe llevar a cabo un procedimiento, de que clase sería este, judicial o administrativo.

El maestro Rafael de Pina señala: “divorcio significa extinción de la vida conyugal, declarada por autoridad competente, en un procedimiento y que se puede llevar a cabo por causas determinadas de modo expreso”.³⁴

En esta definición se habla de “extinción de la vida conyugal”, con lo cual el suscrito discrepa, pues no se habla de la extinción del vínculo matrimonial sino de la vida conyugal, que son conceptos totalmente distintos, pues en todo caso podría suceder que se extinga el vínculo pero subsista la convivencia conyugal de facto.

Por último, en este breve análisis de conceptos doctrinales trataremos el que señala el Diccionario jurídico Mexicano, de acuerdo con el cual:

“Divorcio es la forma legal de extinguir un matrimonio válido en vida de los cónyuges por causas surgidas con posterioridad a la celebración del mismo y que permite a los divorciados contraer con posterioridad nuevo matrimonio válido”.³⁵

De este concepto que nos parece el más completo de lo que hemos analizado, podemos agregar que si bien el divorcio permitiría contraer un nuevo matrimonio, también lo es que se podría agregar “o no contraerlo”, pues no necesariamente quien se divorcia debe contraer nuevo matrimonio, sino que esto queda como una mera posibilidad.

Con este último concepto doctrinal terminaríamos el análisis teórico del divorcio, para iniciar con el concepto legal.

El artículo 266 del Código Civil para el Distrito Federal establece:

“El divorcio disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro”.³⁶

33 Baqueiro. Rojas, Edgar. Derecho de familia y sucesiones. Ed. Harla. México, 1995, Pág. 147.

34 Pina, Rafael de. Ob. Cit. Pág. 338.

35 Diccionario Jurídico Mexicano. Op. Cit. Pág. 1184.

36 Código Civil para el Distrito Federal, Op. Cit. Pág. 34.

Esta definición de la figura del divorcio, es la misma para varios Estados de la República Mexicana, como “el Código Civil para la Entidad Federativa de Hidalgo... en su numeral 339; la ley de divorcio del Estado de Guerrero en su artículo 1, el Código de Morelos en el artículo 359, aclarando que en este caso existen algunas restricciones”.³⁷

Por lo que respecta, al artículo 266 del Código en comento, en primer lugar podemos decir que el concepto es exclusivamente para el divorcio vincular, es conveniente señalar que el divorcio de acuerdo con nuestro propio Código Civil no siempre disuelve el vínculo, pues de acuerdo con el artículo 277 del mismo ordenamiento legal, se puede solicitar la separación de la vida conyugal cuando el cónyuge que no quiera pedir el divorcio fundado en las causales VI y VII del artículo 267, puede simplemente solicitar al juez que suspenda la obligación de cohabitar con lo cual, conforme a nuestra legislación común es otra forma de divorcio que no disuelve el vínculo matrimonial, sino que simplemente disuelve la obligación de cohabitar, dejando subsistentes las demás obligaciones matrimoniales. No disolviendo el vínculo por completo, que para nuestro punto de vista esto sería otro tipo de divorcio, equiparable al divorcio en cuanto a cama y mesa del derecho Canónico o el regulado en nuestras legislaciones anteriores.

Continuando con el análisis, por efectos del matrimonio se crean obligaciones y se adquieren derechos entre los cónyuges y respecto a los hijos, si los hay, por tal motivo no se puede aseverar que el divorcio disuelva todas las obligaciones y derechos contraídos con el, puesto que pueden subsistir obligaciones como derechos, aun cuando se decreta el divorcio, en efecto, el término *disolver* empleado por el Código Civil, da la idea de extinguir totalmente las obligaciones matrimoniales, sin embargo, habiendo hijos o en el supuesto de que la mujer se encuentre en estado de gravidez, el juez decretará el divorcio pero dejará existentes la obligación del ex cónyuge a proveer alimentos.

Por otro lado, si no hubiera hijos, la mujer no se encuentra en estado de gravidez o incapacitada para trabajar, ya sea judicial o administrativamente, la decisión del juez al decretar el divorcio, realmente extinguiría en forma total y absoluta los derechos y obligaciones inherentes al matrimonio; en este sentido el artículo 266 es impreciso pues en todo caso debiera, como lo hace el Código Civil de Morelos, establecer que si bien el divorcio disuelve el vínculo también lo es que se da bajo restricciones, “El divorcio disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro, con las restricciones establecidas en este capítulo”³⁸

Para concluir con este análisis del numeral 266, es de observarse que al referirse al divorcio determina que se disuelve el vínculo y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro, refiriéndose a “cónyuges” que por efectos del divorcio ya no tienen esta calidad, por lo que en todo caso debería decir dejando a los “ex cónyuges”, o bien “divorciados”, pero no referirse a los cónyuges pues lo han dejado de ser.

También el propio artículo menciona que quedan en aptitud de contraer otro, a lo que nosotros agregaríamos “o no contraerlo”, pues no se trata de un deber de los ex cónyuges o condición de divorcio que se vuelvan a unir en matrimonio, como tampoco es una certeza de que al divorciarse vuelvan a contraer nupcias, sino una mera posibilidad.

Tomando en consideración lo anterior, así como las observaciones vertidas a los conceptos de divorcio analizados anteriormente, desde el punto de vista doctrinal, proponemos la siguiente definición de divorcio: “divorcio es la forma legal de disolver el vínculo de un matrimonio válido, en vida de los cónyuges, puede dejar subsistentes algunos derechos así como obligaciones derivadas de el, mediante sentencia decretada por autoridad judicial competente, dejando a los ex cónyuges en aptitud o no de contraer un nuevo matrimonio”.

En este concepto propuesto, nos referimos en primer lugar a que el divorcio es una forma legal, es decir que se encuentra reconocida por nuestra legislación. Así mismo que debe haber un matrimonio válido pues si este se celebró bajo la presencia de vicios o de algún otro elemento de invalidez, provocaría su nulidad y como es bien sabido la nulidad también disuelve el vínculo matrimonial, sin olvidar que esto es una

figura distinta al divorcio, tal y como lo sostiene De Ruggeiro citado por Lagomarcino en su obra,³⁹ en el concepto propuesto señalamos como condición que los cónyuges vivan, aún cuando es de explorado derecho que la muerte es otra forma de disolución del vínculo matrimonial.

Se incluye que por virtud del divorcio pueden subsistir algunos derechos y obligaciones derivados del matrimonio, como sería el caso de la obligación de proporcionar alimentos a los hijos, a la mujer o el derecho de solicitar una indemnización, claro esta que se debe observar lo previsto por la ley para cada caso.

Así mismo el divorcio debe ser decretado por sentencia de autoridad judicial y no administrativa como se explicará posteriormente. Por último, agregamos a nuestro concepto los términos ex cónyuge, toda vez que al pronunciarse el divorcio dejan de tener la calidad de cónyuge; de igual modo nos referimos como una posibilidad el hecho de que los ex cónyuges puedan volver a contraer nupcias.

ADULTERIO

En el Código Civil no encontramos definición del adulterio. El adulterio en Derecho Penal, regulado hasta 1999 en los artículos 273 al 276 del Código Penal del Distrito Federal, sólo expresaba la sanción que se aplicaría "a los culpables de adulterio, cometido en el domicilio Conyugal o con escándalo". Esto nos hace recurrir a la definición general que del adulterio podamos encontrar, y en el Diccionario de la Lengua de la Real Academia Española, vemos que el adulterio es el "ayuntamiento carnal ilegítimo de hombre con mujer, siendo uno de los dos o ambos casados". Por lo tanto podemos concluir que no hay definición legal de adulterio y ante la ausencia de una definición legal, quedan fuera de esta causal los actos sexuales "contra natura". A pesar de su gravedad el legislador no tomó en cuenta estos actos ni dentro del adulterio ni en forma autónoma.

Los únicos códigos que dan una definición de Adulterio es el Código Penal para el Estado de Tabasco artículo 222 y Aguascalientes en su artículo 135 que dice:

El adulterio consiste en tener relaciones sexuales el hombre y la mujer, cuando uno de ellos o los dos estén casados con otra persona, y siempre que el hecho se ejecute en el domicilio conyugal o con escándalo. (Definición similar a la del C.P de Tabasco).

39 Lagomarcino, Carlos A. R. y otro. Enciclopedia de Derecho de familia. Tomo II. Ed. Universidad de Buenos Aires, Argentina.

3.3 El divorcio como figura controvertida.

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

El divorcio aceptado universalmente en todos los tiempos fue el de separación de los cónyuges. El divorcio vincular, el verdadero divorcio fue, y hasta el muy reciente pasado siguió siendo una figura profundamente controvertida. El divorcio que regularon todas las culturas sin oposición alguna es aquél que no rompe el vínculo, que únicamente extingue la obligación de convivencia entre los casados, pero en el que persisten las demás obligaciones, fundamentalmente la fidelidad. El cónyuge separado legalmente que entabla relaciones sexuales con otra persona, comete delito de adulterio, y el adulterio fue en el derecho antiguo uno de los delitos más terriblemente penados. Así, el divorcio separación hacía enfrentar a los cónyuges con una disyuntiva ominosa: la castidad forzada o la comisión de un delito.

3.4 Tipos de divorcio que regula nuestra legislación.

En la actualidad el divorcio puede clasificarse en dos grandes sistemas: el divorcio por separación de cuerpos y el divorcio vincular.

De acuerdo con la doctrina, el divorcio no vincular consiste en la posibilidad que tienen cualquiera de los cónyuges de concluir la cohabitación con el otro, mediante autorización judicial por causa grave, sin romper el vínculo matrimonial.

Este tipo de divorcio está regulado en el artículo 277 del código Civil vigente que señala:

El cónyuge que no quiera pedir el divorcio fundado en las causales enumeradas en las fracciones VI y VII del artículo 267 podrá, sin embargo, solicitar que se suspenda su obligación de cohabitar con el otro cónyuge y el juez, con conocimiento de causa, podrá decretar esa suspensión, quedando subsistentes las demás obligaciones creadas por el matrimonio.

Las causales referidas en la cita son:

Son causa de divorcio:

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

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

Es decir, existen tres causas eugenésicas por las que se puede dar el divorcio no vincular:

a) Una enfermedad incurable, contagiosa o hereditaria. Esto es porque la convivencia puede ser peligrosa para él, los hijos y el otro cónyuge sano, por las circunstancias antes descritas.

b) la interdicción declarada judicialmente de un cónyuge, por padecer un trastorno mental incurable.

c) La impotencia incurable que sobrevenga que no sea causada por la vejez. (art. 156 fracción VIII del código civil).

Sorprende que se mantenga esta última causal de separación, pues con las reformas al código Civil de 2000, la impotencia es dispensable siempre y cuando lo conozca la pareja como causa de nulidad del matrimonio. (Antes de estas reformas no lo eran, puesto que uno de los fines fundamentales y esenciales del matrimonio era la procreación).

El divorcio vincular, a su vez, se subdivide en voluntario y necesario o contencioso. El voluntario tiene otra subdivisión en administrativo y judicial. El necesario o contencioso siempre será judicial y de funda en diversas causales, unas fundadas en delitos (adulterio, delitos graves, lenocinio, lesiones, abandono de las obligaciones familiares, ofensas graves, etc.); otras fundadas en causas de orden eugenésico o de salud (enajenación mental, enfermedades crónicas, incurables y contagiosas, impotencia, etc.) unas más en el incumplimiento de obligaciones familiares (alimentos, débito conyugal, etc.).

3.4.1 Divorcio administrativo.

El divorcio administrativo por mutuo acuerdo es el procedimiento para la disolución del vínculo matrimonial pedido por los cónyuges, que se tramita ante el juez del registro civil del domicilio conyugal, cuando se cumplan con los requisitos establecidos en la ley.

La diferencia con el divorcio voluntario jurisdiccional es que el administrativo es ante el juez del registro civil y el judicial, ante el juez de lo familiar.

Este procedimiento de divorcio sumarísimo se creó desde 1928. De hecho, la exposición de motivos del proyecto de Código Civil expresa:

Se estableció una forma expedita para obtener el divorcio por mutuo consentimiento, cuando los cónyuges son mayores de edad, no tienen hijos y de común acuerdo liquidaron la sociedad conyugal, si bajo ese régimen se casaron. En tales condiciones los cónyuges no necesitan recurrir ante la autoridad judicial para que acredite el divorcio, sino que personalmente se acreditarán ante el oficial del Registro Civil del lugar de su domicilio y, previa identificación de los consortes y comprobación de las circunstancias que se han mencionado, el mismo registrador los declarará divorciados, levantándose el acta correspondiente.

En lo particular siempre nos ha parecido muy desatinada esta fórmula de divorcio, pues somos de la opinión que efectivamente el derecho de Familia salvaguarda los valores y principios más entrañables de nuestra sociedad, por lo mismo, resulta evidente que debe ser razón de política estatal buscar de todas maneras que la familia, o en su caso el núcleo marital, sea estable.

En ese sentido, nos parece que los casos de divorcio siempre deben llevarse ante un verdadero órgano jurisdiccional, cuerpo calificado y sensibilizado para la resolución de controversias del orden familiar, lo que le permitirá observar cada circunstancia particular y estrictamente aplicar las normas de manera equitativa.

Además, el hecho de que el procedimiento de disolución del vínculo sea un poco más lento permite recapacitar a los cónyuges respecto de la realidad de sus sentimientos y supone una oportunidad para el arrepentimiento o la reconciliación.

De igual forma nos parece desdeñable que, a partir de la reforma de 2000, se haya dado prioridad a este tipo de divorcio frente al judicial. Hecho que inferimos de la redacción del artículo 273 al establecer en lo conducente que: “procede el divorcio por

la vía judicial cuando los cónyuges no se encuentren en el supuesto del artículo anterior”.

Nos percatamos de la errónea política legislativa que pretende que sea por vía del divorcio administrativo todos aquellos casos que reúnan los requisitos correspondientes, y que inclusive les cierra la vía judicial para su arreglo. Nuevamente se torna evidente que el Estado pretende imponernos una moral equivocada, sin dejarnos a los individuos mayores opciones de procedimiento. Aclarando lo anterior, nos ocuparemos de analizar el texto del artículo 272 del Código Civil vigente que señala los requisitos de procedibilidad del divorcio administrativo:

Procede el divorcio administrativo cuando habiendo transcurrido un año o más de la celebración del matrimonio, ambos cónyuges convengan en divorciarse, sean mayores de edad, hayan liquidado la sociedad conyugal de bienes, si están casados bajo ese régimen patrimonial, la cónyuge no esté embarazada, no tengan hijos en común, o teniéndolos, sean mayores de edad y éstos no requieran alimentos o alguno de los cónyuges.

De este artículo obtenemos los tres requisitos para que se actualice este tipo de divorcio:

- 1) Los cónyuges deben tener la mayoría de edad, esto es dieciocho años cumplidos.
- 2) El matrimonio se debió efectuar bajo el régimen de separación de bienes o, en su caso haberse liquidado la sociedad conyugal.
- 3) Que los cónyuges no tengan hijos en común, éstos deberán ser mayores de edad y no requerir pensión alimenticia.

Si los cónyuges no reúnen los requisitos anteriores, el divorcio no surte sus efectos y pueden sufrir las penas impuestas en el Código Penal local por el delito de falsedad de declaración.

El trámite de esta forma de divorcio está señalado en la última parte del artículo 272 que a la letra establece:

El Juez del Registro Civil, previa identificación de los cónyuges, levantará un acta en que hará constar la solicitud de divorcio y citará a éstos para que la ratifiquen a los quince días. Si los cónyuges lo hacen, el Juez los declarará divorciados y hará la anotación correspondiente en la del matrimonio anterior.

Si se reúnen los requisitos y trámites mencionados el juez del registro civil declara el divorcio y levanta el acta respectiva y hace una anotación en el acta de matrimonio de los antes cónyuges.⁴⁰

3.4.2 El divorcio voluntario.

El Código de Napoleón aceptó el divorcio por mutuo consentimiento de los cónyuges y de aquí pasó a las legislaciones de Bélgica, Rumania y Luxemburgo; también existe en la legislaciones de Rusia, Suecia, Dinamarca, Estonia, Letonia, y Portugal. En Francia fue modificado el Código de Napoleón y el divorcio voluntario no existe, tampoco existe en Alemania, Suiza e Inglaterra.

En Rusia, el artículo 18 del Código del Matrimonio, la Familia y la Tutela dice: “En vida de los cónyuges, el matrimonio puede disolverse tanto por mutuo consentimiento de los mismos, como por voluntad de uno de ellos.”

Uruguay también tiene el sistema de Rusia para que el matrimonio pueda disolverse, no por la voluntad de ambos contrayentes, como es la regla general, sino por la voluntad de uno de ellos, que es la mujer. En estas legislaciones no se necesita el mutuo consentimiento, basta con la voluntad de uno de ellos, que en Uruguay es la mujer.

En América, el divorcio voluntario está aceptado por Cuba, Guatemala, Panamá, el Salvador, y México. En los nuevos Códigos Civiles de Venezuela y Perú, primero los cónyuges deben solicitar la separación de cuerpos y después de dos años, en Venezuela, y de un año en Perú, pueden solicitarse el divorcio a petición de cualquiera de los cónyuges.

En realidad, la idea del divorcio voluntario, que parte del Código Francés, se debe a Napoleón Bonaparte, quien logró imponerla, no obstante la opinión contraria de quienes intervinieron en la redacción del Código que lleva su nombre.

“Napoleón tenía gran interés en mantener el divorcio voluntario, en parte por la posibilidad de que Josefina no le diera hijos, y también porque pensaba que el divorcio voluntario constituye una forma conveniente de ocultar causas muy graves; causas que pueden ser escandalosas, que pueden originar la deshonra, el escándalo de uno

de los cónyuges. ¿Para qué obligarlos a un divorcio necesario en que se tengan que exhibir ante los tribunales o públicamente, por ejemplo: el adulterio de la mujer o del hombre, o la comisión de algún delito contra la mujer o de los hijos, o graves hechos inmorales, como prostituir a la mujer, corromper a los hijos? Mejor que los cónyuges se arreglen solos, oculten la verdadera causa de divorcio y puedan conforme a la ley manifestar simplemente que es su voluntad divorciarse”⁴¹

En el divorcio voluntario siempre hay una causa, pero no se hace valer ante los tribunales, ni es necesario que se pruebe en juicio, el consentimiento mutuo hace presumir que el divorcio era necesario y que los hechos no deben revelarse para no lastimar a la moral pública.

