



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA
DE MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL
Y DE AMPARO

ASPECTOS DE INCONSTITUCIONALIDAD
DEL DENOMINADO DIVORCIO EXPRESS

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE:

LICENCIADA EN DERECHO

P R E S E N T A :

OFELIA DEL PILAR ENRÍQUEZ BOROBIA

ASESOR DE TESIS:
EDMUNDO ELÍAS MUSI



MÉXICO, D.F.

2011



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central

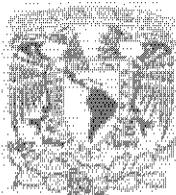


UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

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.



UNIDAD DE SEMINARIOS "JOSÉ VASCONCELOS"
 FACULTAD DE DERECHO
 SEMINARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y
 DE AMPARO

UNIVERSIDAD NACIONAL
 AUTÓNOMA DE
 MÉXICO

Cd. Universitaria, D.F., 2 de febrero de 2011.

DR. ISIDRO AVILA MARTÍNEZ
 DIRECTOR GENERAL DE LA ADMINISTRACIÓN
 ESCOLAR DE LA U.N.A.M.

PRESENTE

Muy Distinguido Señor Director:

La alumna **ENRÍQUEZ BOROBIA OFELIA DEL PILAR**, con número de cuenta 09351121-0 inscrita en el Seminario de Derecho Constitucional y de Amparo a mi cargo, ha elaborado su tesis profesional intitulada "**ASPECTOS DE INCONSTITUCIONALIDAD DEL DENOMINADO DIVORCIO EXPRESS**", bajo la dirección del suscrito, para obtener el título de Licenciada en Derecho.

En virtud de que constató personalmente que la monografía satisface los requisitos que establece el Reglamento de Exámenes Profesionales, por lo que, con apoyo en los artículos 18, 19, 20, 26 y 28 de dicho reglamento, suplico a usted ordenar la realización de los trámites tendientes a la celebración del Examen Profesional de la compañera de referencia.

"La interesada deberá iniciar el trámite para su titulación dentro de los seis meses siguientes (contados de día a día) a aquél en que le sea entregado el presente oficio, en el entendido de que transcurrido dicho lapso sin haberlo hecho, caducará la autorización que ahora se le concede para someter su tesis a examen profesional, misma autorización que no podrá otorgarse nuevamente sino en el caso de que el trabajo recepcional conserve su actualidad y siempre que la oportuna iniciación del trámite para la celebración del examen haya sido impedido por circunstancia grave, todo lo cual calificará la Secretaría General de la Facultad".

ATENTAMENTE
"POR MI RAZA HABLARÁ EL ESPÍRITU"
 DIRECTOR DEL SEMINARIO

LIC. EDMUNDO ELÍAS MUSI

DEDICATORIAS

A DIOS, por darme la vida, la fe y permitirme lograr mis objetivos.

A RO, por todos nuestros años, por su infinito amor, ejemplo, comprensión, paciencia y apoyo. Siempre fiel amigo, acompañante y consejero, parte importante de mi vida personal y profesional para ser lo que ahora soy...te amo.

A SEBASTIÁN y ANA DANIELA, quienes son lo mejor que me ha pasado y porque, sin duda, son el fiel de mi balanza para el presente y para el futuro...los quiero.

A MI MADRE, por su amor incondicional, por el valioso ejemplo de trabajo y responsabilidad que supo inculcar en mí; por estar siempre a mi lado y fue pródiga en un amor que logró hacer de mí la persona que hoy soy... gracias mamá.

A MI PADRE por su inagotable cariño para colorear mi difícil mundo sin importar lo lejos que pudiera estar, supo marcar su presencia en mi corazón; A SU FAMILIA por cuidar de él y nunca negarme como si estuviera presente entre ellos... mil gracias.

A MIS HERMANOS, ALFREDO y OFELIA, por apoyarme en todo momento; por brindarme su compañía y su cariño para las horas difíciles; por compartir techo, pan y sal.

A MIS TÍOS, por ser mis padres alternos, por su paciencia y por haberme educado, soportar mis errores y travesuras y robar de su tiempo para educarme. Este trabajo también es por ustedes... los amo.

A MIS PRIMOS, de hecho mis hermanos, quienes me brindaron compañía, abrigo, consuelo y risas... siempre estaremos juntos.

A MIS CUÑADOS EDUARDO, MAYE y MAGDA siempre compañía y jamás reproche... gracias. A mis sobrinos MARIAJOSÉ y LUIS y su mundo de besos...gracias.

A PEDRO MADRID, por quererme como a una hija más y mostrarme con sus libros un mundo maravilloso y que logró motivarme a realizar este trabajo... gracias Pedro.

AL LIC. ARMANDO ACEVEDO CONDE, más que mi suegro, mi maestro, por ayudarme con el logro de mis objetivos más deseados.

A DOÑA LOLI por su fe y devoción en mi proyecto, tanto de vida, como profesional, por hacerme sentir como a una hija más y por hacerme saber que con sólo voltear la encontraré para apoyarme...gracias.

A MIS ABUELOS TOMÁS, PILAR, ROMEO y OFELIA; a MI TÍA PILIN y a DOÑA ESTELA GONZÁLEZ TOLEDO, porque me hacen mucha falta y porque algún día volveremos a estar juntos... descansen en paz.

A LAS FAMILIAS BOROBIA; ENRÍQUEZ, PACHECO; RAMOS; ACEVEDO; VILLALOBOS; SIGÜENZA; SILVA; PLIEGO; RUÍZ; GAMBOA y ALFARO.

AL DESPACHO CUÉLLAR SALAS & CUÉLLAR STEFFAN, prodigio de conocimiento y verdadero ejemplo.

A MIS AMIGOS Y A SUS FAMILIAS, por ser como son y formar parte de mí.

A la UNAM y en especial a la FACULTAD DE DERECHO por ser mi alma mater y permitirme ser parte de ella para lograr ser alguien sin que fuera importante la sencillez de mi origen.

ASPECTOS DE INCONSTITUCIONALIDAD DEL DENOMINADO DIVORCIO EXPRESS.

PRESENTACIÓN.

CAPÍTULO 1. EL MATRIMONIO Y SUS FORMAS DE DISOLUCIÓN EN LAS CULTURAS Y EN LAS LEGISLACIONES ANTIGUAS.

- 1.1 India
- 1.2 China
- 1.3 Las legislaciones mosaica y babilónica.
- 1.4 Grecia.
- 1.5 El derecho musulmán

CAPÍTULO 2. EL MATRIMONIO Y EL DIVORCIO EN LOS REGÍMENES JURÍDICOS PRECURSORES DEL DERECHO OCCIDENTAL.

- 2.1 El Derecho Romano.
 - 2.1.1 El matrimonio.
 - 2.1.2 El divorcio.
 - 2.1.2.1 En el matrimonio *cum manus*.
 - 2.1.2.2 En el matrimonio *sine manus*.
 - 2.1.2.2.1 El *Repudium*.
 - 2.1.2.2.2 El *Bona Gratia*.
- 2.2 El Derecho Canónico
 - 2.2.1 El matrimonio como sacramento.

2.2.2 Su naturaleza canónica como acto volitivo bilateral.

2.2.3 Contribuciones pontificias y conciliares sobre el concepto canónico del matrimonio y su disolubilidad.

2.2.4 La nulidad como único medio formal de disolución del matrimonio canónico.

2.2.5 La disolución del matrimonio a favor de la fe. El Concilio Vaticano II y la aprobación de Paulo VI omitida en el texto promulgado.

2.3 El Derecho Germánico.

2.3.1 El Fuero Juzgo.

2.4 Las Edades Media, Moderna y Contemporánea en los tres sistemas jurídicos mencionados.

CAPÍTULO 3. EL MATRIMONIO Y EL DIVORCIO EN LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO MEXICANO.

3.1 Época Precolombina.

3.2 Las Leyes de España y las Leyes de indias.

3.3 México Independiente.

3.4 Repercusiones del Código Napoleón.

3.5 Las Leyes de Reforma. La Ley Juárez sobre el Matrimonio Civil.

3.6 Los Códigos Civiles de 1870 y de 1884.

3.7 La Ley Carranza sobre Relaciones Familiares.

3.8 El Código Civil de 1932.

3.9 La Ley de Sociedad en Convivencia.

3.10 Reformas introductoras del llamado Divorcio Express.

3.10.1 Sus características en lo sustancial y en lo procesal.

3.11 Tratamiento de ambas instituciones en el Derecho Constitucional.

3.11.1 La Constitución de Cádiz.

3.11.2 La Constitución de Apatzingán.

3.11.3 La Constitución de 1824.

3.11.4 La Constitución de 1857.

3.11.5 La Constitución de 1917.

CAPÍTULO 4. CUESTIONES DE INCONSTITUCIONALIDAD DEL LLAMADO DIVORCIO EXPRESS.

4.1 La garantía de audiencia.

4.2 La garantía de fundamentación y motivación.

4.3 La garantía de seguridad jurídica.

4.4 Inconstitucionalidad del Divorcio Express.

CONCLUSIONES.

BIBLIOGRAFÍA.

- a) Jurisprudencia.
- b) Otros Documentos.
- c) Sitios de Red.

PRESENTACIÓN.

Este estudio tiene como objetivo primordial --además de lograr el propósito académico de la autora de alcanzar el título de Licenciada en Derecho--, demostrar que a la luz de privilegios que para el gobernado consagra en nuestro país la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el llamado “divorcio express”, recientemente introducido en la legislación civil del Distrito Federal, quebranta frontalmente las garantías de audiencia, de fundamentación y motivación, de seguridad jurídica y, eventualmente, la de irretroactividad de la ley, contempladas por los artículos 14 y 16 de ese Alto Ordenamiento y que, por ello, tal figura de derecho familiar adolece de vicios de inconstitucionalidad.

Es totalmente ajena a nuestras indicadas finalidades la idea de impugnar la existencia del divorcio en nuestro sistema jurídico civil, o de manifestar una señalada oposición al desenvolvimiento del derecho que, como ciencia de indiscutible contenido social, está sujeta a transformaciones acordes con la evolución de los grupos sociales, en particular de aquellos que lo mantienen como referencia de conducta. Nuestra intención es de eminente contenido jurídico, ya que tratamos de acreditar que la naturaleza del matrimonio, como institución de derecho que surge necesariamente de actos volitivos, únicamente debe admitir su disolución formal a través de actos de voluntad semejantes, en los que se manifieste el deseo de los cónyuges al respecto --o la sustitución de este por la ley, cuando se actualiza alguna de las causales del divorcio necesario-- y no de una simple manifestación unilateral, porque ello rompe el equilibrio que, en nuestro concepto, deben mantener las instituciones de derecho para darle unidad a la forma de comportamiento social regida por este, situación que se agudiza cuando se trata de una institución social y familiar de la relevancia del matrimonio.

Esta idea, en general, tiene un antecedente histórico en Mazeaud, cuando al criticar con dureza que la Revolución Francesa hubiera generado el concepto de que el matrimonio es un contrato, reaccionó señalando que “...*cuando se ha concluido un contrato se es libre para ponerle término por medio de un nuevo acuerdo, así cabe disolver el matrimonio por voluntad común...*”.

Si bien son el divorcio en su ya indicada última modalidad y sus aspectos de inconstitucionalidad los temas centrales de este estudio, emprenderlo bajo la idea de imprimirle la seriedad que amerita una tesis de licenciatura universitaria implica el análisis de su presupuesto real y jurídico, esto es, del matrimonio, ya que sin la existencia de este último resulta obvia la imposibilidad de su disolución formal. En este orden de ideas, hemos considerado necesario desarrollar un somero muestreo, a modo de análisis histórico, de algunos sistemas de derecho que, desde la antigüedad y a través del derecho romano, canónico y germánico, como pilares indiscutibles del derecho occidental, han considerado al matrimonio y a sus diversas formas de disolución formal, a fin de arribar con tal acervo informativo al conocimiento de tales instituciones en nuestro derecho, también a través de su desenvolvimiento en el tiempo conforme a las sucesivas legislaciones vigentes en nuestro país y, últimamente, en el ahora Distrito Federal, donde se presentó la innovación del denominado “divorcio express” y, con ello, plantear las cuestiones que constituyen el tema central de este trabajo.

Debemos manifestar que tenemos presente --y comulgamos plenamente con la idea-- que el matrimonio supuso en el transcurso histórico de los fenómenos sociales la superación del matriarcado, etapa en la que únicamente se tenía la certeza de la relación consanguínea de los hijos con la madre, dando lugar con ello al depósito de la suprema autoridad del núcleo esencial de los grupos en esta y no en el padre, que debido a la posterior aparición del matrimonio y a la vigorosa presunción de la paternidad respecto de los hijos dio paso a la etapa del patriarcado y, con ello, a la integración plena de la familia, como alegóricamente nos lo explica Federico Engels en su extraordinaria obra “El Origen de la Familia,

de la Propiedad Privada y del Estado”, y como resultado de su elogiada interpretación de “La Orestíada”, ese maravilloso tríptico trágico de Esquilo.

Es precisamente la trascendental importancia social del matrimonio lo que nos ha llevado a reflexionar sobre la inconsistencia jurídica, no del divorcio como medio formal disolutorio de aquel, sino de que la obtención de este por la vía judicial pueda ser consecuencia de una simple manifestación de voluntad unilateralmente expresada, en total discrepancia, se insiste, con la naturaleza del matrimonio como acto consensualmente establecido por personas físicas (consentimiento en el que encontramos un manifiesto ejercicio de la libertad, como en el siglo XVI ya lo advertía el rey católico Fernando de Aragón –nos recuerda Germán Arciniegas-- cuando decretaba: *“Doy licencia y facultad a cualquiera personas naturales destos dichos Reynos, para que libremente se puedan casar con mujeres naturales desta dicha isla syn caer ni incurrir por ello en pena alguna”*), y es precisamente este objetivo, ya se dijo antes, lo que nos lleva a exponer los alcances de este trabajo al honorable jurado que se servirá ponderarlo, y a cuyos integrantes suplico rigor en su réplica, porque el derecho es una ciencia especulativa por definición, y si hemos de continuar avanzando en su validez social, ello debe ser resultado de la más enérgica pero positiva dialéctica.

CAPÍTULO 1. EL MATRIMONIO Y SUS FORMAS DE DISOLUCIÓN EN LAS CULTURAS Y EN LAS LEGISLACIONES ANTIGUAS.

En las culturas antiguas, la mayoría de las civilizaciones que regulaban la institución del matrimonio nunca la consideraron indisoluble, y su ruptura generalmente era solicitada por los hombres. Aunque en algunas de ellas, el nacimiento de un hijo le otorgaba al vínculo el carácter de indisoluble.

La institución del divorcio es casi tan remota como la del matrimonio, si bien muchas culturas no lo admitían por cuestiones religiosas, sociales o económicas.

Generalmente, el motivo más común de divorcio era el adulterio, aunque en muchas sociedades antiguas también era motivo de muerte, como en la antigua Babilonia, donde el divorcio podía ser pedido por cualquiera de los cónyuges, pero el adulterio de las mujeres era penado con la muerte.

Los celtas practicaban la endogamia (matrimonio de personas de ascendencia común o naturales de una pequeña localidad o comarca), excepto los nobles que solían tener más de una esposa. Era habitual la práctica de contraer matrimonio por un período establecido de tiempo, tras el cual los contrayentes eran libres, pero también era habitual el divorcio.

1.1 India.

El matrimonio siempre tuvo, entre los pueblos asentados entre los ríos Ganges e Indo, un carácter religioso y un lugar preponderante en la India. Al principio era monogámico, aunque posteriormente esta característica fue poco practicada entre las castas superiores; entre las castas inferiores tenía mucho auge. Entre los impedimentos para contraerlo se encontraba el parentesco ganado; el matrimonio

entre primos paralelos estaba prohibido, pero entre primos cruzados estaba permitido. Era también costumbre evitar el contraer matrimonio con alguien que tuviera familia donde no se respetara los sacramentos, o que la persona deseada no tuviera vellos en exceso, o carecer de él; también eran impedimentos el sufrir enfermedades como la tisis, la epilepsia, la lepra, etc., si el que se iba a casar era hombre de alguna familia con linaje, su futura esposa no debía ser pelirroja, ni muy locuaz, tampoco podía ser su esposa una mujer que no tuviese padre ni hermano.

En el Código de Manú, se enumeran ocho formas para contraer matrimonio y son:

1. La de Brahma.- El padre de una hija bien criada, podía concederla a un hombre virtuoso, bien educado y sin objeción.
2. La de los Dioses.- El padre de la novia, luego de arreglarla muy bien la ofrecía al joven que iba a ser sacrificado a los dioses.
3. La de los Santos.- El Padre Santo.- El padre concedía a su hija a quien la pretendiera, una vez que el novio le hubiese regalado -al padre-, un toro o una vaca.
4. La de las Criaturas.- El padre mismo de la muchacha que iba a ser desposada fungía como ministro, y la casaba con los honores que merecía.
5. La de los Músicos Celestes.- Cuando un joven y una muchacha se casaban porque así lo deseaban, y no tenían impedimentos.
6. La de los Gigantes.- Esta era una forma de matrimonio en el que la joven con quien se quería casar era llevada de la puerta de su casa, pero esto solamente podría suceder si la joven ya no tenía quién la defendiera -que sus padres hubieran muerto-, por lo que ella pedía auxilio y se iba llorando.
7. La de los malos espíritus.- Esta forma no era aceptada por el Código de Manú, sin embargo, se usó en los tiempos védicos, y era una especie de matrimonio por compra, ya que el padre de la novia recibía regalos a cambio de su hija.
8. La de los Vampiros.- Cuando un pretendiente se introducía, para esconderse, a la alcoba de una mujer dormida, insuficiente mental o ebria.

Las tres últimas formas no eran bien vistas y casi no se usaban. Los brahmanes podían casarse por cualquiera de las seis formas legales, los chatrias podían emplear de la tercera a la sexta. Los Vaisias y los Sudras de la tercera a la quinta.

Es el matrimonio la única ceremonia que se permite a las cinco castas indias, exceptuando sólo a los parias.

La mujer india estaba totalmente sometida a la voluntad del marido, pero éste a su vez, debía hacerla feliz proporcionándole ricos manjares, vestidura, etc. Si una mujer joven enviudaba debía arrojar al fuego junto con el cadáver de su marido.

Debe destacarse que de las anteriores formas matrimoniales, únicamente en la clasificada con el número cinco encontramos, aunque tímidamente, la presencia del elemento voluntad, como ingrediente esencial del matrimonio, debido esto probablemente a la marcada intervención de los ascendientes de la desposada, quienes si bien actuaban motivados por una voluntad, esta no se daba en los desposados.

Dentro de los antiquísimos antecedentes de la institución matrimonial, consideramos de suma importancia hacer referencia al Manú Smriti (मनुस्मृति), un importante texto sánscrito – y por ello posiblemente de inspiración aria-- de la ley y de la sociedad antigua de la India que trata sobre la institución matrimonial, algunas de sus consecuencias y la situación particular que provocaba el adulterio. Según su texto, esas doctrinas fueron dictadas por el sabio *Manú* (quien para el hinduismo es el antepasado común de toda la humanidad) a los *rishis*, que le habían pedido que los iluminara acerca de los temas de que trata; sin embargo, algunos historiadores creen que fue escrito alrededor del 200 a. C., bajo el reinado del rey hinduista *Púsiamitra Shunga*, del clan *Sangha*, quien persiguió a los budistas y los arrojó de la India; otros, que fue escrito entre los siglos VI y III a. C., en tanto que algunos más consideran que sería anterior a la época de *Buda* (siglo VI a. C.).

Por la importancia que este texto tiene para el tema de este trabajo, transcribimos algunos fragmentos:

(LIBRO IV)

Procrear hijos, educarlos y ocuparse en los cuidados domésticos, tales son los deberes de las mujeres.

Una niña, una joven, una mujer de edad avanzada, en ningún caso, ni aun en su propia casa, deben hacer nada por sugestión exclusiva de su voluntad.

Nunca debe gobernarse a sí propia una mujer: en su infancia depende de su padre; en su juventud de su marido; y cuando su marido muere depende de sus hijos.

La mujer siempre debe mostrarse de buen humor, conducir con habilidad los asuntos de la casa, cuidar esmeradamente los utensilios del menaje, y proporcionar a su marido un grato bienestar con el menor gasto posible.

Toda familia en la que el marido se complace con su mujer y la mujer se complace con su marido, tiene asegurada para siempre la felicidad.

Aunque la conducta del esposo sea censurable, porque éste se entregue a otros amores o porque se halle desprovisto de buenas cualidades, la mujer debe permanecer virtuosa y seguir reverenciando a su marido como si fuera un dios.

No hay sacrificios, ni prácticas piadosas, ni ayunos que conciernan particularmente a las mujeres; una mujer casada debe querer y respetar a su marido, y eso le basta para ser honrada en el cielo.

Después de haber perdido a su marido, la mujer debe procurar enflaquecer voluntariamente su cuerpo, viviendo de flores y de frutos puros; y jamás debe pronunciar el nombre de otro hombre.

Una mujer infiel a su marido se reduce a la ignominia durante toda su vida terrestre. Después de su muerte, renace del vientre de un chacal, o bien es atacada de elefantiasis o de tisis.

Todo hijo dado a luz por una mujer que haya tenido comercio carnal con otro hombre distinto de su marido, no es hijo legítimo de esta mujer; de igual modo, el hijo engendrado por un hombre en una mujer ajena, no pertenece a ese hombre.

La mujer virtuosa que después de la muerte de su marido se conserva perfectamente casta, va derecha al cielo, aunque no haya tenido hijos.

Pero la viuda que por el deseo de tener hijos es infiel a su marido, después de

la muerte de éste, incurre en el desprecio de las gentes y será excluida de la mansión celestial donde habrá sido admitido su esposo.

(LIBRO VII)

La ley es severa para el adulterio.

Si una mujer que se enorgullece de su familia es infiel a su esposo, el rey debe hacerla devorar por perros en una plaza pública.

El hombre cómplice de la mujer adúltera será condenado al fuego, que sufrirá tendido en un lecho de fuego calentado al rojo por lumbre hecha con bambúes secos.

Por adulterio con una mujer de la clase de los brahmanes, un vaisía será privado de sus bienes después de un año de detención; un chatriá sufrirá la pena de 1 000 panas de multa, y su cabeza será rasurada y regada con orines de asno.

[...]

Una esposa, un hijo, un esclavo, por efecto de la ley, no poseen nada por sí mismos; todo lo que puedan adquirir es de la propiedad exclusiva de aquel de quien dependan.

(LIBRO VIII)

[...]

Las mujeres, aunque estén encerradas en su casa bajo la vigilancia de hombres fieles y devotos, no quedan bien guardadas: solamente puede haber seguridad en ellas cuando ellas mismas, y por su propia voluntad, se guarden.

[...]

A causa de su pasión por los hombres, de la inconstancia de su carácter y de la falta de afición que les es natural, por mucho que se las guarde con vigilancia, pueden ser infieles a sus esposos.

Manú dio en repartición a las mujeres el amor del lecho, de los atavíos, de la concupiscencia, de la cólera, de las malas inclinaciones, del deseo de hacer mal y de la perversidad.

Una mujer estéril debe ser remplazada al cabo de ocho años; una, cuyos hijos todos hayan muerto, debe reemplazarse a los diez años; aquella que no da al

mundo más que hijas, al año undécimo; la que habla con aspereza, inmediatamente.

Cuando no se tienen hijos, la progenitura que se desea puede lograrse mediante la unión de la mujer convenientemente autorizada por el esposo, con un hermano o con otro pariente.

[...].¹

1.2 China.

Los matrimonios por virtud de un mecanismo semejante al levirato hebreo --al que más adelante nos referiremos--, fueron siempre frecuentes entre los nómadas de Asia central. El historiador chino *Sima Qian* (司马迁) (145-87 a. C.) describe las prácticas de los hunos en su obra maestra, *Shǐjì*. (史記, "registros históricos" (también a veces traducido como "recuerdos históricos" o "memorias históricas"), testimonia que tras la muerte de un hombre, uno de sus familiares, normalmente un hermano, ya fuera mayor o menor, se casaba con la viuda.

El matrimonio por tal procedimiento ha sido practicado por sociedades con una vigorosa estructura de clan en los que estaba prohibido el matrimonio exogámico, esto es, con una mujer ajena al clan. Ha sido tradicionalmente habitual en entre los pueblos pakistanos Punjabis پنج (*panj*: 'cinco') y آب (*āb*: 'agua')², Jats³, Israelitas, Hunos (Chinos "Xiongnu" o "Hsiung-nu" (匈奴 *xīongnú*),), mongoles, y tibetanos.

El historiador armenio *Movses Kalankatuatsi* expone que los Savirs, una de las tribus hunas del entorno, eran habitualmente monógamos, pero en algunas ocasiones un hombre casado podía tomar como esposa a la viuda de un hermano

¹ *Código de Manú y otros textos, Fondo de Cultura Económica, ISBN 968-16-5044-1, Impreso en México, versión electrónica.*

² Significa 'región de los cinco ríos'. Éstos, tributarios del río Indo, son el Beas, el Chenab, el Jhelum, el Ravi y el Sutlej, es decir, ocupa parte de la las actuales India y Pakistán.

³ Los jat son un grupo de pueblos de Afganistán, cuyo nombre sirve como apelativo genérico para un número de grupos étnicos itinerantes: Ghorbati, jalali, pikraj, shadibaz y vangavalanos. En Afganistán también se considera jat a los subgrupos baluchis y afganos de los llamados gitanos de Asia central, los jugi. Los kutanans y sheij-mojamadis también entran en esta categoría, aunque no siempre se los incluye en ella.

al morir éste. *Ludmila Gmyrya*, historiadora del Dagestan, afirma que el levirato sobrevivió hasta cerca de 1950.

Kalankatuatsi describe la forma del matrimonio por levirato practicado por los hunos. Como la mujer gozaba de un estatus elevado, la viuda podía elegir volver a casarse o no. Su nuevo marido podría ser un hermano o hijo (de otra mujer), de su primer esposo, así que podía acabar casándose con su cuñado o con un hijastro, sin importar la diferencia de edad.

De lo anterior desprendemos que la costumbre del levirato estaba esencialmente referida a la intención ancestral de conservar el linaje a través de los varones, y que se manifestaba en hechos que hoy se nos antoja curiosos, si no descabellados, tales como que la mujer casada con marido estéril tenía opción de exigir descendencia del pariente varón más cercano a su marido (algunos sostienen que la Ley Sállica, conforme a la cual las mujeres carecían de derechos hereditarios, fue un resabio del levirato). Este levirato sobrevivió en la sociedad de los hunos del noreste del Cáucaso hasta el siglo VII.

1.3 Las legislaciones mosaica y babilónica.

El judaísmo supone al *Talmud* (התלמוד) como tradición oral, mientras que la *Torá* (תורה), identificado con el Pentateuco, es considerada como tradición escrita. El Talmud extiende, explica y complementa al *Tanaj*, (del acrónimo en hebreo תנ"ך que es el conjunto de los veinticuatro libros de la Biblia judía y constituye, junto a otros libros, el llamado por los cristianos Antiguo Testamento) pero no puede, por definición, contradecir a la *Torá*. El paradigma de la *halajá* (הלכה 'ley judía' en hebreo) subordina la autoridad del *Talmud* a la de la *Torá*.

El *Talmud* (התלמוד) es una obra que recoge principalmente las discusiones rabínicas sobre leyes judías, tradiciones, costumbres, leyendas e historias. El Talmud se caracteriza por preservar la multiplicidad de opiniones a través de un

estilo de escritura asociativo, mayormente en forma de preguntas, producto de un proceso de escritura grupal, no pocas veces contradictorio.

Más que de un único *Talmud* se puede hablar de dos: el *Talmud* de Jerusalén (*Talmud Yerushalmí*), que se redactó en la recién creada provincia romana llamada Philistea, y el *Talmud* de Babilonia (*Talmud Bavlí*), que fue redactado en la región de Babilonia. Ambos fueron redactados a lo largo de varios siglos por generaciones de rabinos de muchas academias rabínicas de la antigüedad.

El *Talmud* está dividido en dos partes, la *Mishná* (del hebreo מִשְׁנָה, "estudio, repetición") y la *Guemará* (del hebreo גְּמָרָה: gamar 'completar'); y La *Mishná*, a su vez, esta formada por seis órdenes o sederim:

- **Zeraim** (זְרַעִים, "semillas"): preceptos relacionados con el trabajo de la tierra.
- **Mo'ed** (מוֹעֵד, "festividades"): leyes sobre festividades, *shabat* (en hebreo שַׁבָּת, *shabbāt*: 'descanso') es el sagrado séptimo día de la semana judía y ayunos.
- **Nashim** (נָשִׁים, "mujeres"): preceptos referentes a la vida matrimonial.
- **Nezikín** (נְזִיקִין, "daños y perjuicios"): compila la halajá referente al derecho civil y comercial.
- **Kodashim** (קֹדֶשִׁים, "santidades"): leyes religiosas sobre el Templo de Jerusalén
- **Teharot** (טְהָרוֹת, "purificación"): preceptos referentes a la purificación ritual del cuerpo ó *Nidá*.

En el sistema hebreo, el término matrimonio no existe, lo más próximo es el término alianza. No es un asunto público sino asunto puramente privado entre dos familias, es decir, entre el padre de la esposa y el padre del esposo quien elegía a la esposa del hijo y lograba el consentimiento del padre, pagando su precio⁴ como representante de este. En los términos en que está redactada la Biblia no se habla de redactar contratos. Los fines de esta relación eran, con gran semejanza con el código mesopotámico, la de procrear sobre todo varones⁵.

⁴ Más que a una compraventa esta cantidad erogada se asimilaba a una indemnización por daños causados a otro en su persona o bienes. Ver Génesis 24:2ss y 38:6; Deuteronomio 7:3 y Jueces 14:2ss y Éxodo 22,15 y 16.

⁵ Génesis 24:60 "...Y bendijeron a Rebeca, y dijéronle: Nuestra hermana eres, seas en millares de millares: y tu generación posea la puerta de sus enemigos. (La palabra traducida como generación, implica dentro de sus

Si bien el esposo, en la medida de sus posibilidades económicas, podía tener varias concubinas,⁶ los derechos de estas eran inferiores a los de la esposa principal y, en su mayoría, eran esclavas; no así la mujer que debía estar precavida de no dar motivo al marido para que la abandonara.

Para los hebreos, en una sociedad en la que se transmitían y heredaban bienes por el linaje de sangre paterno (seminal), era socialmente inconveniente tener relaciones sexuales extramatrimoniales porque perjudicarían el patrimonio familiar. Se consideró a la mujer en la posición de proveedora de herederos.

El matrimonio no es una institución religiosa ni pública, no obstante se considera el adulterio como un delito público. El varón incurre en este delito por el intercambio sexual extramatrimonial con una mujer casada o desposada⁷, no con mujer soltera o esclava⁸. Mientras la mujer sospechosa de este delito era sometida a un escrupuloso examen corporal⁹, no así el hombre.

La mujer, por el contrario, prácticamente no podía separarse de su marido y, si lo hacía, un tribunal podía cobrarle su atrevimiento de renunciar a un hombre hasta con la muerte. Para la legislación hebrea, la mujer era considerada uno más de los bienes del varón, equiparada con los asnos y el buey.¹⁰

Eran causales de abandono a la mujer la esterilidad o enfermedades graves, la negligencia en la labor diaria (los motivos se acomodaban fácilmente en caso del marido querer deshacerse de la mujer; además, si regresaba la dote más una indemnización por el divorcio, no necesitaba siquiera un motivo), malversación de fondos e injurias contra el marido. Otra causa de divorcio era la enfermedad grave de la mujer. Dentro de las leyes judías, un hombre podía divorciarse por medio de

variantes, semen, semilla, simiente: una clara alusión a los varones)...”; y en Salmos 127:3, “... heredad de Yahveh son los hijos..., recompensa el fruto de las entrañas...” (Hijo, en hebreo, significa constructor de familia, hombre).

⁶ Deuteronomio 21:15

⁷ Éxodo 20:17, Deuteronomio 5:21, Levítico 20:20

⁸ Deuteronomio 22:28

⁹ Números 5:11

¹⁰ Éxodo 20:17

un libelo de repudio o certificado de divorcio, por escrito si la esposa no le gustaba físicamente¹¹, le tomaba aversión o descubría que no llegaba virgen a vivir con él.¹²

El castigo destinado a los adúlteros era el de morir apedreados.¹³

Cuando un hombre seducía a una joven, fuera ésta soltera o esclava, pagaba una multa al padre de ésta y se casaba con ella (así, era permitida la poligamia si pasaba a ser esposa secundaria o concubina), perdiendo el derecho a repudiarla durante toda la vida.¹⁴

Las hijas no tenían derechos hereditarios (para algunos, la dote hacía las veces de herencia femenina, con la salvedad de que la mujer no podía disponer de ella, sino que era administrada por su marido), ni aún las viudas tenían derecho alguno sobre los bienes del marido, no podían vender nada y los bienes pasaban directamente a sus hijos. Ser mujer, implicaba estar ligada al mundo de los varones toda su existencia; padre, marido, hermano, hijo....

La ley del levirato o simplemente el levirato, ya se dijo líneas arriba, es un tipo de matrimonio en el que la mujer se casa con uno de los hermanos de su marido a la muerte de éste, si no ha tenido hijos, para continuar la línea sucesoria, la descendencia familiar y, sobre todo, el mantenimiento del linaje.

En el judaísmo, el matrimonio por levirato, conocido como *yibum*, es la unión ordenada por la *Torah* en el libro del Deuteronomio¹⁵ que obliga al hermano de un difunto a casarse con la viuda si éste no ha tenido descendencia. Hay una provisión, llamada *halizah* por la que una de las partes o ambas pueden elegir no cumplir la ley del levirato. De acuerdo con algunas opiniones en la Ley judía, el *yibum* es contraproducente.

¹¹ *Deuteronomio 24:1*

¹² *Deuteronomio 22:13-14*

¹³ *Deuteronomio 22:22*

¹⁴ *Éxodo 22:15 y Deuteronomio 22:28-29*

¹⁵ *Deuteronomio 25, 5-10*

Ejemplos de matrimonios bíblicos por levirato incluyen el de Ruth¹⁶, y el de Onán, hijo de Judá¹⁷ que fue maldecido hasta la muerte por intentar evitar la concepción durante el acto sexual con Tamar.

1.4 Grecia.

Los derechos de la mujer no aumentaron con respecto a las civilizaciones egipcia y mesopotámica. Las leyes reconocían el divorcio y el repudio de la esposa sin necesidad de alegar motivo alguno. La mujer, sólo en caso de malos tratos, podía conseguir que se disolviera el matrimonio. Por lo demás, pasaba toda su vida confinada en el hogar, y tenía a su cargo el cuidado de los hijos y de los esclavos sin que se le permitiera participar en los negocios públicos. De niña vivía al lado de su madre y se casaba a los quince años sin ser consultada.

La mujer ateniense era una eterna menor, que no poseía ni derechos jurídicos ni políticos. Toda su vida, debía permanecer bajo la autoridad de un tutor (κύριος)¹⁸: primero su padre, luego su marido, su hijo si era viuda o su más próximo pariente.

Su existencia no tiene sentido más que para el matrimonio, que ocurría generalmente entre los quince y los dieciocho años. Era un acto privado, un contrato concluido entre dos familias. Curiosamente, el griego no tiene una palabra específica para designar el matrimonio¹⁹. La ciudad no era testigo ni registra en un acta cualquiera este acontecimiento para conferir a la mujer el estatus matrimonial. Por eso, hay que añadir la cohabitación. A menudo, a ésta le sigue el engué (ἐγγύη). Sin embargo, sucede que el engué tenía lugar cuando la chica era aún niña. La cohabitación no ocurre sino más tarde. De manera general, la joven no tenía ni una palabra que decir en su futuro matrimonio.

¹⁶ *Libro de Ruth, 3*

¹⁷ *Génesis 38, 6-10. En el mismo sentido ver a Enrique Denzinger, obra citada en la llamada 54 al pie de la página número 34, pág. 557, que refiere el relato a San Agustín.*

¹⁸ *Del Griego κύριος, kúrios*

¹⁹ *Se habla de griego ἐγγύη, engúê, literalmente la garantía, la caución: es decir, el acto por el cual el cabeza de familia daba a su hija a otro hombre.*

Con su propia persona, la joven casada aportaba también su dote a su nueva familia. Consistía generalmente en dinero. La dote no era propiedad del marido: cuando su mujer moría sin hijos o en caso de divorcio por consentimiento mutuo, la dote debía ser devuelta. Cuando la suma era importante, el tutor de la casada se protegía a menudo mediante una hipoteca especial (ἀποτίμημα)²⁰: un bien inmobiliario era empeñado como contrapartida, empeño materializado por un horos (ὄρος)²¹. A falta de reembolso de la dote, la tierra era embargada.

1.5 El Derecho Musulmán.

La familia de la sociedad musulmana era esencialmente patriarcal; el padre de la familia ejercía su poder sobre la esposa, los hijos y los criados; la poligamia era corriente entre los ricos, pero los pobres eran monógamos por necesidad.

El Corán es el libro sagrado del islam, que para los musulmanes contiene la palabra del dios único (*Allāh*, الله), revelada a Mahoma (*Muhammad* o *Muhammed*, محمد), quien se considera que recibió estas revelaciones por medio del ángel Gabriel (*Yibril* جبريل).

En el matrimonio musulmán se reconoce la posibilidad de que un hombre contraiga matrimonio con más de una mujer. Pero incluso en este caso la institución vincula a una persona con otra, pues las diversas mujeres que un musulmán pueda tener no están unidas, en principio, por ningún nexo matrimonial ni tienen derechos y obligaciones entre sí.

En el Corán se describe que la vida matrimonial debe ser de la siguiente manera:

²⁰ Del Griego ἀποτίμημα, *apotímêma*

²¹ Un horos, en griego ὄρος, es un mojón o señal de piedra utilizado en Antigua Grecia para delimitar las propiedades. A partir del siglo IV a. C., los hori (plural) son también empleados como señales hipotecarias, marcando las tierras adscritas a un acreedor

“...Y entre sus signos está el haberlos creado esposas nacidas entre vosotros, para que os sirvan de quietud, y el haber suscitado entre vosotros el afecto y la bondad. Ciertamente, hay en ellos signos para gente que reflexiona...”²²

Obligación del marido respecto a su esposa es que el hombre mantenga a su esposa y a sus hijos, proporcionando alimento, vestido y vivienda; es su protector y debe darle buen trato. Dijo Mahoma:

“El creyente que tiene la fe más completa es aquel que se comporta bien, y el mejor de entre vosotros es quien mejor trata a su esposa”.

La mayoría de los eruditos --y entre ellos *Ibn Hazm*--, dicen que la mujer tiene derecho a tener relaciones con su marido por lo menos una vez por cada menstruación.

Obligaciones de la esposa respecto a su marido: dijo Muhammad que el mejor consuelo en este mundo es una mujer piadosa, por lo tanto debe mostrar respeto y obediencia siempre que no sea pecado, no le está permitido admitir la entrada en la casa a alguien que desagrade a su marido, obedecer a alguien en contra de este y atender a su lecho cuando este la requiera.

De acuerdo con la tradición de la ley islámica, un hombre puede tomar hasta cuatro esposas, pero cada una de ellas debe tener sus propiedades, bienes y dote. Usualmente las esposas tienen poco contacto una con las otras y llevan vidas separadas en sus propias casas, algunas veces en ciudades diferentes, aunque compartan un mismo marido. Así, la poliginia musulmana está tradicionalmente

²² *Corán 30:21*

restringida a hombres ricos y, en ocasiones, es ilegal para un hombre casarse con varias esposas si es incapaz de darles un cuidado apropiado.

Aunque el Corán prescribe la pena de muerte para varios delitos (o *hadd*), como el adulterio, la *Sharia* (en árabe, شريعة *šarī'a*, "vía o senda"), o ley islámica no permite la pena de muerte.

Un *cadí* (en árabe قاضي) es un juez de los territorios musulmanes, que aplica la *sharia*. La palabra *cadí* significa juzgar y comparte acepción con *caíd*, aunque se diferencia en que el *caíd* además de juzgar podía ejercer como gobernador de la ciudad.

De acuerdo al derecho musulmán, deben basar sus sentencias en la *ijma*, (إجماع)²³ aconsejados por los *ulemas* (علماء)²⁴. Si las sentencias no parecen conformes al derecho, se las somete al *mufti* (مفتي) que es un jurisconsulto islámico, que pronuncia en último recurso.

Del *cadí* se espera el máximo ejemplo de moral y buenas costumbres, al igual que un amplio conocimiento y comprensión del derecho y del Corán. Debe dar con su conducta muestras de valor y ecuanimidad, así como firmeza en sus decisiones.

El Islam no hace distinción entre ley civil y religiosa, por lo que el *cadí* tenía jurisdicción sobre cualquier materia que involucrase a un musulmán. Sus sentencias se basaban en el Corán, y actuaban como juez de paz y notario, pronunciándose en materia de matrimonios, divorcios, particiones de bienes, testamentos o sucesiones y en litigios de muebles e inmuebles. Tradicionalmente, debían también brindar protección a las viudas y a los huérfanos menores, haciéndose cargo de sus bienes. También desempeñaban funciones de carácter religioso, dirigiendo las oraciones comunitarias de los viernes en la mezquita o los discursos en los funerales de personajes importantes de la comunidad. Incluso, eran los únicos miembros autorizados a realizar el ritual de comprobación de la

²³ Es un término árabe que se refiere al consenso ideal de comunidad islámica o conjunto de seguidores del islam.

²⁴ Es la comunidad de estudiantes legales del Islam y la Sharia.

aparición de la luna nueva, que marca el comienzo y final del ayuno en el mes del Ramadán.

El ejercicio de sus actividades judiciales era realizado en forma pública, generalmente en la mezquita, donde se instalaban en algún espacio destinado a tal fin, aunque a veces podían hacerlo por comodidad en sus casas. En la Granada nazarí, los juicios se desarrollaron en una puerta de la Alhambra, la llamada Puerta de la Justicia.

CAPÍTULO 2 EL MATRIMONIO Y EL DIVORCIO EN LOS REGÍMENES JURÍDICOS PRECURSORES DEL DERECHO OCCIDENTAL.

2.1 El Derecho Romano.

En el derecho romano, a semejanza de lo que posteriormente ocurriría en el derecho canónico, también se encuentra en el origen de la institución matrimonial una acentuada asociación con los sentimientos religiosos y, más concretamente, con la religión doméstica.

Es probable que desde antes de la Ley de las Doce Tablas, momento reconocido convencionalmente como la primera expresión histórica del derecho romano escrito, haya existido en Roma un complicado ritual en torno a la unión de hombre y mujer, como base de una estructura familiar, siempre impregnado no solo del sentido religioso, sino del sentido religioso doméstico.

La magnífica erudición de *Fustel de Coulanges* nos enseña que “...*La religión ha sido el principio constitutivo de la familia antigua... El principio de la familia tampoco consiste en el afecto natural, pues el derecho griego y el derecho romano no tienen para nada en cuenta ese sentimiento. Puede existir en el fondo de los corazones, pero nada es en el derecho... la autoridad paternal o marital, lejos de haber sido una causa primera, ha sido un efecto, pues se ha derivado de la religión y por esta se ha establecido: no es, pues, el principio constitutivo de la familia...*”²⁵

En lo que concretamente se refiere al matrimonio, nuestro autor nos afirma que “...*La primera institución establecida por la religión doméstica fue, probablemente,*

²⁵ *Fustel de Coulanges, La Ciudad Antigua. Estudio sobre el Culto, el Derecho y las Instituciones de Grecia y Roma. Editorial Porrúa, S.A. de C.V., Colección “Sepan Cuantos”, Décima Edición, México, 1996, págs. 25 y 26.*

*el matrimonio...*²⁶, y a partir de tal premisa desarrolla una magnífica exposición sobre un complicado sistema de actos religiosos, a través de la cual nos enseña que la mujer pedida en matrimonio tiene que dejar el culto de los dioses familiares --presidido por el padre--, para pasar a rendir culto a los del marido, ya que los hombres son los titulares del ritual divino, lo que explica la previa necesidad de que el padre desvincule a la hija próxima a contraer matrimonio de tal culto familiar, toda vez que no es posible un culto plural, esto es, a los dioses de dos o más familias²⁷.

Nos continúa ilustrando nuestro autor sobre que el matrimonio en la Roma antigua se parecía mucho al griego y, al igual que este, comprendía tres actos: *treditio, deductio in domum* y *confarreatio*²⁸, y nos hace una interesantísima descripción de los rituales que cada uno de ellos comprendía los cuales, por no incidir en los propósitos de este trabajo, nos abstenemos de analizar, no sin antes advertir que de tal complicado ritual surgió las que al parecer son las primeras definiciones del matrimonio conservado por los jurisconsultos: *Nuptiae sunt divini juris et humani communicatio*; y ésta otra: *Uxor socia humanae rei atque divinae*. (1. El matrimonio es la participación del derecho humano y divino. 2. La esposa es compañera en los asuntos humanos y divinos).²⁹

Debe destacarse que el propio *Fustel de Coulanges*, dentro de su descripción del intrincado rito matrimonial romano antiguo, alude a la voluntad de la desposada en términos tales, que descarta tácitamente la posibilidad de que tal ingrediente resulte esencial para la existencia del matrimonio. Nos dice nuestro autor "...La joven no entra por su pie en la nueva morada. Es preciso que su marido la alce, que simule un rapto, que ella profiera algunos gritos y que las mujeres que la acompañan simulen defenderla. ¿Por qué este rito? ¿Es un símbolo del pudor de la joven? Parece poco probable; el momento del pudor aún no ha llegado, pues lo primero que se va a realizar en esta casa es un acto religioso. ¿No se quiere más

²⁶ *Fustel de Coulanges, Obra citada, pág. 26*

²⁷ *Fustel de Coulanges, Obra citada, pág. 26*

²⁸ *Fustel de Coulanges, Obra citada, pág. 29*

²⁹ *Fustel de Coulanges, Obra citada, pág. 30. (Traducciones libres por la Lic. Lilia Beatriz Acevedo López).*

bien indicar más fuertemente que la mujer que va a sacrificar en ese hogar no tiene por sí misma ningún derecho en él, y que no se acerca por efecto de su voluntad, y que es preciso que el dueño de la casa y del dios la introduzca allí por un acto de su poder? Sea lo que sea, tras una lucha simulada, el esposo la alza en sus brazos y la hace pasar la puerta, pero teniendo buen cuidado de que sus pies no toquen el umbral...³⁰.(subrayado mío)

En lo tocante al divorcio, nuestro autor nos menciona que dado el estrecho vínculo entre el matrimonio y la religión doméstica, así como los efectos tan graves que producía la ceremonia de las nupcias, además de hacer imposible la poligamia, permite afirmar que esa unión fuese indisoluble, y que si bien el derecho romano permitía la disolución matrimonial por *coemptio* o por *usus*, la disolución del matrimonio religioso era sumamente difícil, sujeta a otra ceremonia sagrada a fin de disolver lo sagrado también por lo sagrado; que la *confarreatio* sólo podía destruirse por la *diffarreatio* y que consumada la aludida ceremonia a la que concurrían los cónyuges por última vez ante el hogar común, que incluía que en lugar de oraciones se pronunciaban fórmulas (citando a *Plutarco*), “de carácter extraño, severo, rencoroso, espantoso”, “...una especie de maldición por la que la mujer renunciaba al culto y a los dioses de su marido . Desde este momento el lazo religioso quedaba roto. Cesando la comunidad del culto, cualquier otra comunidad cesaba de pleno derecho, y el matrimonio quedaba disuelto³¹ .

Correlativamente al carácter profundamente religioso del matrimonio, y como consecuencia de una de las características más destacadas de la familia antigua romana, en términos de la cual una familia que se extingue es un culto que muere, el propio *Fustel de Coulanges*³² nos informa sobre que el gran interés de la vida humana era continuar la descendencia para continuar el culto, lo que tenía consecuencias tales como la de que el celibato debía ser a la vez una grave

³⁰ *Fustel de Coulanges, Obra citada, pág. 28, con referencia a pie de página a Plutarco y a Dionisio de Halicarnaso, quienes se refieren al matrimonio griego antiguo, pero no perdamos de vista que Fustel de Coulanges consigna el gran parecido de este con el romano.*

³¹ *Fustel de Coulanges, Obra citada, pág. 31.*

³² *Fustel de Coulanges, Obra citada, pág. 32 y sigs.*

impiedad y una desgracia, de lo que concluye que el matrimonio era obligatorio y, en estas condiciones, la disolución del matrimonio resultaba justo por esterilidad de la mujer, lo que para los antiguos no sólo resultaba un derecho, sino también una obligación, consignando el que parece ser el primer precedente que consignan los anales romanos, que es el caso de *Carvilio Ruga*, de quien dice *Aulo Gelio* que era "...hombre de ilustre familia, se separó de su mujer mediante divorcio porque no podía tener hijos de ella... pues había jurado... que la tomaba por esposa para tener hijos".

2.1.1 El matrimonio.

El que convencionalmente denominamos derecho romano, se inicia en la historia a partir de la aparición de la Ley de las Doce Tablas, universalmente reconocidas como el primer documento formal escrito, antes de las cuales el derecho privado en Roma "... tenía su fuente única en los usos que estaban en vigor entre los fundadores de la ciudad..."³³ --Debemos destacar aquí la notable coincidencia de esta afirmación con los señalamientos ya comentados de *Fustel de Coulanges* sobre el matrimonio y el divorcio protohistóricos romanos.

*Rene Foignet*³⁴, por su parte, nos señala que el matrimonio (*Justae Nuptiae*) tuvo en Roma tres fases sucesivas:

1. Matrimonio *con manus*, caracterizado porque la mujer cae bajo la *manus* de su marido, esto es, deja de ser miembro de su familia original, para pasar a la del marido, a modo de hija de este. A este fase obedece la definición de *Modestino*, jurisconsulto del siglo III de nuestra era: "*Nuptiae sunt conjunctio maris et feminae en consortium omnis vitae, divini et humani juris communicatio*". ("El matrimonio es

³³ Eugéne Petit. *Tratado Elemental de Derecho Romano*. Editora Nacional, S.A., México, 1953, pág. 35

³⁴ René Foignet, *Manual Elemental de Derecho Romano*, Editorial José M. Cajica Jr., Puebla, Pue., Méx. 1948, págs.. 49 y sigs.

la unión del hombre y de la mujer; una asociación de toda la vida, implicando la comunidad de intereses pecuniarios y religiosos”).³⁵

Esta *manus* se adquiría de tres maneras distintas: *la confarreatio*, *la coemptio* y *el usus*. La primera, reservada a los patricios, implicaba la ofrenda a Júpiter de un pan de centeno y palabras solemnes en presencia de los esposos, de diez testigos, del gran pontífice y del flaminio de Júpiter: la segunda, propia de los plebeyos, era una venta ficticia de la mujer al marido, en presencia de cinco ciudadanos romanos, púberes, de un *libripens*, portabalanza y de los dos esposos, valiéndose de palabras sacramentales; la tercera resultaban de la cohabitación continuada durante un año, pudiendo evitar la mujer este resultado separándose del lecho tres noches antes del fin del año, a lo que se llamaba *usurpatio trinoctii*.³⁶

2. Matrimonio *sin manus*. Coexistente con el matrimonio *con manus*, o matrimonio libre, y según nuestro autor de surgimiento incierto pero ya existente en la época de la Ley de las Doce Tablas. En esta modalidad del matrimonio, la mujer no entra en la familia del marido ni cae bajo su potestad, queda bajo la potestad del paterfamilias original. También se caracteriza por la dispensa de formas jurídicas, quizá explicable en un sistema de derecho tan formalista como el romano, porque se consideraba que el matrimonio no era un acto jurídico, sino un estado de hecho, existente aún en ausencia de toda forma, al cual la costumbre concedía consecuencias jurídicas.³⁷

3. Desaparición de la *manus*. Cayó en desuso lentamente, sin poder precisarse la fecha de su desaparición definitiva, y si bien *Gayo*, *Paulo* y *Papiniano* hacen mención de ella, para fines del siglo VI dejó de existir por completo.³⁸

³⁵ René Foignet, *Obra cit.* pág. 49. En el mismo sentido, *Código de Derecho Canónico de actual vigencia, comentario a pié de página del primer párrafo del canon 1055*, pág. 544, con cita del *Digesto* 23.4.1, y con *eliminación de la parte final* “...divini et humani juris communicatio”.

³⁶ René Foignet, *Obra cit.* pág. 50.

³⁷ René Foignet, *Obra cit.* pág. 50 y sigs.

³⁸ René Foignet, *Obra cit.* pág. 50.

El tratadista en cita hace referencia a diversos temas relacionados con las *justae nuptiae*, pero para los fines de nuestro estudio, y una vez ya comentada la formación de tal institución (con *manus*, sin *manus* y su desaparición) únicamente nos referiremos a otros dos temas en torno a la misma: Condiciones de fondo y su disolución.

Cinco fueron las condiciones de fondo que debería reunir el matrimonio: a) Consentimiento de los futuros esposos; b) Consentimiento del paterfamilias; c) Edad de la pubertad; d) *Connubium*; y, e) Ausencia de matrimonio no disuelto.

El consentimiento de los contrayentes tuvo una importancia cada vez mayor, ya que al principio sólo era legal el del *paterfamilias*, pero a medida que se fue afirmando la personalidad del hijo, en consentimiento de los contrayentes, aún bajo potestad, pasó a ser condición indispensable.

Por otra parte, y bajo el principio de la monogamia que los romanos consideraron de carácter absoluto, los futuros esposos debían, uno y otro, estar libres de todo lazo matrimonial anterior al momento de casarse. Además, la viuda o divorciada debía antes de contraer matrimonio observar un período de viudedad de diez meses con objeto de evitar la confusión de parto; *turbatio sanguinis*.

2.1.2 El divorcio.

El jefe de familia tuvo, durante largo tiempo, el derecho de romper, por su única voluntad, el matrimonio del hijo sometido a su autoridad. *Antonino el Piadoso* y *Marco Aurelio* hicieron cesar este abuso de autoridad.³⁹

Independientemente del anterior precedente, nuestro autor nos señala que las causas de disolución del matrimonio romano eran las siguientes:

³⁹ Eugène Petit, obra cit. pág. 109, (con citas de Cicerón y Paulo).

1. La muerte de uno de los esposos;
2. La pérdida del *connubium*, resultado de la reducción en esclavitud;
3. El divorcio.

Eugène Petit nos enseña que, aunque al parecer el divorcio tuvo aceptación legal desde el origen de Roma --según cita que hace de *Cicerón* y la referencia de este sobre la existencia de un texto que, al mencionar el divorcio, dice tomando de un tratado de *Gayo* sobre las XII tablas--⁴⁰, los antiguos romanos no disfrutaban de esta libertad por no coordinar con la severidad de las costumbres primitivas.

2.1.2.1 En el matrimonio *cum manus*.

La mujer, sometida generalmente a la *manus* del marido, como una hija sujeta a la autoridad paterna, hizo reducir a un derecho de repudio la facultad de divorciar, que sólo el marido podía ejecutar y por causas graves.⁴¹

Por su parte, *René Foignet*, coincidente con la opinión del anterior tratadista, al referirse al divorcio bajo esta forma matrimonial nos menciona que cuando el matrimonio había establecido la *manus* por *confarreatio*, era necesaria la forma ceremonial inversa, esto es, la *diffarreatio*; si la *manus* se había establecido por *coemptio* o por *usus*, podía darle fin el marido por vía de emancipación.⁴²

2.1.2.2 En el matrimonio *sine manus*.

También sobre este particular, el mismo autor nos menciona que en esta forma de matrimonio existe una libertad absoluta de divorcio, por considerarse la unión conyugal como un estado de hecho, como cierto género de vida que suponía el consentimiento mutuo de los esposos, y que cuando terminaba este acuerdo de

⁴⁰ *Obra cit.* pág.109 y nota a pie de página

⁴¹ *Eugène Petit, obra cit.*, pág. 109.

⁴² *René Foignet, obra cit.*, pág. 56.

voluntades, por hecho de ambos cónyuges o de uno solo, el matrimonio daba fin, había un divorcio.

Existían dos clases de divorcio:

1. El divorcio por mutuo consentimiento, o *divortium* propiamente dicho; y
2. El divorcio por voluntad de uno de los esposos o *repudium*.⁴³

Sobre la primera de estas modalidades debe decirse que, como su propia denominación lo indica, se sustenta en la voluntad de ambos cónyuges de no continuar casados, lo que dio lugar a hechos históricos curiosos como la decisión de Justiniano en el sentido de imponer sanciones a quienes lo llevan a cabo, tal como la de no permitir contraer nuevo matrimonio hasta que hubiese transcurrido determinado tiempo⁴⁴, medida que seguramente obedecía a razones distintas a las del *turbatio sanguinis* o confusión de parto a la que ya nos hemos referido).

2.1.2.2.1 El *repudium*.

El *repudium* se generaba por la voluntad de uno de los cónyuges, aunque fuera sin causa. Tanto el marido como la mujer tenían este derecho, salvo la mujer manumitida y casada con su patrono. Bajo *Augusto*, y para facilitar la prueba de la repudiación, la ley *Julia de adulteriis* exigía al que intentara divorciarse que notificara al otro esposo su voluntad en presencia de siete testigos, oralmente o por una acta escrita, que le era entregada por un manumitido⁴⁵.

2.1.2.2.2 El *Bona Gratia*.

⁴³ René Foignet, obra cit., pág. 56.

⁴⁴ Marta Morineau Iduarte y Romás Iglesias González. *Derecho Romano, Tercera Edición, Harla, México*, pág. 68.

⁴⁵ Eugéne Petit, *Obra cit.*, pág. 110.

Junto con las anteriores modalidades del divorcio, en el derecho romano también se conoció la llamado *Bona Gratia*, el cual consistía en una separación que se fundaba en circunstancias que hiciesen inútil la continuidad del vínculo, como sería el caso de impotencia, cautiverio, castidad o ingreso a órdenes religiosas.⁴⁶

Es preciso destacar que en el matrimonio romano se encuentra siempre presente (aún en el más primitivo, ligado notoriamente a la cuestión religiosa) el fenómeno de la voluntad, como elementos constante para la existencia jurídica de tal institución. De igual manera, en la principal causa de disolución formal del matrimonio, el divorcio, notamos la presencia de este ingrediente, incluso en el caso de disolución *Bona Gratia*, ya que bajo esta forma subyace una voluntad, quizá no expresada, pero si substituida por la ley.

2.2 El Derecho Canónico.

2.2.1 El matrimonio como sacramento.

El derecho canónico, caracterizado por ser uno de los sistemas jurídicos más antiguos –pero que más lentamente evoluciona, como consecuencia obvia de regular situaciones a las que en gran proporción se les atribuye origen divino--, considera al matrimonio como un sacramento, esto es, “cada uno de los ciertos actos instituidos por Jesucristo por los que los cristianos reciben un efecto espiritual de santificación o gracia divina”⁴⁷, concepto que en el lenguaje más propio de los canonistas recoge el numeral 840 del Código de Derecho Canónico de actual vigencia –promulgada por el papa Juan Pablo II el 25 de enero de 1983, a través de la Constitución Apostólica *Sacrae Disciplinae Leges*--, al establecer que “los sacramentos del Nuevo Testamento, instituidos por Cristo Nuestro Señor y encomendados a la Iglesia, en cuanto que son acciones de Cristo y de la Iglesia,

⁴⁶ Eugéne Petit, *Obra cit.*, pág. 110.

⁴⁷ María Moliner *Diccionario de Uso del Español*, Editorial Gredos, S.AU., Madrid, 2007, pág. 2637.

son signos y medios con los que se expresa y fortalece la fe, se rinde culto a Dios y se realiza la santificación de los hombres...”⁴⁸

Dentro de los mismos aspectos conceptuales adoptados por el derecho canónico con relación al matrimonio, y al margen del carácter sacramental que le atribuye – cuyo análisis no es la materia de este estudio--, cabe también señalar que el sistema jurídico en comento considera al matrimonio como una “alianza” por la que el varón y la mujer constituyen entre sí un “consorcio” vitalicio y entre bautizados, esto último conforme al texto del canon 842, que hace depender del bautizo la validez de los demás sacramentos, entre ellos el matrimonio.

2.2.2 Su naturaleza canónica como acto volitivo bilateral.

La normatividad canónica concretamente referida al matrimonio consta en los cánones 1055 a 1165, pero para las finalidades de este trabajo debemos limitarnos a determinar las características del matrimonio canónico con respecto a su naturaleza de acto jurídico consensual.

Dos párrafos arriba afirmamos que a este sacramento se le califica con las características de “alianza” y de “consorcio”, voces cuyo empleo no está reservado al uso exclusivo de los canonistas, por lo que para establecer su significado y trascendencia al tema que nos ocupa debemos recurrir a un diccionario de la especialidad y, así, tenemos que el Diccionario Jurídico Mexicano nos indica respecto de la primera de estas voces que “alianza” es una forma específica de asociación --aunque referida al derecho internacional—⁴⁹; y, en lo tocante al concepto “consorcio”, se remite al Diccionario de la lengua española, que a su vez nos indica que en sus diversas acepciones significa: 1. “Unión de cosas que contribuyen al mismo efecto”, “Asociación”, “Unión de personas con fines

⁴⁸ *Código de Derecho Canónico, edición bilingüe comentada por los profesores de la Facultad de Derecho Canónico de la Universidad Pontificia de Salamanca, Juan Luis Acebal, Federico Aznar, Julio Manzanares y Mariano Sáenz, Decimosexta Edición. Biblioteca de Autores Cristianos. Madrid, MCMXCIX.*

⁴⁹ *Ricardo Méndez Silva. Diccionario Jurídico Mexicano. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. Editorial Porrúa, S.A. México, 1993,*

comunes” o 2. “Matrimonio”⁵⁰. Esto último nos permite traer a colación el término “consorte”, que gramaticalmente derivado del anterior y generalmente relacionado con uno de los cónyuges respecto del otro, con quien participa de una misma suerte, finalmente nos autoriza a determinar que también, a la luz del derecho canónico, el matrimonio es una institución que necesariamente surge de un acto de voluntad externada por los cónyuges porque resulta inconcebible, tanto en lo lógico como en lo jurídico, la coparticipación de dos personas en un destino u objetivo común si tal propósito no surge de actos de voluntad externada por uno y otro consortes.

La convicción respecto a que en el derecho canónico también se admite la voluntad como elemento jurídico de existencia del matrimonio, deviene tanto del contenido de diversos cánones, como de las glosas que a los mismos han hecho los comentaristas canónicos, en este caso Federico Aznar, Profesor de la materia en la Universidad Pontificia de Salamanca (España), quien respecto de la institución sacramental que nos ocupa nos señala, entre otros conceptos, que *“...en la configuración actual de la normatividad canónica matrimonial han confluído decisivamente varios factores legislativos, que se deben conocer para entender adecuadamente los cc. (cánones) referentes al matrimonio: la abundante normativa matrimonial, general y particular, emanada sobre todo desde el Concilio Vaticano II; las referencias al matrimonio referidas en el mismo Concilio...; la atención prestada a la elaboración del derecho matrimonial durante el proceso de codificación; y el desarrollo y aplicación que ha venido y viene realizando la jurisprudencia canónica, especialmente en algunos capítulos del consentimiento matrimonial...”*⁵¹ (subrayado mío).

El mismo comentarista, al aludir al canon 1055 que define el matrimonio canónico como una alianza que constituye un consorcio vitalicio, así como su condición de sacramento, nos precisa que *“...se describe el matrimonio como la íntima comunidad de vida y amor conyugal, fundada por el Creador, y provista de leyes*

⁵⁰ María Moliner, obra citada, pág. 769.

⁵¹ Código de Derecho Canónico ya citado, Págs. 455, 543 y sigs.

*propias, que se establece con la alianza del matrimonio es decir, con un consentimiento personal irrevocable...*⁵² (subrayado mío).

Esta condición del matrimonio canónico, como un acto jurídico derivado del consentimiento, lo acepta con plena claridad el canon 1057, en tanto que su indisolubilidad se recoge tácitamente en el primer párrafo del canon 1055, sin perjuicio de su posible nulidad, aspecto este que será materia de análisis posterior.

Debe advertirse que el concepto jurídico canónico del matrimonio, en los términos antes precisados, no nace históricamente de los términos del Código de Derecho Canónico de actual vigencia, ya que el mismo también deriva de los elementos que nos proporcionan las contribuciones papales y conciliares a las que haremos referencia más adelante, así como el Código que rigió inmediatamente anterior al actual, promulgado por el entonces pontífice Benedicto XV en la festividad de Pentecostés del año 1917, que contiene conceptos similares –si no idénticos-- sobre tal institución, como acto derivado del consentimiento expresado como elemento de existencia, así como respecto de su indisolubilidad, según los comentarios a los cánones 1012 a 1018 de tal Código, hecha por el ilustre canonista Lorenzo Miguélez Domínguez, Catedrático de Texto del Código en la Pontificia Universidad de Salamanca (España), Decano de la Rota Española y Ex Rector Magnífico de la misma Universidad.⁵³

2.2.3 Contribuciones pontificias y conciliares sobre el concepto canónico del matrimonio y su disolubilidad.

Se ha dejado establecido en líneas anteriores que, en el derecho canónico, al matrimonio se le considera como un sacramento y, por ello, de origen divino, circunstancia que ha llevado a la reiterada consideración de las características y elementos de este sacramento en las más altas esferas legislativas del

⁵² *Idem.*

⁵³ *Código de Derecho Canónico promulgado por Benedicto XV. Biblioteca de Autores Cristianos. Madrid, MCMLVII. Portada, pág. XXXVI de la advertencia y págs. 377 a 381 del su texto.*

cristianismo romano, manifestado a través de constituciones, encíclicas, bulas, breves, edictos, alocuciones, epístolas (Cartas en las traducciones) y demás medios de normatividad papal; la jurisprudencia pontificia, la glosa --a cargo de los comentaristas y estudiosos--, así como de resoluciones conciliares, estas últimas que, como veremos más adelante, nos dan indicios de las tendencias de la doctrina canónica, con entera independencia de que sean o no promulgadas por el Sumo Pontífice, único medio para entrar el vigor.