En Francia al prohibir el divorcio por mutuo consentimiento se promueve el juicio simulado, donde la mujer demanda el divorcio necesario por injurias, por ejemplo; el esposo confiesa la demanda y el juez decreta el divorcio mediante sentencia. Procedimiento inmoral y que viene a sustituir el divorcio por mutuo consentimiento y que ha venido a demostrar que la reforma al Código de Napoleón no fue atinada, ni práctica, para que los cónyuges puedan resolver sus problemas familiares voluntariamente sin necesidad de recurrir a falsedades y lesionar los derechos que se deriven de la ley, en materia de divorcio voluntario a favor de los hijos

“El divorcio voluntario francés reglamentado en 1792, imponía a los cónyuges una serie de obstáculos para que éste no se realizara, como la comparecencia de éstos ante una asamblea compuesta de seis parientes o amigos, durante un año y de obtenerse el consentimiento del tribunal, se transmitía a los hijos la mitad de la fortuna de cada cónyuge y éstos estaban impedidos de contraer matrimonio durante tres años. No era como el divorcio Romano Bona Gratia.”⁴²

Nuestra legislación civil considera que el divorcio voluntario puede tramitarse en la vía administrativa y en la vía judicial.

41 Rojina Villegas, Rafael, Op. cit.; Derecho de Familia, pág. 4.

42 Planiol, Marcel, op. cit; pág. 19.

El divorcio voluntario por la vía judicial:

Como mencionamos anteriormente, de conformidad con el primer párrafo del artículo 273, el divorcio voluntario judicial sólo procede cuando no se reúnen los requisitos del artículo 272.

Esto significa que la vía jurisdiccional es excepcional y, en consecuencia, debe privilegiarse la administrativa.

En consecuencia, la vía judicial sólo tendrá lugar si los cónyuges son menores de edad, si existen hijos en común y éstos son menores o mayores de edad y requieran alimentos, así como, si el matrimonio se dio bajo el régimen de sociedad conyugal y ésta no se ha liquidado.

En todo caso es indispensable que haya existido al menos un año desde la celebración del matrimonio. Al respecto el artículo 273 establece en lo conducente:

Procederá el divorcio voluntario por la vía judicial cuando los cónyuges que no se encuentren en el caso previsto en el artículo anterior, y por mutuo consentimiento lo soliciten al Juez de lo Familiar en los términos que ordena el Código de Procedimientos Civiles, siempre que haya transcurrido un año o más de celebrado el matrimonio...

A fin de obtener la disolución, los cónyuges deberán presentar una solicitud ante el juez de lo familiar, acompañada del convenio de divorcio voluntario que señalará, al menos, los siguientes elementos:

- a) Designación de la persona que tendrá la guarda y custodia de los hijos menores o incapaces, tanto durante el procedimiento como después de ejecutoriado el divorcio;
- b) El modo de subvenir o atender las necesidades de los hijos, a quien debe darse los alimentos tanto durante el procedimiento como después de ejecutoriado el divorcio y se especificará la forma de pago de la obligación alimentaria, así como la garantía para asegurar su debido cumplimiento;
- c) La designación del cónyuge al que corresponderá el uso de la morada conyugal, en su caso, y de los enseres familiares, durante el procedimiento de divorcio;
- d) La casa que servirá de habitación a cada uno de los cónyuges durante el procedimiento y después de ejecutoriado el divorcio, obligándose a comunicar los cambios de domicilio, aun después de decretado el divorcio, si hay menores o incapaces u obligaciones alimenticias;

- e) Cantidad o porcentaje de pensión alimenticia a favor de cónyuge acreedor, especificando la forma de pago y de la garantía para asegurar su debido cumplimiento, atendiendo sus necesidades, tanto durante el procedimiento, como después de ejecutoriado el divorcio;
- f) La manera de administrar los bienes de la sociedad conyugal durante el procedimiento, después de ejecutoriado el divorcio y hasta que se liquide. Para el efecto, en su caso, se exhibirán las capitulaciones matrimoniales, el inventario, avalúo y el proyecto de partición de todos los bienes muebles e inmuebles de la sociedad conyugal, y
- g) Las modalidades bajo las cuales, el progenitor que no tenga la guarda y custodia, ejercerá el derecho de visitas, respetando los horarios de comidas, descanso y estudio de los hijos (artículo 273 del C.C.).

Es conveniente comentar, que el hecho de que tenga la guarda y custodia uno de los cónyuges, no quiere decir que el otro renuncia a la patria potestad, que no pueda verlos, que no pueda intervenir en su educación y que no pueda representarlos en todos los actos jurídicos que conforme a la ley le corresponda hacerlo. Sólo en el divorcio necesario puede la madre o el padre perder la patria potestad de su hijo.

También tratándose de alimentos para los hijos, deberá hacerse constar la forma de pago y la garantía que debe otorgarse para asegurarlos, no sólo como la ley lo ordena para los cónyuges, sino también para los hijos y el agente del Ministerio Público debe oponerse cuando en un convenio no se cumpla con este requisito.

El mismo artículo 275 del Código Civil lo dice: “Mientras se decreta el divorcio voluntario, el Juez de lo Familiar autorizará la separación provisional de los cónyuges, y dictará las medidas necesarias, respecto a la pensión alimenticia provisional de los hijos y del cónyuge, en términos del convenio a que se refiere el artículo 273 de este Código.”

Además en la sentencia de divorcio y tomando en cuenta las medidas provisionales a que se refiere el artículo 282 del Código Civil, el Juez de lo familiar fijará lo relativo a la división de los bienes comunes y se tomarán las precauciones necesarias para asegurar las obligaciones que queden pendientes entre los cónyuges o con relación a los hijos, que establece el artículo 287 del Código Civil. Pero continúa: “Los ex cónyuges tendrán la obligación de contribuir, en proporción a sus bienes e ingresos, a

las necesidades de los hijos, a la subsistencia y a la educación de éstos hasta que lleguen a la mayor edad.”

Los hijos mayores de edad que tengan necesidad de subsistencia o alimentos deben recibirlos por sus progenitores, artículo 303 del Código Civil, que establece que los padres están obligados a dar alimentos a sus hijos, sin aclarar que sean mayores o menores de edad y, el artículo 311 del mismo ordenamiento legal expresa terminantemente que los alimentos deben ser proporcionados de acuerdo con las posibilidades del que debe darlos y según la necesidad del que debe recibirlos.

En efecto puede suceder que el hijo mayor de edad esté incapacitado y carezca de bienes, o bien, está estudiando, de tal suerte que tiene derecho a que sus padres le proporcionen alimentos, aunque sea mayor de edad.

Por otra parte, la obligación de dar alimentos a los hijos es de los dos padres y se cumple en proporción a las posibilidades de cada uno de los cónyuges según el ya citado artículo 287 del Código civil.

Y, por último, el artículo 273 en la fracción V del citado ordenamiento habla de cantidad que a título de alimentos un cónyuge debe pagar al otro; pero no se dice que el deudor sea el marido o se diga que la mujer, se entiende que sea el que tenga la necesidad de recibirlos; por lo regular en estos convenios son a cargo del marido, dado que esta obligación sólo dura mientras se tramita el procedimiento, pues en la parte correlativa del artículo 288 del mismo Código dice: En el caso de divorcio voluntario por la vía judicial, la mujer tendrá derecho a recibir alimentos por el mismo lapso de duración del matrimonio”, es decir, que al terminar el procedimiento judicial y decretarse el divorcio, dejará de percibir alimentos.

El mismo derecho debe tener el varón que se encuentre imposibilitado de trabajar y carezca de ingresos suficientes; sin embargo, puede haber un pacto contrario nacido de la voluntad de los contratantes, no de la ley; pero con la reforma se suprimió este derecho al varón y sólo es la mujer que tiene ese derecho, siempre y cuando carezca de ingresos suficientes, mientras no contraiga nuevas nupcias o se una en concubinato con una tercera persona.

Cosa injusta, porque si el esposo está incapacitado y carece de bienes para subsistir es justo que le proporcione alimentos la cónyuge con la cual se divorcia, pues el legislador, en este caso, con la Reforma no fue equitativo.

Como el divorcio es voluntario, no tiene ningún efecto el párrafo final del artículo 288 del citado ordenamiento que dice: “Cuando por el divorcio se originen daños y perjuicios al cónyuge inocente, el culpable responderá de ellos como autor de un hecho ilícito.” Desde luego que en los divorcios voluntarios no hay cónyuge inocente ni culpable, y por ello el legislador se refiere a los divorcios necesarios. Sin embargo, esta situación ha quedado superada y derogada por la reforma.

De conformidad con el primer párrafo del art. 273, el divorcio voluntario judicial sólo procede cuando no se reúnen los requisitos del art. 272. Manuel Pons González y Miguel Ángel del Arco Torres señalan que: “Según Vázquez Iruzubieta la separación judicial es la declarada por un organismo jurisdiccional, luego de haberse comprobado la ruptura de la convivencia a lo largo de un lapso de tiempo que la ley establece. La separación judicial consensual tiene lugar cuando se solicita por ambos cónyuges de común acuerdo, o por uno con el consentimiento del otro, una vez transcurrido el primer año de matrimonio, sin necesidad de alegar causa legal (art.267 F. IX C.C. D.F). Si ambos cónyuges son concordes en instituir entre ellos una separación, su decisión se funda en su voluntad y no precisa la concurrencia de ninguna otra especial causa con relevancia jurídica (Díez-Picazo y A. Gullón). La separación consensual como se lleva a cabo en Argentina tiene indudables ventajas, fundamentalmente dos: el procedimiento resulta más rápido y económico, al no tener que probarse la concurrencia de causas tipificadas de separación; oculta la causa de separación, y al no salir ésta a la luz pública. Por no ser necesaria, se evita que las pasiones se desaten, y sea posible, por tanto, el entendimiento y el diálogo entre los cónyuges. Presenta, no obstante, algunos inconvenientes, a saber: -Se presenta como un incentivo fácil a la ruptura de la convivencia conyugal. -Al constituir la separación consensual un negocio jurídico bilateral, los vicios del consentimiento pueden presentar con asiduidad: coacción, intimidación, dolo, error, sin olvidar los perjuicios para los hijos o para alguno de los cónyuges, por decisiones irreflexivas. -El cónyuge con más poder económico, o con más capacidad de persuasión, intentará convertir la separación consensual en un negocio de adhesión.”⁴³

⁴³ Manuel Pons González op. Cit; pp. 16, 17 y 20.

3.4.3 Divorcio necesario

Podríamos definir al divorcio necesario como la disolución del vínculo matrimonial por sentencia jurisdiccional emanada a petición de un solo consorte y fundada en una causa grave. Los elementos de esta definición son:

- 1) La acción de divorcio necesario es un derecho unilateral de uno de los cónyuges. A diferencia del divorcio voluntario, en el necesario uno de los consortes actúa sin el consentimiento del otro, de forma tal que inclusive la otra parte pudiera rechazar el divorcio, y buscar continuar con el vínculo matrimonial.
- 2) Debe fundarse en una causa grave, misma que generalmente ha motivado la contraparte.

Nuestro legislador ha optado por el sistema casuístico en el tema del divorcio y la mayoría de los códigos civiles de los Estados de la República, han seguido el modelo del Código Civil del Distrito federal que contiene XXI causales.

Cabe hacer notar que hay autores como Julián Güitrón ⁴⁴ que al desglosar las causales encuentra que son 42.

En opinión de Eduardo Pallares ⁴⁵ debieran incluirse otras causales como la incompatibilidad de caracteres, la homosexualidad, el lesbianismo, la anterior afirmación es atendiendo a que las causales son limitativas y de que los tribunales no tienen facultad de establecer causas diferentes de las que él consideró las únicas justificadas. Por lo que comparto dicha opinión al analizar el contenido de la siguiente jurisprudencia de la corte.

DIVORCIO, LAS CAUSALES DEBEN PROBARSE PLENAMENTE

La institución del matrimonio es de orden público, por lo que la sociedad esta interesada en su mantenimiento y sólo por excepción la ley permite que se rompa el vínculo matrimonial. Por tanto tratándose de divorcios necesarios es indispensable que la causal o causales invocadas queden plenamente probadas.

Tesis 529 Tomo IV, Parte TCC Pág. 376 Jurisprudencia 392,656 Apéndice de 1995 Octava Época Segundo Tribunal Colegiado del Sexto Circuito.

⁴⁴ Güitrón Julian, ¿Qué es la familia? p. 30

⁴⁵ Pallares Eduardo, El divorcio en México, p. 60.

Antes de las reformas al Código civil del año 2000 nos preguntábamos si las causales eran *numerus clausus* o *apertus* (enunciativas o limitativas). Pues antiguamente no existía solución en a esta pregunta en el Código, sin embargo, nuestros tribunales federales habían señalado como podemos afirmar en base a la anterior jurisprudencia, que sólo las contenidas en la ley son causales de divorcio.

A partir del año 2000, el artículo 267, en su segundo párrafo, señala que las causas de divorcio son limitativas (*numerus clausus*). Por lo anteriormente expuesto considero que la propuesta de incluir como causal de divorcio la bisexualidad probada de alguno de los cónyuges tiene fundamento en base a las reformas del Código y la Jurisprudencia, según estos principios, sólo son causa de divorcio necesario las que limitativamente enuncian los artículos 267 del Código Civil. Estos principios se derivan de que la disolución del vínculo conyugal es de tal gravedad, y el interés por conservar el matrimonio es tan importante para la sociedad y el Estado, que sólo en forma limitativa se establecen las causas del divorcio. “La conservación del vínculo matrimonial, es de interés público y sólo excepcionalmente procede la disolución por causas de tal gravedad que hagan imposible la vida en común de los cónyuges.” Es sin duda la bisexualidad, una de las causales que hacen imposible la vida en común y no es correcto incluirla tampoco como injuria grave, ya que bajo este concepto se pueden encuadrar un sinnúmero de circunstancias culposas que generan el divorcio, por lo que de hecho la limitación de causas como principio queda en entre dicho, aplicando analogía contrario a lo que establece la siguiente jurisprudencia:

DIVORCIO. AUTONOMIA DE CAUSALES.

La enumeración de las causales de divorcio que hacen el Código Civil para el Distrito Federal, y los códigos de los Estados que tienen iguales disposiciones, es de carácter limitativo y no ejemplificativo, por lo que cada causal tiene carácter autónomo y no pueden involucrarse unas en otras, ni ampliarse por analogía ni por mayoría de razón.

Sexta Época: Amparo directo 1271/59. María Concepción Tabeada de Olvera. 4 de Marzo de 1960. Unanimidad de cuatro votos. Amparo directo 7226/60. Antonia Verde Barrón. 6 de octubre de 1961. Cinco votos. Amparo directo 1308/61. María Luisa Gallego Castro. 11 de enero de 1963. Cinco votos. Amparo directo 3346/60. Salvador Tapia Maldonado. 3 de julio de 1963. Cinco votos. Amparo directo 2107/61 Ramón Flores Valdés. 22 de agosto de 1963. Unanimidad de cuatro votos. NOTA GENERAL: 3.

De acuerdo con la sistemática constitucional imperante hasta 1968, la jurisprudencia obligatoria, sólo se podía integrar respecto a la interpretación de las normas de la Constitución General de la República, de leyes federales o de tratados internacionales. La literalidad de dicha sistemática excluiría la posibilidad de integrar tesis de jurisprudencia obligatoria respecto a la interpretación de leyes locales. Así lo consideró inicialmente la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, según se advierte de la siguiente ejecutoria, publicada en la página 681 del Tomo CXVIII, de la Quinta Época del Semanario Judicial de la Federación: “JURISPRUDENCIA DE LA CORTE. APLICACIÓN DE LA. El artículo 193 de la Ley de Amparo impone la obligatoriedad de la jurisprudencia de la Suprema Corte sólo cuando verse sobre la interpretación de la Constitución, Leyes Federales o tratados celebrados con las potencias extranjeras pero de ninguna manera tiene aplicación cuando se trate de una autoridad común que aplica leyes locales, como son los códigos civil y de procedimientos civiles de un Estado” 4 votos. Sin embargo, con posterioridad, la propia Sala cambió de criterio, según se advierte de las tesis que aparecen publicadas en la Quinta Época del Semanario Judicial de la Federación, Tomo CXIX, página 1785, y en el volumen XXV, página 182, cuyos textos son: “JURISPRUDENCIA DE LA CORTE. LA APLICACIÓN DE LA. Si bien es cierto que el artículo 192 de la Ley de Amparo, ordena que las ejecutorias sólo podrán referirse a la Constitución y sus Leyes Federales, también lo es que al sostenerse un criterio que llegue a formar jurisprudencia, es consecuencia de diversos amparos en los que hubo necesidad de plantearse y decidirse cuestiones relacionadas con la violación de un aspecto constitucional, por lo que al aplicarse una tesis sobre legislaciones locales, no se desconoce el mencionado artículo 192.” 5 votos, y “JURISPRUDENCIA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, OBLIGATORIEDAD DE LA. Si una jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, fija la interpretación que debe darse a tal o cual precepto del Código Civil, después de someterlo a examen a la luz de la ley fundamental del país, análisis de la competencia constitucional de la Suprema Corte, en tales condiciones, y en esta forma indirecta, nace la obligación de las autoridades no consideradas en el artículo 193 de la Ley de Amparo, aun en los casos en que se trate de aplicación de leyes federales, de interpretación de la Constitución o tratados internacionales, de acatar la jurisprudencia de este alto cuerpo.” 5 votos.

3.5 Procedimiento de divorcio necesario supuestos:

Para que proceda un divorcio necesario se requieren los siguientes supuestos:

1) Existencia de un matrimonio válido.

Este requisito se cumple con la presentación de la copia certificada del acta de matrimonio cuya disolución se solicitan a través de la demanda de divorcio.

2) Acción ante juez competente.

El divorcio es un juicio ordinario de orden familiar. Por ello es juez competente en materia de divorcio necesario, el Juez de lo Familiar del domicilio conyugal (artículo 159 Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal) y en el caso de divorcio por abandono de hogar, el del domicilio del cónyuge abandonado (art. 156, F. XII C.P.C.).

Cuando no existe domicilio conyugal porque la separación de los cónyuges haya sido tiempo atrás, es competente para conocer del juicio, el juez del domicilio del demandado (art. 156 F. IV C.P.C.).

3) Expresión de causa específicamente determinada.

Ya quedó expresado anteriormente que las causas en nuestro sistema de divorcio, son limitativo y no ejemplificativo; cada causa tiene carácter autónomo y no pueden involucrarse unas en otras, ni ser ampliadas por analogía ni por mayoría de razón. La causa que se invoque debe forzosamente ajustarse a las señaladas en el artículo 267 del Código Civil.

Por lo demás la causa no tiene que ser única, pueden invocarse al mismo tiempo dos o más causales; pero todas y cada una de ellas específicamente determinadas en sí.

4) Legitimación procesal.

La acción de divorcio es exclusiva de los cónyuges. Es una acción personalísima, entendiéndose por tal que sólo puede ser iniciada y continuada hasta la obtención de la sentencia, por los propios interesados, en este caso los cónyuges. En consecuencia, ningún tercero puede ejercitar la acción de divorcio. Ello no quiere decir que tengan que llevar por sí mismos el proceso y que se requiera en todo caso su comparecencia personal. Pueden perfectamente actuar a través de procurador. El Código contiene norma expresa al respecto.

“El divorcio sólo puede ser demandado por el cónyuge que no haya dado causa a él, y dentro de los seis meses siguientes al día en que tengan conocimiento de los hechos en que se funde la demanda” (art. 278 C.C.). Significa también que esta acción no es transmisible ni en vida ni por causa de muerte: “La muerte de uno de los cónyuges pone fin al juicio de divorcio, y los herederos tienen los mismos derechos y obligaciones que tendrían si no hubiera existido dicho juicio” (Art. 290 CC.).

En cuanto a la capacidad de las partes para actuar, el cónyuge menor de edad puede asumir en el juicio de divorcio tanto el papel de actor como de demandado, pero en ambos casos se le nombrará un tutor dativo. Así lo exige el artículo 643 del Código Civil “El emancipado tiene la libre administración de sus bienes, pero siempre necesita durante su menor edad: II. De un tutor para negocios judiciales”.

El tutor en este caso no funciona como representante legal del menor. Se limitará a asistir, a aconsejar al cónyuge menor en la secuela del procedimiento judicial.

Cuando uno de los cónyuges es menor de edad, la doctrina ha discutido si debe interponer la acción de divorcio el menor o el que ejerce la patria potestad o su tutor, resolviendo el problema el mayor número de legislaciones, que debe ejercitarla el menor, dado que con el matrimonio adquiere su emancipación, sin embargo, de acuerdo con nuestro derecho se requiere de la asesoría, no de la decisión, de un tutor para asuntos judiciales.

5) Tiempo hábil.

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

Esto quiere decir, que el plazo de la caducidad son seis meses siguientes al día en que tengan conocimiento de los hechos.

Salvo si se trata de la sevicia, amenazas o las injurias graves del cónyuge para el otro, o para los hijos, la conducta de violencia familiar cometida o permitida por uno de los cónyuges contra el otro, o hacia los hijos de ambos, o de alguno de ellos, tratándose del incumplimiento injustificado de las determinaciones de las autoridades

administrativas o judiciales ordenados para corregir la violencia familiar, la caducidad es de dos años.

Desde luego hay hechos motivo del divorcio que son de tracto sucesivo, por ejemplo, las enfermedades, el abandono del domicilio conyugal, el trastorno mental, la impotencia sexual irreversible, etcétera, que mientras subsista el término de seis meses no se extingue o caduca, en virtud de que la causa del divorcio subsiste, es decir, se considera viva.

La legislación cubana estima que las causales de divorcio de tracto sucesivo no están sujetas a caducidad. Formula que los tratadistas de derecho civil consideran que es la más acertada.

En cambio, las causas de divorcio de realización instantánea son motivo de caducidad y el término corre desde el momento que el cónyuge inocente tenga conocimiento de los hechos o desde que tiene conocimiento de la resolución judicial si la causal se relaciona con algún delito, a no ser que el juez de lo Familiar pueda estimarla al resolver sobre la acción de divorcio promovida, independientemente de la acción penal, por ejemplo, la tentativa del marido para prostituir a la esposa, los actos encaminados para corromper a los hijos, o la sevicia.

6) Que no haya habido perdón.

Ninguna de las causas de divorcio puede alegarse para pedir el divorcio, cuando haya mediado perdón expreso o tácito (artículo 280 del Código Civil).

La acción de divorcio se extingue por reconciliación o por perdón incondicionado expreso o tácito.- El cónyuge que no haya dado causa al divorcio puede, antes de que se pronuncie la sentencia o ponga fin al litigio, otorgar a su consorte el perdón respectivo.

El perdón supone, en primer lugar, un cónyuge culpable y un cónyuge inocente; por tanto, existe una causa de culpabilidad para demandar el divorcio; en segundo lugar, que el cónyuge culpable acepte expresa o tácitamente su responsabilidad y, tercero, que no obstante el cónyuge inocente, de manera expresa, perdona al cónyuge culpable o de alguna manera tácita a través de una conducta que revele ese propósito, reanudando la vida conyugal en todas sus manifestaciones, como la ayuda recíproca, la relación sexual, la convivencia familiar, que sean posteriores a la causal de divorcio

y que el juez estudiará oportunamente. Perdón que debe ser libre y espontáneo, no otorgado por maquinaciones y artificios con el objeto de engañar al cónyuge inocente.

El perdón puede otorgarse hasta antes de existir sentencia ejecutoriada.

El artículo 280 del Código Civil dice que el perdón podrá concederse cuando se trate de cualquiera de las causas a que se refiere el artículo 267 del Código Civil y esto es un error; sólo debe otorgarse cuando se trata de causas que sean debidas a hechos inmorales o culposos de uno de los cónyuges, no se refiere a las causas de divorcio que sean resultado de hechos ajenos a la voluntad de los contrayentes, como el trastorno mental incurable, las enfermedades incurables, que sean contagiosas y hereditarias, la impotencia sexual irreversible contraída después de celebrado el matrimonio, tal vez se hable de perdón por compasión, ternura o afecto, sin tener esa redacción una explicación técnica.

El artículo 279 derogado del Código Civil, consideraba que no era perdón tácito la mera suscripción de una solicitud de divorcio voluntario, ni los actos procesales posteriores. Ahora bien, en el artículo 287 vigente del Código Civil se entiende que existe un juicio de divorcio necesario donde existe un cónyuge culpable y un inocente, pero las partes, sin que exista perdón para que subsista el matrimonio, es su voluntad darlo por terminado mediante el divorcio voluntario, es decir, el perdón expreso o tácito tiene por objeto que continúe el matrimonio y el divorcio voluntario, al contrario disuelve el vínculo matrimonial.

7) Formalidades procesales.

El juicio de divorcio debe llevarse con todas la formalidades de carácter procesal que exige el Código de la materia. Es un juicio de carácter ordinario, regido por los artículos 255 a 429 inclusive del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, juicio que se tramita a través de diversas etapas procesales.

1ª Demanda.

Se inicia el procedimiento con la demanda en la cual el cónyuge ofendido reclamará la disolución del vínculo matrimonial, señalando una o más de las causales de divorcio establecidas limitativamente en el artículo 267 del Código Civil.

Con la demanda deberá adjuntarse copia certificada del acta de matrimonio y de nacimiento de los hijos si los hubiera.

2ª Contestación (y reconversión en su caso).

Admitida la demanda el Juez de lo Familiar mandará a emplazar al cónyuge que haya dado causa al divorcio, y que dentro del juicio tendrá el carácter de demandado, a fin de que produzca su contestación dentro del término de nueve días.

En la contestación a la demanda, el cónyuge indicará si son o no ciertos los hechos señalados en la demanda y, por lo tanto, si ha incurrido o no en la o las causales de divorcio que se le imputan. En su caso, puede también, en el mismo escrito de contestación, promueve reconversión, o sea, hacer valer a su vez, causas de divorcio en contra de la demandante. Respecto de la reconversión o contra demanda, los papeles de actor y demandado se invertirán.

3ª Traslado de la reconversión (si la hubo).

De presentarse reconversión el juez deberá correr traslado de ella al cónyuge demandante, para que la conteste dentro de seis días. (Art. 272 C.P.C.D.F).

4ª Ofrecimiento de pruebas.

A partir de la fecha de notificación del auto en que se tuvo por contestada la demanda o la reconversión en su caso, el juicio se abrirá a prueba, concediéndose diez días a ambos cónyuges para ofrecer cada uno las pruebas que estimen pertinentes para probar los hechos narrados en su demanda y contestación, o sea, para probar al juez la existencia de la, o de las causales de divorcio aducidas.

En materia de divorcio pueden emplearse los medios de prueba que enumera el artículo 289 del Código de procedimientos Civiles. Escogiendo los más adecuados según el caso. No debe olvidarse que existen reglas especiales para efectuar el ofrecimiento de cada una de las diferentes pruebas, mismas reglas que se encuentran contenidas en los artículos 291 a 297 inclusive del Código citado.

Transcurrido el término de diez días para ofrecimiento de pruebas, el juez debe dictar resolución en la cual determinará qué pruebas de las ofrecidas se admiten.

5ª Recepción y práctica de pruebas.

En seguida se pasará a la recepción y práctica de las pruebas, exclusivamente de aquellas que hubieren sido admitidas, y en cuanto a esta etapa procesal, también hay normas especiales aplicables a cada tipo de prueba. Estas normas se encuentran contenidas en los artículos 309 al 384 del Código de la materia.

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

Hay otros tipos de prueba como, por ejemplo, la documental, fotografías, copias fotostáticas, etc; que se dice quedan desahogadas por su propia naturaleza, es decir, se encuentran ya integradas en el expediente.

De cualquier manera, la audiencia establecida en el artículo 385 del propio Código, debe celebrarse el día y hora que para ese efecto señale el juez que conoce del asunto, iniciándose con la indicación de las personas que comparecen y deban intervenir. Acto continuo se procede al desahogo de las pruebas, primero las de la parte actora y después las de la parte demandada.

6ª Alegatos.

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

7ª sentencia y apelación en su caso).

Al dictar el juez la sentencia, si se hubiere probado la o las causales de divorcio en que se basó la demanda, declarará disuelto el vínculo matrimonial, dejando a los ex - cónyuges en aptitud de contraer nuevo matrimonio, y además, lo relativo a la situación de los hijos, de los bienes, y al pago de alimentos.

8ª incidente de sentencia ejecutoriada.

Notificada la sentencia, si no fuere apelada dentro de los cinco días que señala la ley, deberá tramitarse el incidente de ejecutorización de sentencia a fin de que, al declararse que la sentencia ha causado ejecutoria, se considere como la verdad legal y se proceda a ejecutarla según sus términos.

9ª Ejecución de sentencia al Juez del Registro Civil.

Entre los puntos resolutive de la sentencia de divorcio se incluye la de enviar al Juez del registro Civil que corresponda, copia certificada de la sentencia, a fin de que se haga anotación marginal al acta de matrimonio.

3.6 Juicio de valor frente a la conceptualización gramatical del adulterio.

La norma jurídica ha sido creada para aplicarse a casos concretos. Cuando surge una controversia jurídica entre particulares, ambas partes dan su razonamiento en torno a la norma que debe aplicarse, las más de las veces indican la que les favorece y no necesariamente la que embona con cierta racionalidad en el hecho o caso concreto. En ese momento se presenta el primer problema de la aplicación del Derecho relativo a la norma específica que ha de aplicarse. Los particulares, los abogados, las autoridades jurisdiccionales, tienen diferentes formas de hacer una interpretación respecto a la norma jurídica por aplicar. En ocasiones esa interpretación raya en la curiosidad lógica, pues se atreven a afirmar que la ley es clara, por supuesto, es clara porque les conviene, ya que esa claridad les beneficia. En otro espacio afirmamos que en ciertos momentos la ley es clara, debe ser clara en cuanto a su lectura pero no es indispensable en la aplicación de un caso concreto, pues está de por medio la conducta humana, los hechos motivo de controversia, la realidad social, la intención de la conducta ejecutada, la voluntad o los valores que motivan esa conducta, en fin, está de por medio la interpretación de la realidad social que no es sencilla sino compleja. De ahí que la claridad de la ley sólo puede observarla el juzgador cuando las partes en conflicto lleven hasta el escenario del proceso las verdades comprobadas en que se sustenta la conducta y su relación con la ley.

La ley no define la palabra adulterio, pues es frecuente que la ley, al describir las figuras utilice vocablos que requieren de una valoración por parte de los encargados de aplicar el derecho.

Las partes pueden enfrentar la cuestión ¿será procedente el adulterio solo cuando se cumpla la hipótesis contenida en la definición gramatical y legal de esta figura?

Es obvio que debemos recurrir al juicio de valor que admita a la norma como la expedición de un deber ser para que esa norma sea válida.

El anterior contexto, cabe establecer que el juicio de valor que se llegará a aplicar no puede de forma alguna encontrarse en un sistema libre de apreciación si no por el contrario, debe encontrar su respuesta en un sistema legal tasado, los elementos que debemos reunir, deben satisfacer los siguientes principios:

- 1.- El derecho debe realizar los valores morales.
- 2.- El derecho debe tener como fin en su aplicación, la realización de la justicia.

3.- El derecho debe tener como finalidad el establecimiento de un orden y dar seguridad jurídica al gobernado.

4.- El derecho tiene como desiderátum el bien común.

Ahora bien, el juicio de valor debe recoger los anteriores argumentos que derivan de la relación entre la moral y el derecho porque ambos son regulatorios de la conducta del hombre; por esa causa cuando el legislador toma en cuenta los propósitos e intenciones, lo hace con visión de estabilidad social, no movido por cuestiones éticas; sin embargo al recurrir a conceptos y descripciones legales y gramaticales surgen inevitablemente los principios sociales, morales y éticos en consecuencia, estimamos sana la mezcla de unos y otros para arribar precisamente a un juicio de valor que esté impregnado de los valores propuestos y así emerger a una conclusión de justicia, porque finalmente, la aplicación del derecho arroja como fin la realización de ciertos valores morales.

En esencia, asumiendo las circunstancias del hecho generador de la conducta, en nuestro concepto debe prevalecer el juicio de valor, frente a la descripción gramatical del adulterio, pues consideramos que es más lato el primero de ellos viendo que la esencia de lo justo abarca las tres clases preponderantes: La justicia legal (o justicia en sentido amplio) y sus dos formas restantes, la distributiva y la conmutativa.

Las reglas anteriormente expuestas no limitan la esencia de lo justo, son simples fórmulas de interés abstracto a las que nunca se responde de un modo absoluto. Cada caso es distinto y los dos más semejantes que sea dable imaginar, difieren entre sí como las hojas de un mismo árbol.

Las leyes escritas también son abstractas enunciados generales incapaces de prever todas las situaciones que en la práctica pueden presentarse.

La norma y la vida no siempre coinciden.

Así lo justo será lo que es conforme a la ley, lo injusto será lo ilegal y lo desigual.

Lo justo legal, se aparta a veces de lo justo absoluto.

El caso nuevo no encaja dentro del molde viejo, y si el juzgador no quiere ser injusto al aplicar la ley de modo estricto ante el postulante debe proponer basado en circunstancias absolutas previamente valoradas, hechos claros y concisos surgidos de un juicio de valor, para que ese juzgador recurra a la equidad en busca de un

correctivo adecuado. Es por esto la importancia de comparación entre definiciones gramaticales, jurídicas, morales, éticas etc.

Para dar a cada cual lo que le corresponde, es necesario que tanto el juez como el jurisconsulto o el simple destinatario de un precepto legal, estén capacitados para estimar críticamente la bondad intrínseca de éste; y en su calidad de seres libres, tienen la facultad de cumplir con él o de violarlo, se opone a sus convicciones personales.

En esta pugna de formación y de criterio, debe imperar el principio de seguridad jurídica con el sacrificar del interés moral particular ya que al analizar la descripción del legislador en cuanto al adulterio no podemos sino pensar en una incompleta definición que puede dar lugar o margen para concluir dogmáticamente que la conducta no se ubica en la hipótesis legal descrita en la ley, cuando un elemento no se actualice, vemos: dijimos que el adulterio es el ayuntamiento carnal habido entre dos personas de diferente sexo, cuando uno es casado, aquí surge la interrogante ¿ y cuando ese es con persona del mismo sexo?

Necesario resulta entonces recurrir al juicio de valor propuesto.

Pero recordemos que es también la actitud del juzgador la que nos interesa, desde el punto de vista científico; puesto que, bien dice Castán Tobeñas:

“que el derecho es para la vida o más exactamente que tiene como fin la realización de la justicia en la vida. Para cumplir su razón de ser, el Derecho ha de hacerse real, mediante una decisión judicial, incorporándose a la vida social y plegándose a sus relaciones.”⁴⁶

Los juristas en general tienen, entonces, abstracción hecha del órgano jurisdiccional que la observa, tres elementos esenciales en la aplicación del Derecho:

- 1.- El hecho humano o hechos relacionados con el hombre.
- 2.- La norma jurídica o derecho objetivo por aplicar.
- 3.- El deber jurídico o los fines del Derecho.

Al analizar cada uno de los elementos anteriores mencionados, el órgano jurisdiccional ha de utilizar un sinnúmero de razonamientos, conocimientos jurídicos y extrajurídicos, verdades matemáticas, deducciones físicas, principios psicológicos, reglas de comercio, costumbres, usos, principios de equidad, silogismos jurídicos, reglas de analogía, reglas gramaticales, principios generales de derecho, aforismos romanos, actitudes o sentimientos de conciencia, en fin, una congerie de formas y contenidos científicos y filosóficos que en su conjunto reciben el nombre de reglas de aplicación del Derecho o métodos de interpretación de la ley.

3.7 Elementos que comprenden la causal de divorcio artículo 267 fracción I del Código Civil.

Artículo 267. Son causales de divorcio.

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

Así como los principios supremos de la lógica pura se fundan en los correspondientes de la Ontología General, los supremos principios de la lógica jurídica encuentran sustento en la ontología del derecho.

Los elementos descritos por la norma:

El adulterio debidamente probado.- Asume el principio de identidad ya que el juicio que afirma un objeto consigo mismo es necesariamente verdadero.

Pero También contiene una contradicción, ya que por un lado está el adulterio, por el otro, introduce como elemento “debidamente probado”.

De lo cual surge el hecho de que dos juicios en un mismo enunciado, no pueden ambos ser verdaderos, pero a la vez si ambos se contradicen, no pueden ambos ser falsos bajo el principio de tercero excluido.

En otras palabras al existir el adulterio, trae consigo el ineludible hecho de ser probado, por ende, el elemento debidamente probado, resulta innecesario y se presta a confusión.

La prueba plena del adulterio en la mayoría de los casos es difícil de obtener, pues los adúlteros se refugian en la clandestinidad. Por ello la Corte admite la prueba indirecta: Así se observa en la tesis II. 2°.C.312 C del Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del segundo Circuito, Publicado en la página 1718, Tomo XIV, diciembre de 2001, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, novena época. “Si se

aduce el adulterio como causal de divorcio para su comprobación es prácticamente imposible la prueba directa; por ello, debe admitirse la prueba indirecta a fin de demostrar la infidelidad del cónyuge culpable.”

Sobre este punto cabe determinar que el elemento adulterio debidamente probado resulta complementario, pues bien puede existir el adulterio, pero en caso de no ser probado, carece de importancia el texto debidamente probado.

Ahora bien ¿qué debemos entender por “debidamente” probado?, acaso existe lo indebidamente probado.

Entonces debemos partir de esta contradicción de la norma ya que por un lado permite y por el otro lado prohíbe al mismo sujeto la misma conducta.

Por lo tanto la norma prohíbe, y por otro lado lo permite, pues limita su procedencia hasta en tanto sea debidamente probado.