Agotar este tema, que por su importancia y trascendencia para la vida y práctica religiosa de los cristianos sujetos a la potestad del Obispo de Roma ha sido constante y permanentemente estudiada, rebasaría los objetivos y capacidades de este trabajo, por lo que dentro del orden metodológico que nos hemos impuesto, nos limitaremos a hacer las referencias que consideramos de especial relevancia, en relación con la institución matrimonial, su origen consensual y su indisolubilidad formal.

De la relación cronológica y temática que nos ha legado Enrique Denzinger⁵⁴, destacamos los siguientes acontecimientos en torno a tales temas, a modo de ejemplificación, dada la abundancia de material existente al respecto:

a) Concilio de Elvira (España), entre 300 y 306. Sobre la indisolubilidad del matrimonio. *A través del canon 9 prohíbe dar comunión a la mujer que abandona al marido adúltero y se casa con otro.*⁵⁵

b) San Siricio, papa de 384 a 398. [De la Carta 1 *Directa ad decessorem* a Himerio, Obispo de Tarragona, de 10 de febrero de 385]. Sobre el matrimonio cristiano. *Se prohíbe que la doncella desposada con uno sea tomada por otro en matrimonio,*

⁵⁴ *El Magisterio de la Iglesia. Manual de los Símbolos, Definiciones y Declaraciones de la Iglesia en Materia de Fe y Costumbres.* Editorial Herder. Barcelona, 1963.

⁵⁵ *Idem* Pág. 22

*porque la bendición sacerdotal a la futura esposa es sacrilegio si por transgresión alguna es violada.*⁵⁶

c) San Nicolás I, papa de 858 a 867, De la forma del matrimonio. [De las respuestas a las consultas de los búlgaros, en noviembre del año 866]. *Baste según las leyes el solo consentimiento de aquellos, de cuya unión se trata. En las nupcias, si acaso ese solo consentimiento faltare, todo lo demás, aún celebrado con coito, carece de valor.*⁵⁷

d) Alejandro III, papa de 1159 a 1181. Del vínculo del matrimonio. [De fragmentos de una carta al arzobispo de Salerno, de fecha incierta]. *Si entre el varón y la mujer se da legítimo consentimiento de presente, de modo que uno reciba expresamente al otro en su consentimiento con las palabras acostumbradas....*⁵⁸

e) Inocencio III, papa de 1198 a 1216. De la forma sacramental del matrimonio. [De la Carta *Quum apud sedem* a Imberto, arzobispo de Arles, de 15 de julio de 1198]. *Nos has consultado si un mudo o un sordo puede unirse matrimonialmente con alguien; por lo cual respondemos a tu fraternidad que, siendo prohibitorio el edicto de contraer matrimonio, de suerte que a quien no se prohíbe, consiguientemente se le admite, y como para el matrimonio basta el consentimiento de aquellos o aquellas de cuya unión se trata; parece que si el tal quiere contraer, no se le puede o debe negar, pues lo que no puede declarar por palabras, lo puede por señas.*⁵⁹

f) Del mismo pontífice. [De una Carta al obispo de Módena, año 1200]. *En la celebración de los matrimonios, queremos que en adelante observes lo que sigue: después que entre las personas legítimas se haya dado el consentimiento legítimo de presente, que basta en los tales según la sanciones canónicas y que, si faltare él solo, todo lo demás, aun celebrado con coito, queda frustrado; si las personas*

⁵⁶ *Idem Pág. 32*

⁵⁷ *Idem Pág. 123*

⁵⁸ *Idem Pág. 141*

⁵⁹ *Idem Págs. 143 y 144*

*unidad legítimamente luego contraen de hecho con otras, lo que antes se había hecho de derecho no podrá ser anulado.*⁶⁰

g) Pío IV, papa de 1559 a 1565. Conclusiones del Concilio de Trento Sesión XXIV (11 de noviembre de 1563). Doctrina [sobre el sacramento del matrimonio]. *El perpetuo e indisoluble lazo del matrimonio, proclamólo por inspiración del Espíritu divino el primer padre del género humano... [Gén. 2,28 s; cf. Eph. 5,31].- Que con este vínculo solo dos se unen y se juntan, enseñólo más abiertamente Cristo Señor... [Mt 19.6]...ahora bien la gracia que perfeccionara aquél amor natural y confirmara la unidad indisoluble..., insinúa el Apóstol Pablo...[Eph. 5.25 y 5.32].*⁶¹

h) Inocencio XII, papa de 1691 a 1700. *Del matrimonio como contrato sacramento [Respuesta del Santo Oficio a la Misión Capuchina de 23 de julio de 1698]. ¿Es en verdad matrimonio y sacramento el matrimonio entre los apóstatas de la fe y bautizados anteriormente, efectuado públicamente después de la apostasía y según la costumbre de los gentiles y mahometanos?. Resp.: Si hay pacto de disolubilidad no es matrimonio ni sacramento, pero si no lo hay, es matrimonio y sacramento*⁶².

i) Pio VII, papa de 1800 a 1823. *Sobre la indisolubilidad del matrimonio. [Del Breve a Carlos de Dalberg, Arzobispo de Maguncia, de 8 de noviembre de 1803].* El Sumo Pontífice, a las dudas propuestas, responde entre otras cosas: *que la sentencia de los tribunales laicos y de las juntas católicas por las que principalmente se declara la nulidad de los matrimonios y se atenta a la disolución de su vínculo, ningún valor y ninguna fuerza absolutamente pueden conseguir ante la iglesia...*⁶³.

j) Pío IX, papa de 1846 a 1878. Sobre el matrimonio civil. [De la Alocución *Acerbissimum vobiscum*, de 27 de septiembre de 1852]. *Nada decimos de aquél*

⁶⁰ *Idem Pág. 144*

⁶¹ *Idem Pág. 275*

⁶² *Idem Pág. 319*

⁶³ *Idem Págs. 371 y 372*

otro decreto por el que, despreciando totalmente el misterio, la dignidad y santidad del sacramento del matrimonio e ignorando y trastornando absolutamente su institución y naturaleza, desechada de todo en todo la potestad de la Iglesia sobre el mismo sacramento, se proponía, según los errores ya condenados de los herejes y contra la doctrina de la Iglesia Católica, que se tuviera el matrimonio sólo como contrato civil y se sancionaba en varios casos el divorcio propiamente dicho..., a par que todas las causas matrimoniales se sometían a los tribunales laicos y por ellos eran juzgadas... cualquier otra unión de hombre y mujer entre cristianos, fuera del sacramento, sea cualquiera la ley, aún la civil en cuya virtud esté hecha no es otra cosa que torpe y pernicioso concubinato... y por tanto, el sacramento no puede nunca separarse del contrato conyugal... y pertenece totalmente a la potestad de la Iglesia, determinar todo aquello que de cualquier modo pueda referirse al propio matrimonio⁶⁴.

k) Del mismo pontífice, el “Sílabo” o colección de los errores modernos. Párrafo VIII. Errores sobre el matrimonio cristiano. (aspectos esenciales extractados, para los fines de esta tesis). *No puede demostrarse que Cristo hubiera elevado el matrimonio a la dignidad de sacramento; el sacramento del matrimonio no es mas que un accesorio del contrato y separable de él; el vínculo del matrimonio no es indisoluble por derecho de la naturaleza, y en varios casos la autoridad civil puede sancionar el divorcio; entre cristianos puede darse verdadero matrimonio en virtud del contrato meramente civil, etc.*⁶⁵

l) León XIII, papa de 1878 a 1903. Del matrimonio cristiano [De la Encíclica *Arcanum divinae sapientiae*]. *“...Así pues, es evidente que todo legítimo matrimonio entre cristianos es en sí y de por sí sacramento, y nada se aleja más de la verdad que hacer del sacramento una especie de ornamento añadido, y una*

⁶⁴ *Idem* Pág. 385

⁶⁵ *Idem* Págs. 411 y 412 *Nótese que la severidad con la que se exponen las anteriores posiciones, considerados errores por el criterio papal, muestran el esfuerzo por obstaculizar la clara tendencia a modificar la inflexibilidad del derecho canónico respecto de identificar las figuras de matrimonio y de sacramento; a negar que el matrimonio sea una figura semejante al contrato, así como a la indisolubilidad formal del matrimonio.*

*propiedad extrínsecamente sobrevenida, que puede, al arbitrio de los hombres, separarse y ser extraña al contrato....*⁶⁶

m) Pío XI, papa de 1922 a 1939. Del matrimonio cristiano [De la Carta Encíclica *Casti Connubii*, de 31 de diciembre de 1930]. Reitera el origen divino del matrimonio, que “...no fue instituido ni establecido por obra de los hombres, sino del autor mismo de la naturaleza, Dios, y del restaurador de la misma naturaleza, Cristo Señor; leyes, por ende, que no pueden estar sujetas al arbitrio de los hombres, ni siquiera al acuerdo contrario de los mismos cónyuges...”, concepto que se apoya en “...las Sagradas Letras [Gen 1, 27 s; 2, 22; Mt. 19; 3 ss; Eph 5, 23 ss]; ésta, la constante y universal tradición de la Iglesia; ésta, la solemne definición del sagrado Concilio de Trento, que predica y confirma con las palabras mismas de la Sagrada Escritura que el perpetuo e indisoluble vínculo del matrimonio y su unidad y firmeza tienen a Dios por autor...”.

En la misma Carta Encíclica, su autor afirma que “...aún cuando el matrimonio sea por su naturaleza de institución divina, también la voluntad humana tiene en él su parte y por cierto nobilísima. Porque... no se realiza sin el libre consentimiento de uno y de otro esposo; y este acto libre de la voluntad, por el que una y otra parte entrega y acepta el derecho propio del matrimonio... es tan necesario para constituir verdadero matrimonio, que no puede ser suplido por potestad humana alguna...”.

En cuanto al divorcio, se fustigan todas las tendencias y razonamientos de quienes sostienen su posibilidad y validez para, con fulminante conclusión, señalar que “...frente a estos desvaríos se levanta... la sola certísima ley de Dios, amplísimamente confirmada por Cristo, que no puede debilitarse por decreto

⁶⁶ *Idem* Págs. 432 y 433

alguno de los hombres, ni convención de los pueblos, ni por voluntad alguna de los legisladores...”.⁶⁷

2.2.4 La nulidad como único medio formal de disolución del matrimonio canónico.

Hemos dejado expuesto en líneas anteriores que, para el derecho canónico, el matrimonio es un vínculo indisoluble, condición especialmente originada en el origen divino y sacramental que a dicha institución se atribuye la Iglesia Romana, lo que no obsta para que el mismo sistema jurídico considere la existencia del matrimonio putativo, que al tenor del tercer párrafo del canon 1061 del Código de actual vigencia así se denominan a aquellos inválidos “... si fue celebrado de buena fe al menos por uno de los contrayentes, hasta que ambos adquieran certeza de la nulidad”.⁶⁸

El concepto acabado de citar, relativo a los matrimonios putativos, nos permite afirmar, sin duda alguna, que el derecho canónico reconoce la existencia de uniones de hombre y mujer, con apariencia de matrimonio, de las que por alguna razón y con posterioridad, se llega al conocimiento de que carecen de elementos esenciales para que tal sacramento sea perfecto y produzca todas sus consecuencias, no obstante que, en cuanto putativos, pueden llegar a producir efectos en relación con terceros (los hijos).

Tal situación --y el mismo canon ya mencionado lo admite--, da lugar a la nulidad del aparente matrimonio que, por ahora es la única manera formal que el sistema jurídico en comento reconoce para privarlo totalmente de efectos, no obstante que para nuestra forma de concebir el derecho no se trata en definitiva de una disolución, sino de una nulidad por efecto de una típica inexistencia.

⁶⁷ *Toda la información sobre las aportaciones pontificias y conciliares respecto del matrimonio y el divorcio incluidos en los incisos a) a m) inmediatos anteriores, aparecen en Enrique Denzinger, obra citada, págs. 22, 32, 123, 141, 145, 144, 275, 319, 371, 372, 385, 411, 412, 432, 433, 548, 562 y 563.*

⁶⁸ *Código de Derecho Canónico ya citado, pág.549.*

La nulidad del matrimonio canónico puede ser resultado de diversas causas, tales como la existencia de impedimentos para establecer el vínculo, a pesar de lo cual se contrae el matrimonio. Entre la gran gama de estas causas, comprendidas en los cánones 1073 al 1107⁶⁹, están las siguientes:

- a) El parentesco en línea recta por consanguinidad. En línea colateral, hasta el cuarto grado, inclusive; la afinidad en cualquier grado, así como el parentesco legal proveniente de la adopción.
- b) Grave defecto de discreción de juicio acerca de los derechos y las obligaciones del matrimonio.
- c) El error respecto de la persona con quien se contrae.
- d) Violencia o miedo graves.
- e) Falta de consentimiento, como el hecho de no expresar con palabras el consentimiento matrimonial o, si no pueden hablar, con signos equivalentes. Para que pueda haber consentimiento matrimonial, es necesario que los contrayentes no ignoren, al menos, que el matrimonio es un consorcio permanente entre un varón y una mujer, ordenado a la procreación de la prole mediante una cierta cooperación sexual. Esta ignorancia no se presume después de la pubertad.
- f) Carecer de suficiente uso de razón.
- g) Quienes no pueden asumir las obligaciones esenciales del matrimonio por causas de naturaleza psíquica.
- h) Si uno de ellos (los contrayentes) tiene un defecto y no se lo ha dicho al otro, de tal manera que si se lo hubiera dicho no se casase. Ejemplo: sífilis, tuberculosis,

⁶⁹ *Código de Derecho Canónico ya citado, pág. 556 a 581.*

cáncer, lepra, ser homosexual, VIH, estéril (si se puso esta condición; si no se pone, la esterilidad por sí misma no anula).

i) Es inválido el matrimonio contraído por violencia o por miedo grave proveniente de una causa externa, incluso el no inferido de propio intento, para librarse del cual alguien se vea obligado a elegir el matrimonio, etc.

En cuanto a la disolución del vínculo matrimonial canónico, de manera tajante se determina su imposibilidad en el canon 1141, cuyo texto expresa: *“El matrimonio rato⁷⁰ y consumado no puede ser disuelto por ningún poder humano, ni por ninguna causa fuera de la muerte”*, lo que nos permite afirmar que el vínculo matrimonial, bajo este sistema jurídico es indisoluble, salvo por causa de muerte.

Sin embargo, el propio derecho canónico nos ofrece formas de atenuación del matrimonio y de sus efectos a través de diversos cánones. Así por ejemplo el 1142, en términos del cual el matrimonio no consumado entre bautizados, o entre parte bautizada y parte no bautizada, puede ser disuelto por causa justa por el Romano Pontífice, a petición de ambas partes o de una de ellas, aunque la otra se oponga, texto este que nos pone en duda sobre si es un atisbo de reconocimiento del divorcio, particularmente por el uso del concepto “por justa causa”. Ante la duda, y a reserva de que la glosa canónica o la jurisprudencia pontificia nos concedan otros medios de convicción, y conforme también a la interpretación que al contexto surge de este canon con el 1141, nos limitamos por ahora a exponer la situación y a estimar que en el caso se trata de una simple nulidad⁷¹.

También se reconoce la disolución matrimonial por el privilegio paulino⁷² consignado en el canon 1143 y válido respecto de cónyuges no bautizados que,

⁷⁰ María Moliner, *Diccionario citado*, pág. 2488: *Rato: Aplicado a “matrimonio”, el celebrado legítima y solemnemente que no ha llegado aún a consumarse.*

⁷¹ *Código de Derecho Canónico ya citado*, págs.599 y 600.

⁷² *No confundir con el llamado privilegio petrino, que no se encuentra en el derecho canónico y es una ampliación reciente del poder papal con respecto al matrimonio. El primer caso parece haberse dado en Breslau (Alemania) en abril de 1924. El que suele citarse como primer ejemplo es el caso «Helena» (del nombre de una diócesis de Montana, E.U.A., del 5 de noviembre del mismo año: Un no bautizado se había*

habiendo contraído un matrimonio válido, este no alcanza la calidad de sacramento no ser consecuencia del bautizo y, así, no le toca la indisolubilidad absoluta que consigna el canon 1141.⁷³ Esta particular cuestión de la disolución matrimonial canónica nos lleva de la mano a comprender que la razón substancial de la indisolubilidad del matrimonio, para la Iglesia Romana, estriba en su aspecto sacramental que, por haber sido instituido por Dios mismo y perfeccionado por Jesucristo, deviene intocable para el hombre, no obstante que también se consideran atendibles aspectos tales como la no consumación del matrimonio.

2.2.5 La disolución del matrimonio en favor de la fe. El Concilio Vaticano II y la aprobación de Paulo VI, omitida en el texto promulgado.

Tema especial nos merece en el presente capítulo el comentario de los aspectos substanciales y procesales de la disolución del matrimonio a favor de la fe que, durante el proceso de codificación del Concilio Vaticano II, estaban previstos a través de un canon sustantivo y varios procesales, que se mantuvieron hasta el Esquema de 1982, y que por razones que se ignoran ya no aparecieron en el texto promulgado.

Estos cánones, aprobados por el papa Paulo VI e inexplicablemente no incluidos en la promulgación definitiva por parte de Juan Pablo II, consignan una forma de

casado con una bautizada; después de un divorcio civil, se convirtió a la Iglesia católica y pidió la disolución de su primer matrimonio; se le concedió, y es lo que a veces se conoce como «privilegio petrino», porque se considera como fundamento del mismo el poder de las llaves conferido por Cristo a los sucesores de Pedro. A veces es llamado también «privilegio de la fe», y no se rige por el Código de Derecho canónico, sino por normas de la Congregación para la doctrina de la fe, incluso después de la reforma de la curia.

Las primeras disoluciones fueron concedidas sólo a bautizados no católicos que se habían casado con un no bautizado y, habiéndose convertido posteriormente al catolicismo, querían casarse luego con una persona católica. Más tarde se concedieron también a personas no bautizadas que querían casarse con católicos y, finalmente, a cualquiera de las partes de un matrimonio no sacramental celebrado mediante dispensa por disparidad de cultos. Estas ampliaciones del privilegio a los matrimonios no sacramentales suponen que los únicos matrimonios que no pueden disolverse son los matrimonios consumados entre cristianos. El privilegio petrino se diferencia del privilegio paulino en que el primero conlleva un acto de ejercicio de la autoridad suprema del papa.

⁷³ Código de Derecho Canónico citado, pág. 601, con nota a pie de página sobre el canon 1143.

disolución del matrimonio a favor de la fe, sujeta para su consecución a algunos requisitos a cual más de enérgicos en función, al parecer, del principio rector de la indisolubilidad del matrimonio canónico, tales como la carencia del bautismo, el no uso del matrimonio después de una posible recepción del bautismo y que la persona no bautizada o habiéndolo sido fuera de la Iglesia católica, conceda a la católica la libertad y la facultad de profesar su propia religión y de bautizar y de educar católicamente a los hijos. Estos requisitos se complementan con otros de menor sustancia.

Las normas procesales relativas a este tema únicamente nos llevan a conocer en que sentido se concibieron los cánones respectivos para el proceso propiamente dicho de disolución del vínculo matrimonial en favor de la fe.⁷⁴

2.3 El Derecho Germánico

Los pueblos germanos (en latín Germani) constituyeron un conjunto de etnias provenientes de diversos puntos geográficos originarias del norte de Europa y que compartían el uso de las lenguas germánicas como idioma, estas tribus ocupaban la región ubicada al norte del Imperio romano, conocida como Germania⁷⁵. A pesar de constituir tribus separadas, los germanos poseían características muy similares. Es probable que su denominación provenga del término germánico heer-mann, hombre de guerra, puede también provenir de Hermann, el caudillo germano que masacró las legiones de Varo en la batalla del bosque de Teutoburgo. Debido a esta derrota, los romanos debieron replegarse a la ribera izquierda del Rin, frontera que perduró hasta la desintegración del Imperio romano. Los germanos provenían del norte y del este de Europa, de zonas no aptas para el cultivo, y fueron denominados bárbaros por los romanos, y antes por los griegos, por no participar de sus culturas y por sus costumbres rústicas y primitivas. Estos pueblos

⁷⁴ *Código de Derecho Canónico citado, Págs. 961 a 968.*

⁷⁵ *Las tribus germánicas más conocidas fueron las eslavas o góticas (francos suevos, vándalos, etc.); los ávaros (de raza uralaltaica): los alamanes, los lombardos, los burgundios, etc.*

germanos, se regían por sus propias leyes, de acuerdo al derecho de gentes. Tenían sus propios jefes y conservaban sus costumbres, no hablaban latín y eran paganos.

Se denomina derecho germánico al conjunto de normas por las que se regían los pueblos germánicos que invadieron el imperio romano de occidente.

No poseían un código legislativo, por lo que se regían bajo el derecho consuetudinario. Sin embargo, tras el contacto con la forma de vida romana, surgieron algunos códigos de leyes promulgados por los reyes, como son los casos del Código de Eurico y del Código de Alarico o Breviario de Aniano.

Era un derecho mucho más primitivo que el romano, típico de poblaciones seminómadas, con una idea de la propiedad mucho más restringida, motivo por el cual fue cediendo terreno a este último a medida que los germanos invasores se fueron estableciendo en los territorios europeos y adoptando el sistema de vida romano.

Fueron famosas las ordalías aplicadas en el Derecho Germánico⁷⁶. Con las ordalías se pretendía determinar la culpabilidad o no de una persona⁷⁷. Incluso podía tratarse de un tercero ajeno al proceso el que se sometiese a la prueba (ordalías de representación).

El derecho germánico se considera el tercer ordenamiento jurídico, en orden de importancia y después del Derecho romano y el Derecho canónico, para la formación del Derecho occidental actual.

⁷⁶ *Un acusado debía demostrar su inocencia sometiéndose a pruebas tales como sostener una piedra al rojo vivo, o agua hirviendo. En ocasiones también se obligaba a los acusados a permanecer largo tiempo bajo el agua. Si era capaz de soportarlo, se entendía que Dios le ayudaba por ser no culpable. La naturaleza de las mismas tenía carácter de medio de prueba y juicio de Dios.*

⁷⁷ *Otra manera de escapar de la acusación era hacer uso del derecho de asilo por el cual aquel que entrase en lugar sagrado -iglesia, catedral o templo rural- era acogido por el santo patrón y recibía su protección. El refugio se acomodaba en los atrios de los templos gracias a una triple galería de columnas adosada a la fachada occidental. Allí podían acogerse hasta doce fugitivos recibiendo techo y comida, siendo frecuentes entre ellos el adulterio y la embriaguez.*

Respecto al tema del matrimonio y de su disolución, el Derecho Germánico establece, entre otros temas, los siguientes:

Al contraer matrimonio, la joven pasaba a manos del marido, quien ahora debe ejercer el papel de protector. El enlace matrimonial se escenifica en la ceremonia de los esponsales, momento en el que los padres reciben una determinada suma como compra simbólica del poder paterno sobre la novia.

La ceremonia era pública y la donación se hacía obligatoria. Entre los francos alcanzaba la suma de un sueldo y un denario si se trataba de un primer matrimonio, aumentando hasta tres sueldos y un denario en caso de sucesivos enlaces. La ceremonia se completaba con la entrega de las arras por parte del novio a la novia, aunque el enlace pudiera llevarse a cabo incluso años después. Los matrimonios solían ser concertados, especialmente entre las familias importantes, por lo que si alguien se casaba con una mujer diferente a la prometida debía pagar una multa de sesenta y dos sueldos y medio.

La joven tenía que aceptar la decisión paterna aunque conocemos casos de muchachas que se han negado a admitir el compromiso como ocurrió a santa Genoveva⁷⁸ o santa Maxellenda⁷⁹. Lo curioso del caso es que diversos concilios merovingios y el decreto de Clotario II en el año 614, prohíben casar a las mujeres contra su voluntad⁸⁰. Esta libertad vigilada motivaría que algunas mujeres tomaran espontáneamente a un hombre, en secreto, o que se produjeran raptos de muchachas, secuestros que contaban con el beneplácito de la víctima que rompía así con la rígida disposición paterna.

⁷⁸ **Santa Genoveva**, nacida en Nanterre en 423 y muerta en París en 502 ó 512 según las fuentes y la tradición. Es una santa católica francesa, patrona de la ciudad de París y de su Gendarmería. De padre franco y madre romano-griega, se entrega a Dios muy joven. Llevó una vida consagrada y ascética probablemente desde los 16 años de edad.

⁷⁹ **Santa Maxellenda**, 13 de noviembre 670. En el tiempo y la Diócesis de San Vindicianus, obispo de Cambray, vivió una chica hermosa y noblemente nacida, quien tenía un voto de virginidad. En vano, un joven noble, llamado Victoriano, intentó persuadir a casarse con ella. Reunieron una banda de sus compañeros y escogieron un momento en que sus padres no estaban, intentando llevársela. Enfurecido en su decidida resistencia, él la asesinó. Tan pronto como vio su sangre quedó ciego. Fue enterrada en la Iglesia de San Pedro, Pablo y Sulpicio, en un pueblo vecino.

⁸⁰ **Montesquieu**. *Del espíritu de las leyes*, libro XXXI. Teoría de las leyes feudales entre los francos con relación a las revoluciones de su monarquía. Capítulo II: De cómo se reformó el gobierno civil.

Como es lógico pensar, todos los códigos consideran a estas mujeres adúlteras mientras que el hombre se verá en la obligación de pagar a los padres el doble de la donación estipulada. En caso de que no se pague, el castigo es la castración. Si un muchacho se casa con una joven sin el consiguiente mandato paterno, deberá pagar a su suegro el triple de la donación determinada. Si esto se produce, el matrimonio ya es irreversible por lo que debemos preguntarnos si el matrimonio no dejaba de ser un pequeño negocio para los progenitores.

Tras los esponsales se realiza un banquete donde la comida y la bebida corren sin reparo (siempre que la economía familiar lo permitía), se acompañaba de cantos y bailes de talante obsceno para provocar la fecundidad de la pareja. Durante el banquete la novia recibía regalos tales como joyas, animales de compañía, objetos del hogar, etc. El novio también le hace entrega de un par de pantuflas, como símbolo de paz doméstica, y un anillo de oro, símbolo de fidelidad de clara tradición romana.

Las damas nobles también solían llevar un sello en el pulgar derecho, una muestra de la autoridad que poseía para administrar sus propios bienes. La ceremonia concluye con el beso de los novios en la boca, simbolizando así la unión de los cuerpos. Tras este rito, la pareja era acompañada a la casa y se quedaba en el lecho nupcial. El matrimonio debe consumarse para que alcance su legitimidad, consumación que se produce en la noche de bodas. A la mañana siguiente el esposo entrega a su mujer un obsequio llamado "morgengabe" para agradecer que fuera virgen al matrimonio, dando fe de la pureza de la joven desposada y asegurándose que la descendencia es suya. Esta donación post-consumación no se realiza en caso de segundas nupcias. De este "morgengabe" la viuda se queda con un tercio y el resto será entregado a la familia en caso de muerte del marido.

La edad de matrimonio debía de estar próxima a la mayoría de edad, es decir, los doce años, según nos cuenta San Venancio Fortunato⁸¹ al hacer mención del

⁸¹ **Venancio Fortunato, Santo** (en latín: *Venantius Honorius Clementianus Fortunatus*), nacido en Valdobbiadene, cerca de Treviso, Italia, alrededor de 536, muerto en Poitiers, Francia, 14 de diciembre de

matrimonio de la pequeña Vilitutha a la edad de trece años, quien falleció a consecuencia del parto poco después. Ya que la virginidad suponía el futuro de la parentela, se protege a la mujer de raptos o violaciones, al tiempo que se reprime la ruptura del matrimonio y se castiga contundentemente el adulterio y el incesto. Los galo-romanos castigan la violación de una mujer libre con la muerte del culpable mientras que si la violada era esclava, el violador debía pagar su valor. Los francos castigaban este delito con el pago de doscientos sueldos en época de Carlomagno (al parecer, una modalidad de la figura del *vergheld* o *componenda*, de que nos habla Tácito). Podemos considerar que se trataba de una mujer "corrompida" por lo que carecía de valor, incluso deben renunciar a la propiedad de sus bienes. La única salida a la violación era la prostitución.

El incesto estaba especialmente perseguido, a pesar de no tratarse de relaciones entre hermanos. Los matrimonios con parientes se consideran incestuosos, entendiendo por parentela "una pariente o la hermana de la propia esposa" o "la hija de una hermana o de un hermano, la mujer de un hermano o de un tío". Los incestuosos eran separados y quedaban al margen de la ley, a la vez que recibían la excomunión y su matrimonio era tachado de infamia.

El adulterio era considerado por los burgundios como "pestilente". La mujer adúltera era estrangulada y arrojada a la ciénaga inmediatamente mientras que los galorromanos establecían que los adúlteros sorprendidos en flagrante delito serían muertos en el acto " de un solo golpe". Los francos consideraban el adulterio como una mancha para la familia por lo que la culpable debía ser castigada con la muerte.

También entendían que el hombre libre que se relacionaba con una esclava de otro era un adúltero por lo que perdía la libertad, lo que no sucedía en el caso de que fuera su esclava con quien se relacionara. Curiosamente los burgundios hacían extensión de la definición de adulterio a aquellas mujeres viudas o jóvenes solteras que se relacionaban con un hombre por propia voluntad. Si el violador o el

610 fue un autor de textos hagiográficos e himnos litúrgicos en latín. Obispo de Poitiers y santo de la Iglesia Católica, recibió su formación en Rávena.

raptor son duramente castigados, el adúltero apenas recibe castigo ya que los posibles hijos de esa relación son suyos. La mujer sí es culpable porque destruye su porvenir. Afortunadamente, la influencia del Cristianismo cambiaría estos conceptos.

Se abandona la idea pagana conforme a la cual el adulterio mancilla a la mujer y no al hombre". Cierta idea de igualdad de sexos empieza a despuntar en el Occidente europeo. Buena parte de la culpabilidad a la hora de no considerar al hombre adúltero debemos encontrarla en la práctica por parte de los germanos de la poligamia, mientras los galos-romanos mantenían el concubinato. Las relaciones con las esclavas parecen habituales tanto en un grupo como en el otro, naciendo abundantes descendientes de estos contactos.

Los hijos nacidos de esa relación eran esclavos, excepto si el padre decidía su liberación. Ya que las mujeres eran elegidas entre personas cercanas al linaje familiar, la costumbre germánica permitía al marido tener esposas de segunda categoría, siempre libres, añadiéndose las esclavas. La primera esposa era la poseedora de los derechos y sus hijos eran los receptores de la sucesión. Si la primera esposa era estéril, los hijos de las concubinas podían auparse al rango de heredero. Los enfrentamientos en los harenes nobiliarios y reales serán frecuentes.

Es destacado el caso del Rey Chilperico I⁸² rey de Neustria que llegó a estrangular a su esposa, Galeswintha⁸³, para poder dar a su esclava Fredegunda⁸⁴ el puesto de favorita, lo que desencadenó la guerra civil entre los años 573 y 613.

El papel de la Iglesia respecto a la poligamia supondrá la más absoluta de las prohibiciones, apelando a la indisolubilidad matrimonial y a la monogamia, llegando a prohibir el matrimonio entre los primos hermanos. Será en el siglo X cuando los

⁸² **Chilperico I** (539-584). Rey de Neustria, hijo de Clotario I y Arnegonda en el 561 a la muerte de su padre Clotario I, rey de los francos, el cual divide el reino entre sus cuatro hijos.

⁸³ **Galswinta o Galsuinda**. Princesa visigoda y reina de Neustria (Toledo, 540-Soissons, 567). Era hija del rey visigodo Atanagildo y fue prometida al rey franco de Neustria, Chilperico I.

⁸⁴ **Fredegunda** nacida en Montdidier, Picardía, c. 545. Muerta en París en 597, fue reina franca de Neustria. Tercera mujer de Chilperico I, conspiró contra Audovera y Galsuinda. Su vida transcurrió entre una serie de asesinatos y guerras contra la reina Brunegilda.

dictados eclesiásticos en defensa de la monogamia empiecen a surtir efecto. La ley burgundia y la ley romana autorizaban el divorcio, mientras que la Iglesia lo prohibía.

Evidentemente existen condicionantes que lo permiten, siempre desfavorables a la mujer. El divorcio es automático si la mujer es acusada por su marido de adulterio, maleficio o violación de una tumba. El marido será repudiado en caso de violación de sepultura o asesinato.

El mutuo acuerdo sería la fórmula más acertada para el divorcio. Esta fórmula incluso será aceptada, a regañadientes, por la Iglesia, al menos hasta el siglo VIII. Siempre era más razonable que el llamado "divorcio a la carolingia", consistente en animar a la mujer a que de una vuelta por las cocinas y ordenar al esclavo matarife que la degollara. Tras pagar la correspondiente multa a la familia, el noble podía volver a casarse porque quedaba viudo. No tenían igual suerte las viudas ya que las leyes germánicas intentarán poner todo tipo de impedimentos a un segundo matrimonio de una mujer viuda. Conservaba su dote y el "morgengabe", por lo que mantiene independencia económica. Pero si volvía a contraer matrimonio, perderá esta independencia al caer en el ámbito familiar del nuevo marido y revertir el patrimonio en su propia parentela.