Es por consiguiente incorrecto, interpretar este elemento en un sentido normativista absoluto ya que incluso el criterio jurisprudencial permite no la prueba plena como justificante de su existencia sino la simple prueba indiciaria precisamente por la curiosa dificultad que representa lo debidamente probado.

3.8 Jurisprudencia de la Corte sobre el adulterio como causal de divorcio.

DIVORCIO, ADULTERIO COMO CAUSAL DE. PARA ACREDITARLA RESULTA PROCEDENTE LA PRUEBA INDIRECTA. Si se aduce el adulterio como causal de divorcio, para su comprobación es prácticamente imposible la prueba directa; por ello, debe admitirse la prueba indirecta a fin de demostrar la infidelidad del cónyuge culpable, así como la mecánica del adulterio, siendo indispensable que de los hechos acreditados se pueda advertir de manera lógica y objetiva la infidelidad que se reclame. De ahí que si la confesional, la testimonial y la consistente en una videocinta, analizadas en su conjunto y administradas entre sí, evidencian un comportamiento impropio de pareja de la cónyuge con persona distinta de su esposo, y que se presta a pernoctar por determinados días en el domicilio de dicha persona, tales probanzas son aptas y suficientes para tener por acreditado en forma indirecta que la consorte quebrantó el deber de la fidelidad conyugal, alterando la paz y la tranquilidad de la familia y de la unión matrimonial, pues no es creíble que únicamente estuviese durmiendo ahí, sin sostener ninguna relación de carácter íntimo sexual con aquél; de todo lo cual se sigue

que resulta procedente la disolución del vínculo conyugal que une a los esposos, por resultar la demandada cónyuge culpable al haber dado causa al divorcio”. Tesis II. 2°. C. 312 C del Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Segundo Circuito, publicada en la página 1718, tomo XIV, diciembre de 2001, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, novena época.

DIVORCIO, ADULTERIO COMO CAUSAL DE. NO CADUCA LA ACCIÓN, SI EL DEMANDADO HACE VIDA MARITAL CON OTRA PERSONA (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE VERACRUZ).- El cónyuge ofendido conserva su derecho para demandar después del término de seis meses establecidos por el artículo 143 del Código Civil para el Estado de Veracruz, cuando la causal indicada es el adulterio que se ha venido cometiendo ininterrumpidamente por la vida en común que lleva el otro cónyuge con otra persona, aunque el demandante haya tenido conocimiento del adulterio desde la fecha en que este comenzó, ya que, en tales condiciones, el término de seis meses dentro del cual se puede ejecutar la acción del divorcio va comenzando a correr minuto a minuto, mientras dure esa vida adulterina, de tal suerte que, conforme a esta hipótesis, siempre aparecerá presentada la demanda de divorcio en tiempo, porque siempre habrá un momento inicial de la vigencia del adulterio comprendido dentro del aludido término. Tesis 216, Volumen IV, Parte SCJN, Pág. 148, Jurisprudencia 392, 343, Apéndice de 1995, Séptima Época, Tercera Sala.

ADULTERIO

No constituye una norma atípica el artículo 231 bis del Código Penal de Durango, que prevé y sanciona el delito de adulterio, que fue adicionado por el decreto de fecha 19 de septiembre de 1983, publicado en el periódico oficial de ese estado el día 22 de los propios mes y año, pues si bien el texto de tal dispositivo, no define el término “adulterio”, no resulta indispensable para puntualizar los elementos constitutivos de dicho antijurídico, que el legislador precise los significados de todas las palabras empleadas en el precepto, ya que tal caso, basta con acudir a la connotación ordinaria que tenga el vocablo de mérito, Así, si el numeral en comento, señala, que se aplicará prisión hasta de dos años y privación de derechos civiles hasta por seis, a los culpables de adulterio cometido en el domicilio conyugal o con escándalo de la

significación general que tiene aquella palabra, la cual está al alcance del común de las gentes, se desprende, que un primer elemento de dicho delito lo constituye precisamente una acción de adulterio; la que a su vez, consiste en la relación o ayuntamiento sexual de una persona, con otra de distinto sexo, estando alguno de los dos, unido en matrimonio con diversa persona; esto en virtud de que la acepción común o vulgar que el término “adulterio”, tiene, según el Diccionario de la Lengua Española, vigésima edición, 1984, tomo I, página 31, editado por la Real Academia Española, es como sigue: “Adulterio.- (del latín *adulterium*) masculino. Ayuntamiento carnal voluntario entre una persona casada y otra de distinto sexo que no sea su cónyuge. 3...”. En cuanto a los restantes elementos del delito en estudio, de la norma invocada, se advierte, que se requiere, además, que la acción de adulterio se cometa en el domicilio conyugal del ofendido, o con escándalo.

Octava Época, Tribunales Colegiados de Circuito, Semanario Judicial de la federación, Tomo IV Segunda Parte-1, Julio a Diciembre de 1989, Página 51, Aislada.

CAPÍTULO CUATRO

La bisexualidad.

4.1 Concepto de homosexualidad.

Vamos a referirnos a una forma sexual de vida entre personas de un mismo sexo; por ello debemos comenzar por precisar cuál es el término con el que pensamos denominar a las personas que prefieren sexualmente a otras personas de su mismo sexo; para ello debemos partir de cómo son denominadas en nuestra lengua.

Establecer el concepto de homosexualidad desde una postura simplista no resulta complicado puesto que se puede concebir como una calidad más de determinadas personas, que se traduce en la conjunción de la atracción física con la psicológica hacia otras personas de su mismo sexo. Sin embargo es menester que se conciba desde distintos aspectos en donde se pueda entender como una manifestación de sentimientos y conductas, hacia personas del mismo sexo donde existe amor y respeto y una relación de mutuo acuerdo que va más allá de la genitalidad.

Esta es la palabra más utilizada, aparte de gay, para designar asépticamente las relaciones sexuales entre personas del mismo sexo. Se trata de un neologismo introducido a finales del siglo XIX, es un término que se forma de dos voces, Griega y Latina, se divide en “homos” que significa semejante y “sexus” que quiere decir sexo, por lo que el significado de la palabra homosexual se refiere a la atracción sexual o a la relación sexual que mantiene entre sí dos personas del mismo sexo.⁴⁷

Según Sherwin D. Bailey la homosexualidad “es una condición caracterizada por la inclinación psicológica y emocional hacia individuos del mismo sexo”⁴⁸

De acuerdo al Dr. Álvarez Gayou, la homosexualidad se define como: “El gusto o la preferencia para relacionarse afectiva o eróticamente con personas del mismo sexo.”⁴⁹

⁴⁷ Diccionario Crítico Etimológico. Volumen I. Editorial Gredos. Pág. 233.

⁴⁸ ¿Existe homosexualidad en la Biblia, Eduardo Gonzalez A; Genesis, Otras ovejas, Pág. 6.

⁴⁹ Álvarez - Gayou, 1996 p. 19.

Homosexual es un concepto que de manera genérica, se aplica tanto en hombres como en mujeres, concibiéndose por tanto la homosexualidad como la preferencia y atracción sexual por personas del mismo sexo, en contraposición a heterosexualidad, preferencia por el sexo opuesto; y bisexualidad por ambos sexos.

Sin embargo realizando una reflexión mas a conciencia de lo que define a alguien como homosexual cabe retomar lo que Marina Castañeda en la introducción de su libro “La Experiencia Homosexual” plantea,⁵⁰ al afirmar que aunque muchas personas practican actos homosexuales no se consideran como tales, por otro lado existen aquellos que se creen y se sienten homosexuales, sin embargo nunca han practicado relaciones con alguien de su mismo sexo, sostiene también que en nuestro país se piensa que sólo es homosexual quien ha sido penetrado, mientras que el hombre que penetra, sea a hombres o mujeres sigue siendo heterosexual.

Cabe destacar que además de homosexuales, lesbianas y bisexuales a partir de 1953 el transexualismo formará parte de la literatura médica y será otra modalidad en la manifestación homosexual.

La actitud hacia la homosexualidad ha variado a lo largo de las diferentes épocas y entre los diversos grupos y subgrupos culturales, oscilando entre la aceptación (en la Grecia antigua), la tolerancia (en el Imperio romano) y la condena absoluta (en muchas sociedades occidentales).

Debemos entender que la homosexualidad no se reduce a un simple comportamiento sexual (traducida en la atracción hacia individuos del mismo sexo), manifiesto o no, sino a un conjunto de actitudes, sentimientos, preferencias y valorizaciones afectivas que comprometen profundamente al individuo⁵¹ – apunta Jacques Corraza -. En base a las anteriores reflexiones podemos encontrar que la homosexualidad se define no sólo por la identidad, sino también por la práctica sexual preferida por los sentimientos del sujeto, por el grado de excitación sexual, apreciada a partir de estímulos sexuales, por su pertenencia a la comunidad homosexual, por su reconocimiento como tal por el medio social.

50 Cfr. Castañeda, Marina. La experiencia Homosexual. Para comprender la homosexualidad desde dentro y desde fuera. Editorial Paídos, Pág. 25.

51 Corraze, jaques. La homosexualidad. Publicaciones Cruz O.S.A. p.p. 8.

Aún y cuando se han realizado múltiples estudios para encontrar las causas que producen el homosexualismo y se han expuesto varias teorías al respecto, tales como la de origen genético, hormonal o psicosocial, mismas que han sido contradictorias y no concluyentes. Lo anterior, debido a problemas y limitaciones en las metodologías de estudios, también debido a la consideración de la homosexualidad como un fenómeno unitario y además, en virtud de que ni la heterosexualidad misma es unitaria ni se conocen los orígenes de la misma, por lo que tampoco se pueden conocer los orígenes de la homosexualidad.

Pederasta: es una palabra heredada del griego. Con el tiempo, este término es utilizado para designar todo tipo de relación homosexual masculina. Tal fue la generalización de este uso que en Francia dejó de ser entendida como cultismo. La expresión francesa péde, diminutivo de péderaste; es utilizada comúnmente con significado peyorativo. Además de péde, También se utiliza como insulto pédale (literalmente, pedal) que en sus inicios fue un eufemismo.

Sodomita: el carácter bíblico de esta palabra es por todos conocido: Proviene de sodomía, eufemismo utilizado para designar el sexo anal y, por extensión, la homosexualidad. Según los cronistas bíblicos, en Sodoma ésa era una práctica de coito por la cual Dios decidió reducir la ciudad a cenizas.

Fuera de éstas hay otras denominaciones más o menos eufemísticas y peyorativas tales como invertido, afeminado, o maricón.

En la actualidad se utiliza el término gay, todavía no reconocido por la Real Academia de la lengua Española en su diccionario, que también procedería del latín. La etimología parece ser gaudium (alegre), adjetivo muy común en francés y en occitano, especialmente en la época medieval. La solución gai/e de galorromania también pasó al inglés conservando los siguientes significados iniciales: persona llena de alegría o dispuesta a ella (en conexión con esta idea estarían también denominaciones más exageradas como folle, louca, “loca”, persona aficionada al placer o a la mala vida y persona presumida). Vistas las otras asociaciones, no es de extrañarse que gay se asociase en inglés al homosexual. Esta denominación caería en desuso durante siglos, hasta que el movimiento homosexual contemporáneo se apropiase de ella para designar al homosexual consiente y liberado.

Estas son, pues, algunas de las denominaciones más usadas. Podemos ver que las más comunes y populares proceden de un tipo de asociaciones generadas para estigmatizar la homosexualidad de una forma más o menos indirecta.

De todas estas denominaciones, la de gay tiene la ventaja de la internacionalización, pues el término es igual en todas las lenguas e individualiza a quienes prefieren a las personas de su mismo sexo. Pero elegimos la palabra “homosexual” ya que consideramos que el término no es peyorativo y es claramente demostrativo del sujeto del que se pretende hablar, sin perjuicio de lo cual utilizaremos también a modo de sinónimo el término gay, y desecharemos por su contenido peyorativo las restantes denominaciones.

4.2 Concepto de lesbianismo.

Lesbianismo, también homosexualidad femenina, atracción sexual o emocional entre mujeres. El término proviene del nombre de la isla griega de Lesbos, lugar en que vivió Safo, que escribió poemas de amor dirigidos a mujeres.

El lesbianismo se ha dado en todas las culturas a lo largo de la historia. En el mundo clásico era por todos conocido que este tipo de relaciones existían en grupos de mujeres, como las que se reunían en torno a la poetisa clásica Safo. Durante siglos y en muy diversas culturas el lesbianismo no ha sido reconocida como tal, aunque se han aceptado las relaciones íntimas entre mujeres, incluida la cohabitación. La atracción entre mujeres ha sido ignorada debido a que muchas culturas no aceptan en absoluto el concepto de sexualidad femenina u opinan que ésta sólo se debería practicar en las relaciones con el sexo masculino o con el único propósito de la reproducción. Por esa razón, el lesbianismo se ha salvado de ser perseguido y sancionado.

Para la mujer es más fácil vivir su homosexualidad por que socialmente se permite el contacto físico, la expresión de cariño y ternura con otras mujeres, esto no suele despertar ninguna sospecha. Por otro lado, los estudios han demostrado que los comportamientos bisexuales son mayores en las mujeres que en los hombres.

4.3 Concepto de bisexualidad.

“Las manifestaciones de la bisexualidad en la sociedad primitiva aporta testimonio de su universalidad, con independencia de raza, color, y evolución cultural. Como en las islas del Mar del Sur”⁵²

Freud, hizo de la bisexualidad una de las piedras angulares de la teoría, y en la práctica psicoanalítica. No proporciona una definición clara pero reconoce que la bisexualidad era la fuerza motriz de la pisisque gobernando la mente en la enfermedad y en la salud.

Kinsey establece la manera de ver las preferencias como un continuo de una escala. Hace referencia a la distinción entre los tres tipos de conductas que presenta el ser humano homosexual, bisexual y heterosexual.

“Esta expresión comportamental de la sexualidad se refiere a aquellos individuos que tienen el mismo nivel de atracción hacia uno y otro sexo, los cuales originan estímulos sexuales efectivos sin haber preferencia real por alguno.”⁵³

En cuanto a esta expresión, no es posible hacer consideraciones respecto a sus causas, en razón de que no hay muchos estudios al respecto, y con frecuencia los individuos bisexuales no son reconocidos como tales y se les tiende a agrupar en el grupo de los homosexuales, a tal grado que, incluso muchos bisexuales se consideran a sí mismos homosexuales.

Lo anterior, debido a que en nuestro mundo somos buenos o malos, heterosexuales u homosexuales, blancos o negros, y olvidamos que existe el gris y muchas tonalidades del mismo.

“La palabra bisexual, es un termino formado de dos voces una Griega y otra Latina; se divide en bi, que significa dos, por lo que entenderemos el significado de la palabra como la atracción hacia persona de los dos sexos”⁵⁴

Para el sexólogo Juan Luis Álvarez Gayou es la “Conducta del hombre que no tiene preferencia al sexo sólo contempla las cualidades del individuo.”⁵⁵

52 IDEM. Pág. 25.

53 Cfr. Alvarez Gayou, 1996. p. 29.

54 Diccionario Crítico Etimológico. Editorial Gredos. Pág. 199.

55 Alvarez Gayou, Juan Luis. Taller básico de sexología. Conferencia del día 24 de Marzo de 1990. Instituto Mexicano de Sexología. Director de Imesex..

Para Norma Edith Sánchez es la “Persona que tiene el mismo grado de atracción hacia uno y otro sexo y que origina estímulos sexuales efectivos sin haber preferencia real por alguno”⁵⁶

Para Lourdes Ruiz González es “Bisexualidad, conducta del ser humano que no tiene preferencia por uno u otro sexo, en el afecto emotivo y sexual.”⁵⁷

Para Ricardo Van Krafft-Ebing, “la bisexualidad es el origen de la sexualidad humana y motriz de todas las reacciones biopsíquicas ya sea pasivas, activas o de cualquier genero.”⁵⁸

Para Sigmund Freud “La bisexualidad, es la conducta de las personas que toman como objeto sexual a personas de uno u otro sexo, sin que una tendencia infiera con la otra.”⁵⁹

Para Xantatl Metthez “la bisexualidad es la suma de características amorfas o inexistentes.”⁶⁰

Para Víctor Gayou “La persona consciente de su doble identidad de géneros aman habitualmente a uno y otro sexo por igual.”⁶¹

Para Charlotte Wolf “La bisexualidad biopsicológica es la nota técnica para la experiencia de un sentimiento masculino en una mujer y un sentimiento femenino en un hombre independientemente acompañado de su heterosexualidad.”⁶²

56 Sánchez, Norma Edith. Taller medio de sexología. Conferencia del día 29 de Marzo de 1990. IMESEX. Sexóloga.

57 Ruiz Gonzalez, Lourdes. Taller de Bisexualidad. Conferencia del 14 de Marzo de 1990. Instituto Mexicano de Sexología. Sexóloga.

58 Van Krafft-Ebing, Richard. Psicopatía sexual publicaciones por Wolf, Charlotte. Págs. 22 a 29.

59 Freud, Sigmund. Estudio de sexología Publicaciones. Cit. Por Wolf, Charlotte. Pág. 29.

60 Mettez, Xantatl. El bisexual estigmatizado. Ponencia presentada en el segundo Simposium Internacional de Educación y comunicación sobre SIDA , organizado por el CONASIDA en 1989, en la ciudad de México Sexóloga.

61 Gayou, Víctor. Taller de sexología humana. Conferencia del 29 de Marzo de 1990, en el instituto Mexicano de sexología. Sexólogo.

62 Wolf, Charlotte. Bisexuality A. Study. 1a Edición. Editorial Fellow or the Britsh psychologied society. Pág. 9.

Para Maria Ofelia Ceballos Martínez “Es la conducta del ser humano que no tiene preferencia por uno u otro sexo.”⁶³

Para Selma González Serratos “La bisexualidad es el origen de la sexualidad humana y la matriz de todas las relaciones biopsíquicas ya sean pasivas o activas en el sujeto.”⁶⁴

La bisexualidad pese a ser una de las piedras angulares de la sexualidad humana es muy poco estudiada.

La pugna entre los estudiosos en la materia aún es muy grande, ya que estos en muchas cosas aún no se han puesto de acuerdo; ni por lo menos podríamos decir un elemento básico de ésta.

Podríamos decir que la bisexualidad es la conducta de todo individuo identificado plenamente con su propio sexo que no tiene preferencia real al relacionarse emocionalmente o sexualmente con persona de cualquiera de los dos sexos. Estos individuos durante sus vidas presentan cambios en cuanto a los sujetos de sus preferencias sexo afectivas, en ocasiones, o por largas temporadas, pueden sentirse atraídas por personas de su mismo sexo y en otros momentos por las del otro sexo. Algunos en una situación pueden mostrarse interesados en hombres y mujeres. Muchas personas tienen serias dificultades en aceptarlos. Muchos homosexuales suelen considerar que los bisexuales no son sino homosexuales disfrazados o temerosos de aceptarse como homófilos. Con frecuencia los heterosexuales creen que se trata de un “gay” mas siempre los han considerado como homosexuales que se están dañando, es decir, no se les ha querido reconocer como una identidad existente.