2.3.1 El Fuero Juzgo

El Liber Iudiciorum (o Lex Visigothorum) fue un cuerpo de leyes visigodo, de carácter territorial, dispuesto por el rey Recesvinto y publicado probablemente el año 654. También es conocido como Código de Recesvinto, Libro de los Juicios, Liber Iudicum, Liber Gothorum, Fori Iudicum, Forum Iudicum y Forum Iudiciorum.

Ya en la Baja Edad Media, en 1241, fue traducido, con algunas modificaciones, del latín al castellano por orden del rey de Castilla Fernando III para ser concedido

como fuero a ciertas localidades de la zona meridional de la península Ibérica, recibiendo por ello la denominación de Fuero Juzgo.⁸⁵

De este monumento histórico jurídico destacamos, para nuestro propósito, lo siguiente:

Libro 3

Matrimonios mixtos.

Se derogó la prohibición de matrimonios mixtos entre godos y romanos (que parece que no era muy respetada pues ya no estaba vigente para los godos) según la Ley 2ª del Título 1º del Libro 3º.

No obstante se mantuvo la prohibición de la celebración de matrimonios entre libres y esclavos de la misma nacionalidad o de distintas nacionalidades.

Derechos de los padres.

El padre no podía dar en prenda a sus hijos, ni venderlos o donarlos, ni privarles de la vida; en casos extremos de deshonestidad podían matar a las hijas.

Divorcio.

El divorcio estaba permitido en los casos de adulterio. En tal caso el divorciado (o ambos) podían tomar estado eclesiástico con pleno consentimiento.

Si el marido caía en la esclavitud el matrimonio se deshacía de hecho pero no dejaba de existir el vínculo.

En caso de sodomía del marido o si incitaba a la mujer al adulterio, el vínculo desaparecía.

⁸⁵ *Fuero Juzgo o Libro de los Jueces versión en español contemporáneo y en castellano de la época del rey San Fernando, Ediciones Zeus, Barcelona. Talleres Gráficos Algueró y Baiges, Tortosa, 1968, Libros III De los Casamientos é de las Nascencias y IV Del Linage Natural, págs. 149 a 236.*

Régimen económico matrimonial.

El régimen económico del matrimonio era el de gananciales a partir del matrimonio.

Las compras y mejoras durante el matrimonio se reputaban comunes; los bienes recibidos en herencia de persona extraña eran privativos del cónyuge que los recibía; también eran privativos aquellos bienes ganados por uno de los cónyuges con la prestación de un servicio, o los donados por el rey o por el señor.

Esponsales y ósculo.

La celebración del matrimonio obligaba a la previa celebración de esponsales; una vez realizados debía contraerse el vínculo matrimonial en el plazo máximo de dos años; si el varón moría antes de la boda y había mediado *osculum* (ósculo o sea beso) la novia retenía la mitad de las arras entregadas en los esponsales.

La morgingebae.

Los godos entregaban a cambio de su prometida, si era virgen, una dote conocida como morgingebae cuyo importe máximo quedó fijado en mil sueldos, diez esclavos varones jóvenes, diez esclavas chicas jóvenes, y veinte caballos, que no podía superarse, si bien el marido, tras un año de matrimonio, podía donar a su esposa otros bienes si estaba satisfecho con ella. Los regalos de la novia al futuro esposo también quedaron limitados (Ervigio⁸⁶ rectificó esta ley y autorizó a pagar hasta una décima parte de los bienes, pero solo a los primates y a los hombres más ricos).

⁸⁶ **Ervigio** (? - 15 de noviembre de 687) Rey visigodo de Hispania (680 - 687). Bisnieto de San Hermenegildo y tataranietao del rey Leovigildo, llegó al trono tras una conjura durante la cual se engañó y narcotizó al rey **Wamba**, para tonsurarlo y hacerlo tomar los hábitos, lo que le impedía volver a ser rey. Ervigio probablemente encabezó esta conjura, junto con el metropolitano de Toledo Julián II (680-690), quien le ungió como nuevo rey.

Ayudado por el episcopado convocó el XII Concilio de Toledo (681), para legitimar su usurpación del trono y poner fin a las aspiraciones de Wamba quien pretendía que no se diese validez a su ordenación sacerdotal.

El concilio confirmó a Ervigio y descartó las demandas de Wamba.

Con el objeto de asegurar el trono, casó a su hija Cixilona con Égica, un sobrino de Wamba, buscando unir así a las dos familias, e intentando evitar que los nobles partidarios de Wamba trataran de recuperar el poder tras su muerte.

En el 687, Ervigio enfermó gravemente, y designó como sucesor a su yerno Égica, en quién abdicó. Murió el 15 de noviembre de ese año.

Disolución de uniones en ciertos casos.

Los obispos y jueces deberían separar a las parejas en caso de que el varón fuera sacerdote, diácono o subdiácono; el culpable sería entregado al Obispo para ser castigado de acuerdo al derecho canónico, y la mujer recibiría cien latigazos y sería vendida como esclava; si los obispos no podían poner fin a la situación irregular, debían informar al Sínodo o al rey.

El adulterio era castigado con la esclavitud del adúltero respecto al cónyuge inocente, pero en caso de ser adúltera la mujer el marido podía darle muerte, pudiendo matar también al amante si los sorprendía "in fraganti". Los delitos de lesiones o daños personales eran castigados con el talión, pero sólo en casos de lesiones premeditadas.

Libro 4

Bienes gananciales a la disolución.

Al fallecimiento de un cónyuge, o a la disolución por divorcio u otras causas, los gananciales no se dividían por la mitad más que si los bienes aportados al matrimonio por ambos cónyuges eran similares.

2.4 Las Edades Media, Moderna y Contemporánea en los tres sistemas jurídicos mencionados.

Una vez realizada una somera incursión por diversos órdenes jurídicos antiguos, a modo de muestreo, y por las modalidades que más ha influido en el derecho occidental –romana, canónica y germánica--, consideramos preciso establecer que, para los propósitos de este trabajo, destinado a acreditar algunos aspectos de inconstitucionalidad del llamado “divorcio express” en el derecho mexicano, debemos considerar la vertiente occidental en el desarrollo histórico de la ciencia jurídica, de la que finalmente deriva nuestro sistema de derecho, toda vez que

resultaría prolijo y marginado del tema de esta tesis incursionar por la evolución de las figuras del matrimonio y de sus formas de disolución en todos los órdenes jurídicos del orbe.

Es de sobra conocida la división convencional que algunos historiadores hacen de la Edad Media al estimar la existencia de una Alta Edad Media y otra Baja Edad Media, sin que se haya concluido de manera definitiva sobre los límites de la primera con respecto a la posterior, aún cuando pensamos que tal fenómeno debe buscarse precisamente en Europa, por entonces el centro del desenvolvimiento histórico mundial. En nuestro concepto tal límite se encuentra, o en la influencia definitiva del papado en el escenario político, o en el hecho enormemente trascendente de la aceptación e inclusión de la filosofía tomista en el marco del pensamiento universal.

En la Alta Edad Media, atenuada la violenta invasión de los bárbaros y desaparecido el imperio romano de occidente fue tal la obscuridad que se esparció por toda Europa que la colapsó en todos los órdenes, al grado de que podemos convenir en que las instituciones jurídicas no tuvieron manifestación alguna, ya no digamos de evolución, sino ni siquiera de cambio, manteniéndose la influencia primordial del derecho romano, los atisbos evolutivos del derecho germánico y, desde luego, la alta espiritualidad del derecho canónico, de tan grande y obvia aceptación en una época en la que de la mano de la ignorancia más profunda, se manifestaba una convicción de que todo bien o todo mal provenía necesariamente de la voluntad de Dios, luego poco o nada podía hacer el hombre para evitarlo, muestra de ignorancia que para bien de todos vinieron a superar la escuela florentina y Erasmo de Rotterdam a través del surgimiento luminoso del humanismo.⁸⁷

⁸⁷ *Debemos acotar que las anteriores ideas generales admiten la innegable excepción del derecho medieval español, particularmente en lo tocante al derecho foral, con el que la ciencia jurídica universal no únicamente tuvo modificaciones, sino que experimentó un avance de suma trascendencia, principalmente en materia de derecho público, con la muy probable influencia del derecho islámico.*

El feudalismo, característica esencial de la organización política, social y económica de la Alta Edad Media, impuso su impronta a todo fenómeno social del Medioevo, por lo que la estructura y organización familiar no quedó al margen de ello.

El Doctor Carlos A. R. Lagomarsino, en su notable contribución al concepto del matrimonio en el Diccionario Jurídico Omeba,⁸⁸ en cita a José D'Aguanno y su obra *“La Génesis y la evolución del Derecho civil”* nos indica que si bien *“...al crearse diferencias entre los miembros de la familia, ello trajo celos y envidias por los odiosos privilegios nacidos de la primogenitura y los mayorazgos, no es menos cierto también que fue en esta época en que al irse afirmando el poder de la Iglesia, se consolidó el matrimonio monogámico y se lo elevó definitivamente —ya comenzada la Edad Moderna— a la categoría de sacramento con su consecuencia: la indisolubilidad”*.

Resulta a tal grado elocuente --y asombrosamente sintética— la relación que el citado Dr. Lagomarsino nos hace de la evolución histórica del matrimonio a partir de la Edad Media, que además de lo ya apuntado nos permitimos reproducirlo en sus partes de mayor relevancia para nuestro propósito.

“...Durante cinco siglos (especialmente del X al XV, la Iglesia mantuvo su preeminencia en cuanto a la legislación y competencia sobre el matrimonio.

Mas luego, cuando la Reforma conmovió los cimientos mismos sobre los que se edificaba la Iglesia católica, comenzó a debilitarse su potestad y perdió buena parte del terreno que tan pacientemente había conquistado, Si bien es cierto este debilitamiento no fue tan notorio en España, ni tampoco en Francia, ya que en estos países siguió imperando el Derecho canónico, hasta mucho después comenzó a partir del siglo XVI a notarse la coexistencia de dos legislaciones: una civil y otra religiosa para el matrimonio. En Inglaterra, por ejemplo, durante el

⁸⁸ *Diccionario Jurídico Omeba, Tomo XIX, Diskill, S.A., Buenos Aires, 1979, págs. 150 a 152.*

gobierno de Cromwell se estableció el matrimonio civil y en Francia, durante los siglos XVI a XVIII se fue esbozando toda una legislación civil tendiente al matrimonio no religioso, que habría de desembocar en la secularización de las nupcias llevada a cabo por la Revolución Francesa.⁸⁹

...Así las cosas, llegamos al siglo XVIII. En la constelación intelectual del viejo mundo brillaban a la sazón como las estrellas más luminosas Rousseau, Voltaire y Montesquieu, quienes con sus ideas iban abriendo el camino y preparando una revolucionaria transformación para el futuro de Europa.

Partiendo de la premisa de que el hombre es un ser racional y libérrimo, lógicamente habría de imponerse la opinión de considerar al matrimonio como un mero contrato. Y siendo este un simple contrato, cabría siempre el recurso del distracto, ya que así como había libertad para formarlo, también debía existir para rescindirlo.(subrayado mío).

Bastarán estas muy breves palabras para comprender de inmediato por qué en 1791 se dictó en Francia una Constitución en la que se miraba al matrimonio como un contrato civil y por qué un año más tarde, 1792, se sancionó una ley admitiendo el divorcio absoluto por mutuo consentimiento y aún contra la voluntad de uno de los cónyuges, por incompatibilidad de caracteres...

Si embargo esta situación no fue duradera. Una década más tarde cuando se discutía el Proyecto de Código Civil francés, Portalis sostuvo que la naturaleza asociaba al hombre por medio del matrimonio a su obra creadora y que las nupcias levaban implícitas un carácter de permanencia para el logro de su doble fin de organizar la familia y perpetuar la especie... Y así fue como el Código Napoleón adoptando una postura transaccional..., si bien mantuvo la secularización del

⁸⁹ *Debe decirse aquí que, según la autorizada voz de Alicia Elena Pérez Duarte y N., la tradición del matrimonio civil había surgido en 1580 en la legislación holandesa –seguramente a consecuencia de la Reforma religiosa– y que después sería impulsada por la Revolución Francesa. Diccionario Jurídico Mexicano ya citado, pág. 2087.*

matrimonio y admitió el divorcio, solamente lo hizo para casos excepcionales, llegándose más tarde, en 1816 cuando cae Napoleón, a su total supresión...

...Avanzado que fue el siglo XIX muchos fueron los países de Europa y América que sancionaron sus propios Códigos civiles.

Así por ejemplo, en 1865 se pone en vigor el primer Código italiano y en él se acoge el matrimonio civil, único con efectos en el ámbito secular..., sin perjuicio del derecho que asistía a los cónyuges de hacer bendecir su unión por un sacerdote del culto por ellos profesado para que se produjeran los efectos religiosos correspondientes.

España sanciona su propio Código civil en 1889 y en su artículo 42 se establecía que la ley reconoce dos formas de matrimonio: el canónico y el civil.

Y precisamente es esta la dualidad lo que caracteriza al siglo XIX, ya que mientras en algunos países se mantuvieron las tradicionales jurisdicción y competencia de la Iglesia en lo que hace a la regulación legal de las nupcias, otros por el contrario, navegando las mismas aguas del Código Napoleón secularizaron el instituto y reivindicaron para el Estado la competencia y jurisdicción en esta materia..., aunque no por ello se introdujeron modificaciones fundamentales en lo que respecta a los principios particulares: impedimentos, nulidades, prueba, donde las reglas que durante siglos fue elaborando el Derecho canónico, lógicamente habrían de mantenerse con muy leves variantes.

Si bien en parte esta situación subsiste hasta el presente, el siglo XX fue testigo de sustanciales alteraciones en torno al matrimonio las que muy lejos de favorecer la institución, la conmovieron profundamente e hicieron peligrar la estabilidad de la familia.

Las dos grandes guerras mundiales que soportó la humanidad, el extraordinario desarrollo de las teorías eugénicas y el triunfo de la tesis divorcista, fue sin duda el

triángulo en que se condensaron los motivos o causas de tales alteraciones, sin contar con la propalación de doctrinas disolventes como las sostenidas por Hitler en Alemania y aún antes por los comunistas en Rusia.

Llegados estos últimos al poder, preconizaron el amor libre y sancionaron un Código de la familia cuyo artículo 133 establecía que el parentesco de hecho era reconocido como base de la familia.

El régimen hitlerista urgido por su afán de lograr una raza superior que dominara al mundo, llegó a sostener que el matrimonio era la unión del hombre y la mujer por cierto tiempo, sólo el necesario para asegurar el embarazo de la mujer... y movido por ese mismo extravío sancionó en 1935 dos leyes, una de protección de la raza, estableciendo impedimentos para la celebración de matrimonios entre alemanes y judíos o mestizos de judíos y la segunda de reconocida inspiración eugénica, vedando la conclusión de aquellos matrimonios que “por la predisposición de los contrayentes pudiera esperarse una descendencia enferma”...

Por otra parte, el presente siglo (XX) asistió al nacimiento de nuevas modalidades como el matrimonio por equiparación..., aceptado en Bolivia, Ecuador y otros países, según el cual la unión concubinaria adicionada a la capacidad para casarse y a una cierta permanencia, equivale a las nupcias, o como el matrimonio post-mortem, que nació de las necesidades impuestas por la guerra y en cuya virtud es posible la celebración de un matrimonio con una persona que ya ha fallecido.⁹⁰

Luego de esta erudita exposición, y con llamado a pie de pagina sobre que al efectuar el enunciado que sigue en el texto no se hace otra cosa que extraer conclusiones basadas en lo que acontece en la mayoría de las legislaciones de Occidente, sin que ello implique desconocer la existencia de excepciones, nuestro autor concluye:

⁹⁰ *En nuestro país, fue el Estado de Tamaulipas el que, precisamente a mediados del siglo XX, introdujo en su legislación civil el denominado “matrimonio por comportamiento”, en términos del cual el concubinato que reúne determinadas exigencias impuestas por la ley, produce todos los efectos de un matrimonio civil.*

...El estado actual de la regulación del matrimonio en la legislación comparada... presenta los siguientes caracteres fundamentales:...

a) Es monogámico: sólo algunos pueblos mahometanos continúan practicando la poligamia que se conserva como un resabio tendiente a desaparecer.⁹¹

b) Es permanente: en el sentido de que se concierta para toda la vida, salvo en algunos pueblos como Persia en que se mantiene el matrimonio por tiempo indeterminado.

c) Es excepcionalmente disoluble: aunque en algunas legislaciones no se admita el divorcio absoluto y en otras por el contrario se lo permita con excesiva facilidad, puede decirse que la tendencia más ostensible en el Derecho comparado es la que dejamos señalada, ya que en la mayoría de los países se exige la concurrencia de ciertos requisitos como condición inexcusable para la procedencia del divorcio absoluto.

d) Es civil: a este respecto también existen divisiones, pero buscando caracteres generales puede afirmarse sin temor a equivocaciones que en la actualidad el matrimonio es una cuestión civil y es el Estado quien ejerce jurisdicción y competencia en la materia...”.

⁹¹ *Sobre este particular debemos acotar que no únicamente entre los mahometanos se conserva la poligamia, sino entre otros grupos marginados (entre estos algunos de la familia polinesia); y otros casos aún más asombrosos, como ocurre en nuestro país entre los indígenas triquis del Estado de Oaxaca, de quienes se afirma que observan la práctica de la poliandria.*

CAPÍTULO 3. EL MATRIMONIO Y EL DIVORCIO EN EL DERECHO MEXICANO

3.1 Época Precolombina.

Dos son los tratadistas a los cuales recurrimos para conocer, así sea de manera general, la situación jurídica del matrimonio y del divorcio entre los pueblos indígenas antiguos de nuestro país: Manuel F. Chávez Asencio⁹²; y Alicia Elena Pérez Duarte y N.⁹³

La autora citada en último término se limita a señalarnos --de manera por demás escueta, como corresponde a toda colaboración en un diccionario--, que en la época prehispánica se encuentra el matrimonio poligámico sobre todo entre los grandes señores, cuyas esposas tenían diversas categorías; así, la primera era designada como *cihuapilli*, y se le distinguía de las *cihuanemastle*, esposas dadas por su padre y las *tlacihuasantli*, esposas robadas o habidas en guerra. El matrimonio era decidido por la familia del varón, solicitado por medio de las casamenteras y realizado mediante ritos religiosos.

El primero de los autores en comento, más prolífico en su tratado, realiza un exhaustivo análisis del matrimonio y del divorcio, a través del estudio de pueblos precolombinos mexicanos (*chichimecas*, *texcocanos*, *otomíes*, *nahuas*(sic), *teochichimecas* (nombre que Sahagún daba a los *nauas*), habitantes de la sierra de Topia, hoy Durango, costumbres de Río de Palmas, entre el Pánuco y la Florida, etc.), de lo cual obtenemos sintéticamente los siguientes rasgos característico de estas instituciones prehispánicas:

a) La monogamia constituía la regla general, por lo que la poligamia se daba por excepción y entre ciertos estratos sociales o de poder.

⁹² Manuel F. Chávez Asencio *La Familia en el Derecho*, Editorial Porrúa, S.A., México, 1990, págs. 49 a 55.

⁹³ *Diccionario Jurídico Mexicano ya citado*, pág. 2087.

b) Citando al Dr. Francisco Plancarte y Navarrete y su obra *Prehistoria de México*, nos señala que según Sahagún “a los muchachos les daban niñas de la misma edad y se les buscaban por mujeres”, a lo que añade Clavijero “que les era lícito abusar de cualquiera doncella antes de casarse”, y que uno y otro están de acuerdo en que cuando alguno de ellos se casaba, si hallaba en su mujer algo que le disgustara, podían despedirla y tomar otra, pero que de este privilegio también ellas gozaban, acotando que malas eran esas costumbres, pero que comparadas con las de los etíopes y los celtas nativos de las islas británicas no se encuentra mayor diferencia.

c) En relación con los *nauas* de Sinaloa nuestro autor, siempre en cita de Plancarte y Navarrete, añade que “...Entre los *Sinaloas*, el matrimonio se contraía con expreso consentimiento de los parientes y sólo los jefes podían tener más de una mujer.”(subrayado mío)

d) En relación a los chichimecas, nos afirma que “Tienen matrimonio y conocen mujer propia y lo celebran por contrato de tercería de parientes”.

Respecto del divorcio se nos dice que existía entre los indígenas y “*cuando se ofrecía algún pleito de divorcio, que eran pocas veces, procuraban los jueces que los conformar y poner en paz, y reñían ásperamente al que era culpable, y les decían que mirasen con cuanto acuerdo se habían casado y que no echasen en vergüenza y deshonor a sus padres y parientes que habían entendido en los casar, y que serían muy notados del pueblo, porque sabían que eran casados, y les decían otras cosas y razones, y todo a efecto de los conformar*”.⁹⁴

Aún cuando el adulterio se consideraba como grave delito, no tenemos referencia de que se le vinculara con el divorcio, sino únicamente como un medio para una

⁹⁴ Pomar y Zurita. *Relación de Texcoco y de la Nueva España*, citado por Manuel F. Chávez Asencio, obra cit., pág. 53

forma de repudio. Se le sancionaba de diversas maneras, según el grupo étnico o la región (teotihuacanos, mexicanos, Yucatán, etc).

Finalmente debemos mencionar que, en términos generales y como complemento a lo indicado sobre que los pueblos mexicanos prehispánicos no desconocían el divorcio, este debía lograrse por sentencia judicial, que habilitaba para contraer nuevo matrimonio.

3.2 Las Leyes de España y las Leyes de Indias.

La información de nuestros tratadistas sobre la temática que estudiamos, en lo que particularmente atañe al matrimonio y al divorcio en la época de la dominación española en México, nos las proporcionan esencialmente Alicia Elena Pérez Duarte⁹⁵ y Noroña y Manuel F. Chávez Asensio, a quienes ya citamos a propósito de los comentarios a las mismas instituciones durante la época prehispánica.

La primera de dichos autores nos enseña que durante la “Colonia” (¿sinónimo histórico de “Virreinato”?) “...rigieron en nuestro territorio las leyes españolas tales como el Fuero Juzgo, el Fuero Real, las Siete Partidas, Las Cédulas Reales y, en especial para el matrimonio, la Real Pragmática del 23 de noviembre de 1776, en donde privaba el derecho canónico y se prohibían los matrimonios celebrados sin noticia de la iglesia...”⁹⁶

Notamos desde luego en esta afirmación un claro anacronismo o, más que esto, una laguna temporal digna de comentarse. Si la conquista militar española está reconocida como consumada en el año de 1521, debe explicarse o al menos especularse sobre lo ocurrido en materia del derecho regulador del matrimonio y en su caso del divorcio en ese largo período transcurrido entre esta fecha y la de la

⁹⁵ *Diccionario Jurídico Mexicano ya citado, pág. 2087*

⁹⁶ *Diccionario Jurídico Mexicano ya citado, pág. 37. En igual sentido, Enciclopedia Jurídica Mexicana, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Editorial Porrúa, México, 2004, Tomo V, pág. 37.*

Real Pragmática a que se alude, expedida según afirma nuestra autora en el año de 1776, esto es, nada menos que doscientos cincuenta y cinco años de distancia entre una y otra.

Si coincidimos con quienes afirman que consumada en nuestro país la conquista militar ibérica se dio inmediato inicio a una hegemonía política en la que los dominadores impusieron sus modos de vida y, entre estos, el régimen jurídico al que debían sujetarse las relaciones sociales de los dominados, debemos concluir necesariamente en que esto motivó que, por lo pronto y a reserva de contar con otras normas reguladoras de la convivencia social ajustada a la simbiosis histórica que surgía, se hicieran trasladar los ordenamientos jurídicos vigentes a la sazón en España y sujetar a los mismos no sólo a los dominados, sino a los mismos dominadores ya asentados en el país conquistado, lo que nos permite considerar que si en las materias de derecho civil que nos interesan las leyes españolas estaban notoriamente influenciadas por el derecho canónico, es en este sistema jurídico en que debemos buscar las características esenciales de la normatividad imperante al respecto, no sólo al iniciarse el llamado período colonial, sino durante todo el lapso comprendido entre tal hecho histórico y la emisión de la Real Pragmática, afirmación que se robustece por la opinión sustentada por nuestra autora, en el sentido de que en esta última ordenanza "...privaba el derecho canónico y se prohibían los matrimonios celebrados sin noticia de la iglesia...".

En estas condiciones, y toda vez que las características esenciales del sistema jurídico canónico con relación al matrimonio y a su disolubilidad ya se ha dejado anotadas, nos remitimos a lo expuesto en el capítulo respectivo, no sin antes dejar testimonio de que ha resultado a tal grado la recepción y aplicación en España de las decisiones plasmadas por los pontífices en la legislación canónica que en lo tocante a las materias que nos interesan, y durante nuestro período histórico colonial o del virreinato, transcurrieron doscientos cincuenta y cinco años sin modificación alguna, al menos en el aspecto esencial místico del matrimonio y su condición de prácticamente indisoluble.

Por su parte, Manuel F. Chávez Asencio⁹⁷ al referirse al mismo tema en la época histórica del derecho mexicano que nos ocupa, además de aludir a las disposiciones generales del derecho canónico y a la legislación de Castilla como aplicables al matrimonio, refiere que por las condiciones particulares que al respecto se presentaban en las Indias, se motivaron otras disposiciones particulares, cuya característica se sustentó en el propósito de levantar a la raza autóctona al nivel de la colonizadora y, en particular, a no impedir los matrimonios entre españoles y personas de de otros grupos étnicos, tales como indios, negros o integrantes de las diversas castas que con dichas uniones se fueron formando (mestizos, mulatos, zambos, castizos, moriscos, tente en el aire, no te entiendo, saltapatrás, etc., según la curiosa clasificación de origen popular y producto de los innegables ingenios español y mexicano), y antes bien se autorizaban por Cédulas der 19 de octubre de 1541 y 22 de octubre de 1556.

Nuestro autor hace referencia igualmente a que las reglas del derecho civil relativas al matrimonio en Indias se localizan en la Pragmática Sanción del 23 de marzo de 1776, que recogió en diversos preceptos lo que la experiencia había enseñado, y que tuvo aplicación tanto en la Nueva como en la Vieja España. De estas normas, de significativa importancia entre las Leyes de Indias, vale señalar ejemplificativamente lo siguiente:

-Los menores de veinticinco años requerían, para contraer matrimonio, del previo permiso del padre, o de la madre, o de los abuelos, en ese orden.

-En su caso, y a falta de los anteriores, se requería de la autorización de los parientes más cercanos o de los tutores, en estos casos previa aprobación judicial.

-Se exceptuaba de lo anterior, en Indias, a los negros, mulatos e integrantes de castas, que no fueran oficiales de milicias, y a los indios que tuvieran dificultad

⁹⁷ Pomar y Zurita. *Relación de Texcoco y de la Nueva España*, citado por Manuel F. Chávez Asencio, obra cit., pág. 53

para obtener tal autorización, en cuyo caso deberían impetrarla de sus curas o doctriberos.

-Los españoles cuyos padres o tutores vivieran en España o en otro reino de Indias, podían solicitar directamente licencia de la autoridad judicial.

-El matrimonio contraído sin licencia no producía efectos civiles, ni con relación a los cónyuges ni respecto de los hijos, por lo que no podían tratarse con ellos de dote legítima, mayorazgo ni otros derechos de familia.

Toribio Esquivel Obregón⁹⁸, en su notable obra *Apuntes para la Historia del Derecho en México*, nos aporta un interesante dato sobre el matrimonio en el derecho indiano, al referirnos que “Con el objeto de evitar que se originaran los matrimonios ya en la coacción que ejercían las autoridades coloniales sobre las personas de los lugares sujetos a su jurisdicción o ya por los padres sobre sus hijos o hijas para obtener un matrimonio económico y políticamente ventajoso, y también y principalmente para evitar vínculos de familia entre los funcionarios públicos naturales de los lugares en que ejercían mando, con perjuicio del servicio público y la recta administración de justicia, Felipe II, el 10 de febrero de 1575, dispuso: *“Prohibimos y defendemos, que sin nuestra licencia particular, como en estos nuestros reinos se hacen, los virreyes, presidentes y oidores, alcaldes del crimen y fiscales de nuestras audiencias de las Indias se puedan casar, ni casen en sus distritos; y lo mismo prohibimos a sus hijos e hijas durante el tiempo que los padres nos sirven en los dichos cargos, pena de que por el mismo caso queden sus plazas vacas, y desde luego los declaremos por tales, para las proveer en otras personas que fueren en nuestra voluntad”*.

El derecho indiano, esto es, el propio de las indias occidentales a partir del inicio de la hegemonía europea en América, tiene indiscutiblemente en la doctora Martha Norma Oliveros a una de las más connotadas estudiosas del tema. En su

⁹⁸ Citado por Manuel F. Chávez Ascencio, obra citada, pág. 56.

aportación “Matrimonio en el Derecho Indiano”⁹⁹, parte de una premisa que se antoja indiscutible, al establecer que el Derecho indiano nace del Derecho castellano, sin propósito alguno de crear un derecho diferente; “...es como un adaptarse del régimen jurídico peninsular a las necesidades nuevas, tratando antes bien, de hacerlo lo más semejante posible...”.

Dentro de este sistema jurídico que se aplica bajo una forma de descentralización, resulta particularmente atractivo para su estudio lo relativo a la regulación legal del matrimonio, porque surgido del derecho castellano debe observarse el principio de que el matrimonio en América debe celebrarse de acuerdo con la ley del lugar en que se efectúa el acto, de lo que surgen matrimonios realizados ya en el período hispánico de acuerdo con ritos precolombinos.

El estudio de la doctora Oliveros, de una erudición sorprendente, gira particularmente en torno a los impedimentos para contraer matrimonio bajo los supuestos ya anotados, y los numerosos esfuerzos pontificios, surgidos del inevitable maridaje del derecho castellano con el derecho canónico, esencialmente en materia de matrimonio que se considera de origen divino y de carácter sacramental, para determinar la aplicación de tales impedimentos y la delegación de las facultades para llevar a cabo su dispensa, así como las contribuciones que en esta materia aportaron la Primera Junta Apostólica de México (1524), el II Concilio de México (1565), el III Concilio de México (1585), el Concilio Limense II (1591), etc.

Sin embargo y en relación directa con la materia de nuestro estudio, la tratadista en comento rescata el requisito del consentimiento de los contrayentes en el matrimonio que asume la condición de contrato, sin perjuicio de su también condición sacramental a juicio de la iglesia; y en lo que se refiere a los infieles, considerado que es el Derecho natural el que rige para ellos, el matrimonio es sólo

⁹⁹ *Diccionario Jurídico Omeba ya citado, Tomo XIX, Págs. 362 y sigs.*

un contrato, figura en la que, no obstante el primitivismo jurídico que lo informa, mantiene la condición del consentimiento como elemento de existencia.

Elemento formal e igualmente importante en el Derecho indiano como acto previo a la celebración del matrimonio es la exigencia de las amonestaciones, cuyo objeto esencial estaba dirigido a reducir y tratar de acabar definitivamente con la práctica de la poligamia que la parecer se encontraba muy extendida entre los indígenas.

En cuanto a la separación matrimonial, existe una profunda diferencia entre el Derecho castellano y el indiano, en lo referente a las causas de disolución del vínculo matrimonial, ya que el adulterio que constituía causa de separación en el Derecho castellano no lo era en el Derecho indiano, típico caso de excepción al principio de que el Derecho peninsular se aplica también en las Indias. Este comentario deja al margen la figura del divorcio que en el derecho español no era reconocido, dada su fiel concordancia con los conceptos jurídicos canónicos.

3.3 México Independiente.

Son los movimientos políticos identificados como “revoluciones” los que, bien sea que busquen de modo radical la transformación de un orden ya establecido, como ocurre normalmente con las guerras civiles, como la ocurrida en Francia en la segunda mitad del siglo XVIII o la que más recientemente se presentó en España en la década de los años treinta, en el siglo veinte; o cuando la finalidad del movimiento, comúnmente armado, es la emancipación de un pueblo con respecto de la hegemonía que sobre él ejerce otra nación, esto es, los movimientos de independencia.