La bisexualidad como orientación sexual, implica la capacidad de reaccionar sexualmente ante ambos sexos y sentir igual interés emocional, por personas de ambos géneros. También se encuentra en algunos individuos una conducta bisexual sin la verdadera orientación, son los casos de comportamiento transitorio, bien sea por situaciones de aislamiento de las posibilidades heterosexuales o en los casos en que están en transito de una vida homosexual a su verdadera orientación heterosexual o viceversa. Este transito puede ser lento o rápido, dando a un periodo aparentemente bisexual.

63 Ceballos Martínez, Maria Ofelia. Conferencia del día 28 de Marzo de 1990. Psicóloga.

64 González Serratos, Selma. Psicología y sexología. Conferencia del 13 de Febrero de 1990, en la facultad de Psicología de la Universidad Nacional Autónoma de México. Sexóloga.

Es frecuente encontrar casos de homosexuales que tratan de encubrir su orientación sexual con un matrimonio o con algunas relaciones heterosexuales.

Algunas parejas de matrimonios reconocen a la bisexualidad más que por verdadera inclinación por introducir alguna novedad a sus relaciones sexuales aburridas.

Algunas personas realizan actos bisexuales por una disposición a reaccionar ante cualquier cuerpo, sin ningún comportamiento afectivo con ninguno de los dos sexos. Otros se comprometen socio afectivamente con personas de ambos sexos, ya sea con un sistema de relaciones diferentes para cada caso o simplemente dejando a un lado las diferencias genitales, para relacionarse con la persona. Para cada uno la aceptación de su bisexualidad puede ser agresiva o repentina, lenta o pasiva, puede ser desde la adolescencia o en la vida adulta, con lucha interior o sin ella, el bisexual también puede tener una selectividad, pero no basada únicamente en los genitales de una persona.

Como en cualquier forma de orientación sexual, que no implica un estado patológico en sí, puede encontrarse perturbaciones neurosis o psicosis o establecerse relaciones enfermizas, destructivas o explotadoras con uno de los sexos o con ambos.

A lo largo de la historia en los matrimonios formados entre un hombre y una mujer, suele faltar la fidelidad que se deben los cónyuges, pero con persona de sexo opuesto, nunca pudo haberse concebido la posibilidad contra natura, sin embargo esto sucede en nuestros días en muy alto índice. El legislador no puede quedar a un lado en la evolución social, debe dictar normas que contemplen todos los fenómenos que se están presentando, entre ellos la bisexualidad, que además de lesionar moralmente a su cónyuge puede incluso y lo lesiona psicológicamente, al igual que a sus hijos, por lo que resulta una buena opción normar al respecto, para proteger a la institución social de la familia, y quien mejor que el legislador para tutelar a la institución de la familia y a la sociedad.

Debido a razones religiosas, sociales y culturales, mucha gente renuncia o atrofia sus naturales inclinaciones homosexuales llegando incluso a contraer matrimonio y afectando con ello a la familia, algunos países que han reconocido el derecho de las personas a contraer matrimonio con personas del mismo sexo entre los argumentos para aceptarlo reconocen este problema, y este tipo de matrimonio como una alternativa de solución al mismo.

Se dice que la bisexualidad se da más en el hombre que en la mujer. La mayoría de estos planteamientos son realizados con una tendencia feminista o machista. La mujer tiene menos inhibiciones al besar a otra mujer – incluso en los labios o en alabar el físico de otra o simplemente de tocarse.

4.4. Concepto de heterosexualidad.

Todas las sociedades parecen presentar un patrón preferentemente heterosexual, tal vez a causa de la asociación de la sexualidad con reproducción, a pesar de que hoy día el mayor acceso al control de la natalidad ha permitido que las personas establezcan conductas heterosexuales con fines de placer y no de procreación.

La sexualidad ha sido considerada a lo largo de la historia como una fuerza natural e innata, pero cada vez más se llega al convencimiento de que en ella también intervienen las influencias sociales. Algunos sociólogos opinan que la heterosexualidad es una institución social como el matrimonio y que la mayoría de las personas actúan, al menos en parte, de forma heterosexual porque es la norma social y porque los estereotipos sociales se han ido construyendo sobre la base de esta.

En contraposición a la homosexualidad la heterosexualidad es entendida como la atracción sexual hacia personas del sexo opuesto y desde el punto de vista sociológico, se entenderá como el comportamiento determinado del individuo que se ostenta como tal, por lo que no es difícil confundir como sinónimo de heterosexualidad al machismo o a la hombría los cuales se entienden de la siguiente forma machismo: predisposición a la consideración del hombre como ser superior a la mujer, hombría: calidad de hombre. El término “heterosexual” fue acuñado a finales del siglo XIX como concepto alternativo a homosexualidad y bisexualidad, ya que hasta el momento no existía una distinción tajante entre heterosexuales y homosexuales eran simplemente las personas consideradas normales en su conducta sexual, mientras que los de otras orientaciones sexuales se consideraban personas anormales o patológicas.

4.5 Modalidades de la homosexualidad.

La homosexualidad se encuentra clasificada de acuerdo a los individuos en los cuales se manifieste una inclinación sexual hacía personas de su mismo sexo, de ambos sexos; o que expresen no pertenecer psicológica y conductualmente al género

dentro del cual se les considera y estos serán los términos que se utilizan, sin embargo cabe resaltar que aunque el resto de la sociedad nos encontramos poco familiarizados con estos términos y los tomamos erróneamente como sinónimos, no deben considerarse como tales pues cada uno representa una problemática diferente y compleja:

Homosexual.

Hombre cuya preferencia sexual recae en personas de su mismo sexo, es decir, hombre-hombre; y término comúnmente usado de manera indistinta para denominar a la homosexualidad masculina o femenina.

Lesbiana.

Mujer que tiene potencialmente una atracción hacía otra mujer.

Gay.

Hombre homosexual. Traducido al español: “Alegre”, originalmente usaban este término los homosexuales que se mostraban a la sociedad como tales, sintiéndose orgullosos y alegres de su orientación sexual.

Bisexuales.

Persona (hombre o mujer) que tiene potencialmente una atracción sexual por individuos de ambos sexos.

Transexual.

Es el individuo (hombre mujer) cuyo género no corresponde con su identidad, es decir su conducta y la concepción de sí mismo no corresponde con sus características anatómicas.

Intersexual.

Alguien que ha nacido con los genitales de ambos sexos.

Transgenero.

Este término es utilizado para describir a una serie de personas cuya identidad y expresión de género, en diferentes grados, no corresponde al de su sexo genético.

4.6 Países que han promovido y aprobado leyes protectoras de derechos de las personas con preferencia sexual distinta de la heterosexual.

Denominamos legislaciones reguladoras a aquellas que se han preocupado por reglar la situación de las uniones de hecho, de diferente manera, a saber:

Algunas legislaciones han equiparado “las uniones homosexuales registradas” al matrimonio, salvo en lo que se refiere al régimen de la adopción y al acceso a las técnicas de fecundación asistida, que le son negadas a las primeras.

En principio, estos sistemas reservan la denominación matrimonio para las uniones heterosexuales y a las homosexuales se les permite contraer “uniones registradas” o “uniones civiles” que tienen en general iguales efectos que el matrimonio.

Desde la óptica de la técnica legislativa, ésta es la forma más simple, ya que como el régimen del matrimonio goza de un estatuto completo, basta con la remisión a éste para solucionar la mayor cantidad de problemas que se pueden presentar, y en aquellos supuestos donde la voluntad legislativa no se inclina por la equiparación (como en la adopción y en las técnicas de fecundación humana asistida) se excluye la aplicación de las normas del matrimonio. Como vemos, el método es de una gran simplicidad, al menos formal.

Con negación expresa de toda equiparación al matrimonio. Algunas legislaciones, como la federal de los Estados Unidos de América, se encargan de regular sobre las uniones homosexuales para denegarles el status matrimonial y privarlas de toda equiparación con éste.

Regulación específica de la unión de hecho homosexual. Algunos Estados han optado por legislar especialmente sobre las uniones de hecho homosexuales en forma independiente del matrimonio, y aclaran específicamente que no se aplica el estatuto matrimonial ni genera relaciones de parentesco.

A nivel internacional, varios países reconocen los llamados beneficios sociales a las parejas del mismo sexo: derechos a recibir una herencia, a inscribir a la pareja en la seguridad social, a tomar decisiones médicas, entre otros. Entre ellos se encuentran Dinamarca, Noruega, Suecia, Islandia y Costa Rica.

Otras naciones tienen registros de parejas de hecho que incluyen a las del mismo sexo, o las incluyen en leyes sobre temas particulares, como el empleo, la propiedad, la violencia doméstica, la migración o incluso la tecnología reproductiva. En esta categoría encontramos a Nueva Zelanda, Austria, España, Finlandia, Hungría, Suiza, Australia, Israel, Sudáfrica, y Gran Bretaña.

En algunos países se han aprobado figuras jurídicas como el Pacto de Solidaridad Civil o la unión Civil, que son contratos de carácter civil que cubren una mayor gama de aspectos relacionados con la convivencia, e incluyen a parejas del mismo o de diferente sexo. En este caso se encuentran Francia, Alemania, Portugal, Croacia, el estado de Vermont en EEUU y la ciudad argentina de Buenos Aires.

Para algunas personas activistas, ninguna de estas opciones implica total equidad, pues se considera a las parejas de hecho o uniones civiles como una categoría menor a los matrimonios, lo cual implica satisfacer más requisitos y ofrecer más pruebas para tener acceso a ciertos servicios. La igualdad total sólo existe en Holanda, Bélgica, Canadá Massachussets en Estados Unidos y recientemente España.

En España se aprobó el 30 de junio de 2005 por el Congreso de los Diputados la modificación al Código Civil, que ahora permite a parejas del mismo sexo contraer matrimonio, los homosexuales podrán adoptar hijos (y no sólo uno), aunque sólo podrán hacerlo los nacidos en España.

También tienen derecho a heredar de sus cónyuges, cobrar una pensión en caso de que éste fallezca, se podrán divorciar y adquirir la misma nacionalidad de su pareja, igual que ocurre con los matrimonios heterosexuales.

La reforma al Código Civil español modifica en lo que respecta al matrimonio los términos de “hombre” y “mujer” y los sustituye por la palabra “contrayente”.

En lo relativo a la adopción que estas parejas puedan hacer de menores, sustituye los términos de “padre” y “madre” por la de “progenitor”.

De esta manera, España se convierte en el tercer país europeo, junto con Bélgica y Holanda, en permitir la plena equiparación de los matrimonios gays con los heterosexuales. Uniones que también están legalizadas en Canadá y el estado de Massachussets, en Estados Unidos.

4.6.1 Dinamarca.

En 1989 se sancionó la Ley 372 sobre el Registro de las Parejas que establece:

1. Dos personas del mismo sexo podrán tener registrada su relación de pareja.
2. Todo lo previsto en la legislación danesa sobre matrimonio será de similar aplicación al registro de parejas, así como a los miembros de las parejas registradas.
3. Tampoco será de aplicación a los miembros de las parejas registradas la cláusula de la sección 3 y la sección 15 de la Ley danesa de Incapacidad Legal y Guardia y Custodia relativas a los cónyuges.

Vemos como la posición adoptada por Dinamarca en el año 1989 es absolutamente distinta a la sustentada por los Estados Unidos en el año 1996. Mientras el Estado

danés se inclina por equiparar las uniones homosexuales registradas al matrimonio, el Estado norteamericano propugna exactamente lo contrario.

Cabe poner de resalto que la equiparación no es absoluta, dado que no se aplican a las uniones homosexuales ni las reglas de guarda y custodia ni las de la adopción.⁶⁵ Por otra parte, el Acto of Registered Partnership no permite el casamiento por la Iglesia.⁶⁶

El 20 de mayo de 1999 el Parlamento de Dinamarca aprobó una moción para ampliar los derechos de los gays y lesbianas, en virtud de la cual a las parejas registradas se les permite el derecho de adopción de los hijos del otro miembro, excepto en el caso en que hubieran sido adoptados en un primer momento en un país extranjero.⁶⁷

4.6.2 Noruega.

En Noruega, en 1993, también se dictó una ley de parejas que establece:

- Dos personas del mismo sexo pueden registrar su pareja.
- El registro de pareja tiene las mismas consecuencias legales que el matrimonio.
- Las disposiciones de la ley de adopción concernientes a los cónyuges no se aplicarán a las parejas registradas.

Advertimos que en Noruega se adopta una posición similar a la de Dinamarca y que existe en ambas límites a la equiparación de las uniones homosexuales al matrimonio en lo relativo a adopción.⁶⁸ La limitación frente a la adopción no es exactamente igual en Dinamarca como en Noruega, porque en el primer país está aceptada restringidamente a la adopción de los hijos del otro miembro excepto en el caso de que hubieren sido adoptados en un país extranjero; mientras que en el segundo la prohibición es absoluta.

65 JENSEN, La reconnaissance des préférences sexuelles...cit; p. 261, capítulo relativo a « La législation relative aux contrat de partnaire ».

66 NIELSEN, Linda KRONBORG, Annete, Church Wedding for homosexual ?, en The International Survey of Family Law, Holanda, 1996, p. 143.

67 Informe annual ILGA 1999, WWW. ilga.org.

68 JENSEN, La reconnaissance des préférences sexuelles... cit; p. 261, capítulo relativo a Les autres pays nordiques ; también es referenciada en SALTER CID, ob. cit; p. 222.

4.6.3 Holanda.

El 12 de septiembre de 2000 el Parlamento holandés aprobó una ley que entró en vigor en el año 2001 que permite a las parejas homosexuales contraer matrimonio con los mismos derechos que las heterosexuales, entre ellos el acceso a las técnicas de fecundación asistida.⁶⁹

La ley autoriza a las parejas del mismo sexo a adoptar niños, a condición de que sean de nacionalidad holandesa.

Esta ley no abre la puerta al “turismo homosexual”, ya que para casarse con una persona del mismo sexo hay que ser holandés o residir en Holanda.

4.6.4 Francia.

El 15 de noviembre de 1999 se dictó en Francia la ley 99-944 relativa al pacto civil de solidaridad y al concubinato, que incorpora al Libro Primero del Código Civil francés un Título XII denominado Del Pacto Civil de Solidaridad y del concubinato.⁷⁰

Esta ley tiene como fin regular las uniones de hecho homosexuales y heterosexuales, que hasta el momento carecían de una regulación orgánica en el Código galo.

El nuevo régimen diferencia los efectos del pacto civil de solidaridad –que es básicamente un contrato- de los efectos del concubinato, al que considera como una situación de hecho, y del matrimonio, que es una institución.

Quienes celebran un pacto de solidaridad se obligan mutuamente a prestarse asistencia y al mismo tiempo se obligan solidariamente frente a terceros por las deudas comunes, mientras que quienes viven en concubinato no asumen esta obligación.

⁶⁹ El País digital, 13-9-2000

⁷⁰ Los antecedentes de la ley PAC también pueden consultarse en MOUTOUH, Hugues, Le PACS et l'Assemblée, en Recueil Dalloz; 1999-2, del 14-1.99, y en MOUTOUH, Hugues, La question de la reconnaissance du couple homosexuel: entre dogmatismo et empirismo, en Dalloz-Sirey, 1998, N° 39, p. 369 ; BELLUSIO, Augusto, El concubinato y el pacto civil de Solidaridad en el Derecho francés, en L.L. 2000-C-1100.

Teniendo en cuenta las diferentes obligaciones que adquieren quienes celebran un PAC que quienes viven simplemente en concubinato, el legislador concede a los primeros ventajas impositivas, en la seguridad social y en las leyes migratorias, que no otorga a los segundos.

Es de destacar que la celebración de un PAC no altera el estado civil de los celebrantes, ni da derecho a las técnicas de fecundación asistida a las parejas homosexuales, ni modifica las funciones de la patria potestad.

Dada la trascendencia de esta ley y la repercusión internacional que ha tenido, creemos importante realizar algunas precisiones sobre su contenido.

“Un pacto civil de solidaridad es un contrato celebrado por dos personas físicas mayores, de diferente o de igual sexo, para organizar su vida común” (art. 515-1).

Se critica a la ley por no precisar el contenido de la expresión “vida en común” que el pacto civil de solidaridad organiza. Sobre este tema se expidió el Consejo Constitucional francés ⁷¹ y afirmó que la noción de vida en común no cubre solamente una comunidad de intereses y no se limita a la exigencia de una simple cohabitación entre dos personas; la vida en común mencionada por la ley supone una residencia en común y una vida de pareja, pues de otro modo no se justificarían las incapacidades para celebrar el PAC, que tienden a prevenir el incesto y a evitar la violación de la obligación de fidelidad propia del matrimonio.

“El concubinato es una unión de hecho, que caracterizada por una vida en común que presenta un carácter de estabilidad y continuidad, entre dos personas de diferente o del mismo sexo, que viven en pareja” (art. 515-8).

En la nueva legislación el concepto de concubinato se extiende a las uniones homosexuales; consecuentemente, otorga iguales derechos a las parejas homosexuales y a las heterosexuales que viven en concubinato.

4.6.5 ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMERICA

En Estados Unidos de América tiene gran importancia la Ley de Defensa del Matrimonio del 12 de julio de 1996, dictada por una amplísima mayoría de votos (342 contra 67 en la Cámara de Diputados y 85 contra 14 en el Senado). En su segunda sección esta norma establece: Ningún Estado, Territorio, posesión de los Estados Unidos o tribu india, estará obligada a hacer efectiva en su ámbito propio ninguna disposición, documento o sentencia judicial de otro Estado, territorio, posesión o tribu, concerniente a una relación entre personas del mismo sexo, que sea considerada como matrimonial según las leyes de ese otro Estado, territorio, posesión o tribu”. La posibilidad de rechazo se extiende, incluso, a “cualquier derecho o demanda surgida de una relación de ese género” ⁷²

La importancia de la citada norma radica en que se trata de una ley federal; al respecto, cabe recordar que, en Estados Unidos, el matrimonio no es una cuestión federal sino que cada Estado lo regula en forma independiente, de allí que puedan haber Estados que reconozcan el matrimonio entre homosexuales. Pero a partir de la Ley de Defensa del Matrimonio ningún Estado está obligado a reconocer como matrimonio a las uniones concubinarias del mismo sexo, aun cuando otro Estado lo hubiera hecho.

Esta ley es muy significativa, porque por lo general el Estado federal norteamericano no se ocupa de regular las relaciones de familia. Desde 1804, el Congreso sólo dictó dos leyes federales relativas a las relaciones familiares: la (Parental Kidnaping Prevention Act) prevención de actos de secuestro paterno (PKPA), en 1980, y la (Full Faith and Credit for Chile Support Orders Act) acto de fe completa y las ordenes de apoyo de crédito para Chile (FFCCSOA), en 1994. Que un parlamento que normalmente no legisla sobre esta cuestión, y que en casi un siglo ha dictado sólo tres leyes, regule específicamente el tema nos da la pauta de su importancia. ⁷³

72 Una acerba crítica a esta ley puede consultarse en Strasser, Mark, Legally wed, same-sex, marriage and the Constitution, (la legalidad entre matrimonios del mismo sexo y la Constitución) en el Cap. VI, The defense of marriage act (la defensa del acto de matrimonio). Cornell University Press, London, 1997, ps. 127 y ss.

73 BUTLER, Charles, The defense of marriage act: congress's use of narrative in the debate over same - sex marriage, (usado en la narrativa del congreso de los actos del matrimonio en el debate sobre matrimonios del mismo sexo ") en New York University Law Review, (análisis de ley) 1998-3-841.

La doctrina norteamericana ha cuestionado la constitucionalidad de esta ley, y se espera que la cuestión llegue a su Corte de Justicia, donde no se sabe a ciencia cierta cómo será resuelta la cuestión ya que la Corte de los Estados Unidos en el precedente “Romer” –que analizamos infra- ya se expidió a favor de los homosexuales en contra del Estado de Colorado y declaró inconstitucional una enmienda realizada nada menos que a la Constitución de Colorado, por discriminatoria en contra de los homosexuales.⁷⁴ Los autores instan a la Corte norteamericana a que reaccione con prudencia en un tema tan trascendente, máxime cuando ya se expidió el Congreso por mayoría de votos. Así Sunstein alega que “es inevitable y propio que las soluciones últimas relativas a las grandes cuestiones de política de moralidad sean soluciones que provengan de los órganos democráticos y no judiciales.”⁷⁵

El 7 de febrero de 2000, en California, se aprobó por plebiscito una enmienda que establece: “California sólo reconoce como válido el matrimonio entre un hombre y una mujer”. La propuesta 22 fue aprobada por una mayoría del 61% de los votantes, mientras que el 39% se opuso.⁷⁶

En abril de 2000, la Cámara de los Comunes de Vermont aprobó una ley que equipara, en cuanto a sus efectos, la unión homosexual registrada al matrimonio. Esta ley fue dictada después de que la corte de Vermont declarara que era inconstitucional, en diciembre de 1999, no otorgar los beneficios del matrimonio a la pareja homosexual.⁷⁷

La Corte Suprema de Vermont resolvió en el precedente “Baker vs. State”, en diciembre de 1999, que era inconstitucional denegar a las parejas lesbianas y gays los beneficios que gozan los miembros del matrimonio.⁷⁸

Esta decisión motivó que el Estado de Vermont dictara la Ley de Uniones Civiles (Civil Unions) que fue aprobada por la Cámara de Diputados en marzo de 2000.

74 SUNSTEIN, Cass R; Same-sex marriage, (matrimonios del mismo sexo) en Harvard Law Review; (análisis de ley) vol. 110, november 1996, N° 1, p. 99.

75 SUNSTEIN, ob.cit.

76 Newsweek del 20-3-2000.

77 Advocato del 29-2-2000, p. 16.

78 Harvard Law Review, V. 113, may 2000, N° 7, ps. 1882/1883

En esencia, la ley establece que el “matrimonio” es la unión de un hombre y una mujer y crea la institución de “unión civil” para la unión estable homosexual registrada. La ley otorga iguales derechos y obligaciones a las uniones civiles que a los matrimonios en todo aquello que tenga como fuente normas del Estado de Vermont y reconoce que en los derechos y obligaciones derivados de normas federales seguirán existiendo diferencias entre los miembros de un matrimonio y las partes de una unión civil, porque por aplicación de la ley Doma (Defense of Marriage Act) el Estado federal no reconoce a las uniones homosexuales el status matrimonial.

A continuación reseñaremos los considerandos por el congreso de Vermont.

1) Que el matrimonio civil en Vermont consiste en la unión entre un hombre y una mujer.

2) Que históricamente el Estado de Vermont otorga igual tratamiento y respecto a todos sus habitantes. Esta tradición está contenida en la Constitución de Vermont, Capítulo I, artículo 7°.

3) Que el interés estatal en el matrimonio civil está dirigido al cuidado de la familia y a proteger a los miembros de la familia de las consecuencias económicas y sociales del abandono y el divorcio.

4) Que el reconocimiento legal del matrimonio civil por el Estado es en muchos casos la exclusiva fuente de numerosos beneficios, responsabilidades y protección legal para las personas casadas y sus hijos.

5) Que basado en la tradición estatal de igualdad de trato para toda la familia, desde hace veinticinco años, Las Cortes de Vermont han legitimado a los individuos gays y lesbianas para ser padres adoptivos.

6) Que Vermont fue uno de los primeros Estados que prohibió la discriminación en base a la orientación sexual (Ley 135 de 1992).

7) Que el Estado tiene un especial interés en promover la estabilidad familiar incluidas las familias basadas en uniones homosexuales.

8) Que sin la protección legal que otorga beneficios y responsabilidades a los matrimonios, las parejas del mismo sexo sufren numerosos obstáculos y privaciones.

9) Que no obstante la discriminación económica y social, muchos gays y lesbianas han formado parejas con personas de su mismo sexo. Estas parejas viven juntas,

participan en las tareas comunes conjuntamente y algunas educan hijos y cuidan de los miembros de la familia conjuntamente al igual que lo hacen las parejas casadas.

10) Que garantizar la protección de las parejas del mismo sexo a través de un sistema de uniones civiles permite el debido respeto a las instituciones tradicionales y evita la discriminación de las relaciones homosexuales.

4.6.6 México.

Se encuentra en las legislaciones abstencionistas pues el legislador no ha tomado ninguna previsión con respecto a las uniones homosexuales; no las sanciona, pero tampoco se ocupa de regular sus consecuencias jurídicas.

Dentro de esta categoría se encuentran, en general, las legislaciones latinoamericanas; en estos países aún no existe un pronunciamiento legislativo sobre la amplia problemática que presentan las uniones homosexuales.

En estos ordenamientos, por definición histórica, el matrimonio es considerado como la unión de un hombre y una mujer. En algunos de ellos, como en México, la diferencia de sexo es uno de los requisitos específicos para la celebración del matrimonio. Pero cabe destacar que estas definiciones tradicionales fueron dictadas con anterioridad a los reclamos de los homosexuales del derecho a contraer matrimonio, en una época en la que la cuestión de la homosexualidad no había sido abordada desde la óptica del Derecho civil.

En nuestro país se ha propuesto la iniciativa de Ley de Sociedades de Convivencia, para reconocer este tipo de uniones pero, no ha prosperado.

De ser aprobada, la iniciativa tan solo regirá en el Distrito Federal y no contempla la posibilidad de que estas parejas puedan adoptar, pero si el otorgarles el derecho a heredar el uno al otro, poseer un seguro social o compartir vivienda.

Los que integren estas sociedades deben ser mayores de edad, solteros o solteras y no ser familiares, el acuerdo entre las partes sería registrado por las autoridades y podría ser roto por cualquiera de las dos personas o automáticamente sí uno de ellos se casa.

Hasta el momento, la moneda para saber si en la ciudad de México se reconocen de forma legal los derechos de lesbianas y homosexuales sigue en el aire, pero por lo pronto, muchos han definido sus posturas en torno a esta polémica legislación que fue analizada por magistrados del Supremo Tribunal de Justicia y que cuenta con el apoyo de algunos organismos civiles de mujeres, de derechos humanos, artistas, académicos e intelectuales y por la propia comunidad Lésbico-Gay, Bisexual y Transgénero (LGBT).

CAPÍTULO CINCO

La adición al artículo 267 del Código Civil para el Distrito federal, de la bisexualidad probada de alguno de los cónyuges.

5.1 Análisis doctrinario del divorcio.

A través del análisis de la historia es posible percatarse de cómo las transformaciones económicas, políticas y sociales determinan cambios en los sistemas jurídicos, ya que el Derecho no puede permanecer estático e inmutable ante las nuevas expresiones de la cultura de los pueblos y sus desviaciones. Así, se puede apreciar que la normatividad jurídica de las sociedades primitivas o poco evolucionadas dispone de un sistema normativo simple y elemental que se va transformando para hacerse más complejo de acuerdo con los cambios sociales.

Esta necesidad de transformación del Derecho se ha manifestado desde épocas remotas, y se encuentra plenamente identificada en la célebre expresión romana *ius semper loquitur* con la cual se precisa que el derecho siempre está presente para regular las conductas y solucionar las controversias que se presenten en una sociedad, manteniendo vigente su propósito de justicia a través del perfeccionamiento de sus instrumentos fundamentales, que son las normas jurídicas.

La dinámica que se manifiesta en un gran número de transformaciones en la familia y en las organizaciones que estructuran la composición de la sociedad, presionan paulatinamente el contenido de las normas que integran todo sistema jurídico.

Sencillamente, desde el tipo de sociedad cuyo funcionamiento regula el Derecho, se pueden determinar las características del sistema jurídico, ya que, según afirma Lozano “El derecho es la técnica de la convivencia social”,⁷⁹ por lo que las transformaciones que la sociedad manifiesta se reflejan necesariamente en el contenido de sus normas.

Como el tema que nos ocupa no escapa de esta evolución, considero que existe la posibilidad de adicionar al artículo 267 del Código Civil la bisexualidad manifestada de uno de los cónyuges como causal de divorcio para identificar a esa acción más plenamente es decir, insertando esta causal.

La propuesta pretende contemplar esta causal ya que ni en la ley sustantiva ni en la ley adjetiva civiles, se pronuncia definición alguna sino únicamente en la jurisprudencia penal con respecto al código de penal de Durango, con lo que se deja al prudente arbitrio del juzgador, de ahí el hecho y justificación de ampliar el contenido de las causales de divorcio en estudio, con el evidente propósito de no dar margen al juzgador de imponer su juicio de valor, o tener que considerarlo como injurias graves, ya que con ello la estamos considerando como la gran causal del divorcio, por el contrario el propósito mismo es englobar y sujetar a ese juzgador a una razonada administración de justicia, es decir desde el momento mismo de la propuesta de la acción como una facultad jurídica, una relación jurídica una posibilidad de inquietar y porque no de corregir al infiel sea cual fuere su origen.

Muchos jurisconsultos han pretendido descubrir varias definiciones insistiendo en afirmar que se puede definir al divorcio desde diversos ángulos, diferencias o perspectivas queriendo establecer desde la definición gramatical hasta una definición jurídica pasando por una definición filosófica que utiliza el método inductivo.

Unos afirman que el divorcio se puede conceptualizar como una simple separación o distanciamiento entre la pareja.

Otros sostienen que el divorcio es la simple divergencia de ideas es decir que no existe punto de coincidencia en ellos, lo que determina precisamente ese divorcio.

Para nosotros es de interés solo el aspecto jurídico por lo que podemos afirmar que de acuerdo con la legislación mexicana, el divorcio es la culminación de la disolución legal del matrimonio que deja a los cónyuges en aptitud o no de contraer otro; sin embargo en algunos regímenes matrimoniales se comprende dentro del término divorcio la mera separación de cuerpos sin disolución del vínculo jurídico que une a la pareja.

La causal de divorcio en estudio es un foco de corrosión de la sociedad.

La acción de divorcio es un “derecho potestativo” o sea el poder jurídico de crear un estado de sujeción y ser capaz de producir una nueva situación jurídica.

Entendemos que el derecho potestativo al que hacemos referencia, le falta por completo lo que es característico de los derechos subjetivos, por lo que es característico de los derechos subjetivos, que presupone una obligación a cargo del sujeto pasivo.

En suma, mediante el derecho potestativo el actor da vida a la condición para la actuación de la ley, en este entendido los tribunales por regla general no actúan de oficio ya que el ejercicio de la acción procesal esta encomendada a las partes y el divorcio no es la excepción a la regla ya que como método o medio para romper el vínculo jurídico con las exigencias procesales que le dan origen.

El divorcio en suma es pues en nuestro concepto, la demostración del interés del matrimonio al cual tiene implícito la necesidad de preservar el orden social exigiendo la prueba plena de los hechos en materia de la controversia.

5.2 Elementos probatorios que integran la causal de divorcio.

En derecho mexicano existen dos clases de adulterio que creemos se debe distinguir: el adulterio en derecho penal y en el civil.

El adulterio en derecho penal, regulado hasta 1999 en los artículos 273 al 276 del Código Penal del Distrito Federal y que sigue considerado como delito en algunos códigos penales de los Estados.

A fin de actualizar el tipo penal en cuestión, para el derecho penal era necesario que el adulterio fuera cometido en el domicilio conyugal o con escándalo y debía ser consumado, esto quiere decir que debe ser un acto sexual propio y completo. Por lo anterior es que era muy difícil probar un adulterio en derecho penal ya que, normalmente, se necesitaban pruebas directas del acto carnal como sería una fotografía, o un video.

En derecho civil pensamos que la formulación del adulterio es un tanto más flexible, empezando por el hecho de que para éste es una simple violación al deber de fidelidad y no es un delito; por lo mismo no se necesita que el adulterio esté consumado mediante un acto sexual pleno, sino que basta con cualquier acto lascivo para que se provea el adulterio civil.

Asimismo nuestros tribunales federales han establecido que la acreditación del adulterio civil es más simple pues las pruebas pueden ser indirectas, según han sostenido nuestros tribunales federales (tales como testimoniales, documentales privadas o un acta de nacimiento de un hijo adulterino).

Cabe señalar, igualmente, que el adulterio civil puede ser cometido tanto por la mujer como por el varón, a diferencia de lo establecido en el en Código Civil de 1884 donde el adulterio sólo era causal de divorcio si lo cometía la mujer.

Finalmente, debemos indicar que nuestros tribunales federales igualmente han establecido que la causal de divorcio basada en el adulterio no caduca –en el término de seis meses- si el adúltero ha hecho de su conducta una forma de vida.

5.3 Problema que se presenta al aplicar los criterios Jurisdiccionales en la causal de divorcio por adulterio.

El juzgador quisiera encontrarse con fórmulas precisas, casi a manera de recetarios, para la aplicación del Derecho que le pudieran indicar de antemano el derecho aplicable a cada caso. Esto es imposible. La circunstancia anterior implicaría que la conducta humana, en su totalidad, estuviese regulada por el Derecho, lo que nos ubicaría a los seres humanos como seres mecánicos carentes de albedrío o libertad.

El otro supuesto, en que a veces se ubica el juzgador, se refiere a que toda decisión jurisdiccional estuviera ubicada en el contexto de la libertad plena para el mismo juzgador, de tal manera que cada caso pudiera decidirlo de manera libre, sin relación alguna con otros casos o normas jurídicas, lo que haría imposible la ordenación del Derecho, la presencia de un orden jurídico en la vida social, llegándose hasta el extremo de anular el concepto de Derecho.

De una manera más realista, ubicados en el justo medio de los dos extremos mencionados, Recaséns Siches ⁸⁰ opina que el juzgador se encuentra con los siguientes problemas en el momento de individualizar la norma jurídica general:

1. Determinar la norma válida pertinente para el caso controvertido.
2. Convertir los términos generales de la ley o del reglamento en una norma singular, personal y concreta.
3. Elegir el método adecuado de interpretación, entre los varios métodos posibles, para tratar el caso concreto.
4. Colmar “las lagunas”, en el ordenamiento positivo formulado.

5. Dilucidar sus problemas personales de conciencia, al encontrar que una norma válida, aplicable al caso concreto arroja resultados injustos.

Como se ve, el juzgador tiene ante sí el mayor y más trascendente problema respecto a la norma jurídica.

Es necesario preguntarnos será procedente la causal de divorcio por adulterio cuando la relación extramarital sea con persona del mismo sexo.

Entonces el problema se plantea al juzgador quien atendiendo al caudal probatorio debe determinar sí en su concepto tales actos constituyen causa de divorcio y ahí es en donde surge el problema que consiste precisamente en el juicio de valor, el cual por obvio es distinto en cada ser pensante.

Siendo sabido que en nuestro sistema jurídico existe la valoración de las pruebas adoptando un sistema mixto, es decir el tasado y el libre; sin embargo esto nos lleva al problema del criterio que aplica el juzgador, por ello insistimos en la iniciativa de adecuar las hipótesis legales a la conducta del hombre actual, así no dar márgenes de error en la valoración de los elementos probatorios de la causal de divorcio por adulterio por considerar a esta como la afrenta máxima que pueda recibir el matrimonio como institución social y jurídica.

Por lo que debemos procurar darles a las normas la mayor precisión posible y garantizar con ello de la manera más eficaz su observancia.

5.4 Atendiendo a la naturaleza jurídica del matrimonio.

Respecto de la naturaleza del acto jurídico que constituye al matrimonio existen distintas teorías, las más generalizadas lo consideran como: institución, acto jurídico condición, un acto jurídico mixto, un contrato ordinario, un contrato de adhesión, un estado jurídico un acto de poder del estado.

A continuación, estudiaremos estas condiciones jurídicas para determinar la naturaleza del matrimonio.

EL MATRIMONIO COMO UNA INSTITUCIÓN.- “El matrimonio constituye una verdadera institución, dice Rojina Villegas, por cuanto que los diferentes preceptos que regulan tanto al acto de su celebración, al establecer elementos esenciales y de validez, como los que fijan los derechos y obligaciones de los consortes, persiguen la misma finalidad

al crear un estado permanente de vida que será la fuente de una gran variedad de relaciones jurídicas”.⁸¹

Se dice también que estas reglas son impuestas por el Estado y que los contrayentes sólo se someten a ellas, sin poder modificarlas; también se dice que son normas de igual naturaleza, que regulan un todo orgánico y que según Ihering, tienen autonomía, estructura y funcionamiento propio dentro del sistema total que constituye el derecho positivo.

En primer lugar hay que entender que una institución jurídica es un conjunto de normas de igual naturaleza que regulan un todo orgánico y que persiguen una misma finalidad.

No tenemos duda de que el matrimonio es una institución jurídica en la que los consortes tienen por objeto constituir una familia y realizar un estado de vida permanente. Sin embargo, el hecho de que esta unión sea identificada como una institución jurídica, no nos sirve para señalar claramente la verdadera naturaleza del acto que da su origen.