En la Nueva España, a principios del siglo XIX se inició, de manera confusa en cuanto a una finalidad política precisa, un movimiento aparentemente libertario que no fue sino una repercusión de una situación presentada en España con motivo de

las intervenciones napoleónicas que, desde luego, tuvieron su primer efecto en el desconocimiento de las facultades de mando de la dinastía borbónica, concretamente de Fernando VII, quien fue desplazado e incluso inducido a abandonar el territorio español. En las provincias de ultramar sujetas entonces a virreinos o mandos directos de la corona española, se dejó sentir un impulso de lealtad a la madre patria que motivó, en la Nueva España, el aspecto medular del levantamiento del párroco de Dolores, que se manifiesta en la expresión ¡Viva Fernando Séptimo!, posición ideológica política que poco tiempo después se aclararía, ya con toda precisión libertaria, por José María Morelos y Pavón, con la expedición a través del Congreso de Anáhuac del Acta Solemne de la Declaración de la Independencia de América Septentrional, el 6 de noviembre de 1813, en la que se declaró la disolución definitiva del vínculo de dependencia con el trono español, ratificado y mejorado posteriormente por el propio Congreso, el 22 de octubre de 1814 con la expedición del enormemente trascendente documento jurídico político denominado Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana, mejor conocido como Constitución de Apatzingán, basado a su vez en los Elementos Constitucionales de Rayón y Los Sentimientos de la Nación del propio Morelos.¹⁰⁰

Ahora bien, históricamente se justifica con absoluta plenitud que un movimiento emancipador que logra sus propósitos tenga como primera tarea la generación de un orden jurídico propio, que formal y políticamente es el corte definitivo del cordón umbilical entre dos naciones antes unidas por una situación hegemónica. Dentro de esta preocupación destacan esencial y primariamente la emisión de ordenamientos de derecho público, principalmente constitucionales, con la delicada finalidad de establecer los aspectos generales relativos a las garantías que se conceden en el nuevo Estado a los individuos y organizar y estructurar los poderes del mismo.

¹⁰⁰ Ignacio Burgoa. *Derecho Constitucional Mexicano, Novena Edición, Editorial Porrúa, S.A. México, 1994, Pág. 78.*

Sin embargo, ante este estado de cosas aún quedan las complicadas tareas de proveer a la regulación jurídica de otras instituciones secundarias en diversas materias, entre las que surge con necesidad privilegiada lo relativo a las relaciones de derecho civil y, entre éstas, las del derecho de familia.

La lucha por el poder que surge en el México independiente tan pronto se logra la independencia, impidieron que la tarea legislativa en materia de derecho privado se acometiera con la intensidad propia de las necesidades sociales que surgían de un nuevo modo de vida. Esto fue la razón que llevó a Sara Montero Duhalt a afirmar que en tanto se organizaba el nuevo estado, la materia privada siguió siendo regulada por el viejo derecho español, fundamentalmente por las Partidas,¹⁰¹ a lo que nosotros agregamos el derecho canónico, por todo lo que al respecto se ha dicho con antelación en este mismo trabajo.

En cuanto a las formas disolutorias del matrimonio en el México recientemente independizado, sobra afirmar que así como esta institución básica del derecho familiar conservó la regulación de las leyes castellanas con sus resabios medievales y canónicos --salvo los casos de nulidad limitativa y expresamente normadas por los cánones--, el divorcio no tuvo lugar ni siquiera en alguna forma parecida a la que existe a la fecha, y habría que esperar a que la corriente liberal sentara otras bases sociales para que, aunque tímidamente, se adoptara por las leyes civiles bajo la figura de la separación de cuerpos.

En este orden de ideas, mal pudo el México recientemente independizado de la Corona Española regular la institución del divorcio, cuando éste ni siquiera era reconocido en la nación de la cual se emancipó y cuyas normas esenciales del derecho de familia se continuaron aplicando en nuestro país. Si hemos de coincidir con Pierre Broué y Émile Témime, de las realizaciones laicas de los primeros años de la República española instituida en 1931, quedaban en 1936 la

¹⁰¹ Sara Montero Duhalt. *Derecho de Familia, Cuarta Edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 1990, pág., 209.*

separación de la Iglesia y el Estado, la institución del divorcio y la prohibición de la Compañía de Jesús.¹⁰²

Cabe preguntar si en términos de esta situación histórica podrían regir en nuestro país, recién su independencia, leyes españolas acerca del divorcio.

3.4 Repercusiones del Código Napoleón.

El Código Civil Francés --más comúnmente conocido como Código Napoleón--, consecuente con su indiscutible origen en la Revolución Francesa que dio como primer resultado legislativo la Constitución de 1791, recogerá los principales ideales de este trascendente movimiento social, particularmente en la parte relativa al derecho familiar, que en lo tocante al matrimonio y haciéndose eco de las corrientes liberales y masónicas que para entonces ya buscaban separar tajantemente el matrimonio civil del religioso (como consecuencia de lo que en opinión del Doctor Mateo Goldstein era parte de la intención de "...los teóricos de la Revolución, que habían desterrado al Dios clásico de los altares para entronizar a la Diosa razón...")¹⁰³, en su artículo 7º ya lo reconoce como un contrato civil, posición que si bien ha sido defendida con algunas limitantes por tratadistas de la talla de Planiol y Ripert, ha sido igualmente objeto de opiniones contrarias como las de las también autorizadas voces de Ruggiero y Bonnacase,¹⁰⁴ este último basado esencialmente en el concepto de la autonomía de la voluntad, regla fundamental característica de los contratos que, en su concepto, no se cumple en el matrimonio, ni en sus efectos, ni en su disolución.

Esta repercusión del Código Napoleón es de vital importancia, no en tanto en lo que atañe a la naturaleza de la institución jurídica del matrimonio, sino en el logro

¹⁰² Pierre Broué y Émile Témime, *La Revolución y la Guerra de España*, Editorial Fondo de Cultura Económica, Colección Popular, Primera parte, México 1962, Pág., 32 (llamada número 9).

¹⁰³ Doctor Mateo Goldstein. Colaboración con el tema "Divorcio" al *Diccionario Jurídico Omeba* ya citado, Tomo IX, Pág., 46.

¹⁰⁴ Rafael Rojina Villegas. *Compendio de Derecho Civil I Introducción Personas y Familia*, Vigésima Quinta Edición. Editorial Porrúa, S.A., México, 1993, Pág., 293

vital para las corrientes liberales de establecer una tajante diferencia entre los aspectos sacramentales y el carácter eminentemente civil del matrimonio, logro a través del cual fue posible sustraer el matrimonio como sacramento sujeto a la potestad de los ministros religiosos, para ubicarlo definitivamente bajo la autoridad civil, hecho que se consigna de manera relevante dentro del proceso histórico del derecho privado y, más aún, dentro del derecho de las personas.

En cuanto a la disolución del matrimonio, el Código Napoleón contradujo la idea canónica de la separación de cuerpos como forma en extremo atenuada del divorcio no vincular, para establecer éste en forma absoluta a partir de la ley de 20 de septiembre de 1792, aligerándose el proceso respectivo por subsecuentes decretos de 4 Floreal, año II para luego volverse a atenuar por decreto del 15 Termidor, año III, que volvió a la ley de 1792. El Código Napoleón, en opinión de nuestro tratadista, no innovó en la materia de un modo fundamental sino planteó una transacción entre la indisolubilidad absoluta y el divorcio absoluto, régimen que duró de 1803 hasta la Restauración y la Carta de 1814, que retomó el catolicismo como religión oficial para que finalmente el divorcio quedara abolido por una ley de 8 de mayo de 1814, situación que perduró.¹⁰⁵

3.5 Las Leyes de Reforma. La Ley Juárez sobre el Matrimonio Civil.

Hemos sostenido, líneas arriba, que la lucha libertaria que culminó con la formal separación de España, devino en una independencia que, precisamente, resultó más formal que real, toda vez que una Nación que no ha reflejado en el establecimiento de un sistema jurídico propio su autodeterminación, no es aún una entidad política libre. Este proceso debería surgir, precisamente, en el movimiento de Reforma, etapa histórica que para la historia de México resultó crucial, a pesar de haberse dado en medio de las más terribles de las experiencias que puede vivir cualquier pueblo, como lo fueron las guerras fratricidas motivadas por los

¹⁰⁵ Dr. Mateo Goldstein. Colaboración con el tema "Divorcio" al *Diccionario Jurídico Omeba ya citado*, Tomo IX, Pág., 46.

indisolubles dualismos que representaban el Estado y la Iglesia, las ideologías conservadora y liberal, los concentradores de la tierra y los que nada poseían, etc.

La Reforma sintetizó la lucha del pueblo mexicano por la independencia nacional y la emancipación social, con rasgos dramáticos, frecuentemente sangrientos, que rubricaron la voluntad de ser libres. Con todo acierto Mariano Otero había señalado que "...el mismo día que acabó la lucha por la independencia comenzó el de la libertad pública..."¹⁰⁶.

Esta cuestión se manifestó con mayor claridad en la situación del poder público frente al eclesiástico. Si bien la Constitución de Apatzingan había abierto las puertas para la construcción de un nuevo país bajo fórmulas jurídicas que permitían esperar un futuro promisorio, la grave tradición de la injerencia eclesiástica en la vida del país no podía desplazarse --o, peor aún, ignorarse-- de un día para otro. Así, este primer documento expedido bajo un concepto pleno de soberanía, tuvo que incluir en su articulado declarar religión de estado a la católica, con exclusión de cualquier otra, lo que bajo la aguda percepción de José María Vigil "...daba al clero una existencia oficial que establecía relaciones necesarias entre él y el gobierno nacional..."¹⁰⁷.

Prolijo sería describir los incidentes históricos que el binomio Estado Iglesia generó, a partir de la emancipación política formal de México respecto de España, cuestión que por lo demás resultaría marginal a los propósitos de esta investigación, debiendo bastarnos por ahora comprender que, dentro de todas las consecuencias inherentes a lo antes expuesto, se encontraron ineludiblemente las relativas a la regulación jurídica propias del derecho de familia y, dentro de estos, los referentes al matrimonio y al divorcio.

¹⁰⁶ Oscar Castañeda Batres. *"Leyes de Reforma y Etapas de la Reforma en México"*, Talleres de Impresión de Estampillas y Valores, México, 1960. Citado a pie de la página 13 por Mario V. Guzmán Galarza en la introducción a *Documentos Básicos de la Reforma, 1854-1875, Tomo III*, edición y presentación de Humberto Iriart Urdanivia, Partido Revolucionario Institucional, Segunda Edición, Mayo de 1982, México.

¹⁰⁷ José María Vigil. *"México a Través de los Siglos"*, Introducción al Tomo Quinto, *La Reforma*. Balleca y Compañía, Editores, México, Edición príncipe.

Para nadie resulta ajeno que la impronta del pensamiento liberal mexicano se encontraba, de manera si no absoluta si dominante, en la imposición de los principios masónicos, entre los cuales destacaba con profunda intención la ineludible necesidad de separar a los poderes eclesiásticos de los meramente civiles. Tampoco es ignorado por quienes tienen conocimiento de la historia de México, así sea superficial, que la pléyade de la posición liberal estaba integrada por quienes, en mayor o menor proporción, estaban ligados a las logias respectivas. En este contexto, debía de esperarse que la posición política liberal estuviera durante la Reforma impregnada substancialmente por tal propósito.

En lo que se acaba de exponer se encuentra, suponemos, el motivo esencial del proyecto reformista, contemplado en los ocho puntos principales del “Programa de los principios políticos que en México ha profesado el partido del progreso, y de la manera con que una sección de este partido pretendió hacerlos valer en la administración de 1833 a 1834”, expuesto por José María Luis Mora conforme al modelo liberal, el segundo y tercero de los cuales señalan: “ ... 2º. Abolición de los privilegios del clero y de la milicia; 3º. Supresión de las instituciones monásticas y de todas las leyes que atribuyen al clero el conocimiento de negocios civiles, como el contrato de matrimonio, etc...”¹⁰⁸.

La escalada política de los gobiernos liberales, a mediados del siglo XIX en nuestro país, esencialmente del juarista, tendieron a establecer de una vez por todas las líneas que tajantemente deberían delimitar la intervención de la Iglesia en los asuntos meramente civiles.

Digna de mención resulta la Ley Orgánica del Registro del Estado Civil, expedida por Ignacio Comonfort en la ciudad de México, el 27 de enero de 1857, a través de cuyos artículos 1º, 2º, 3º, 9º y 12º se estableció en toda la República el registro del

¹⁰⁸ Horacio Labastida “La teoría política de liberales y conservadores al triunfo de la República”. Conferencia sustentada por el autor en el Instituto Cultural Mexicano-Israelí de la ciudad de México, el lunes 4 de septiembre de 1967. Citado a pié de la página 14 por Mario V. Guzmán Galarza en la introducción a *Documentos Básicos de la Reforma 1854-1875, Tomo III, edición y presentación de Humberto Iriart Urdanivia, Partido Revolucionario Institucional, Segunda Edición, Mayo de 1982, México.*

estado civil; la obligación de todos los habitantes de la República de inscribirse en el mismo, a excepción de los ministros, secretarios y oficiales de las naciones extranjeras; la prohibición, a quienes no estuvieran inscritos en el registro, de ejercer los derechos civiles; la instalación de registros en los pueblos donde hubiera parroquias, en igual número que éstas y por cuarteles mayores en la ciudad de México; así como la clasificación de los actos del estado civil, entre éstos el matrimonio.¹⁰⁹ (y, como caso que hoy nos parecería curioso, el sacerdocio y la profesión de algún voto religioso temporal o perpetuo).

La definitiva separación formal en nuestro país de Estado e Iglesia en asuntos relativos al estado civil de las personas, particularmente en lo tocante al matrimonio, quedaría formalmente determinado por primera vez en documentos legislativos, a través de las Leyes de Reforma, de las cuales debe destacarse la Ley del Matrimonio Civil de 23 de julio de 1859¹¹⁰ (esto es, con cinco días de antelación a la expedición de la acabada de citar), y la Ley sobre la Libertad de Cultos de 4 de diciembre de 1860.

De estos dos últimos ordenamientos, la Ley del Matrimonio Civil es la que primeramente recoge en su artículo 1º el concepto expreso de que “...El matrimonio es un contrato civil, que se contrae lícita y válidamente ante la autoridad civil. Para su validez bastará que los contrayentes, previas las formalidades que establece esta ley, se presenten ante aquella y expresen libremente la voluntad que tienen de unirse en matrimonio”.

Debe destacarse que de este hecho histórico legislativo destaca no solo la reivindicación que el poder público hace de la institución matrimonial como propia

¹⁰⁹ *Derechos del Pueblo Mexicano. México a Través de sus Constituciones. Antecedentes, Origen y Evolución del Articulado Constitucional. Cámara de Diputados al Congreso de la Unión, LII Legislatura. México, MCMLXXXV. Artículo 130 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 1917. Vigésimoctavo antecedente.*

¹¹⁰ *A esta ley le hemos denominado en este trabajo como Ley Juárez, lo cual es indebido. La verdadera Ley Juárez fue la que con el nombre de Ley sobre Administración de Justicia y Orgánica de los Tribunales de la Nación, del Distrito y Territorios, se expidió durante los gobiernos de Juan Álvarez y de Ignacio Comonfort, cuando Benito Juárez ocupaba la titularidad del Ministerio de Justicia el 23 de noviembre de 1855. En esta virtud, nuestra denominación sólo debe considerarse convencional.*

de una regulación estatal, cercenando la intervención eclesiástica en su validez sino, además, la calificación de la institución matrimonial como acto jurídico de naturaleza formal, así como su ingrediente esencial que es la manifestación de voluntades.

Por su parte, la Ley Sobre la Libertad de Cultos de 4 de diciembre de 1860, también considerada dentro de acervo de las Leyes de Reforma, en su artículo 7º, determina la abrogación de los recursos de fuerza. Este recurso, nos señala Alfonso Noriega Cantú¹¹¹, cobró gran importancia en el México Virreinal ya que, heredada del derecho medieval español juntamente con el recurso de injusticia notoria, son formas en las que también encuentra su origen nuestro amparo¹¹².

La importancia de que la Ley de Cultos haya determinado la abrogación de los recursos de fuerza estriba precisamente en la congruencia que había de guardarse con la reivindicación del matrimonio para sujetarlo a la potestad exclusiva de la autoridad civil, porque siendo el indicado recurso un medio para equilibrar las competencias civil y eclesiástica, al quedar abrogado quedó definitivamente zanjada cualquiera eventual posibilidad de permitir la intervención de las autoridades eclesiásticas con relación a esta institución que, a partir de entonces pasó a corresponder exclusivamente al fuero civil.

¹¹¹ *Lecciones de Amparo. Tomo I, Editorial Porrúa, S.A., México, 1993, Pág. 61. Citado por Roberto Acevedo Villalobos "La Ejecución de las Sentencias en el Juicio de Amparo", Tesis, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2006, Pág. 10.*

¹¹² *El recurso de fuerza era una especie de incompetencia de un juez eclesiástico cuando éste, según la Novísima Recopilación, Ley I, Título 2, Libro 2, se ubicaba en cualquiera de estos tres supuestos: 1). Cuando la causa era meramente profana; 2). Cuando siendo una causa de su jurisdicción, no observaba en su trámite la forma y método de las leyes o cánones; y, 3). Cuando no otorgaba las apelaciones siendo admisibles de acuerdo con el derecho.*

Este recurso de fuerza en el caso de competencia, se planteaba ante el propio juez eclesiástico para que éste, a su vez, remitiera los autos al juez secular, quien en caso de encontrar justificada la petición, concedía la nulidad de lo actuado y resolvía el asunto.

El fundamento del recurso de fuerza era que el rey tenía que proteger a sus súbditos. Si los tribunales eclesiásticos violaban los derechos de estos, el rey tenía que restablecer el imperio del derecho y por eso es que se inmiscuía en asuntos canónicos para enmendar la actuación del tribunal eclesiástico.

De este recurso conocían en las Indias la Real Audiencia y, eventualmente, el Consejo de Indias, si el contencioso se había tramitado en España. Roberto Acevedo Villalobos "La Ejecución de las Sentencias en el Juicio de Amparo", Tesis, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2006, Págs. 10 y 11.

En cuanto al divorcio, y como una consecuencia más de las influencias del derecho canónico y de las legislaciones españolas que prevalecieron durante las primeras décadas del México independiente, en nuestro país únicamente se conocieron los medios disolutorios del matrimonio reconocidos por estos sistemas jurídicos, tales como la nulidad del matrimonio, en virtud de lo cual y en obvio de reiteraciones innecesarias, nos remitimos a lo dicho líneas arriba con relación a esta institución respecto de la etapa histórica en estudio.

No podemos marginar, sin embargo, el hecho de que durante el Segundo Imperio, llegó a expedirse, bajo el nombre de Código Civil del Imperio Mexicano, un ordenamiento que únicamente contenía disposiciones relativas a la parte introductoria, a la eficacia y naturaleza de las leyes y a los derechos de familia, dentro de éstos el artículo 151 que, teniendo como materia el divorcio, expresamente menciona que éste “no disuelve el matrimonio, de manera que alguno de los divorciados pueda contraer otro matrimonio o faltar a la fidelidad debida a su consorte; suspendiendo sólo alguna de las obligaciones civiles que se expresan en los artículos relativos de este Código”¹¹³.

3.6 Los Códigos Civiles de 1870 y de 1884.

El Código Civil de 1870 fue consecuencia del Decreto número 6855 de 13 de diciembre de 1870. En su título cuarto regula las actas del estado civil y, dentro de éstas, incluye las de matrimonio, y sin referirse específicamente a la naturaleza de éste como un contrato de naturaleza civil, se mantiene en la inercia de las Leyes de Reforma y en su artículo 161 determina que “el matrimonio debe celebrarse ante los funcionarios que establece la ley y con todas las formalidades que ella exige”.

¹¹³ Jorge Mario Magallón Ibarra. *El Matrimonio*, pág. 141, Tipográfica Editora Mexicana, México, D.F., 1965. Citado por Manuel F. Chávez Asencio a pié de página, obra citada, pág. 57.

En el Código Civil de 1870, que es precisamente el que ocupa nuestra atención, además de lo dicho, destaca el marcado sentido “machista” de su articulado con respecto al matrimonio, dado que la mayoría de sus normas regulatorias del mismo están imbuidas de un marcado predominio de la posición del marido en la relación matrimonial. Manuel F. Chávez Asencio nos llama la atención sobre disposiciones que, aisladamente y en su conjunto nos convencen de esta tendencia.¹¹⁴ Tales son, entre otros los artículos 32, 199, 201, 204, 205, 206 y 207, que nos limitamos a mencionar sin adentrarnos en su contenido ya que este no incide en el objeto primordial de este trabajo.

En lo que atañe al divorcio, es contemplado por el artículo 239, que igualmente previene que no es disolutorio del matrimonio, y sólo suspende algunas obligaciones, en un reflejo prácticamente textual del artículo 151 del llamado Código Civil del Imperio Mexicano, antes mencionado. En su artículo 240 se expresaban las causas legítimas del divorcio, y toda vez que la fundamental consecuencia de éste, ya se dijo, no era la de disolver el matrimonio, se limitaba únicamente a autorizar la separación de cuerpos, esto es, la obligación de la vida en común.

El Código Civil de 1884, expedido el 31 de marzo de 1884 por el entonces Presidente de la República General Manuel González quien, por cierto, lo hizo en uso de la facultad concedida al Ejecutivo de la Unión por Decreto de 14 de diciembre de 1883 y para tener aplicación en el Distrito Federal y en el Territorio de la Baja California, regula el matrimonio en términos de sus artículos 43, que establece los funcionarios a cuyo cargo estaría la autorización de los actos del estado civil, entre estos obviamente el matrimonio, el cual en consecuencia únicamente era válido si se celebraba con su intervención como jueces del estado civil; 129, que concedía al juez la facultad de recibir la formal declaración que hicieran las partes, de ser su voluntad unirse en matrimonio; 130, que disponía en su fracción VI que en el acta que se trasladara al libro correspondiente se anotara

¹¹⁴ Manuel F. Chávez Asencio, obra citada, pág. 66.

la voluntad de los contrayentes de unirse en matrimonio; 155, que definía al matrimonio como una "...sociedad legítima (atisbo de forma contractual) de un solo hombre y una sola mujer, que se unen con vínculo indisoluble para perpetuar su especie y ayudarse a llevar el peso de la vida"; 157 que exigía que el matrimonio debía celebrarse ante los funcionarios que establecía la ley y con todas las formalidades que ella exigía; y 180, conforme al cual si las actas de los matrimonios celebrados en el extranjero, con la participación de algún mexicano, no se trasladaban al registro civil del domicilio del consorte mexicano dentro de los tres meses siguientes al retorno de este al territorio nacional, tal omisión no invalidaría el matrimonio, pero mientras no se hiciera el contrato no produciría efectos civiles.

En estas condiciones, tenemos que para este ordenamiento el matrimonio también suponía un acto volitivo y formal, además de indisoluble.

En cuanto al divorcio, el Código de 84 lo regula con la misma timidez que el de 1870, en el sentido de que no disuelve el vínculo matrimonial y únicamente suspende algunas de las obligaciones civiles (artículo 226), que prácticamente se limitaban a la separación de "lecho y habitación", esto es, a la separación de cuerpos que ya había conocido y regulado el Código de 70.

3.7 La Ley Carranza sobre Relaciones Familiares.

A raíz de la promulgación de la Constitución Federal de 1917, el entonces presidente Venustiano Carranza expidió la Ley sobre Relaciones Familiares el 9 de abril de 1917, destinada a regir en el Distrito Federal, lo que se comprueba en función de que este nuevo ordenamiento derogó los capítulos y títulos relativos al Código Civil de 1884, también vigente para esta entidad federativa.

Manuel F. Chávez Asencio trae a colación la acertada observación de Ramón Sánchez Medal, vertida en su obra "Los grandes cambios en el Derecho de Familia en México", quien destaca que esta ley adolece del vicio de origen porque fue

expedida y promulgada por organismo diverso al que correspondía emitirla, esto es, al Congreso General, toda vez que la entonces reciente Ley Fundamental determinaba en su artículo 73 fracción IV que era facultad del mismo legislar en todo lo relativo al Distrito Federal y Territorios.¹¹⁵ La idea sobre el carácter local de esta ley se robustece porque diversas legislaturas de los estados de la Federación emitieron Decretos a través de los cuales adoptaron sus términos, con entera independencia de lo cual, lo analizamos en este trabajo porque el tema central del mismo gira en torno de las legislaciones vigentes en el Distrito Federal respecto del matrimonio y del divorcio.

Para continuar con la tendencia que dejó sentir su presencia a partir de las leyes de reforma, en la exposición de motivos de esta ley se aportan nuevas consideraciones para robustecer la idea de que el matrimonio debería quedar definitivamente separado de la influencia eclesiástica que, bajo la idea durante tantos siglos aceptada de que es un sacramento, lo mantuvo bajo sus objetos de regulación a través del derecho canónico y de las leyes españolas que permanecieron vigentes en nuestro país hasta el movimiento de reforma.

De este modo, el matrimonio es definido por el artículo 13 de esta ley, ya no como un contrato social, sino como un contrato de naturaleza civil, como ya lo admitía la nueva constitución de Querétaro en su artículo 130, además de considerar a tal institución como un vínculo disoluble, pero manteniendo el romántico concepto de que su objeto consistía en la perpetuación de la especie y en la mutua ayuda de los cónyuges para llevar el peso de la vida.

En cuanto al divorcio, los antecedentes de su inclusión en la Ley que se comenta son un tanto más complicados.

a) El Decreto de 12 de diciembre de 1914, que modificó y adicionó el Plan de Guadalupe, determinó que Venustiano Carranza, como Primer Jefe de la

¹¹⁵ *Manuel F. Chávez Asencio, obra citada, Pág. 70.*

Revolución Constitucionalista, expediría y pondría en vigor durante la lucha, todas las leyes y disposiciones y medidas encaminadas a dar satisfacción a las necesidades económicas, sociales y políticas del país; así como la revisión de las leyes relativas al matrimonio y al estado civil de las personas; disposiciones que garantizaran el estricto cumplimiento de las Leyes de Reforma, etc.¹¹⁶

b) El mismo Primer Jefe, por Decretos de 29 de diciembre de 1914 y de 29 de enero de 1915, expedidos en Veracruz, introduce el divorcio vincular, ya que a través del primero de tales decretos modificó la Ley Orgánica de 1884 de las Adiciones y Reformas a la Constitución que mantenía la indisolubilidad del matrimonio; y, a través del segundo, modificó el Código Civil del Distrito Federal, a fin de determinar que la palabra divorcio ya no significaba solamente separación del lecho y habitación –separación de cuerpos--, y que no disolvía el vínculo, para que se entendiera a partir de entonces en el sentido de que éste quedaba roto y dejaba a los consortes en aptitud de contraer una nueva unión legítima.¹¹⁷

Dada la radical reforma que la introducción del divorcio vincular en la legislación mexicana supuso el primero de los decretos aludidos –al que por su contenido algunos autores identifican como Ley del Divorcio Vincular--, es pertinente recordar los motivos del mismo, a través de los cuales se expone el pensamiento liberal y revolucionario que lo generó, según nos lo explica Sara Montero Duhalt:

“Que lo que hasta ahora se ha llamado divorcio en nuestra legislación, o sea, la simple separación de los consortes sin disolver el vínculo... lejos de satisfacer la necesidad social de reducir a su mínima expresión las consecuencias de las uniones desgraciadas, sólo crea una situación irregular, peor que la que trata de remediarse...; que esa simple separación de los consortes crea, además, una situación anómala, de duración indefinida, que es contraria a la naturaleza y al derecho que tiene todo ser

¹¹⁶ Manuel F. Chávez Asencio, obra citada, págs. 68 y 69.

¹¹⁷ Ramón Sánchez Medal, obra citada, pág. 17. Citado a pié de página por Manuel F. Chávez Asencio, obra citada, pág. 69.

humano de procurar su bienestar y la satisfacción de sus necesidades, por cuanto condena a los cónyuges separados a perpetua inhabilidad para los más altos fines de la vida; etc.¹¹⁸.

Nos hemos permitido destacar esta transcripción fragmentada de los motivos del Decreto al que hacemos referencia, en virtud de que consideramos que la concepción de estos conceptos fue la primera que reflejó un pleno entendimiento de las verdaderas funciones jurídica y social del divorcio, al ya no contemplarlo como una figura satánica o atentatoria de un sacramento de origen divino, sino como un medio para contemporizar con la naturaleza humana, con el papel social del hombre –en su sentido genérico-- como partícipe de una comunidad; como una posibilidad de reconsiderar decisiones erróneas y, finalmente, para no generar mayores y más graves daños a otros.

¡Al fin, uno de los cordones umbilicales más antiguos y persistentes había sido cortado!

3.8 El Código Civil de 1932.

Al cabo del largo –pero productivo-- tránsito que hemos realizado para adentrarnos en los antecedentes legislativos que la historia del derecho mexicano nos ofrece con respecto a las instituciones del matrimonio y del divorcio, particularmente aplicables en el ámbito de lo que hoy constituye el Distrito Federal, arribamos al ordenamiento que, aún cuando ha sido repetida y constantemente modificado, es el que aún en la actualidad rige en las materias propias del derecho civil. Nos referimos, obviamente, al Código Civil para el Distrito y Territorios Federales, en la actualidad únicamente Código Civil para el Distrito Federal, expedido por el Ejecutivo Federal en ejercicio de facultades extraordinarias desde el año de 1928, pero cuya vigencia se inició en 1932 (de ahí que indistintamente se le identifique convencionalmente como “Código de 28” o “Código de 32”).

¹¹⁸ Sara Montero Duhalt, obra citada, pág. 212.

Es conveniente considerar que al expedirse este Código, con consecuencias abrogatorias absolutas del de 1884, se encontraba en vigor la Constitución Federal de 1917, cuyo artículo 130 ya consideraba al matrimonio como un contrato civil, cuestión que con mayor vigor había considerado la Ley sobre Relaciones Familiares del presidente Carranza que, a su vez, también tuvo consecuencias abrogatorias respecto del Código de 1884, pero únicamente con respecto a las materias que tal Ley comprendió, esto es, en materia familiar.

En lo que específicamente se refiere al matrimonio, en este ordenamiento destacan las siguientes peculiaridades:

a) Da por supuesta la naturaleza del matrimonio como contrato civil, conforme al artículo 130 constitucional. En estas condiciones, admite que se sustenta en un acto volitivo bilateral.

b) No contradice, luego se presume que acepta, la definición que de esta figura prevalecía al expedirse el código, sobre que el matrimonio es la unión de un solo hombre y una sola mujer con el propósito de perpetuar la especie y ayudarse mutuamente (artículo 147 *a contrario sensu*).

En lo que concretamente toca a la formula tradicional del matrimonio respecto del propósito de procreación y la ayuda mutua que adquiere cada cónyuge respecto del otro, en este código apreciamos una especial preocupación por tal objetivo, al expresar el artículo citado en último término que cualquiera condición contraria a tal finalidad se tendrá por no puesta.

c) Concede a los contrayentes una capacidad específica, al señalar edades mínimas para los contrayentes: dieciséis años para el hombre y catorce para la mujer, sin perjuicio de que los menores de dieciocho años requieran de consentimiento derivado de la patria potestad a que estén sujetos (artículos 148 a 155).

d) Es un acto formal y, más que formal, de naturaleza solemne. (artículos 102 y 146).

Sobre el tema del aspecto formal como elemento de validez del matrimonio, el artículo 235, en su fracción III, considera como causa de nulidad del mismo que se haya celebrado en contravención a los artículos 97, 98, 100, 102 y 103, relativos al procedimiento ante el titular del Registro Civil previo y durante el acto administrativo matrimonial.

e) En consecuencia, bajo el imperio de este ordenamiento el matrimonio tiene el carácter de acto consensual y formal, como elementos de existencia.

Por lo que respecta al divorcio, ya sin preocupación alguna y salvados por medios legislativos anteriores los obstáculos religiosos, sociales e incluso políticos que impidieron o limitaron su eficacia absoluta, su reconocimiento oficial y su inclusión en los ordenamientos legales, el Código Civil en estudio ya admite plenamente a través de su artículo 266 la figura del divorcio, como institución del estado civil mediante el cual se disuelve el vínculo matrimonial y se deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro.

Es factible considerar que, con el propósito a todas luces justificado de evitar que el divorcio pudiera obtenerse por una simple intención unilateral, el ordenamiento que ahora ocupa nuestra atención estableció en su artículo 267 un catálogo de causales que el legislador consideró constitutivas de situaciones de hecho que tornaban, si no imposible, si difícil la convivencia de los cónyuges (no olvidemos que uno de los propósitos del matrimonio conforme al concepto que del mismo se tenía en la época de emisión del ordenamiento que comentamos era precisamente la ayuda mutua, la cual se dificultaba o quedaba prácticamente obstaculizada cuando se actualizaban tales hipótesis).

Es, entonces, que a partir del inicio de la vigencia del Código Civil de 1932, el divorcio en su nueva consideración vinculatoria ya se reglamenta en el Distrito Federal, a través de una serie de supuestos de facto bajo los cuales la convivencia entre los cónyuges, como elemento esencial para la consecución de los fines del matrimonio, queda impedida. Estos supuestos han quedado modificados a través del tiempo, en pretensión de adoptarlos a nuevas situaciones sociales que superaron una obsolescencia sobrevenida, no obstante ser válidos en la época de su institución, como ocurrió en el caso del padecimiento, en uno de los cónyuges, de estados patológicos derivados de enfermedades prácticamente erradicadas, como el padecimiento de la sífilis que, aún cuando no estuviera ya totalmente erradicada, en la actualidad no se considera ya crónica ni incurable.