Zannoni opina al respecto que: “cuando se alude al matrimonio como institución, y su recepción por el derecho que, a través de la ley, constituye la formalización del control social institucional para proveer al matrimonio, como lo ha señalado Díaz de Guijarro, de un adecuado centro de seguridad ético, económico y jurídico. Se conjugan, de este modo, los tres elementos que mostraba Roscoe Pound: “un elemento ideal de civilización y de los valores que ella implica, un elemento real de fuerza, influencia y coerción, y un elemento de acomodamiento y planificación”. El matrimonio, como institucionalización, cristaliza así en relaciones institucionalizadas que escapan al arbitrio individual y que el derecho hace imperativas”.⁸² Por su parte Guillermo A. Borda manifiesta que es indudable que el matrimonio es una institución y no un contrato de acuerdo con los siguientes razonamientos: “El matrimonio se propone fundar una familia, crear una comunidad plena de vida, concebir hijos, educarlos; es

81 Rojina Villegas, Rafael, Derecho de Familia, pág.259.

82 Op. cit; pág. 134.

un elemento de vital de la sociedad; es, en fin, una institución. Renard ha puesto de relieve las notas diferenciales entre contrato e institución: a) El contrato es una especulación; vendedor procuro el precio más alto; comprador procuro el precio más bajo. La institución es un consortium en el que todos los intereses son coincidentes. b) La igualdad es la ley del contrato; por el contrario; quien dice consortium dice organización y disciplina: la jerarquía es pues, la ley de la institución.

c) El contrato es una mera relación y en consecuencia sólo produce efectos entre las partes; la institución es una entidad y, por ello, se impone tanto a las partes como a terceros. d) El contrato es una relación exterior a los contratantes, un lazo de obligación vinculum juris; la relación institucional es una interiorización. e) El contrato no es más que una tregua en la batalla de los derechos individuales; la institución es un cuerpo cuyo destino es ser compartido por sus miembros; en otras palabras, el contrato es un producto de la concurrencia, la institución es un producto de la comunicación. f) El contrato es precario, se desata como se ha formado y toda obligación está destinada a extinguirse con el pago; la institución está hecha para durar, para perpetuarse, desafía la muerte. g) El contrato es rígido, estático, la institución se adapta; h) El contrato es una relación subjetiva de persona a persona; las relaciones institucionales son objetivas y estatutarias.”⁸³

EL MATRIMONIO COMO ACTO JURÍDICO CONDICIÓN.- León Duguit, en su tratado de derecho constitucional define el acto condición como el acto jurídico que tiene por objeto determinar la aplicación de las normas de derecho positivo a uno o varios individuos para crear situaciones jurídicas concretas.

Es decir, un sistema jurídico objetivo que es puesto en movimiento en la realización del matrimonio que trae múltiples consecuencias de duración indefinida como las de vivir permanentemente, proporcionarse auxilio mutuo, procrear hijos, y crear una familia, con obligaciones y derechos recíprocos mediante una serie de actos que se van realizando permanentemente.

EL MATRIMONIO COMO ACTO JURÍDICO MIXTO.- En el derecho se distinguen los actos jurídicos privados, que realizan los particulares, los actos jurídicos realizados por las autoridades públicas y los actos jurídicos mixtos, donde concurren tanto los particulares como las autoridades.

El matrimonio es un acto jurídico mixto, porque se constituye con la voluntad de los consortes y por la intervención del oficial del Registro Civil. Autoridad pública que no sólo realiza una actividad declarativa, al manifestar que los contrayentes se unen en matrimonio, sino constitutivo al dar al acto validez jurídica.

En Roma, el matrimonio era privado sin la presencia de ninguna autoridad y también en el derecho canónico antes del Concilio de Trento. En los tiempos modernos es característico del derecho anglosajón, hasta el Estatuto 1753 que declaró nulos los matrimonios que no fueran religiosos y civiles.

EL MATRIMONIO COMO CONTRATO.- Ésta ha sido la tesis tradicional desde que se separa la iglesia del Estado, tomando en cuenta que existe el consentimiento y el objeto que es la voluntad de un hombre y una mujer, que se unen con el objeto de auxiliarse mutuamente y procrear hijos para formar una familia.

Por otra parte, este contrato para ser válido se requiere que exista capacidad de los contrayentes, que no existan vicios del consentimiento, que el objeto motivo y fin, sea lícito y que se realice con las formalidades que establece la ley. El contrato se celebra ante el Oficial del Registro Civil, quien le da plena validez.

También se dice que este contrato se termina por medio del divorcio, que decreta la disolución del vínculo matrimonial.

En contra de esta tesis que se consolidó y ha perdurado por muchos años, desde el Código de Napoleón, en el siglo XVIII, influido por las ideas de Rosseau y Pothier, se han elaborado algunas críticas, al decir que no es un contrato porque no tiene el carácter de patrimonial y, por ello, carece de objeto y de causa, dado que no existe interés pecuniario.

Ruggiero opina que el matrimonio no es un contrato y dice: “Precisamente las normas que no sólo limitan, sino que aniquilan toda autonomía de la voluntad, demuestran la radical diferencia que media entre el contrato y el matrimonio. Contra lo que sucede en los contratos, el matrimonio está sustraído a la libre voluntad de las partes; éstas no pueden, en el matrimonio estipular condiciones o términos, ni

adicionar cláusulas o modalidades ni disciplinar las relaciones conyugales de modo contrario a lo establecido en la ley; la libertad no surge, sino cuando se trata de intereses patrimoniales, y aún en tal caso está muy limitada.”⁸⁴

Además, agrega este jurista, que no basta la voluntad de los cónyuges para celebrar el matrimonio, es necesaria la intervención del Oficial del Registro Civil, quien no es un simple fedatario, sino declara la celebración del matrimonio y añade “tenemos que considerar al matrimonio como un negocio jurídico complejo formado mediante concurso de la voluntad de los particulares y el Estado”.⁸⁵

Bonnecase también opina que puede ser el matrimonio, un contrato. En su obra la filosofía del Código de Napoleón aplicada al derecho de familia, sostiene que los consortes no pueden alterar el régimen del matrimonio, estipulando derechos y obligaciones distintos de los que imperativamente determina la ley. Carece de valor cualquier punto que los contrayentes estipularan para cambiar el régimen legal o modificar los fines del matrimonio. La disolución del matrimonio sólo puede proceder por causas expresas que reglamenta la ley y sus efectos no son retroactivos, dado que puede continuar el matrimonio produciendo sus efectos como matrimonio putativo.

Por esta razón, estima este tratadista que los redactores del Código de Napoleón, al establecer que el matrimonio era un contrato, no fueron consecuentes con el principio de la autonomía de la voluntad que domina, sin excepción, los efectos de los contratos.

Bonnecase, fundado en las consideraciones que anteceden, acepta que el matrimonio es una institución.

En nuestro país, el artículo 159 del código Civil de 1870 se dijo que “el matrimonio es la sociedad legítima de un solo hombre y una sola mujer que se unen en vínculo indisoluble para perpetuar la especie y ayudarse a llevar el peso de la vida”. El Código Civil de 1884 en el artículo 155 repitió la anterior disposición.

La ley de Relaciones Familiares en el artículo 13 decía: “El matrimonio es un contrato civil entre un solo hombre y una sola mujer, que se unen con vínculo disoluble para perpetuar la especie y ayudarse a llevar el peso de la vida”.

⁸⁴ Ruggiero, Roberto de, op. cit; pág. 722.

⁸⁵ Ruggiero, Roberto de, op. cit; págs. 723 a 725

En cambio, el Código Civil vigente no da ninguna definición, de tal manera que no dice que sea un contrato; en cambio, antes de la Reforma, existían diversas disposiciones que sostenían que el matrimonio era un contrato. Por ejemplo, el artículo 156 decía: “Son impedimentos para celebrar el contrato de matrimonio”: El artículo 178 decía: “El contrato de matrimonio debe celebrarse bajo el régimen de sociedad conyugal, o bajo el de separación de bienes.”

Nuestra Constitución Política de 1917, declaraba terminantemente, antes de la reforma de 1992, en el artículo 130 que: “El matrimonio es un Contrato Civil. Éste y los demás actos derivados del estado civil de las personas, son de la exclusiva competencia de los funcionarios y autoridades del orden civil, en los términos prevenidos por las leyes, y tendrán la fuerza y validez que les atribuyan.”

Pero esta disposición fue suprimida.

El tratadista Rafael Rojina Villegas dice: “Aun cuando es indudable que nuestros textos legales desde 1917, tanto la Constitución como en la ley de relaciones familiares, y después en el Código Civil vigente, han venido insistiendo en la naturaleza contractual del matrimonio, también no es menos cierto que tal punto de vista sólo tuvo por objeto separar de manera radical el matrimonio civil del religioso, es decir, negar el principio consagrado por el derecho canónico que dio tal carácter de sacramento al matrimonio.

EL MATRIMONIO COMO UN CONTRATO DE ADHESIÓN.- Como una modalidad, se sostiene la tesis de que el matrimonio es un contrato de adhesión, toda vez que los contrayentes no tienen la libertad de estipular los derechos y obligaciones, así como las demás modalidades que reglamenta el contrato, sino que se adhieren a lo estipulado por la ley. Es semejante al contrato de adhesión, donde una parte sólo tiene que aceptar la oferta de la otra, sin posibilidades de modificar los términos de la misma.

En los contratos de adhesión sí existe la voluntad de los contrayentes, sólo que prevalece la voluntad del oferente.

En el matrimonio no prevalece la voluntad de uno de los contrayentes sobre el otro, sino que es la voluntad del Estado expresada en la ley a la que se someten ambos contratantes.

Sin embargo, contra esta tesis se objeta que en los contratos de adhesión sólo concurren las partes, y en el matrimonio participa también una tercera persona que es el Oficial del Registro Civil y, por otra parte, tampoco concurre la voluntad de uno de los contrayentes sobre el otro, sino que es la ley que el Estado ha elaborado sobre el matrimonio, a la que los cónyuges se someten.

EL MATRIMONIO COMO “ESTADO JURÍDICO”.- Hay que distinguir entre actos y hechos jurídicos que son transitorios, de los estados jurídicos o estados permanentes y continuos.

También hay que distinguir entre “estados jurídicos” y “estados de hecho”.

Los Estados Jurídicos son reglamentados por las normas legales, estableciendo derechos y obligaciones entre las personas desde el momento de su creación hasta su disolución; en cambio, los Estados de Hecho son fruto de la voluntad de las personas, pero no reguladas por la ley, salvo en casos especiales.

Como ejemplo del Estado Jurídico podemos citar al matrimonio y como ejemplo del Estado de Hecho podemos mencionar al concubinato, aunque en la actualidad, con la reforma, tiene las mismas características que el matrimonio. Ambos estados son análogos, tanto en el matrimonio como en el concubinato hay un estado creado por la voluntad del hombre y una mujer para vivir unidos, auxiliarse mutuamente y procrear la especie a través de una familia; pero en tanto que en el matrimonio hay un estado jurídico reglamentado por la ley, en el concubinato hay un estado de hecho que no producía efectos jurídicos en su totalidad dado que no estaba reglamentado por la ley, y toda vez que es ilícito desde el punto de vista que la forma legal y moral de constituir una familia es el matrimonio, pero que genera una serie de derechos y obligaciones familiares.

Rojina Villegas dice: Tomando en cuenta las ideas expuestas, resulta evidente que el matrimonio, no puede definirse como un acto jurídico simplemente, es decir, no se agota en el solo acto de la celebración, pues sería un acto incompleto. La plenitud de sus fines y, sobre todo, el incumplimiento de las obligaciones entre el marido y la mujer y en relación con los hijos, depende fundamentalmente del estado matrimonial.

“Además es indiscutible que tales derechos y obligaciones sólo podrían cumplirse satisfactoriamente a través de la vida en común. De aquí el interés no sólo doctrinario,

sino también estrictamente legal, para distinguir entre el acto que inicia el estado matrimonial y ese estado propiamente dicho.”⁸⁶

EL MATRIMONIO COMO UN ACTO DEL PODER DEL ESTADO.- Esta tesis la ha sostenido el jurista italiano Cicú, al considerar que la voluntad de los contrayentes no es esencial y que lo fundamental es la declaración oficial del Estado que declara el matrimonio, por medio del cual produce efectos jurídicos entre los contrayentes, con los hijos y con terceros.

5.5 Obligaciones y derechos que nacen del matrimonio.

Con motivo del matrimonio surgen diversas relaciones jurídicas, pero por ahora sólo nos vamos a ocupar de las relaciones que con motivo del matrimonio surgen entre los cónyuges.

Estas relaciones son derechos y obligaciones que se caracterizan:

- Por ser de orden público y no simplemente de orden privado entre los cónyuges no pueden renunciar a ellos ni antes, ni durante el matrimonio.

La cláusula donde se estipule lo contrario es nula y no producen efecto legal alguno;

- Los cónyuges una vez casados quedan sometidos a las normas imperativas que reglamentan el matrimonio, cuyo objeto es la realización de los altos fines morales y sociales que persigue esa institución, y

- Que esos derechos y obligaciones descansan en dos principios:

Primero.- La igualdad entre los cónyuges, y

Segundo.- Que la autoridad y dirección debe corresponder a ambos contrayentes.

Los derechos y obligaciones que nacen del matrimonio son:

1) Derecho a la libre procreación:⁸⁷ consiste en la posibilidad de ambos cónyuges de decidir sobre el número de hijos que desean tener.

Este derecho se encuentra tutelado por el artículo 4 de la Constitución y por el artículo 162 y 146 del Código Civil. Cabe recordar que en la ciudad de México éste ya no es un fin primordial del matrimonio, sin embargo, es un derecho que debe ejercitarse de consuno por ambos cónyuges.

⁸⁶ Rojina Villegas, Rafael, Derecho de familia, pág. 278

⁸⁷ SOUTO PAZ, op. cit; p. 108

2) Cohabitación en el domicilio conyugal: el artículo 163 del Código Civil señala que los esposos deben vivir juntos en el domicilio conyugal, que es el lugar establecido de común acuerdo por ellos, en el cual ambos disfrutaran de autoridad y consideraciones iguales. De éste se desprenden los deberes necesarios de dicha convivencia, como el débito conyugal, es decir, el deber de ambos de llevar una vida sexual activa única y exclusivamente entre ellos.⁸⁸

Este derecho, en caso de ser violado, es difícil encontrar una sanción adecuada, dado que es una obligación de orden afectivo y moral.

El abandono del domicilio conyugal, en nuestro Código Civil, tiene como sanción el divorcio (artículo 267, fracciones VIII y IX del C.C.).

3) Ayuda mutua: consiste en el apoyo que ambos cónyuges están obligados a brindarse para lograr su desenvolvimiento personal y el sostenimiento y desarrollo de la familia. En su concepto más amplio comprende desde bienes materiales (obligación alimentaria) hasta los que carecen de valor económico (apoyo, consuelo, motivación, etc.)⁸⁹

Son verdaderos derechos y obligaciones recíprocos, que descansan en la solidaridad familiar, como afirman todos los tratadistas del derecho civil.

El Código Civil, en el artículo 164, se refiere al aspecto patrimonial de la ayuda mutua, al establecer que los cónyuges deben contribuir económicamente al sostenimiento del hogar, a su alimentación y a la de sus hijos, así como a la educación de éstos.

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

⁸⁸ BORDA, op. cit; pp. 147 y 148

⁸⁹ Idem.

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

Artículo 164 Bis. El desempeño del trabajo en el hogar o el cuidado de los hijos se estimará como contribución económica al sostenimiento del hogar.

4) Igualdad: este derecho consiste en que entre los cónyuges no puede existir ningún tipo de discriminación –del carácter que sea: racial, social, o económico o intelectual- durante toda la vida matrimonial y en todos los ámbitos de la misma.

Esta igualdad se manifiesta tanto en el manejo del hogar, como en la formación y educación de los hijos, al igual que en la administración de los bienes tanto de ambos –si están casados bajo el régimen de sociedad conyugal- como de los hijos, cuando se trata de los bienes a que se refiere la fracción II del artículo 428 del Código Civil.

5) Fidelidad: es un derecho y una obligación, dicho deber se desprende de que su violación es una causal de divorcio (adulterio).⁹⁰

Nace del matrimonio y comprende, no sólo actos de no hacer relativos a abstenerse de relaciones genito-sexuales con persona distinta del cónyuge, sino también el cumplimiento de la promesa dada y el compromiso diario y permanente entre los cónyuges; comprende la permanencia del matrimonio como forma de vida. La fidelidad es un deber que se da en igualdad, es complementario y se exige como recíproco; es intransmisible, intransigible e irrenunciable.

Los Códigos civiles de 1870 y 1884 y la Ley Sobre Relaciones Familiares señalaban que “los cónyuges están obligados a guardarse fidelidad, a contribuir cada uno por su parte a los objetos del matrimonio y a socorrerse mutuamente” (Art. 40). El Código Civil actual no hace una referencia tan precisa, pero está incorporada dentro de la legislación La necesidad de la fidelidad entre los cónyuges, que es una consecuencia ineludible del carácter monogámico asignado a éste por la mayor parte de los países del mundo.

“Consiste la fidelidad matrimonial en la observancia de la fe prometida entre los esposos, fe que –se ha señalado- equivale a amor con carácter de exclusividad, que es la promesa que entraña al matrimonio.”⁹¹ Es la fidelidad de las dos partes al cumplimiento de los deberes mutuos.

“Esta superada la concepción que identifica la violación del deber de fidelidad con el adulterio, es decir, con las relaciones sexuales de uno de los cónyuges con un tercero. Actualmente existe criterio coincidente en el sentido de que no sólo puede existir infidelidad material (adulterio) sino también infidelidad moral, la que se da cuando sin mediar relaciones sexuales extraconyugales se establece con otra persona del otro sexo una relación afectiva capaz de lesionar los sentimientos del otro cónyuge o de hacer presumir objetivamente la existencia de una relación amorosa, o, en otros términos cuando hay una relación de intimidad o afectuosidad excesiva con persona de otro sexo, susceptible de lesionar la reputación o los sentimientos del otro cónyuge.”⁹²

Aunque el adulterio es la forma material de incumplimiento, la ilicitud en esta materia no sólo comprende el aspecto estrictamente jurídico, sino también y de manera fundamental al aspecto moral que en el caso recibe una sanción jurídica. El deber de fidelidad tiene una valoración ética y una valoración jurídica, por tanto, el aspecto ético puede ser regulado tanto por el Derecho como por la moral. Ahora bien, el ordenamiento jurídico acepta a través del concepto de buenas costumbres las reglas de moral social que tienen vigencia y valor en una sociedad determinada. En consecuencia, por lo que se refiere al matrimonio, es evidente que el deber de fidelidad debe buscarse, no sólo en preceptos jurídicos consagrados expresamente en un Código, sino también en las reglas que se derivan de las buenas costumbres imperantes en una sociedad. Aquí tenemos oportunidad de comprobar la intervención de la moral en el Derecho.

91 Augusto C. Belluscio. Derecho de familia, Tomo II, pág. 332.

92 Op. cit; pág. 333.

Puede decirse que el Derecho también comprende el aspecto estrictamente espiritual del problema, ya que sanciona la violación del deber de fidelidad que se traduce en aquellos actos que moralmente demuestran que un cónyuge no guarda al otro consideraciones debidas conforme a las buenas costumbres. La justificación es evidente, pues de no ser así peligraría la existencia misma del matrimonio.

Guarda relación estrecha con el amor conyugal y con la paternidad responsable. Es un valor que en el matrimonio debe celosamente promoverse. Muchos problemas de paternidad irresponsable derivan de la infidelidad en el matrimonio, que trae como consecuencia tantos hijos sin padre. En la legislación se hace referencia a la infidelidad al referirse al adulterio, es decir, a la consumación de la relación sexual fuera del matrimonio. Se establece como impedimento el adulterio habido entre las personas que pretendan contraer matrimonio (Art. 156 Fracción. V), y el no respetarse esta disposición, puede traer como consecuencia la nulidad del matrimonio (Art. 243). Es causa de divorcio la infidelidad que consiste en el adulterio debidamente probado de uno de los cónyuges (Art. 267 Fracción. I).

5.6 Margen de error al aplicar criterio o juicio de valor por el juzgador.

La interpretación se entiende como un procedimiento intelectual, científico, sobre un acto de conocimiento del Derecho; un acto racional en que el intérprete pone en juego su inteligencia, pero no su voluntad. En oposición a esta tesis, Kelsen opone su tesis sobre la voluntad, pues considera la interpretación como un acto de creación auténtica de la ley y por tanto, de voluntad posterior a la intención del legislador, pero en ambos casos nacen de un acto de voluntad.

En la interpretación de una norma jurídica, interviene, en primer término el esclarecimiento objetivo de ella por parte de la inteligencia. En este esclarecimiento intervienen: el análisis de las partes que la componen, la abstracción o instituciones que la forman y la conclusión provisional o definitiva de que la norma objeto de esclarecimiento pertenece a una verdad, a un sistema, a un orden jurídico determinado. Hasta ahí, el papel lógico de la inteligencia, acto seguido, interviene la facultad psicológica denominada voluntad, que consiste en la decisión de que la conclusión provisional o definitiva debe o no aplicarse, pues ante los ojos de la

voluntad, aparece como buena, justa, cargada de valores sociales, etcétera, por lo cual, confirma la conclusión provisional o definitiva que le presentó la inteligencia.

Los estudios modernos sobre el papel que la analogía juega en el derecho demuestran que no se trata de un procedimiento puramente lógico, ya que en el intervienen siempre juicios de valor.

Así observamos en el ejercicio jurisdiccional, sentencias o resoluciones acerca de un mismo punto de controversia, y en no pocas ocasiones sostenida con criterio aún opuesto, el uno del otro; claro ejemplo de ello son las resoluciones de las contradicciones de tesis jurisprudenciales.

Como hemos visto la tarea de valoración no es fácil, aunque las más de las veces se soslaya en su profundidad, lo que da lugar a la aparición de un margen de error.

5.7 Propuesta de adición al artículo 267 del código civil para el Distrito federal, relacionada con la inclusión como causal de disolución del vínculo matrimonial la bisexualidad probada de alguno de los cónyuges.

Resulta preocupante que en nuestro país y dado los niveles que ha alcanzado la bisexualidad en los tiempos actuales no se haya prestado ningún interés en regular al respecto y estudiar los daños públicos y privados que puede ocasionar esta omisión.

Considero pues necesario evitar que se destruyan las bases de la sociedad, que se legisle al respecto, que se creen causales y que se cumpla con las formalidades de la ley para celebrar el matrimonio.

Es necesario que el Estado controle este problema social que se inicia en la familia y acaba con ella.

Considero que es infundado conceder el divorcio alegando la bisexualidad de uno de los cónyuges, ya que el Código Civil para el Distrito federal no lo contempla como causal, en tal sentido, resolver en otros términos, resultaría infundada su resolución.

Por otra parte el cónyuge inocente en el caso de una conducta bisexual se encuentra en estado de indefensión, por la falta de una norma jurídica específica.

Es mucho más adecuado crear una causal autónoma como sucedió con la creación de la causal por violencia intrafamiliar a continuar considerando a las injurias como la gran causal de divorcio, evitando con ello que sea la jurisprudencia la que vaya

delineando, a través de los casos llegados al tribunal, los hechos que conforman esta causal.

Encontramos aquí el punto toral de la presente tesis, en efecto, aquí se acredita una vez más, la necesidad de una causal que regule la conducta bisexual de uno de los cónyuges para pedir el divorcio.

Por lo anteriormente expuesto propongo incluir una causal al artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal para quedar como sigue:

Art. 267.-

“XXII La bisexualidad probada de alguno de los cónyuges,

Es pertinente esta reforma ya que como hemos visto actualmente se entiende por adulterio en su acepción gramatical “el ayuntamiento carnal voluntario entre persona casada y otra de distinto sexo que no sea su cónyuge”, “violación de la fe conyugal”.

Por otra parte ante la ausencia de una definición legal, y que la únicas existentes en el código penal de Tabasco y Zacatecas es similar, esto puede dar lugar a diversos criterios en la interpretación y presentar un problema para su aplicación al impartidor de justicia, tratándose de adulterios homosexuales, por lo que considero necesario dicha adición; con lo que no se dejaría fuera de nuestra legislación los adulterios homosexuales que a pesar de su gravedad el legislador no tomo en cuenta estos actos ni dentro del adulterio ni en forma autónoma, por lo que considero importante adicionar esta causal a nuestra legislación.

Dicho de otra manera la realidad actual que enfrentamos a superado la actual redacción del Código Civil, con lo que no nos permite visualizar a terceros ajenos a la preferencia sexual de la pareja haciendo notoria su aceptación por una sociedad indiferente, por ello, es importante dar una descripción mas amplia y clara en dicho artículo que es el que regula las causales de divorcio.

El texto legal es el punto de apoyo de toda aplicación e interpretación de la norma. Sin embargo hay un problema. Si el legislador, en el momento de legislar, deja un amplio margen de lo legislado sujeto o sometido a la interpretación, ¿no es algo absurdo hacerlo así en vez de ser claro, directo y evidente? Por ello propongo superar esta actual redacción.

Como se aprecia la ley sustantiva debe en mi concepto superar conceptos imprecisos con, la adición, no se tendría que recurrir a ningún juicio de valor o buscar justificar el divorcio en otra causal cuando la causal es la bisexualidad.

Con esta adición se prevé la amplitud de la posible relación adulterina porque visto esta que en la actualidad por la perdida de valores y falta de honestidad, ahora es frecuente que se presenten en nuestra sociedad distintas preferencias sexuales, puesto que han proliferado con fuerza inusual homosexuales, lesbianas y todo tipo de personas. Que en muchas ocasiones llegan a contraer matrimonio tratando de ocultar su condición y por otra parte sostienen relaciones adulterinas homosexuales, atentando contra cónyuges inocentes y en muchas ocasiones contra la salud de los mismos.

Esto no contraviene de ningún modo lo preceptuado por el título primero capítulo I de las garantías individuales, artículo primero de la Constitución y artículo 2 del Código Civil que hacen referencia a las preferencias, ya que con esta adición lo único que se busca es respetar los fines del matrimonio y no es de ninguna manera violatorio de los derechos humanos en el entendido de una discriminación puesto que los grupos de homosexuales conservan siempre sus derechos humanos como hombres o mujeres en nuestra legislación, que por el contrario a buscado proteger sus derechos al sancionar la discriminación en el Código penal para el Distrito Federal.

Por todo lo expuesto considero es indudable prever estas conductas en nuestro derecho privado, tratando de evitar en la medida de lo posible la aplicación de criterio y buscar la aplicación de la ley atendiendo a lo que establece el artículo 14 Constitucional en los juicios del orden civil.

Dejar al arbitrio del juzgador la procedencia de la acción no es del todo saludable por ello debemos rediseñar nuestro actual derecho privado, adecuarlo a la realidad actual que nos guste o no rebasa en muchas ocasiones a nuestra legislación.

Realizar esta adición a nuestra legislación civil tiene como propósito buscar que desaparezcan las más de las injusticias y por otro lado proteger a tan noble institución como es la familia, que es el sustento y base de nuestro ser.

En México, dos tercios de las 180 mil personas que viven con el virus del sida son hombres que contrajeron la enfermedad al sostener relaciones homosexuales, según el informe anual sobre la epidemia publicada el 31 de Mayo de 2006.

En el caso de México y otros países de América Latina, “hay signos de que la transmisión heterosexual de sida está en aumento, porque cada vez más mujeres son infectadas por sus parejas varones, que a su vez han tenido relaciones con otros hombres”.

La creencia de que tener múltiples relaciones sexuales reafirma al hombre, inclusive cuando éstas se realizan con personas de su mismo sexo, ha sido el principal detonador del Sida en nuestro país.

La pandemia sigue creciendo. Las amas de casa representan uno de los grupos más vulnerables, la fidelidad mutua que es la mejor forma de evitar la propagación del virus del Sida significa que dos personas comprobadamente sanas no tengan relaciones sexuales fuera de la pareja; desafortunadamente la fidelidad se rompe con más frecuencia que los condones.

Aunque el contagio del VIH de mujer a mujer es aparentemente raro, debería considerarse el contacto sexual femenino como un medio posible de transmisión entre las mujeres que tienen sexo con otras mujeres, pues la exposición de una membrana mucosa como la boca (especialmente tejidos que no están intactos) a las secreciones vaginales y a la sangre menstrual es potencialmente infecciosa, particularmente durante las etapas temprana y tardía de la infección del VIH cuando se estima que la cantidad de virus en la sangre se encuentra en su nivel más alto.

Por otra parte la identidad sexual no predice necesariamente el comportamiento, y las mujeres que se identifican como lesbianas o bien bisexuales podrían estar en riesgo de contraer el VIH por medio de actos sexuales ocasionales sin protección con hombres.

A pesar de que nuestra legislación contempla en el capítulo III artículo 159 del Código penal para el Distrito Federal el Peligro de Contagio como delito es pertinente que se incluya también como una causal de disolución del vínculo matrimonial la bisexualidad de alguno de los cónyuges, para evitar el riesgo de contagio y contemplarla también como un impedimento para contraer matrimonio y con ello dejar abierta la posibilidad de que si la pareja sabe que su cónyuge es bisexual y lo acepta y aún así desea contraer matrimonio será bajo su propio riesgo. Al contemplar esta circunstancia como impedimento para contraer matrimonio la persona quedaría más obligada, a revelar sus preferencias sexuales antes de contraer matrimonio y la pareja

estaría en posibilidad de aceptar o no esa circunstancia y en caso de conocer de esta situación durante el matrimonio tendría la posibilidad de invocar esta causal de divorcio para protegerse del peligro de contagio evitando así estar expuesta a enfermedades de transmisión sexual.

Conclusiones

1.- El matrimonio es la forma legítima, y natural de constituir una familia por medio de un vínculo jurídico entre dos personas de distinto sexo, con el fin de establecer una comunidad de vida exclusiva, total y permanente, con derechos y obligaciones recíprocos entre ellos el de fidelidad y con la posibilidad de tener hijos.

2.- Actualmente por lo difícil de probar un adulterio en derecho penal la tendencia es hacia la despenalización como ha ocurrido en el Código Penal para el Distrito Federal.

El matrimonio está considerado desde el punto de vista jurídico, como una institución de orden público cuya preservación es de interés supremo del Estado; por eso las causales de divorcio deben comprobarse plenamente, también para la nulidad.

3.- En derecho Civil pensamos que la formulación del adulterio es un tanto más flexible, empezando por el hecho de que para éste es una violación al deber de fidelidad y no es un delito; por lo mismo no se necesita que el adulterio esté consumado mediante un acto sexual pleno, sino que basta con cualquier acto lascivo para que se provea el adulterio Civil.

4.- Nuestros tribunales federales han establecido que la acreditación del adulterio civil es más simple pues las pruebas pueden ser indirectas.

5.- En el Código Civil para el Distrito Federal no encontramos definición del adulterio y en materia penal dejó de ser delito. Por lo tanto podemos concluir que no hay definición legal de adulterio y ante la ausencia de una definición legal debemos recurrir a la definición gramatical, y en el Diccionario de la Lengua de la Real Academia Española, vemos que el adulterio es el “ayuntamiento carnal ilegítimo de un hombre y una mujer, siendo uno de los dos o ambos casados, con lo que quedan fuera de esta causal los adulterios homosexuales.

6.- La bisexualidad es la atracción por ambos sexos, sin que la inclinación hacia el sexo propio signifique repulsión, de lo anterior se desprende que es necesario se legisle sobre el tema en cuestión ya que actualmente se presentan con mayor frecuencia estas conductas que afectan al matrimonio.

7.- La bisexualidad afecta a hombres y mujeres por igual y actualmente no es considerada como una enfermedad, ya que ha existido en todos los tiempos y en todas las culturas humanas, es considerada en la actualidad como un problema de tipo social.

8- La falta de regulación en el Código Civil para el Distrito federal, de la bisexualidad como causal de divorcio, crea incertidumbre jurídica al cónyuge que quiere demandar el divorcio, porque su pareja es bisexual, y así el cónyuge inocente se ve afectado en su esfera jurídica; dada la falta de regulación específica, no obstante la existencia de la conducta bisexual y que puede incluso estar debidamente probada.

Por ello considero necesario dotar de una causal específica al cónyuge inocente para que en todo caso, se pueda examinar la conducta del otro, derivada de una relación homosexual.

A pesar de que en el año 2000 la Asamblea Legislativa emitió el Código Civil para el Distrito federal, incorporando sustanciales cambios al mismo omitió regular este tipo de conductas que se presentan cada vez con mayor frecuencia.

9- Es inobjetable que debemos prever esas conductas en nuestra legislación para proporcionar mayores elementos de juicio al impartidor de justicia, tratando de evitar en la medida de lo posible la aplicación de criterio.

Es mucho más adecuado crear una causal autónoma como sucedió con la creación de la causal por violencia intrafamiliar a continuar considerando a las injurias como la gran causal de divorcio.

10.- Considero se debe adicionar como causal de divorcio al artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal a la bisexualidad hasta en tanto nuestro código continúe con el sistema casuístico.

Bibliografía

1. SANCHEZ MARQUEZ, Ricardo, Derecho Civil, Editorial Porrúa, segunda edición, México 2002.
2. REYNOSO DAVILA, Roberto, Delitos sexuales, Editorial Porrúa, segunda edición, México 2001.
3. MARGADANT S, Guillermo Floris, El Derecho Privado Romano, vigésimo sexta edición, Editorial Esfinge, México 2003.
4. DOMINGUEZ MARTINEZ, Jorge Alfredo; Derecho Civil parte general personas cosas negocio Jurídico e invalidez, Editorial Porrúa, México 2003.
5. MORINEAU IDUARTE, Marta, e IGLESIAS GONZALES, Román, Derecho Romano, Editorial Oxford, México 2003.
6. MIZRAHI, Mauricio Luis, Familia Matrimonio y Divorcio, Editorial Astres, Argentina 1998.
7. YUNGANO, Arturo R. Derecho de Familia, Ediciones Macchi, tercera edición, Argentina 2001.
8. ALVAREZ LEDESMA, Mario I. Introducción al derecho, Editorial Mcgraw-Hill, México 1998.
9. RABASA, Emilio. El artículo 14 y el juicio Constitucional, Editorial Porrúa, México 2002.
10. CORCUERA CABEZUT, Santiago. Derecho Constitucional y Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Editorial Oxford, México 2003.

11. MATA PIZAÑA, Felipe. Derecho Familiar y sus Reformas más recientes a la legislación del Distrito Federal, segunda edición, Editorial Porrúa, México 2005.
12. LOZANO RAMIREZ, Raúl. Derecho Civil primera edición, Tomo I, Derecho Familiar, Editorial Pac, México 2005.
13. CHAVEZ ASCENCIO, Manuel F. La Violencia Familiar en la Legislación Mexicana, segunda edición, Editorial Porrúa, México 2000.
14. SILVA, Jorge Alberto, Derecho Internacional privado, su recepción judicial en México, Editorial Porrúa, México 2002.
15. CARBONELL, Miguel. La constitución en serio multiculturalismo igualdad y derechos sociales, segunda edición, Editorial Porrúa, México 2002.
16. KELLY, Patricia. Salud sexual para todos, Editorial Grijalva, México 1999.
17. CORRAZE, Jaques. ¿Qué es la homosexualidad? Título original L'homosexualite traducción publicaciones cruz O.S.A. primera edición en español, México 1997.
18. ALVAREZ-GAYOU JURGENSON, Juan Luis. Homosexualidad derrumbe de mitos y falacias, Editorial Ducere S.A. de C.V. Instituto Mexicano de Sexología, México 2001.
19. PENICHE LOPEZ, Edgardo, Introducción al Derecho y Lecciones de Derecho Civil, vigésima séptima edición, Editorial Porrúa, México 2002.
20. ROJINA VILLEGAS, Rafael. Compendio de Derecho Civil Mexicano, trigésima cuarta edición, tomo I, Introducción, personas y familia, Editorial Porrúa, México 2004.
21. GALINDO GARFIAS, Ignacio. Derecho Civil, primer curso, parte general, vigésima tercera edición, editorial Porrúa, México 2004.

22. CISNEROS FARIAS, Germán. La interpretación de la ley, primera reimpresión, Editorial Trillas, México 2001.

23. MEDINA, Graciela. Los homosexuales y el derecho a contraer matrimonio Editorial Rubinzal Colzoni, Buenos Aires 2001.

24. MEDINA, Graciela. Daños en el Derecho de familia, Editorial Rubinzal Colzoni, Buenos Aires 2002.

Legislación consultada

CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, editorial ISEF, México 2004.

CÓDIGO CIVIL DEL ESTADO DE MÉXICO, editorial Sista, México 2004.

CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL, editorial Porrúa, México 2004.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, ediciones BOB, México 2004.

CODIGO CIVIL DEL ESTADO DE MÉXICO, (CÓDIGO ABROGADO) Editorial ISEF, México 2001.

Direcciones en Internet

www.ordenjuridico.gob.mx

(Orden Jurídico Nacional)

www.scjn.gob.mx

(Suprema Corte de Justicia de la Nación)

www.omdi.net/membera/espanolmiembros/legislación.htm

(Legislación, Jurisprudencia y doctrina más importante de diferentes países)

www.cybercenter.d/udd/curse/concep/historia3_derecho.htm1

(Historia del Derecho)

www.edomexico.gob.mx/portalgem/legistel/def.ault.asp

(Legislación del Estado de México)

www.diputados.gob.mx/leyinfo/

(Legislación Federal)

www.df.gob.mx/leyes/index.htm/

(Legislación del Distrito Federal)

www.divorcios.com.mx/estadisticas_divorcios.htm/

(Estadísticas de divorcios INEGI)

Otras Fuentes

JURISPRUDENCIA Y TESIS AISLADAS 1917-2004 (DISCOS COMPACTOS IUS 2004.)