Dignas también de mencionarse son las modificaciones que el catálogo original de causales de divorcio ha tenido. Tal es el caso, por ejemplo, de la introducción de la fracción XVIII del artículo 267 del ordenamiento en comento de la causal consistente en la separación de los cónyuges por más de dos años, independientemente de la causa que hubiera motivado la separación, la cual podía ser invocada por cualquiera de los cónyuges. Con posterioridad, y bajo la fracción IX del mismo numeral, dicha temporalidad se redujo a un año.

Es pertinente aclarar que una característica esencial del divorcio necesario, esto es, por causa justificada, únicamente podía ser reclamado por el cónyuge que no hubiera dado causa al mismo, situación que prevaleció hasta que se introdujo, también como causal de divorcio la separación de los cónyuges en términos de lo ya dicho al comentar la actualmente vigente fracción XVIII del artículo 267 del ordenamiento substantivo en estudio.

Para la finalidad de nuestro trabajo, no es el caso examinar las diversas causales de divorcio a que se refiere el multicitado artículo 267 del Código Civil en vigor para el Distrito Federal, pero si lo es que, **desde la catalogación original de tales causales, se incluyó el mutuo consentimiento**, lo que dio lugar a que el trámite para la obtención de la declaración de haber quedado extinguido el vínculo

matrimonial preexistente se diera en una doble posibilidad, esto es, en el divorcio voluntario judicial y en el divorcio voluntario administrativo, en uno y otro caso con el mismo efecto primordial para los cónyuges de que se declarara disuelto el vínculo matrimonial, aunque bajo supuestos fácticos diferentes.

Respecto de la primera posibilidad de divorcio por mutuo consentimiento, esto es, por la vía judicial, se incluyó en el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, como Título Decimoprimer, Capítulo Único –de los artículos 674 al 682--, la regulación procedimental respectiva, limitada a que hubiera transcurrido al menos un año de celebrado el matrimonio; a la presentación de la solicitud, con inclusión de un convenio previsto por el artículo 273 del código sustantivo (relativo a la guarda y custodia de los hijos menores o incapacitados, habitación de los cónyuges, cuestiones alimentarias, garantía de suministro de alimentos, administración y liquidación del patrimonio conyugal, convivencia de los padres con los hijos, etc.); la intervención del Ministerio Público en caso de existencia de hijos menores o incapacitados; la celebración de dos juntas de avenimiento y el pronunciamiento de la sentencia, misma que no podría declarar el divorcio si no fuera de aprobarse el convenio.

El divorcio voluntario administrativo, considerado por el artículo 272 se sustenta en la solicitud que al respecto formulen los cónyuges al Juez del Registro Civil, si son mayores de edad y si ha transcurrido al menos un año de la celebración del matrimonio; haya sido liquidada la sociedad conyugal; la cónyuge no está embarazada; no tengan hijos en común o si, teniéndolos, son mayores de edad y estos no requieren alimentos o alguno de los cónyuges.

El trámite administrativo de esta opción de divorcio se limita a que los cónyuges se identifiquen ante el Juez del Registro Civil respectivo, quien levantará un acta en la que haga constar la solicitud y citará a los peticionarios a que la ratifiquen a los quince días y, si lo hacen, se hace la declaratoria de divorcio y se ordena su anotación al margen de la partida del matrimonio.

Como sintética conclusión de lo hasta aquí dicho respecto del Código Civil de 1932 para el Distrito Federal, en materia de matrimonio y de divorcio, tenemos lo siguiente:

a) Se reconoce al matrimonio como un acto consensual y solemne;

b) Se conceden al divorcio los mismos efectos vinculatorios que le reconocieron los Decretos de Venustiano Carranza de 29 de diciembre de 1914 (Ley de Divorcio Vincular) y de 29 de enero de 1915, así como la Ley Sobre Relaciones Familiares de 1917, esto es, que ya no se limita en sus efectos a una separación de cuerpos sin afectar la supervivencia del vínculo matrimonial, sino que ya tiene la consecuencia de disolver el matrimonio válido y dejar a los divorciantes en aptitud de contraer nuevo matrimonio igualmente válido; y

c) El divorcio puede obtenerse por vía necesaria cuando la ley, a través de determinada o determinadas causales de divorcio invocadas por el cónyuge inocente, se substituye a la voluntad del cónyuge culpable; o por vía del mutuo consentimiento, si ambos cónyuges lo piden, bien por la vía judicial o por la administrativa.

3.9 La Ley de Sociedad de Convivencia.

El día 9 de noviembre de 2006 marcó un hito en la historia del derecho civil en México, al expedirse por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, IV Legislatura, el Decreto de Ley de Sociedad de Convivencia para el Distrito Federal, publicada en la Gaceta Oficial del Distrito Federal de fecha 16 del mismo mes, y con vigencia a partir del día hábil siguiente a la conclusión de los ciento veinte días naturales a que se refiere su artículo Segundo Transitorio, término en el que deberían hacerse las adecuaciones jurídico administrativas correspondientes. Esta Ley, por la atipicidad de su materia, supone la aparición en el derecho positivo familiar de una institución de la importancia que en su momento tuvo el

reconocimiento formal del divorcio vincular, lo cual nos permite considerar ambos hechos como generadores de un parteaguas en la historia de nuestra legislación civil.

No es caso, para el objetivo que nos hemos fijado, hacer un análisis pormenorizado de la Ley en comento; pero toda vez que la materia de nuestro estudio incide, entre otras materias, en la figura jurídica del matrimonio, consideramos pertinente referirnos a la institución jurídica creada por esta Ley, por su notoria semejanza con este.

La Ley de Sociedad de Convivencia, además de autoimponerse la condición de orden público e interés social, dos características muy difíciles de sostener a la luz de lo que uno y otro conceptos suponen, está orientada a conceder efectos jurídicos y a considerar la existencia de obligaciones en la unión voluntaria y formal --en plena coincidencia con el matrimonio--, de dos personas físicas --también en semejanza con el matrimonio, salvo que eventualmente tales personas pueden ser del mismo sexo--, para establecer un hogar común con voluntad de permanencia y ayuda mutua --esto último en similitud con las finalidades del matrimonio tradicional (artículos 1 y 2).

Afirmamos que esta sociedad es afín al matrimonio, porque genera obligaciones a cargo de convivientes en razón de la voluntad de permanencia, ayuda mutua y establecimiento del hogar común; y también porque, para que surta efectos frente a terceros, requiere de su registro ante la Dirección General Jurídica y de Gobierno del Órgano Político Administrativo correspondiente (artículo 3).

Digno de mencionarse es también que, al igual que ocurre con el matrimonio, existen impedimentos legales para constituir la sociedad de convivencia, como lo es el caso de personas unidas en matrimonio, en concubinato o en otra sociedad de convivencia vigente; así como el parentesco consanguíneo en línea recta sin límite de grado o colateral hasta el cuarto grado (artículos 4 y 5).

Por otra parte, conforme al artículo 5, y para los efectos de otros ordenamientos jurídicos, la sociedad de convivencia se rige, en lo que resulte aplicable, en los términos del concubinato y las relaciones jurídicas que se derivan de este último se producen entre los convivientes.

Esto último nos da la impronta para asegurar, sin duda de ninguna especie, que la llamada sociedad de convivencia permite la posibilidad legalmente aceptada de reconocer la validez jurídica de una unión entre homosexuales, a la que se conceden efectos de gran similitud con la relación matrimonial típica, con excepción de aquellos contrarios al orden natural, con lo que obviamente nos referimos a los hijos, cuya procreación constituye uno de los objetivos primordiales del matrimonio.

En las disposiciones de la Ley en comento, respecto del registro de la sociedad, los derechos de los convivientes y de la terminación de la misma, es notorio el paralelismo que el legislador local pretendió establecer entre la sociedad de convivencia y el matrimonio típico. Tal es el caso de la manifestación de voluntad de los convivientes, en el proceso de constitución y registro de la sociedad, en la generación de obligaciones alimentarias; de derechos sucesorios conforme a las reglas de estos respecto de los concubinos; la tutela por interdicción, la igualdad de derechos entre los convivientes, las relaciones patrimoniales y sus consecuencias respecto de quien hubiera constituido de buena fe una sociedad que a la postre resulte dolosa; la ausencia, etc.

De igual manera, es manifiesto el paralelismo que esta Ley consigna entre las causas de terminación de la sociedad de convivencia y las del matrimonio que contempla el Código Civil de las que destacan, como en el divorcio: el mutuo consentimiento de ambos o de cualquiera de los conyugales, el abandono del hogar, que alguno de sus integrantes contraiga matrimonio o establezca una relación de concubinato (¿adulterio?); el dolo al suscribir la sociedad y, obviamente, la muerte.

Nuestra muy personal opinión sobre esta Ley de Sociedad de Convivencia para el Distrito Federal es la de que, en contra de las muy diversas y respetables consideraciones al respecto, no supone un avance en el proceso histórico legislativo de nuestro país, sino que únicamente refleja el trasunto formal de tendencias no muy adecuadas a nuestra idiosincrasia. No nos referimos, desde luego, a las preferencias personales en relaciones entre parejas o a la convivencia humana en cualquiera de sus posibles manifestaciones, sino que nos limitamos a suponer que en el caso de esta Ley se importaron tendencias sociales propias de otros países, en los cuales es de esperarse situaciones extremas tales como el establecimiento o modificaciones legislativas a través de las cuales se reconozca el surgimiento de obligaciones en favor de mascotas u otras cuestiones de semejante extravagancia. Sin embargo, aceptemos el principio *lex dura, sed lex* y coincidamos con Terencio en que humanos somos y nada humano debe sernos extraño.

3.10 Reformas introductoras del llamado Divorcio Express.

A través del largo camino histórico analítico que hemos emprendido para conocer los antecedentes del divorcio y de su presupuesto lógico, el matrimonio, a través de diversos planos de la cultura universal, al fin hemos arribado al momento en el que aparece en nuestra legislación la figura jurídica del convencionalmente denominado “Divorcio Express”, motivo medular de nuestro trabajo.

Con fecha 27 de agosto de 2008, la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, IV Legislatura, expidió el Decreto por el que se Reforma y Deroga el Código Civil para el Distrito Federal y se Reforma, Deroga y Adiciona el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, promulgado el 18 de septiembre del mismo año, publicado en la Gaceta Oficial del Distrito Federal correspondiente al 3 de octubre del propio 2008 y con inicio de vigencia al día siguiente al de su publicación.

Este Decreto consta de dos artículos y tres transitorios. En su Artículo Primero se determina la reforma de los artículos 266, 267, 271, 272, 280, 282, 283, 283 Bis, 287 y 288; y se derogan los artículos 273, 275, 276 278, 281, 284, 286 y 289, todos del Código Civil para el Distrito Federal.

Por virtud de su Artículo Segundo, se reforman los artículos 114, 255, 260, 272-A, 274, 290, 288, 346; se derogan el Título Undécimo y los artículos 674 al 682; y se adicionan los artículos 272-B y 685 Bis, así como el Capítulo V, del Título Sexto todos del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

3.10.1 Sus características en lo sustancial y en lo procesal.

En lo substancial, las reformas y derogaciones al Código Civil para el Distrito Federal en comento presenta las siguientes características que, para nuestro propósito, resultan relevantes:

a) La modificación al artículo 266, que en su primera parte respeta los términos de la definición del divorcio vincular prevaleciente, en su segunda parte elimina el concurso de voluntades de los cónyuges, como elemento necesario para la procedencia del divorcio, al estipular **“...Podrá solicitarse por uno o ambos cónyuges cuando cualquiera de ellos lo reclame ante la autoridad judicial manifestando su voluntad de no querer continuar con el matrimonio, sin que se requiera señalar la causa por la cual se solicitó, siempre que haya transcurrido cuando menos un año desde la celebración del mismo”**.

Se ha pretendido apreciar que esta nueva causa disolutoria del matrimonio supone una situación evolucionada de otra históricamente ya vislumbrada, precisamente cuando su introdujo dentro del catálogo de causas del divorcio necesario la separación de los cónyuges –primero por un lapso mínimo de dos años y luego de un año--, si que fuera necesario señalar el motivo de tal separación que, además, podía invocarse por cualquiera de los cónyuges y siempre y cuando hubiese

transcurrido al menos un año de celebrado el matrimonio. Si embargo, puede válidamente sostenerse que no es así, toda vez que bajo la situación anterior la causal aludida, en primer término, daba lugar a un juicio contradictorio ordinario en el cual el cónyuge que no pedía el divorcio tenía el derecho de ser oído en vía de defenderse, ofrecer pruebas y alegar para, finalmente y en su caso, poder ser vencido; y, en segundo lugar, porque dentro de ese juicio, el cónyuge enjuiciante tenía la carga procesal de acreditar la separación y la temporalidad de la misma, y el demandado tenía la posibilidad de contradecirla, así como eventualmente de probar su inexistencia. En esta virtud, la simple declaración de voluntad de uno de los cónyuges, en el sentido de no querer continuar unido al vínculo matrimonial, no bastaba para constituir la causa próxima, eficiente y única de la disolución del matrimonio por la vía judicial.

Todavía más, como más adelante veremos, actualmente y contra toda lógica jurídica, basta con formular ante la autoridad judicial competente la solicitud de divorcio bajo las condiciones señaladas en la ley, y que esta en su caso se conteste, para que se decrete la disolución del matrimonio, sin perjuicio de que lo accesorio de esta “acción” que supone el convenio que debe acompañar a la solicitud –respecto de la situación de los hijos, convivencias con los mismos, obligaciones alimentarias, cuestiones patrimoniales, etc.--, así como lo que con respecto al mismo en su caso se controvierta, se mantenga en trámite como cuestión litigiosa incidental, bajo la expectativa del dictado de la interlocutoria correspondiente misma que admite impugnación por la vía de alzada, en tanto que el auto que decreta el divorcio ¡es inapelable!.

b) Se derogan las reglas anteriores relativas a: Divorcio voluntario judicial; términos de caducidad de la acción de divorcio para el cónyuge inocente; otorgamiento del perdón por parte del cónyuge inocente; potestad judicial para oír opiniones, antes de decidir sobre patria potestad o tutela, sobre medidas que se estimen pertinentes para el desarrollo de menores e incapaces; la pérdida, para el cónyuge culpable, de todo lo que se le hubiere dado o prometido por su consorte u otra persona en consideración a éste; y la opción de uno de los cónyuges para reclamar del otro,

en la demanda de divorcio y bajo ciertas condiciones, el pago de un porcentaje sobre el valor de los bienes que hubiera adquirido durante el matrimonio, por concepto de indemnización

En lo procesal, y siempre bajo la óptica de que de las reformas, modificaciones, adiciones y derogaciones que encierra el Decreto en estudio únicamente se comentará lo que resulte de trascendencia para los fines de este trabajo, tenemos lo siguiente:

El Decreto referido no logró superar un vicio del que desde mucho antes ya adolecía el Código Civil de 1932, en el sentido de incluir en la regulación legal sustantiva del divorcio normas de procedimiento para su tramitación que, desde luego, no resultaban de su materia. Bajo esta salvedad, entremos al análisis de los nuevos aspectos adjetivos que, en torno al divorcio express, contiene el Decreto en estudio y su incidencia tanto en el Código Civil como en el de Procedimientos Civiles, ambos para el Distrito Federal.

a) Del Código Civil:

1. Conforme al actual artículo 267 se exige del cónyuge que unilateralmente desee promover el juicio de divorcio, la presentación –obviamente al juez competente— de una solicitud con una propuesta de convenio para regular ciertas materias incidentes al matrimonio (custodia de los hijos, convivencias, alimentos, aspectos patrimoniales, etc.)
2. Los jueces, conforme al mismo precepto, deben suplir la deficiencia de la queja en este convenio.
3. Las limitaciones formales que rigen para la prueba civil, no son aplicables a los convenios en el divorcio. Artículo 271.

4. Dictado por el juez, desde la presentación de la demanda (¿no es solicitud?) de medidas provisionales, tanto de oficio como una vez contestada la solicitud así como en la sentencia de divorcio. Artículos 281, 283 y 283 Bis.

5. Se decretará el divorcio con entera independencia de que las partes lleguen o no a un acuerdo sobre el convenio, dejándose en este último caso expedito el derecho de los cónyuges para que lo hagan valer en la vía incidental, exclusivamente por lo que concierne al convenio. Artículo 287.

b) Del Código de Procedimientos Civiles:

1. La obligación de incluir, en la demanda de divorcio, el convenio a que alude el artículo 267 del Código civil, con excepción de lo exigido por el segundo párrafo de la fracción V (exposición numerada, sucinta, clara y precisa de los hechos), debiendo ofrecer las pruebas tendientes a acreditar la procedencia de la propuesta de convenio. Fracción X del artículo 255.

2. En la contestación a la demanda de divorcio se podrá manifestar conformidad con la propuesta de convenio o presentarse contrapropuesta al mismo, con acompañamiento de las pruebas respectivas relacionadas con esta. Fracción VIII del artículo 260.

5. Se modifica el procedimiento relativo a la audiencia previa, de conciliación y de excepciones procesales que con anterioridad estaba prevista por el artículo 272-A, en lo relativo a los casos de divorcio. Por una parte, en el sentido de que si los cónyuges llegar a un acuerdo respecto al convenio, el juez dictará un auto en el cual decreta la disolución del vínculo matrimonial y la aprobación del convenio, sin necesidad de dictar sentencia; y, por la otra, que en el divorcio no se abrirá el período probatorio previsto por el artículo 290, dado que las pruebas relacionadas con el convenio deben ofrecerse al presentarse la solicitud (o demanda) y la contestación, por lo que únicamente debe ordenarse su preparación y fijarse fecha para su desahogo en el incidente respectivo.

6. Con la reincorporación del artículo 272-B, que había sido derogado, se dispone que el juez decreta el divorcio una vez contestada la solicitud o que hubiere precluido el término (¿precluyen los términos o los derechos procesales que dentro de ellos debieron ejercitarse?) para contestarla. De haber diferencias en las propuestas de convenio, el juez debe citar a las partes para promover acuerdo entre ellas y, de no ser así, se procederá conforme a los artículos 287 del Código Civil y 88 del de Procedimientos Civiles, esto es, se decretará el divorcio y se continuará en el trámite del incidente respecto del convenio.

7. En materia de prueba pericial, en el procedimiento de divorcio no surten las reglas de la Sección IV del Capítulo V del ordenamiento adjetivo, con excepción del proceso de designación de perito por las partes y, en su caso, del tercero, toda vez que la prueba se desahoga a través de perito único que designa el juez. Artículo 346, último párrafo adicionado.

8. Se deroga toda la regulación legal prevista para el divorcio judicial por mutuo consentimiento judicial, antes contenida en el Capítulo Único del Título Décimo Primero, artículos del 674 al 682 del Código de Procedimientos Civiles, sin perjuicio del divorcio administrativo, también voluntario, regulado por el artículo 272 del mismo ordenamiento, que se mantiene vigente.

9. Por su importancia, debe reiterarse que en términos del artículo 685 Bis adicionado, la resolución que declare disuelto el vínculo matrimonial no es apelable y que únicamente son recurribles (obviamente en la vía de alzada) las resoluciones que recaigan, en la vía incidental, respecto del convenio o de los convenios presentados.

10. Finalmente, conforme al Artículo Tercero transitorio del Decreto en comento, respecto de los juicios de divorcio en trámite al expedirse el mismo, se dejó a la potestad de cualquiera de las partes acogerse a las reformas del mismo, o seguir rigiéndose por las disposiciones anteriores hasta su total conclusión.

Como puede advertirse, las reformas, las modificaciones, las adiciones y las derogaciones que implicó este Decreto, en lo tocante al divorcio judicial, implicaron una verdadera revolución en la materia, ya que lo que históricamente y durante muchos siglos se había visto y calificado como una monstruosidad, que atentaba no sólo contra el orden social por afectar el matrimonio --origen y principio de la organización del hombre en su vida comunitaria-- sino, y acaso lo más grave, contra un sacramento, contra una institución establecida por Dios mismo en su representación humana a través de Jesucristo.

En esta virtud, lo que antaño y a través de los siglos se llegó a considerar como un atentado a los mas elementales principios de organización social y al sustento de la estructura familiar, en la actualidad y en nuestro medio es posible obtener mediante una simple declaración unilateral de voluntad en el sentido de “no querer continuar con el matrimonio” lo que, si bien puede motivar serias reflexiones sobre la motivación que pudo asistir al legislador para introducir esta innovación, deviene infinitamente más preocupante en atención a que --contra toda lógica jurídica y si partimos ya no de que el matrimonio sea un contrato o no lo sea, pero si de que es consecuencia de una manifestación bilateral de voluntad--, los actuales medios legales para la obtención de un divorcio permiten que un estado adquirido a través de la expresión conjunta de la voluntad de dos personas pueda disolverse por la voluntad de solo una de ellas.

No desconocemos la posibilidad, reconocida por el derecho mismo, de que ciertos actos jurídicos puedan quedar revocados a través de una manifestación unilateral de la voluntad, tal es, por ejemplo, el caso del testamento aún cuando en éste solamente concurre una manifestación de voluntad, por lo que podría considerarse desafortunado el ejemplo. Sin embargo, existen otros casos los cuales, a pesar de que se perfeccionan por la voluntad de dos o más personas, pueden revocarse a voluntad de sólo una de ellas, característica propia de los actos jurídicos gratuitos, como lo son la donación o el comodato. Igualmente puede jurídicamente revocarse un acto a través de ser esa la voluntad de uno de los contratantes, pero esto requiere para su validez que, con base en el principio de la autonomía de la

voluntad, así se hubiere convenido por todos los interesados o de que así lo disponga la ley, como ocurre en el caso del mandato que, siendo revocable en principio, no lo es cuando su otorgamiento se hubiere estipulado como una condición en un contrato bilateral o como un medio para cumplir una obligación contraída, caso este último en el que tampoco puede el mandatario renunciar (unilateralmente) el poder. Artículo 2,596 del Código Civil para el Distrito Federal.

Las situaciones acabadas de describir no iban a permanecer inalterables, toda vez que asistiríamos a una modificación legislativa aún más atentatoria contra lo que es el matrimonio en su concepción histórica, social y jurídica cuando el 21 de diciembre de 2009 la Asamblea Legislativa del Distrito Federal expidió el Decreto por el que se Reforman Diversas Disposiciones del Código Civil para el Distrito Federal y del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, promulgado el 28 del mismo mes, publicado en la Gaceta Oficial del día siguiente y con vigencia a partir de los cuarenta y cinco días hábiles de su publicación.

A través del Decreto en cuestión, se aprobaron modificaciones a los artículos 146, 237, 291 bis, 294, 391 y 724 del primero de los ordenamientos indicados; y se reformaron los numerales 216 y 942 del segundo.

Siendo la materia medular de esta investigación la exposición de aspectos de inconstitucionalidad del llamado “divorcio express” y no obstante que, como ya se manifestó con antelación, para ello se requiere del análisis histórico jurídico del matrimonio particularmente a la luz de nuestra legislación del Distrito Federal, no nos detendremos comentarios exhaustivos relativos a estas últimas modificaciones y reformas, pero debemos señalar, particularmente en lo tocante a la modificación que a través de este Decreto se hizo al artículo 146 del Código Civil, que se incurrió en la aberración de modificar la tradicional consideración que en el derecho se ha aceptado sobre que el concepto de matrimonio descansa en **la unión de un hombre y una mujer**, para que en lo sucesivo se entienda por ello **la unión libre de dos personas**, lo que nos permite considerar que, para el legislador, ya resulta factible que dos personas físicas, no obstante que sean del

mismo sexo, puedan unirse en matrimonio, contrariando con esto el significado mismo de la palabra, íntimamente ligado al concepto de “madre” y este, a su vez, relativo a la figura generadora de descendencia humana. En esta virtud, si ya se había incurrido en el exceso de legislar sobre la convivencia, reconocida por la ley de dos personas con entera independencia del sexo a que cada una de estas corresponda, y en cierta medida se le concedían efectos de concubinato, no había ya lugar a denominar a estas uniones como “matrimonio”, por resultar esto contrario a la naturaleza misma del mismo.

Toda vez que fue precisamente la introducción de las reformas a los Códigos Civil y de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, a que se refiere el Decreto que incorporó las normas tanto substantivas como adjetivas relacionadas con el llamado “divorcio express”, el hecho que nos indujo a la elaboración de esta investigación, y no obstante haber hecho en su presentación la salvedad de que se elaboraría en torno a la legislación del Distrito Federal –dado que fue en esta entidad federativa en que surgió esta novedad legislativa--, con el propósito de dar congruencia a nuestro estudio, consideramos hacer una somera referencia a los diversos ordenamientos constitucionales que han tenido vigencia en nuestro país, con el exclusivo objeto de determinar si en los mismos se han hecho alusiones al matrimonio o al divorcio y estar, así, en posibilidad de referir la situación actual de ambas instituciones de derecho civil a sus eventuales sustentos en las leyes fundamentales.

3.11 Tratamiento de ambas instituciones en el Derecho Constitucional.

3.11.1 La Constitución de Cádiz.

La Constitución Española llamada de Cádiz, fue la primera que tuvo vigencia en lo que la actualidad es la República Mexicana. Su nombre real fue el de Constitución Política de la Monarquía Española y su promulgación fue atribuida a Fernando VII, pero que en su “ausencia y cautividad” de hecho fue promulgada por la “*Regencia del Reyno*” el 18 de marzo de 1812, y jurada en la plaza mayor de la Cuidad de

México el 30 de septiembre del mismo año –hecho por cual dicha plaza en la actualidad lleva el nombre de Plaza de la Constitución.

Este ordenamiento fundamental no contiene disposición alguna que en forma específica se refiera al matrimonio o a su disolución; sin embargo, de sus artículos 4º y 12 se **destaca la sumisión de estos conceptos jurídicos del orden civil a la por entonces aún vigente influencia del derecho canónico reconocida por las leyes españolas.**

El primero de tales artículos, ubicado en el capítulo “De la Nación Española”, establece que “La nación está obligada a conservar y proteger por leyes sabias y justas la libertad civil, la propiedad y los demás derechos legítimos de todos los individuos que la componen”; en tanto que el segundo, ubicado en el capítulo “De la Religión”, determina que “La religión de la nación española es y será perpetuamente la católica, apostólica romana, única verdadera. La nación la protege por leyes sabias y justas y prohíbe el ejercicio de cualquiera otra”.¹¹⁹

Tales disposiciones, en su significado contextual, no dejan de causarnos asombro, no por su sujeción a una determinada religión y a la normatividad que la misma reconocía a ciertas instituciones de derecho civil, como el matrimonio, que por una parte se considera necesario proteger “por leyes sabias y justas”; y, por la otra, sujetarlas a una tiránica tradición jurídica, situación plenamente contradictoria con el contenido eminentemente liberal de esa Ley Fundamental, objeto de tanta diatriba dentro y fuera de España que la condenó a una efímera existencia, ya que su propio autor putativo la nulificó en 1814, restableciendo con ello todo el poder absolutista.

¹¹⁹ *Estos textos fueron sin duda alguna resultado del Estatuto o Constitución de Bayona que en 1808, con características plenamente liberales y bajo el pleno dominio bonapartista en España, intentó poner en vigor José Bonaparte, pero que en realidad nunca llegó a tener vigencia. En su artículo primero establece que: “La religión Católica, Apostólica y Romana, en España y en todas las posesiones españolas, será la religión del Rey y de la Nación, y no se permitirá ninguna otra.”.*

En estas condiciones podemos afirmar que en la Nueva España la Constitución de Cádiz y su breve vigencia tuvieron, respecto del matrimonio, la misma sujeción al derecho canónico que tuvo en España, por lo que permaneció como una institución indisoluble, toda vez que aún cuando el movimiento emancipador político de México ya se había iniciado, su autonomía definitiva en esa campo no se había alcanzado.

3.11.2 La Constitución de Apatzingán.

Conocida con tal nombre, pero en realidad denominada “Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana”. Fue sancionada en la población que hoy le da nombre, del Estado de Michoacán, el 22 de octubre de 1814, y de su texto no se desprende mención alguna que específicamente esté referida al matrimonio o al divorcio.

Sin embargo, como posible trasunto de la Constitución de Cádiz, en su artículo primero también determina que “la religión católica apostólica romana es la única que se debe profesar en el estado”, lo que no permite afirmar que bajo este ordenamiento constitucional se mantuvieron las consecuencias del derecho canónico y de las leyes españolas con respecto a la institución matrimonial y al pleno desconocimiento del divorcio.

También debe destacarse que en su capítulo V, con el rubro “DE LA IGUALDAD, SEGURIDAD, PROPIEDAD y libertad de los individuos”, a través del artículo 24 determina que “La felicidad del pueblo y de cada uno de los ciudadanos consiste en el goce de la igualdad, seguridad, propiedad y libertad...”, dato que nos es útil exclusivamente para referirnos a la igualdad existente en el hombre y la mujer como constituyentes del matrimonio.¹²⁰

3.11.3 La Constitución de 1824.

¹²⁰ *Biblioteca Michoacana -2-. Edición Facsímile. Gobierno del Estado de Michoacán. Morelia, MCMLXIV.*

En este texto constitucional notamos, con respecto al tema que nos ocupa una clara influencia de el Estatuto de Bayona, de la Constitución de Cádiz y de la Constitución de Apatzingán en relación con el mantenimiento en la Ley fundamental del reconocimiento de la religión católica romana como única del Estado y que, además, está protegida por éste, a través de leyes sabias y justas.

En efecto, en su Título I, Sección Única “De la Nación mexicana, su territorio y religión”, se incluye el artículo 3, del siguiente tenor: “La religión de la nación mexicana es y será perpetuamente la C. A. R. La nación la protege por leyes sabias y justas, y prohíbe el ejercicio de cualquiera otra.”.

En esta virtud, nuestra conclusión a este respecto es la misma a la que afirmamos nos referimos con relación a la Constitución de Apatzingán, sobre la prevalencia de los ordenamientos canónicos y el sentido de las leyes de la península ibérica.

3.11.4 La Constitución de 1857.

La Constitución Política Mexicana, identificada como de 1857, fue expedida *“EN EL NOMBRE DE DIOS Y con la autoridad del PUEBLO MEXICANO. Los representantes de los diferentes Estados del Distrito y Territorios que componen la República de México, llamados por el plan proclamado en Ayutla el primero de marzo de 1854, reformado en Acapulco el día 11 del mismo mes y mayo... y por la convocatoria expedida el 17 de octubre de 1853 para constituir a la nación bajo la forma de república democrática, representativa, popular, poniendo en ejercicio los poderes con que están investidos, cumplen con su alto encargo, decretando la siguiente CONSTITUCIÓN política de la República mexicana sobre la indestructible base de su legítima independencia proclamada el día 16 de septiembre de 1810 y consumada el 27 de septiembre de 1821”...* y dada

(promulgada) en el salón de sesiones del Congreso en México a cinco de febrero de mil ochocientos cincuenta y siete, trigésimo séptimo de la Independencia...”¹²¹

Esta Ley Fundamental, no obstante haber surgido en la época histórica en que nuestro país se encontraba en plena efervescencia ideológica liberal, consecuencia del Plan de Ayutla, entre otras circunstancias históricas, y a pesar de darse en el umbral de las Leyes de Reforma, no contiene aún disposición alguna que se ocupe de las materias que aquí nos interesan, ni siquiera en materia de igualdad entre hombre y mujer. Había que esperar a las reformas legislativas que en materia de cultos, bienes eclesiásticos, registro civil, matrimonio civil y demás aspectos relativos a la situación jurídica de la Iglesia frente al Estado, con los que aquella quedó definitivamente dependiente de este –y no una simple separación, como algunos han querido ver--, para encontrar bases legales que iniciarían la definitiva separación del matrimonio del dominio eclesiástico y el surgimiento de la idea de su disolubilidad, que culminaría con la institución del divorcio vincular y con el reconocimiento constitucional del matrimonio como un contrato civil.

No obstante lo acabado de afirmar, en esta Ley Fundamental se incluyó, a través de su artículo 123, que “*Corresponde exclusivamente a los poderes federales ejercer, en materias de culto religioso y disciplina externa, la intervención que designen las leyes*”, lo que nos permite vislumbrar algo más que una premonición respecto de lo que traerían las Leyes de Reforma.

Manuel F. Chávez Ascencio¹²² nos señala que la Constitución de 1857 fue modificada respecto de los temas que nos interesan para la finalidad de esta tesis. Así, se refiere a la Ley Constitucional de 23 de septiembre de 1873, emitida por decreto 7200, cuyo artículo primero determina que el Estado y la Iglesia son independientes entre sí, así como que el Congreso no puede dictar leyes que

¹²¹ *Derechos del Pueblo Mexicano, México a Través de sus Constituciones. Historia Constitucional III. Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, LII Legislatura, México, MCMLXXXV, Edición Miguel Ángel Porrúa, México, D.F., 1985, págs. 557, 558, 639 y 640.*

¹²² *Obra citada, págs. 67 y 68.*

establezcan o prohíban religión alguna; **y, a través del artículo 2, que el matrimonio es un contrato civil, así como que este y los demás actos del estado civil de las personas son de la exclusiva competencia de los funcionarios y autoridades del orden civil.**

El mismo autor --sin aclarar si con ello se hubiera modificado el texto constitucional de 1857--, nos llama la atención sobre que, por decreto 7329 de 14 de diciembre de 1874, se hizo referencia a las Leyes de Reforma, previniendo en el artículo 29 que “quedan refundidas en esta... que seguirán observándose en lo relativo al registro civil, mientras los estados expidan las que deben dar...”.

Se trata también de la independencia de las relaciones entre el Estado y la Iglesia (art. 1). En la sección V, sobre el matrimonio, confirma el artículo 22 conforme al cual es un contrato civil y tanto él como los demás actos del estado civil son de la exclusiva competencia de los funcionarios del orden civil, en los términos prevenidos por las leyes, con la fuerza y validez que las mismas les atribuyan. El matrimonio no podrá celebrarse más que por un hombre con una sola mujer, por lo que las leyes castigan la bigamia y la poligamia (fracción VII, art. 23); la fracción VIII del mismo artículo determinó que “...la voluntad de los contrayentes libremente expresada en la forma que establezca la ley, constituye la esencia del matrimonio civil”. La fracción IX estableció que el matrimonio sólo se disolvería por la muerte de uno de los cónyuges, así como que las leyes sólo admitían la separación temporal. Respecto del matrimonio eclesiástico, la fracción XIII se pronunciaba en el sentido de que la ley no impondría ni prescribiría los ritos religiosos respecto del matrimonio, así como que los casados eran libres para recibir o no las bendiciones de los ministros de su culto, que tampoco producirían efectos legales.

3.11.5 La Constitución de 1917.

El 14 de septiembre de 1916, Venustiano Carranza promulgó un decreto de reformas al Plan de Guadalupe cuyo propósito fundamental era convocar la reunión de un Congreso Constituyente, cuyas labores inauguró el propio

convocante el 1º de diciembre del mismo año, trabajos que debían concluir con la promulgación, el 5 de febrero de 1917, de la actualmente vigente Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Para el tema que nos ocupa debemos destacar particularmente los textos de los artículos 1º, 13 y 130, el primero porque junto con el 13 otorga a los gobernados las garantías de igualdad, que para el caso de los contrayentes en el matrimonio adquiere suma importancia en términos que más adelante se precisarán.

El artículo 130 –resultante del original artículo 129 del proyecto de Venustiano Carranza–, se destaca porque ya recoge, desde el texto original de la Carta Constitucional, el principio de que el matrimonio es un contrato civil, según reza la primera parte de su tercer párrafo, que se abunda con la disposición final del mismo párrafo en el sentido de que, junto con los demás actos del estado civil de las personas es de la exclusiva competencia de los funcionarios y autoridades del orden civil en los términos prevenidos por las leyes, los que tendrán la fuerza y validez que las mismas les atribuyen. Como vemos, la inclusión de este tercer párrafo en el artículo 130 de la Carta de Querétaro refleja la culminación de toda una evolución legislativa y constitucional con respecto al matrimonio y a los demás actos del estado civil.

El texto del tercer párrafo del artículo 130 constitucional, al promulgarse la Constitución Federal en comento, es del siguiente texto:

“...El matrimonio es un contrato civil. Este y los demás actos del estado civil de las personas, son de la exclusiva competencia de los funcionarios y autoridades del orden civil, en los términos prevenidos por las leyes, y tendrán la fuerza y validez que las mismas les atribuyan...”

La génesis del texto original del artículo 130 de la Constitución de 1917 respecto del tema que nos atañe reconoce, además de los artículos 1º al 4º de las adiciones y reformas a la Constitución Política de la República Mexicana de 1857, del 25 de

septiembre de 1873, ya comentados líneas arriba, lo ocurrido en la sexagésima quinta sesión ordinaria del congreso constituyente respectivo, celebrada el 27 de enero de 1917, en la que todavía respecto del texto original del proyecto, relativo al artículo 129, se leyó una adición al mismo, cuyo primer párrafo rezaba expresamente: Artículo 129. El matrimonio es un contrato civil disoluble..., texto que interpretado sin frivolidades tales como la de que se justificaría mediante la muerte de uno de los cónyuges, obviamente se refiere al divorcio. Ignoramos la razón por la cual esta adición no quedó incorporada al texto definitivo.

Es pertinente destacar, además, que dentro del debate que precedió al dictamen sobre el artículo 129 en su versión original, el diputado Pastrana Jaimes hizo referencia a la anterior expedición de la ley que consignaba el divorcio, así como la necesidad de elevar a precepto constitucional ese principio, bajo el supuesto de que resultaba ser una de las principales causas de la revolución constitucionalista. No deja de generarnos la duda sobre las bases que este legislador constitucional tuvo para hacer semejante afirmación, no obstante un estudio serio sobre el tema no debe soslayar esta opinión, carente al parecer de todo sustento histórico y, sobre todo, de orden estrictamente jurídico.

Con respecto al texto definitivamente aprobado, ya como artículo 130 de la Constitución de 1917, debemos consignar lo siguiente:

El hecho de que en el texto constitucional original del precepto que se analiza se señale que el matrimonio es un contrato civil no significa, ni mucho menos, que porque así se haya establecido en un texto legislativo de máxima jerarquía, tenga necesariamente que ser esa su naturaleza jurídica.

Si bien en principio el matrimonio obedece a un acuerdo de voluntades que genera derechos y obligaciones, esta característica no es privativa del matrimonio, sino de la totalidad de los actos jurídicos, debemos convenir en que si el matrimonio es un acto jurídico no necesariamente supone un contrato civil porque éstos, también dentro del principio de la autonomía de la voluntad, pueden ser modificados por los

que lo forman sin limitación alguna, y siempre y cuando las modificaciones que los contratantes en su caso convengan no alteren la esencia jurídica misma del acto, flexibilidad que no admite el matrimonio.

La máxima autoridad jurisdiccional del país, en tesis sobresaliente, determinó la inconstitucionalidad del matrimonio por comportamiento que, en su momento y ya bajo el imperio de la Constitución de 1917, recogió el Código Civil de Tamaulipas en su artículo 70, tesis en la cual la Suprema Corte de Justicia de la Nación externó opiniones de suma importancia sobre el matrimonio, a la luz del texto original del artículo 130 constitucional. El texto condensado de la tesis es el siguiente:

“El artículo 70 del Código Civil del estado de Tamaulipas que establece el matrimonio de hecho, es contrario a los imperativos del artículo 130 de la Constitución General de la República. Dicho precepto establece que el matrimonio es un contrato civil y tanto él como los demás actos que fijan el estado civil de las personas, son de exclusiva competencia de los funcionarios del orden civil en los términos prevenidos por las leyes y tendrán al fuerza y validez que las mismas les atribuyen.

La sola idea de contrato basta para demostrar la anticonstitucionalidad de leyes que como la del estado de Tamaulipas incorporan al régimen jurídico del matrimonio situaciones de hecho como al vida en común y la relación sexual prolongada. La doctrina jurídica acierta a distinguir los hechos jurídicos como género, los actos jurídicos como especie y los contratos como subespecie; en estricta lógica se afirma que si todo contrato es un hecho jurídico no todo hecho jurídico es un contrato. La diferencia específica radica en la intervención del consentimiento; la esencia del contrato radica en la voluntad de los contratantes dirigida precisamente a obtener la realización de las situaciones jurídicas derivadas del contrato en relación con las leyes que lo rigen. La convivencia sexual prolongada entre el hombre y la mujer, a que la exposición de motivos del Código de Tamaulipas alude como “Situación real, capaz de producir consecuencias comprendidas dentro de la esfera del derecho”, corresponde al hecho jurídico mas no a la figura específica del contrato; ni la lógica ni la psicología autorizan para presumir que quienes conviven durante un tiempo prolongado y mantienen relaciones sexuales han manifestado su voluntad de contraer matrimonio; esto es cierto aún en el supuesto de que el

matrimonio sea mirado como una institución, en tanto que los derechos y obligaciones que le son inherentes no dependen de la voluntad de los contrayentes sino de la ley, pues en todo caso para que dos personas queden colocadas dentro de las situaciones jurídicas integrantes de la institución es precisa una formulación expresa de voluntad orientadora en tal sentido. Amp. Dir. 876/51. Inf. 1954, S. Aux., P. 19/20.”¹²³

Debe advertirse que el artículo 130 constitucional fue reformado por decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 28 de enero de 1992, fecha a partir de la cual su texto ya no incluye la mención expresa de que el matrimonio es un contrato civil, limitándose en su actual inciso e) a regular aspectos relativos a los cultos, la situación de los ministros de los mismos y, en el párrafo quinto de dicho inciso, a reiterar que “...**Los actos del estado civil de la personas son de la exclusiva competencia de las autoridades administrativas en los términos que establezcan las leyes, y tendrán la fuerza y validez que las mismas les atribuyan...**”, determinación congruente con la disminución de la rigidez política que prevalecía entre el Estado y la Iglesia.

Líneas arriba hemos señalado que las únicas constituciones locales de las diversas entidades de la República Mexicana que contienen en su articulado la definición del matrimonio como contrato civil, y eventualmente se refieren al divorcio, son las de Colima, Morelos Oaxaca y Yucatán, cuestión que llama nuestra atención en función de que las legislaturas ordinarias de cada una de tales entidades están impedidas para conferirle carácter distinto al matrimonio, salvo que los máximos ordenamientos legales respectivos sean modificados, independientemente del carácter de rigidez o flexibilidad que al respecto consignan tales constituciones locales, para modificarlas. En este sentido no es fácil en tales estados introducir irreflexivamente modificaciones cuestionables, en las leyes ordinarias, como la introducción del divorcio alcanzable por la decisión de sólo uno de los contrayentes del matrimonio.

¹²³ *Derechos del Pueblo Mexicano, México a Través de sus Constituciones. Antecedentes, Origen y Evolución del Articulado Constitucional XII, artículos 117 a 136. Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, LII Legislatura, México, MCMLXXXV, Edición Miguel Ángel Porrúa, México, D.F., 1985, págs. 130-39 y 130-40.*

Los textos constitucionales locales, que mencionamos únicamente con el propósito de acentuar la seriedad que nos hemos propuesto en este estudio –dado que nos hemos centrado, y así lo hemos advertido, en la legislación del Distrito Federal–, son los siguientes:

**CONSTITUCIÓN POLÍTICA
DEL ESTADO LIBRE Y SOBERANO DE COLIMA**

(REFORMADO, P.O. 29 DE AGOSTO DE 1932) (REPUBLICADO, P.O. 15 DE OCTUBRE DE 1932) (REPUBLICADO, P.O. 12 DE NOVIEMBRE DE 1932).

.....

“**Artículo 147.-** El matrimonio es un contrato civil entre un solo hombre y una sola mujer que se unen para perpetuar la especie y ayudarse en la vida.”.

.....

**CONSTITUCIÓN POLÍTICA
DEL ESTADO LIBRE Y SOBERANO DE MORELOS QUE
REFORMA LA DE 1888.**

.....

ARTICULO *120.- El matrimonio es la unión voluntaria de un hombre y una mujer, con igualdad de derechos y obligaciones con la posibilidad de procreación de hijos y de ayudarse mutuamente. La celebración, registro y certificación de los hechos y actos constitutivos, modificativos o extintivos del estado civil de las personas, son de exclusiva competencia del Registro Civil en los términos que establezcan las leyes de la materia y tendrán la fuerza y validez que las mismas les atribuyan.

En el estado se garantizará el derecho a la identidad de las personas a través del registro de nacimiento gratuito.

.....

NOTAS:

REFORMA VIGENTE.- Se reforma el presente artículo por Artículo Único del Decreto No. 1209 publicado en el Periódico Oficial “Tierra y Libertad” No. 4702 de fecha 2009/04/29. Antes decía: El matrimonio es la unión voluntaria de un hombre y una mujer, sancionada por el Estado, para perpetuar la especie y ayudarse mutuamente. El divorcio disuelve el vínculo del

matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro. El matrimonio y los demás actos del estado civil de las personas, son de la exclusiva competencia de los funcionarios y autoridades del orden civil, en los términos prevenidos por las Leyes, y tendrán la fuerza y validez que las mismas les atribuyan.

.....

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO LIBRE Y SOBERANO DE OAXACA

.....

Artículo 12.- El régimen matrimonial se establece bajo la igualdad de derechos derivados de esta institución en los términos de la ley. El matrimonio y la familia constituyen la base fundamental de la comunidad; consecuentemente, el hogar, las madres, independientemente de su estado civil, las niñas, los niños, las y los adolescentes tendrán especial protección de parte de las autoridades.

.....

Artículo 125 Bis.- El matrimonio es un contrato civil. El divorcio disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro. El matrimonio y los demás actos del estado civil de las personas, son de la exclusiva competencia de los servidores públicos y autoridades del orden civil, en los términos prevenidos por las leyes y tendrán la fuerza y validez que las mismas les atribuyan.

.....

CONSTITUCION POLITICA DEL ESTADO DE YUCATAN

.....

Artículo 94.- El matrimonio es una institución jurídica dirigida a organizar la reproducción humana en el sentido de lograr generaciones física e intelectualmente capacitadas para la convivencia. El Estado reconoce que es de vital interés para la sociedad que en la unión de hombre y mujer para la procreación, se establezcan límites en cuanto a edad y salud física y psíquica, para evitar la degeneración de la especie. Se procurará la instalación de clínicas gratuitas para difundir los principios de la higiene sexual y para la esterilización voluntaria de quienes por sus antecedentes personales se reconozcan en peligro de engendrar seres débiles o anormales...

CAPÍTULO 4. CUESTIONES DE INCONSTITUCIONALIDAD DEL LLAMADO DIVORCIO EXPRESS.

Mucha tinta y mucho papel se han utilizado para describir las circunstancias de la jornada histórico legendaria en que se dieron los sucesos ocurridos en Runnymede, isla sobre el Río Támesis donde un día de 1215 los barones ingleses, a punta de espada (leyenda), arrancaron al monarca en turno, Juan sin Tierra, el reconocimiento escrito de sus privilegios, mismos que la corona debía respetar en todo tiempo, como una limitación inmutable de su poder (historia).

Tal acontecimiento, así como sus antecedentes y consecuencias o, al menos, situaciones igualmente históricas anteriores y posteriores, tales como los surgidos en algunos señoríos ibéricos en la Alta Edad Media, como un antiquísimo fuero español de 780 --que disputa con el municipal de Breñósera de 824 ser el más antiguo--, los castellanos de Ávila, Sepúlveda, Soria, etc.; los catalanes de Gerona, Lérida y Tortosa; y, como más trascendentes, los de Jaca, Zaragoza, Tudela y Sobrarbe en Aragón y Navarra.¹²⁴

Al lado de estos monumentos jurídicos, plenamente incidentes en el actual concepto jurídico político de las libertades del ciudadano, son igualmente dignos de mención las importantísimas figuras del Justicia Mayor, que en Aragón era el depositario de la defensa de los derechos forales; el *common law* inglés en lo tocante a la seguridad de las personas; la ya citada *Carta Magna*, en cuyo artículo 46 encontramos la simiente de las garantías de legalidad, audiencia, debido proceso legal, etc.; así como también los numerosos documentos constitucionales de la misma Inglaterra, como el *Habeas Corpus Act*, la *Petition of Rights*, el *Bill of Rights*, el *Instrument of Government*; así como instituciones de la importancia del *chief justice*, figura similar a la del Justicia Mayor de Aragón.

¹²⁴ José Luis Soberanes Fernández. *Diccionario Jurídico Mexicano ya citado, Tomo IV, págs.. 153 y sigs.*

No debemos olvidar, en este intento de catalogar los más importantes antecedentes de nuestras actuales garantías individuales, la inigualable aportación que supone el pensamiento político y social francés del siglo XVIII, cuyos efectos habrían de culminar con la célebre *Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789*, ingrediente esencial de la Revolución Francesa que, a su vez, implica un indudable parteaguas en la historia universal.

Desde luego, también las constituciones de las colonias norteamericanas y la federal que surgen con la independencia de los Estados Unidos de Norteamérica respecto de la hegemonía inglesa, deben considerarse dentro de los antecedentes históricos que comentamos, sin dejar de señalar que ellas, a su vez, fueron resultado de los desenvolvimientos de las instituciones jurídicas española y francesa que hemos mencionado y que, en lo que particularmente nos referimos a Francia, debe salvarse la cuestión de que el pensamiento libertario de esta nación no se dio en el momento de la acción violenta de su gesta revolucionaria, sino que en esta simplemente se concretaron elementos ideológicos que se originaron e iniciaron su desarrollo con considerable antelación a la propia revolución independentista de los Estados Unidos de Norteamérica, lo que contra la opinión de autores tan reconocidos como Jellineck nos permite afirmar que no fueron las constituciones norteamericanas las inspiradoras de la Revolución Francesa, sino el pensamiento francés del siglo XVIII el que, al menos en gran parte, inspiró tal independencia norteamericana y, obviamente, sus consecuencias legislativas.

El propósito de este trabajo no nos permite entrar con mayores miras al tema que nos ocupa, limitándonos por ahora a señalar que la lucha que a través del tiempo ha sostenido el hombre para que el Estado reconozca sus privilegios fundamentales, propios de su misma condición de ser humano, y se establezcan los medios idóneos para hacerlos respetar o en su caso restituir, han desembocado en que en la casi totalidad –si no es que en todas ellas—de las constituciones modernas, se incluyen esencialmente una parte dogmática

denominada de “garantías individuales”, al lado de la parte orgánica, que establece y estructura los órganos de poder y sus atribuciones.¹²⁵

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos o Constitución de Querétaro, incluye en sus primeros veintinueve artículos la parte dogmática a la que nos hemos referido, esto es, el catálogo de los derechos fundamentales que se reconoce al gobernado en su condición individual y como ser humano, y que finalmente generan en favor de este verdaderos derechos subjetivos públicos.

El propósito de esta tesis es la de exponer nuestras ideas sobre los aspectos de inconstitucionalidad de los que adolece el convencionalmente llamado “divorcio express”, recientemente incorporado a la legislación civil del Distrito Federal.

En este contexto, estimamos que dicha figura de derecho familiar es contraria a las garantías constitucionales de audiencia, de fundamentación y motivación y de seguridad jurídica, incluida en esta última la de acceso a la justicia.

Previamente al análisis que nos hemos propuesto de la inconstitucionalidad de la nueva modalidad del divorcio, recientemente introducida en la legislación del Distrito Federal, consideramos conveniente incursionar en otro aspecto de contradicción al orden constitucional de la misma institución, fuera de la clasificación del índice de este trabajo en atención a que se inconstitucionalidad no deriva del articulado incorporado en el Código Civil mediante el Decreto promulgatorio, sino de la indebida aplicación que se hace del mismo por parte de los tribunales. Nos referimos a la cuestión de la retroactividad de la ley.

Retroactividad en su sentido etimológico significa *retro agere*, accionar hacia atrás, obrar hacia atrás; de acuerdo con las fuentes romanas se acude a las siguientes expresiones: *retroagitur, reducitur o res retroducitur*.

¹²⁵ Debe hacerse a este respecto la salvedad de que, ya en el siglo XX se dio el fenómeno de un tercer concepto dentro de los capítulos de las constituciones, al incluirse el llamado de “garantías sociales”, como es el caso de nuestra Ley Fundamental, que en su artículo 123 establece derechos mínimos o garantías surgidos de las relaciones de trabajo.

Jurídicamente esta figura jurídica se define como “la atribución a una norma o a un hecho jurídico, de los efectos que habría producido de haber estado vigente aquélla o haber existido éste, en un tiempo anterior a aquel en que efectivamente entró en vigor la norma o se produjo el hecho” o bien como “la aplicación de la norma nueva a hechos o situaciones que tuvieron su origen bajo el imperio de la norma antigua”¹²⁶

El tránsito de la ley antigua a la nueva hace que nos planteemos hasta qué punto ésta última debe apoderarse de las situaciones jurídicas creadas al amparo del Derecho anterior. La retroactividad supone que una ley dictada según unas determinadas circunstancias, lleva aparejada un cambio de las situaciones jurídicas en aquellos momentos existentes, las cuales regula como si hubiese estado vigente.

La garantía individual de irretroactividad de la ley, está en nuestro sistema jurídico consagrada en el primer párrafo del artículo 14 constitucional, y consiste precisamente en establecer a favor del gobernado la imposibilidad de que a las nuevas leyes se les dé efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna, esto es, que las disposiciones contenidas en nuevas leyes o en modificaciones de éstas (lo que en estricta técnica jurídica también es una nueva ley), no deben aplicarse hacia el pasado y por lo tanto no les es dado afectar relaciones jurídicas surgida antes de su vigencia.

La figura de la retroactividad se ha analizado, en la teoría jurídica, bajo el rubro de los llamados “conflictos de leyes en el tiempo”, cuyo propósito es ubicar con la debida propiedad técnica la correcta aplicación de la ley en función del ámbito temporal en que se aplica, y siempre en acatamiento del principio universal que prohíbe dar efecto retroactivo a ley alguna en perjuicio de persona alguna.

¹²⁶ *La irretroactividad: problemática general*, Verdera Izquierdo Beatriz, Prof. Titular de Derecho Civil Universidad de Islas Baleares Páginas: 47-110, Enlazado como: <http://vlex.com/vid/retroactividad-leyes-371145#ixzz14iUkOgH9>

Eduardo García Máynez, en su reconocida obra “Introducción al Estudio del Derecho” nos indica que, “*En principio, las normas jurídicas rigen todos los hechos que, durante el lapso de su vigencia, ocurren en concordancia con sus supuestos...*”¹²⁷

Nuestro autor recurre a diversas posiciones doctrinales que tratan de acreditar esta premisa. Así, y ante la posición adoptada por algunos, en el sentido de que el principio mencionado admite excepciones, plantea que el análisis de la figura en estudio admite dos cuestiones capitales: 1º. Qué debe entenderse por aplicación retroactiva de una ley; 2º. En qué casos debe una ley aplicarse retroactivamente. De estas interrogantes, nos limitaremos a referirnos a la primera, toda vez que la segunda es esencialmente privativa del derecho penal.

Para dar solución a este problema, Eduardo García Máynez nos remite a algunas de las múltiples teorías que se han sustentado sobre el mismo, tales como la de los “derechos adquiridos” --atribuída a Merlin, citado por Boonecase--; la de Baudry-Lacantinerie y Houques-Furcade sobre los mismos “derechos adquiridos”, calificados de inmutables; la de Paul Roubier, basada en la distinción entre los efectos *retroactivo* e *inmediato* de la ley, y que básicamente coincide con la de Planiol, para quien “...Las leyes son retroactivas cuando vuelven sobre el pasado, sea para apreciar las *condiciones de legalidad de un acto*, sea para modificar o suprimir *los efectos ya realizados de un derecho...*, casos fuera de los cuales no hay retroactividad y la ley puede modificar los *efectos futuros* de hechos o de actos incluso anteriores, sin ser retroactiva;”¹²⁸ así como la de Bonnecase, mencionado por el autor en cita, para quien la situación se resuelve atendiendo a las situaciones jurídicas *abstractas* y a las situaciones jurídicas *concretas*.

¹²⁷ Eduardo García Máynez. *Introducción al Estudio del Derecho*, Editorial Porrúa, S.A.. *Décimoctava Edición Corregida*, México, 1971, págs. 388 y sigs.

¹²⁸ Planiol, *Traité Élémentaire de Droit Civil*, París, 1928, pág. 97. Citado de Eduardo García Máynez, obra citada, pág. 304

Independientemente del contenido de las tesis doctrinales antes mencionadas, podemos afirmar que la retroactividad es un principio jurídico universal que se traduce en el hecho de que una ley, desbordando sus limitaciones temporales de vigencia, obra sobre el pasado y afecta situaciones jurídicas ya generadas conforme a una ley anterior.

Sostenemos que si los tribunales competentes del Distrito Federal aplican las nuevas disposiciones relativas al divorcio materia de esta tesis, a situaciones matrimoniales originadas antes del inicio de su vigencia también conocido como “divorcio incausado”, están incurriendo en la prohibición de dar efectos retroactivos a la ley en perjuicio de los gobernados.

En efecto, bien no atengamos al caso de los derechos adquiridos a que se refieren Merlin, y Boudry-Lacantinerie y Houques-Fourcade; a la *facta praeterita* o a la *facta pendentia* de la tesis de Roubier, o las situaciones jurídicas abstractas o concretas de Bonnecase, como postulados esenciales de su diversas teorías, en la realidad y en el caso que nos ocupa estamos innegablemente en presencia de una aplicación retroactiva y perjudicial de la ley, cuando la aplicación de las nuevas reglas substantivas del divorcio se aplican a matrimonios contraídos con antelación al inicio de la vigencia de tales reglas.

La razón de lo acabado de mencionar estriba en que los matrimonios celebrados en términos de la ley sustantiva, vigente antes de las modificaciones a las normas que instituyeron las del denominado “divorcio express”, generaron derechos adquiridos para los contrayentes, esto es, situaciones jurídicas concretas basadas en la legislación civil relativa al matrimonio vigentes al celebrarse éste, así como a sus efectos en cuanto a los hijos, a los bienes, alimentos, etc., basada precisamente en la expresión libre de un acuerdo bilateral de voluntades. En estas condiciones, si en determinado momento se establece una causal legal de divorcio que no se base en la voluntad libremente

expresada por ambos cónyuges (divorcio voluntario), o en una causal en la que la voluntad de uno de tales cónyuges esté sustituida por la ley (divorcio necesario causal), resulta innegable que por virtud de una ley cuyo inicio de vigencia es posterior a tal situación creada o adquirida con antelación, existe clara aplicación retroactiva de tal ley, si sus efectos se hacen recaer sobre actos jurídicos preexistentes al inicio de su vigencia, en perjuicio de uno o de ambos cónyuges.

En estas condiciones, para que el fenómeno de la retroactividad de la ley no se diera en el caso concreto que analizamos, las recientes modificaciones sobre el divorcio deberían reservarse, si acaso, a los matrimonios que se celebraran con posterioridad al inicio de la vigencia de las mismas, manteniéndose a través de una disposición transitoria del decreto promulgatorio de las multicitadas modificaciones, la aplicación de la ley anterior para los casos de divorcios promovidos respecto de los matrimonios generados durante la vigencia de los preceptos legales derogados.

Casos similares de retroactividad al que ahora analizamos ocurrió cuando en las décadas setenta del siglo pasado y primera del presente se introdujeron en la legislación civil del Distrito Federal las causales de divorcio relativas a la separación física y permanente de los cónyuges (falta de convivencia), originalmente por una temporalidad mínima de dos años y, posteriormente, por el término de un año, cuya aplicación por los tribunales dio lugar a numerosas reclamaciones ante los tribunales de la Federación, entre las que no faltaron las que impugnaron la aplicación retroactiva de tales novedades legislativas, por considerar, al igual que lo hacemos nosotros ahora, que su aplicación a matrimonios contraídos bajo la vigencia de una ley anterior a las nuevas reformas reflejaban una patente retroactividad.

Tenemos conocimiento de que las autoridades judiciales federales rechazaron tal argumento de retroactividad, tal como se refleja en los siguientes precedentes con los cuales, obviamente, no concordamos:

Registro IUS: 165036

Localización: Novena Época, Tribunales Colegiados de Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXXI, Marzo de 2010, p. 2975, aislada, Civil.

Número de tesis: I.8o.C.291 C

DIVORCIO SIN CAUSA. APLICACIÓN NO RETROACTIVA DE LA LEY A LOS MATRIMONIOS CELEBRADOS ANTES DE SU VIGENCIA (LEGISLACIÓN DEL DISTRITO FEDERAL).

Texto: El artículo 266 del Código Civil para el Distrito Federal, reformado por el artículo primero del decreto publicado en la Gaceta Oficial del Distrito Federal de tres de octubre de dos mil ocho, en vigor al día siguiente de su publicación, establece que el divorcio podrá solicitarlo cualquiera de los cónyuges ante la autoridad judicial, manifestando su voluntad de no querer continuar con el matrimonio, sin que se requiera señalar la causa por la cual se solicita, siempre que haya transcurrido cuando menos un año desde la celebración del matrimonio. Ahora bien, la regulación jurídica del matrimonio intenta conjugar, por un lado, la necesidad de ser un instrumento al servicio de la autonomía de la voluntad de las dos personas que desean contraerlo y, por otro, la necesidad de someter esta autonomía de la voluntad a límites derivados del interés público y social que tiene el Estado en proteger la organización y el desarrollo integral de los miembros de la familia y en asegurar que las normas que les afectan estén orientadas a asegurar el respeto de su dignidad, así como de otros valores y principios constitucionales. Esta naturaleza propia de las normas reguladoras del matrimonio y del derecho de familia, impide aceptar que las partes pacten quedar completamente al margen de los cambios legislativos que repercutan en su status personal y, por lo mismo, no cabe sostener que exista un derecho adquirido para que el matrimonio contraído bajo una ley determinada subsista permanentemente, o para que su disolución sólo proceda por causas previstas en la ley vigente al momento de celebrarse, y debiendo dichas causas necesariamente apoyarse en hechos posteriores a la celebración del matrimonio, no puede decirse que al ser tomadas en cuenta, desde luego con posterioridad a la vigencia de la ley, sea dicha ley aplicada retroactivamente, pues dicha aplicación retroactiva existiría si se pretendiese que la disolución del matrimonio por una nueva causa, o sin ella, como sucede en la nueva ley, surtiera efectos hacia el pasado considerando disuelto el vínculo matrimonial desde antes de que iniciase la vigencia de la ley, lo que en materia de divorcio ni siquiera podría suceder, porque la sentencia es constitutiva, en el sentido de que el estado jurídico de divorciado sólo se adquiere a partir de que aquélla se pronuncia, y si el motivo para el divorcio, o sea, en el caso, la voluntad de uno de los cónyuges, se exterioriza y se pretende surta efectos con posterioridad a que la ley ha iniciado su vigencia, es inexacto que ésta se aplique retroactivamente.

OCTAVO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

Precedentes: Amparo directo 588/2009. 15 de octubre de 2009. Unanimidad de votos. Ponente: Abraham S. Marcos Valdés. Secretario: Francisco Banda Jiménez.

Sostenemos no estar de acuerdo con los anteriores precedentes por tres razones fundamentales: 1ª porque consideramos que la retroactividad se da, no porque se pretenda que la disolución del matrimonio surta efectos hacia el

pasado y considerarlo disuelto antes del inicio de la nueva ley, sino porque afecta situaciones jurídicas concretas y ya adquiridas al entrar en vigor esta como –ya se dijo antes–, la certeza de la constitución de un nuevo estado civil sustentada por precepto legales que no pueden destruirse por ley posterior, a riesgo de estar en presencia de una clara retroactividad; y, 2º porque es contrario a lo admitido por la doctrina del derecho civil que el estado civil, como atributo de la personalidad, solamente puede ser el de soltero o el de casado, no habiéndose admitido hasta ahora el estado civil de divorciado o de divorciada, ya que los cónyuges que obtienen la disolución de su matrimonio, retornan al estado civil de soltería, razón por la cual, tampoco se reconoce la existencia del estado civil de viudez, razón por la cual la sentencia que se dicta en el caso del precedente o en el caso de la materia de esta tesis no puede constituir un nuevo estado civil y menos aún el de divorciado, que no existe; 3ª además, y por la razón acabada de exponer, esta sentencia a la que se alude no es estrictamente constitutiva, sino más propiamente de carácter declarativo.

Finalmente, y en lo que toca a las normas procesales aplicables a la nueva modalidad del divorcio en el Distrito Federal, podemos considerar que su aplicación no resulta retroactiva, al contrario de lo que sucede con la normas regulatorias substantivas del mismo. Sobre este particular coincidimos con los siguientes precedentes, plenamente aplicables por analogía:

RETROACTIVIDAD. NO LA CONSTITUYE LA APLICACION DE LEYES PROCESALES.

Como los procedimientos en los juicios están formados por actos sucesivos que no se desarrollan en un solo momento, deben regirse por las disposiciones vigentes en la época en que tienen verificativo, sin que ello constituya aplicación retroactiva de la ley.

Revisión fiscal 10/81. Jesús Ruvalcaba Bugarini. 11 de noviembre de 1981. Cinco votos. Ponente: Atanasio González Martínez.¹²⁹

Genealogía:

Informe 1982, Segunda Parte, Segunda Sala, tesis 161, página 123.

¹²⁹ Tesis Aislada de la Séptima Época, Segunda Sala. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación* 151-156, Tercera Parte, Página: 156, Tesis Aislada en Materia Común. **Registro IUS No. 237699.**

4.1. La garantía de audiencia.

Para hacer un análisis somero, pero lo más preciso posible conforme a los alcances de este trabajo, nos vemos precisados a recurrir a Ignacio Burgoa, quien en el medio autoral jurídico de nuestro país resulta indiscutiblemente el que con mayor precisión ha expuesto el tema de las garantías individuales.

Según el mencionado tratadista,¹³⁰ la importancia de la garantía de audiencia estriba en que supone la principal defensa de que dispone el gobernado frente a actos del poder público que tiendan a privarlo de los bienes jurídicos de su esfera particular que en términos generales se consignan en el segundo párrafo del artículo 14 constitucional, en términos del cual, para que una autoridad pueda privar al particular de su libertad, de sus posesiones, propiedades o derechos, únicamente puede hacerlo mediante juicio seguido ante tribunales previamente establecidos y en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho, partiendo de la premisa de que el acto de privación encuentra su sentido jurídico constitucional en todo aquel que emana del poder público o de sus agentes y mediante el cual se disminuye de la esfera jurídica del individuo algún bien jurídico de los tutelados en el párrafo segundo del precepto de la Ley Fundamental en comento, esto es, la libertad, la propiedad, la posesión y los derechos del gobernado.

Siguiendo al mismo jurista, la garantía de audiencia impone a las autoridades la obligación de realizar todos los actos tendientes a la observancia de las exigencias específicas en que se revela el derecho de audiencia, concepto que

¹³⁰ *Burgoa Orihuela, Ignacio, "Las garantías individuales", Vigésimo cuarta edición, Editorial: Porrúa S.A., México, 1992, pág. 524 y sigs.*

referido a los derechos del individuo –porque el tema de este trabajo se refiere a derechos, no a libertad, propiedades o posesiones--, implica una imposición para respetar los derechos subjetivos, como facultad concedida o preservada por la norma jurídica objetiva, y que Hans Kelsen identifica precisamente con el derecho objetivo cuando a través de la conducta individual depende la imposición coactiva de éste último.

Para nuestro autor, la garantía de audiencia está inmersa en las de seguridad jurídica, y atento al texto del artículo 14 de la Carta Magna, se integra con las siguientes expresiones que deben preceder al acto de privación:

a) “mediante juicio”, esto es, un procedimiento en el que quede de manifiesta la función jurisdiccional y la decisión que el poder público emita dentro de tal función;

b) “seguido ante tribunales previamente establecidos”, expresión que correlaciona con la garantía que encierra el artículo 13 de la propia Carta Magna, en el sentido de que nadie pueda ser juzgado por tribunales especiales. Además, tales tribunales deben serlo desde el punto de vista formal, esto es, creados por ley o por reglamento, así como desde el punto de vista material, esto es, que sean titulares de atribuciones jurisdiccionales, de ahí que no tienen necesariamente que estar incluidos en la estructura de los poderes judiciales, sino que pueden ser también parte de las estructuras organizacionales del poder ejecutivo o, incluso, del legislativo en el caso del juicio político;

c) deben también cumplirse en dicho juicio y ante tales tribunales las “formalidades esenciales del procedimiento”, las cuales no únicamente implican la observancia de los ritos procesales determinados y previstos en las leyes respectivas, sino que tales ritos no excluyan bajo ningún concepto las que devienen la esencia de la garantía de audiencia, y que en materia civil, por ser ésta la rama del derecho en función de la cual desarrollamos esta tesis, y que son los siguientes:

I. El que se enuncia como derecho de contradicción, *audiatur et altera pars*, esto es, que no puede válidamente establecerse un proceso sin que la parte demandada sea legalmente emplazada a juicio.¹³¹

Esto supone que resulta esencial en un juicio civil que el sujeto pasivo de lo que eventualmente sea la relación procesal sea debida, oportuna y legalmente llamado a juicio en los estrictos términos de los preceptos aplicables a esta parte del procedimiento, sin cuya rigurosa observancia el juicio resulta nulo, por el innegable derecho que asiste al demandado para ser oído y vencido en el juicio, como requisito previo a la posibilidad constitucional de privarlo de un derecho.

II. El derecho de contradicción, reconocido desde el derecho romano como *litis contestatio*, determina la posibilidad de que el afectado por el ejercicio de alguna acción en un procedimiento civil, pueda oponerse o limitar las pretensiones del accionante mediante la contradicción de los hechos en los que éste sustenta su pretensión, mediante el uso de las figuras que en el derecho procesal civil se identifican como defensas y excepciones que, según la naturaleza de cada una, tienen como efecto anular o limitar los efectos de una reclamación.

III. El derecho de probar u *onus probandi*, esto es de aportar medios de convicción que permitan al juzgador establecer la verdad legal, derivada de las versiones que respectivamente aporten demandante y reo sobre las situaciones de facto que, en el concepto de cada uno de ellos, estén adecuadas a las hipótesis de las normas jurídicas que consideran aplicables, y cuyas consecuencias reclaman cada uno para sí.

IV. El derecho de alegar –alegato de bien probado del derecho español, ya omitido en nuestras legislaciones civil y mercantil--, oportunidad legalmente regulada que se concede a las partes para exponer al juzgador las razones por

¹³¹ José Becerra Bautista, “El Proceso Civil en México”, Decimosexta Edición revisada y actualizada. Editorial Porrúa, S.A. de C.V., México, 1999, Pág. 90.

las cuales los hechos que han expuesto, y con relación a los cuales han aportado pruebas, reflejan la consistencia del contenido de sus acciones o de sus defensas, con el propósito de obtener una resolución judicial acorde con sus respectivos intereses procesales.

V. A las anteriores manifestaciones prácticas de la garantía de audiencia en su aspecto relativo a la observancia de las formalidades esenciales del procedimiento, como requisito a satisfacer previamente a la realización de un acto de autoridad privativo de derechos, consideramos que debemos añadir el derecho al uso de los recursos, que garantizan en un nivel de legalidad la debida audiencia al gobernado. En efecto, no basta con que para cumplir con este privilegio del individuo, se agoten los actos procesales convencionalmente señalados como esenciales, sino que a estos debe añadirse la regulación de medios de impugnación que, durante una secuela procedimental determinada, puedan hacerse valer contra las diversas y sucesivas resoluciones que emita el juzgador dentro de la función global de dirigir el proceso para el propósito final de dictar una resolución.

Si se considera que los juzgadores son seres humanos y, por lo tanto, sujetos a falibilidad, vemos en la institución de los recursos una posibilidad de reponer las decisiones judiciales que sean consecuencia de esta atribución humana, con el propósito de limpiar el camino hacia el acto jurisdiccional por excelencia, esto es, la sentencia definitiva, motivo que en nuestro concepto deja claro el propósito de incluir el ejercicio de tales recursos dentro de las formalidades esenciales del procedimiento.

d) “conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho”, elemento de la garantía de legalidad que resulta correlativa de la que se desprende del primer párrafo del artículo 14 de la Constitución Federal, y que ya hemos analizado en este mismo capítulo, por lo que nos remitimos a lo entonces comentado.

Luego de los prolijos apuntamientos sobre la naturaleza de la garantía constitucional de audiencia --que se justifica por la enorme trascendencia que ha tenido la misma a través del desarrollo universal del derecho constitucional y de los derechos y garantías del gobernado--, estamos en posibilidad de afirmar que el denominado divorcio express en la forma en que está concebido por el legislador tanto en su aspecto sustantivo como en lo que se refiere a los mecanismos procesales para su obtención deviene plena y rotundamente violatoria de la garantía de audiencia.

En efecto, al reformarse e introducirse nuevos conceptos sobre el divorcio en el Código Civil para el Distrito Federal, los artículos 266, 267, 271, 277, 280, 282, 283, 283 Bis, 287, 288 y la consecuente derogación de los artículos 273, 275, 276, 278, 281, 284, 286 y 289 Bis de dicho ordenamiento establecieron un mecanismo procesal mediante el cual el divorcio, además de disolver el vínculo matrimonial mediante una sentencia declarativa y dejar a los cónyuges en aptitud de contraer otro, permite la obtención de tal objetivo con la simple petición de uno o de ambos cónyuges, en el primero de los casos sin mayores requisitos de procedimiento que la petición del interesado.

De igual manera, las reformas a los artículos 114, 255, 260, 272-A, 274, 290, 299, 346; la derogación del Título Undécimo y las adiciones con los artículos 372-B y 685 Bis y el Capítulo V del Título Sexto del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal permiten que presentada la solicitud de divorcio con el proyecto de convenio respecto de situaciones relativas a los efectos matrimoniales (bienes, alimentos, guarda y custodia de los hijos, régimen de visitas, etc.), se decrete el divorcio sin conceder al cónyuge que no presentó la solicitud respectiva el derecho de ser oído en juicio, entendiéndose por esto como se ha dejado dicho que pueda impugnar la solicitud de divorcio mediante la oposición de defensas y excepciones que le asistan así como, en su oportunidad, del ejercicio del derecho de probarlas (*onus probandi*) y de alegar,

llevándose a cabo con ello un acto de autoridad privativo de derechos que en todo caso requiere el previo respeto a la garantía de audiencia.¹³²

La omisión de la garantía de audiencia en el procedimiento del denominado “divorcio express” deviene un acto plena y notoriamente inconstitucional, al resultar innegable que el decreto judicial que determina el divorcio es un típico acto de autoridad además de ser privativo de derechos, toda vez que priva al cónyuge que no ha solicitado el divorcio de un derecho, precisamente el de mantenerse en un status relativo a su estado civil y en contra de uno de los atributos de su personalidad.

Por otra parte, no podemos olvidar que el matrimonio es un acto consensual, resultado del consentimiento de dos personas físicas que al igual que los contratos genera derechos y obligaciones recíprocos, tanto entre los cónyuges, como con relación a terceros, como son los hijos. En este contexto, el matrimonio se presenta ante nosotros como un verdadero contrato o como un acto jurídico semejante a éste, y como tal no puede ser materia de disolución por la simple voluntad de uno de los cónyuges y menos aún cuando no media el agotamiento de la garantía constitucional de audiencia.

Si bien es cierto que la litis en el procedimiento de divorcio puede quedar abierta en forma de juicio contradictorio o dar lugar a un incidente de la misma naturaleza con respecto a diferencias que puedan existir entre los cónyuges, la materia de esto se reduce únicamente al convenio respecto a los efectos creados por el matrimonio, pero no con relación al aspecto medular del problema que es la disolución del matrimonio a través de un acto privativo de derechos en el que no se respetó la garantía constitucional de audiencia.

¹³² Esta afirmación ha reconocido históricamente casos notorios de excepción, como lo fue el caso de al expropiación por cusa de utilidad pública en el que hasta recientemente se ha determinada por la ley el respeto a la garantía de audiencia, subsistiendo su omisión para ciertos casos previstos en la ley, no obstante que se trata de típicos actos privativo.

No podemos dejar de admitir, por otra parte, que las modificaciones a los Códigos Civil y de Procedimientos Civiles, ambos para el Distrito Federal, con imperio en torno al llamado “divorcio express”, no privan en lo absoluto al cónyuge que no solicita el divorcio del derecho de ser oído. En efecto, del contenido de los artículos 283 fracción VII y 287 del primero de tales ordenamientos; y 260 y 272-A (salvo en su último párrafo) del segundo, únicamente se advierten tímidas concesiones relacionadas con la garantía de audiencia, tales como las de emplazar al cónyuge que no solicitó el divorcio, de permitir la oposición de defensas y excepciones --a las cuales finalmente no se hará caso alguno, salvo que se refieran a las materias que se incluyan en el convenio, pero no al divorcio--, así como permitir el desahogo de pruebas e, incluso, el recurso de apelación, pero esto siempre reservado a que se haga valer con relación al convenio que se proponga sobre cuestiones inherentes al matrimonio.

Por otra parte, del contenido del artículo 685 bis. del ordenamiento adjetivo se desprende con absoluta claridad la inconstitucionalidad por ataque a la garantía de audiencia a la que nos venimos refiriendo. Tal precepto reza: ***“Únicamente podrán recurrirse las resoluciones que recaigan en vía incidental respecto del o los convenios presentados; la que declare la disolución del vínculo matrimonial es inapelable”*** (destacados míos), determinación legislativa que supone un ataque frontal y artero a la probada necesidad de conceder a toda parte en un juicio no remedos y concesiones sincopadas de los diversos aspectos que integran esta garantía constitucional, sino la totalidad de los que la conforman, esto es: llamamiento al juicio, que se contempla; la oportunidad de oposición a las pretensiones del solicitante, mediante el planteamiento de defensas y excepciones, que se admiten y ponderan, pero no respecto al divorcio --que, además, constituye la acción principal--, sino únicamente respecto de las cuestiones incidentales que en su caso se conservarán como materia del juicio; la opción de probar la improcedencia del divorcio; la oportunidad de alegar; y, finalmente, la posibilidad de impugnar, mediante el

ejercicio de un medio de defensa, de impugnación o recurso la resolución que decreta el divorcio.

Adicionalmente a lo anterior debe añadirse que, a tal grado llevó el legislador su desconocimiento de la materia procesal, que contra toda técnica que rige al proceso civil en nuestra entidad, estableció la posibilidad legal inaudita e inusitada de que en un juicio pueda subsistir el trámite de una cuestión incidental con plena y ajustada relación con la cuestión principal, cuando esta ya haya sido resuelta sin posibilidad de recurso ulterior, situación que resulta plenamente contraria a uno de los elementos que conforman el principio procesal de congruencia, en términos del cual si en la reclamación se han planteado diversas peticiones, en la sentencia definitiva debe resolverse sobre todas ellas, no exclusivamente algunas, en particular cuando se resuelve en definitiva sobre la acción principal, quedando pendientes cuestiones accesorias.

Los principales aspectos del análisis que hemos hecho sobre la garantía de audiencia, están reconocidos con una considerable antelación por las más altas Autoridades Judiciales de la Federación, como nos lo acredita José Mauricio Fernández y Cuevas¹³³ en el siguiente precedente:

AUDIENCIA, GARANTÍA DE.

La garantía de audiencia reconocida por el artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos no se contrae a una simple comunicación a la parte afectada para que tenga conocimiento de un acto de autoridad que pueda perjudicarlo, sino que implica el derecho de poder comparecer ante la autoridad a oponerse a los actos que afecten sus propiedades, posesiones o derechos y a exponer las defensas legales que pudiera tener para lo cual obviamente, es necesaria la existencia de un juicio en el que se observen las formalidades esenciales del procedimiento, como lo expresa claramente el mencionado precepto constitucional, formalidades que están constituidas, de acuerdo con la teoría del proceso, por el emplazamiento para contestar la demanda, un período para ofrecer y rendir pruebas, y un plazo para presentar alegatos, a efecto de obtener una sentencia que declare el derecho en controversia, todo lo cual no puede ser satisfecho sino a través del debido proceso que exige el mencionado artículo 14 como garantía individual.

¹³³ Fernández y Cuevas, Mauricio, “Glosa Jurisprudencial y Glosa Constitucional e Histórica”, Tomo III, *Garantía de Audiencia*. Dofiscal Editores, S.A. de C.V., Primera Edición, México 1986, Pág. 22.

Toca 242/75. Rafael Prieto Torres. 3 de octubre de 1975, Unanimidad de votos. Informe de 1975. Tercera Parte, Sala Auxiliar. Págs. 321 y 322.

4.2 La garantía de fundamentación y motivación.

El ya citado jurista Ignacio Burgoa¹³⁴ incluye las denominadas garantías de fundamentación y motivación que concede el artículo 16 constitucional, dentro del gran rubro de la garantía de legalidad. Este precepto de la Ley Fundamental previene, en su primer párrafo, que “Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente que funde y motive la causa legal del procedimiento...”.

Considera nuestro autor que el acto de autoridad que debe supeditarse a las diversas garantías que se desprenden del texto transcrito se refiere a una simple *molestia*, que a su vez se traduce en una perturbación o afectación a cualquiera de los bienes jurídicos mencionados en tal precepto, de lo que desprende que en términos de la indicada garantía de legalidad, tal afectación a la esfera jurídica del gobernado está condicionada a los conceptos de fundamentación y motivación respecto de la causa legal del procedimiento.

En estas condiciones, la fundamentación se hace consistir en que los indicados actos perturbadores deben basarse en una disposición normativa general, en la que se prevea una hipótesis de facto bajo la cual queda comprendida la autorización legal del acto de autoridad respectivo, que en términos específicos cuando el acto de autoridad es una ley o reglamento, suponen la competencia que esté concedida a la autoridad que emita el acto de molestia.

Por principio de derecho público, las autoridades únicamente pueden hacer aquello para lo cual están expresamente autorizadas, es decir, facultades conferidas expresamente por un ordenamiento legal, y que tales atribuciones

¹³⁴ *Obra citada, Págs., 601 y sigs.*

sean precisamente explícitas y no implícitas, todo lo cual constituye el aspecto formal de la fundamentación de un acto de autoridad.

Al lado del fenómeno fundamentación está el de la motivación de la causa legal del procedimiento, que supone que la regla o norma de conducta prevista en términos generales por la ley en que se fundamenta el acto de autoridad, coincida en su hipótesis fáctica con el acto concreto de autoridad a través del cual se causa molestia al particular, y que se materializa en la exposición de las razones jurídicas que la autoridad expone para acreditar que dicha hipótesis general es aplicable al caso concreto.

Las particularidades de las garantías de fundamentación y motivación, como subrubros de la de legalidad, son claramente necesarias en cuanto a su observación cuando se trata de los actos de autoridad en general, pero tratándose de la ley --desde luego también acto de autoridad--, surge de inmediato la interrogante sobre si la ley debe, a su vez, fundarse en otro precepto legal y motivarse en la forma ya señalada, cuestión a la que consideramos que solamente existe como respuesta la de que todo acto de autoridad que reviste el carácter de ley debe encontrar su fundamentación y su motivación en la Constitución que, como Ley Suprema, no puede ser contradicha por leyes secundarias, porque es precisamente en función del principio de la jerarquía de las leyes que aquella que en nuestra país constituye la Ley Suprema de toda la Unión, que es la propia Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, priva sobre todos los demás ordenamientos¹³⁵

Ahora bien, líneas arriba se ha dejado aclarado que la finalidad del presente trabajo es la de exponer razones por las cuales consideramos que la reciente estructuración legal, tanto de fondo como de procedimiento, que regulan el

¹³⁵ *Este criterio, relativamente reciente ha sido establecido por el Máximo Tribunal de nuestro país, que con ello aclaró definitivamente el artículo 133 de la Carta Magna, conforme a cuya redacción se consideró que la Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanaran de ella y los tratados internacionales acordes con la misma, constituían la Ley Suprema de toda la Unión. A partir de la adopción del criterio en comento, la Constitución ocupa el sitio más elevado, e inmediatamente debajo de ella los tratados internacionales y las leyes federales.*

denominado “divorcio express” en el Distrito Federal adolece de aspectos plenamente inconstitucionales, por lo que este planteamiento está referido y debe analizarse precisamente a la luz de los principios rectores de la constitucionalidad de la ley. En este contexto podemos afirmar que tales normas legales de fondo y de forma, como actos de autoridad, no satisfacen las garantías de fundamentación y motivación porque, independientemente de que cumplen con los requisitos formales de la competencia del órgano legislativo que las expidió y que se emitieron en referencia a relaciones sociales que reclaman ser jurídicamente reguladas, el sentido material de las mismas ataca frontalmente la Constitución al vulnerar la garantía de audiencia a la que antes nos hemos referido y, con ello, la también garantía de legalidad en sus aspectos concretos de fundamentación y de motivación, esto último como consecuencia directa de la afectación también a las garantías de audiencia –tal y como lo acabamos de dejar advertido), y a las de seguridad jurídica, como veremos a continuación.

Debemos acotar la circunstancia de que la constitucionalidad de las normas de aplicación general --leyes o reglamentos--, admiten tres posibles causas para cuestionarlas, según se trate de que la plantee un particular o gobernado, en cuyo caso la vía es la del juicio de garantías; o bien de autoridad a autoridad, en que tal disputa debe ventilarse a través de la controversia constitucional; o, finalmente, de minoría a mayoría parlamentarias, mediante el planteamiento de acciones de constitucionalidad.

Ahora bien, dado que a la fecha no tenemos conocimiento de que autoridad alguna o de que determinada minoría parlamentaria de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal hayan llevado a cabo planteamiento alguno tendiente a que se discuta la constitucionalidad de las normas legales que actualmente privan en torno al denominado “divorcio express”, tal situación únicamente ha dejado la alternativa de que algún o algunos particulares que se consideren afectados en sus esferas jurídicas particulares por la aplicación de tales normas, promuevan los respectivos juicios de garantías.

Nuestro derecho cuenta con diversos precedentes que nos permiten hacer estas últimas afirmaciones, entre los cuales podemos citar los que tomamos de José Mauricio Fernández y Cuevas¹³⁶

LEYES Y REGLAMENTOS, FUNDAMENTACION Y MOTIVACION DE.

La fundamentación y motivación de las leyes y, por extensión, de los reglamentos, no puede entenderse en los mismos términos que la de otros actos de autoridad, puesto que para que aquéllas se consideren fundadas y motivadas basta que la actuación de la autoridad que expide la ley o reglamento se ajuste a la Constitución respectiva en cuanto a sus facultades y competencia.

Amparo en revisión 2170/81. José Manuel Cardoso Ramón y otros. 24 de octubre de 1984. Unanimidad de 4 votos.

FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN DE LOS ACTOS DE AUTORIDAD LEGISLATIVA.

Aún cuando es cierto que la exigencia de fundamentación y motivación de los actos de autoridad en que consiste la garantía de legalidad establecida por el artículo 16 constitucional ha de entenderse que abarca a todo acto de autoridad, sea ésta legislativa, ejecutiva o judicial, en la medida en que todas ellas deben actuar, por igual, dentro de un marco jurídico de “legalidad”, debe sin embargo aclararse que, tratándose de actos de autoridades legislativas (leyes), dichos requisitos de “fundamentación y motivación” se satisfacen siempre que ellas actúen dentro de los límites de las atribuciones que la Constitución correspondiente les confiera (fundamentación) y que las leyes respectivas que emitan se refieran a relaciones sociales que reclamen ser jurídicamente reguladas (motivación), sin que ello implique, en modo alguno, que todas y cada una de las disposiciones que den cuerpo a esas leyes deban ser necesariamente materia de una motivación específica.

Volumen XXXVIII. Primera Parte.

Amparo en revisión 1406/48. Carlos y Juan Beistegui. Febrero 8 de 1972, Mayoría de once votos. Pág. 27.

4.3 La garantía de seguridad jurídica.

Esta garantía de seguridad jurídica –que en realidad debe invocarse en forma plural como garantías de seguridad jurídica, por implicar varias

¹³⁶ *Obra citada, Tomo II, Garantía de Legalidad, Págs. 55, 60 y 61.*

protecciones constitucionales al individuo--, nos enseña Ignacio Burgoa, pueden sintetizarse, en su naturaleza y significado, en los términos siguientes:

“...Ese conjunto de modalidades jurídicas a que tiene que sujetarse un acto de cualquiera autoridad para producir válidamente, desde el punto de vista jurídico, la afectación en la esfera del gobernado a los diversos derechos de éste, y que se traduce en una serie de requisitos, condiciones, elementos, etc., es lo que constituye las garantías de seguridad jurídica. Estas implican, en consecuencia, el conjunto general de condiciones, requisitos, elementos o circunstancias previas a que debe sujetarse una cierta actividad estatal autoritaria para generar una afectación válida de diferente índole en la esfera del gobernado, integrada por el *summum* de sus derechos subjetivos. Por ende, un acto de autoridad que afecte el ámbito jurídico particular de un individuo como gobernado, sin observar dichos requisitos, condiciones, elementos o circunstancias previas, no será válido a la luz del Derecho...”¹³⁷

Según el autor en cita, dentro de estas garantías de seguridad jurídica, cuya naturaleza coincide plenamente con las características expuestas en la transcripción anterior, deben ubicarse las de irretroactividad, de audiencia con sus respectivos subrubros; la de la exacta aplicación de la ley en materia penal y la de legalidad en materia jurisdiccional civil, todas estas contenidas en el artículo 14 constitucional; la relativa a la prohibición de celebrar tratados para la extradición de reos políticos o de delincuentes-esclavos, así como aquellos que alteren las garantías y derechos que nuestra Carta Magna concede al hombre y al ciudadano, materia del artículo 15 de la misma Constitución; la de no ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones; la de mandamiento escrito; la de autoridad competente y la de fundamentación y motivación que encierra, en su primer párrafo, el artículo 16 constitucional; las relativas a los aspectos incidentes a las órdenes de aprehensión y a los detenidos e indiciados, contenidas en los párrafos segundo a séptimo; las que

¹³⁷ *Obra citada, Pág. 504.*

tratan sobre las visitas domiciliarias o inspecciones de la autoridad administrativa, así como a los cateos, previstas en los párrafo octavo y décimo primero del mismo artículo; la de inviolabilidad de las comunicaciones privadas y la protección de la correspondencia (párrafos noveno, décimo y décimo segundo); y la de inviolabilidad del domicilio a que alude el párrafo décimo tercero.

De igual manera, en tratadista mencionado incursiona en el estudio, siempre dentro de su concepto de lo que suponen las garantías de seguridad jurídica, en las específicas que tutelan los artículos 17, 18, 19, 20, 21, 22 y 23 que para nuestro objetivo no suponen relevancia alguna, salva la situación a que en seguida nos referimos.

En su análisis sobre en artículo 17 constitucional --siempre en términos de las garantías de seguridad jurídica--, el precitado autor¹³⁸ afirma que este precepto “...encierra tres *garantías de seguridad jurídica* que se traducen, respectivamente, en un derecho público subjetivo individual propiamente dicho, en un impedimento o prohibición impuesto a los gobernados y en una obligación establecida para las autoridades judiciales...” y en seguida aclara que, obviamente, “...en dos últimos casos..., tanto la prohibición decretada a los particulares como el deber impuesto a los tribunales, se revelan correlativamente en sendos derechos públicos subjetivos individuales para el gobernado, pero no consignados estos en forma directa como en la primera hipótesis...”.

Para una más clara exposición de nuestra articular opinión sobre estas garantías, consideramos pertinente hacer una transcripción del texto de la disposición constitucional citada:

***“Art. 17.- Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho.*”**

¹³⁸ *Obra citada, págs. 634 y sigs.*

Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. Su servicio será gratuito, quedando, en consecuencia, prohibidas las costas judiciales.

El Congreso de la Unión expedirá las leyes que regulen las acciones colectivas. Tales leyes determinarán las materias de aplicación, los procedimientos judiciales y los mecanismos de reparación del daño. Los jueces federales conocerán de forma exclusiva sobre estos procedimientos y mecanismos.

Las leyes preverán mecanismos alternativos de solución de controversias. En la materia penal regularán su aplicación, asegurarán la reparación del daño y establecerán los casos en los que se requerirá supervisión judicial.

Las sentencias que pongan fin a los procedimientos orales deberán ser explicadas en audiencia pública previa citación de las partes.

Las leyes federales y locales establecerán los medios necesarios para que se garantice la independencia de los tribunales y la plena ejecución de sus resoluciones.

La Federación, los Estados y el Distrito Federal garantizarán la existencia de un servicio de defensoría pública de calidad para la población y asegurarán las condiciones para un servicio profesional de carrera para los defensores. Las percepciones de los defensores no podrán ser inferiores a las que correspondan a los agentes del Ministerio Público.

Nadie puede ser aprisionado por deudas de carácter puramente civil.”¹³⁹

¹³⁹ El análisis que de las garantías que encierra este precepto de la constitución llevó a cabo el emérito maestro Ignacio Burgoa en la obra que se ha precisado, se efectuó con base en el texto anterior a las últimas reformas modificatorias del mismo, que incluyeron los actuales párrafos tercero, cuarto, quinto y séptimo, no obstante lo cual nos apegamos al estudio mencionado por considerar que la inclusión de tales nuevos párrafos no inciden con la materia de nuestro estudio.

Con la aclaración hecha a pie de página, el estudio mencionado conforme al anterior texto del artículo 17 constitucional le permite a nuestro autor desprender la existencia de tres garantías:

a) “Nadie puede ser apisionado por deudas de carácter puramente civil”, consecuencia de que las conductas inherentes al incumplimiento de las obligaciones de carácter estrictamente civil --comprendidas en éstas, desde luego, las mercantiles--, no están tipificadas en las leyes penales como delitos, ergo no ameritan bajo ninguna hipótesis una consecuencia privativa de la libertad.

b) “Ninguna persona puede hacerse justicia por sí misma ni ejercer violencia para reclamar su derecho”, sobre la cual nuestro tratadista admite que no es propiamente una garantía individual, sino una obligación negativa, que conlleva la necesidad de que sea a través de las autoridades estatales en que los particulares puedan obtener justicia con respecto a sus derechos.

c) “Los tribunales estarán expeditos para administrar justicia en los plazos y términos que fije la ley”, que en nuestro concepto no sólo comprende los términos y las condiciones bajo los cuales debe administrarse la justicia por los tribunales competentes sino, y a acaso esto sea lo más importante, que junto con la garantía mencionada en el inciso inmediato anterior conjuntan lo que podemos calificar como la garantía de acceso a la justicia que, como garantía de seguridad jurídica dentro del concepto macro de lo que este término supone, permiten al gobernado exigir del Estado la impartición de justicia ajustada a las exigencias indicadas.

Consideramos que el marco legal dentro del que actualmente se ubica el denominado “divorcio express”, tanto en lo sustantivo como en lo procesal, deviene frontalmente vulnerante de la tutela constitucional de acceso a la justicia. En efecto, bajo la hipótesis de una solicitud de divorcio incausado formulado por uno sólo de los cónyuges, y ante la cual se exige que el otro

cónyuge sea emplazado y, además, se le de la oportunidad de oponer excepciones --en términos de los actualmente vigentes artículos 266 del Código Substantivo y 114 fracción VIII, 260 fracción VIII y 272-A del Adjetivo--, encontramos otras disposiciones de los mismos ordenamientos, de los que claramente se desprende que la posibilidad de controvertir una petición de divorcio y obtener una resolución previo el agotamiento de los ritos procesales que rigen respecto de otros litigios civiles, no existe, toda vez que del contenido de los artículos 287 del Código Civil y 272-A, párrafos tercero y último y 272-B así lo determinan, al disponer que contestada la solicitud de divorcio, o la reconvenición en su caso o fenecido el término para ello, el divorcio será decretado conservándose, si acaso, la materia del juicio exclusivamente en lo referente a la eventual falta de acuerdo sobre los términos del convenio que es inherente en la actualidad al trámite del divorcio.

Esta situación determina, en nuestro concepto, una clara situación de quebranto directo a la Ley Fundamental de nuestro país y, concretamente, a la garantía de acceso a la justicia por cuanto a que la actual mecánica procedimental para obtener la disolución del vínculo matrimonial mediante la intervención de los tribunales competentes, permite que la simple manifestación unilateral de uno de los cónyuges --precisamente del solicitante del divorcio--, sea suficiente para decretarlo, sin dar oportunidad al otro cuando en su caso tenga motivos para oponerse a ello, de probar en juicio las razones que le asisten así como alegar al respecto ya que, se insiste, la actual previsión contenida en la ley procesal en el sentido de que, recibida la solicitud de divorcio se emplace a juicio al otro cónyuge y de que este esté en posibilidad de oponer excepciones a tal pretensión, pasa a ser letra muerta al no regularse el trámite que debe darse a las defensas que se hagan valer, lo que a ultranza resulta una plena denegación de justicia, garantía constitucionalmente tutelada por el artículo 17 de la Carta Magna, y doctrinalmente ubicada dentro del grupo de las garantías de seguridad jurídica.

4.4 Inconstitucionalidad del Divorcio Express.

El somero análisis que nos propusimos haber hecho respecto del llamado “divorcio express”, nos permite afirmar que las normas legales que lo regulan en su fondo y en su aspecto procedimental, devienen netamente inconstitucionales, por reflejar evidentes quebrantos a diversas garantías que nuestra Constitución tutela en favor de los gobernados, conforme a lo que al respecto se exponga en el capítulo de Conclusiones.

Sin embargo, no podríamos concluir el presente trabajo sin hacer el correlativo comentario sobre las particularidades procesales del medio a través del cual podría accederse al reconocimiento judicial de tal inconstitucionalidad que, como en algún lugar de esta tesis ya afirmamos, es el juicio de amparo, si es un particular el que lleva a cabo la impugnación respectiva.

Ahora bien, el juicio de garantías admite dos vías para su tramitación, ya que depende de que el procedimiento previsto para cada una de ellas implique una o dos instancias, esto es, que se trate de amparo directo o uniinstancial o de amparo indirecto o biinstancial, según lo dispone la ley de la materia o Ley de Amparo, reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Nuestro sistema constitucional admite la impugnación de las leyes o de las reglas de observancia general cuando se considera que éstas son contrarias a la Constitución, En efecto, la fracción I del artículo 103 de la Ley Fundamental previene que “Los Tribunales de la Federación resolverán toda controversia que se suscite: I. Por **leyes** o actos de la autoridad que violen las garantías individuales...”; en tanto que la Ley de Amparo, en la fracción I de su artículo 1º establece que “El juicio de amparo tiene por objeto resolver toda controversia que se suscite: I Por **leyes** o actos de la autoridad que violen las garantías individuales..” (destacados nuestros) disposiciones que, interpretadas

contextualmente, nos indican que toda controversia cuya materia sea el cuestionamiento de la constitucionalidad de leyes, resulta competencia de los tribunales de la Federación y debe ventilarse a través del juicio de amparo.

Las fracciones VII del artículo 107 constitucional y I del artículo 114 de la Ley de Amparo, por su parte, determinan que debe pedirse o interponerse ante Juez de Distrito el amparo contra leyes (precepto primeramente citado) y contra leyes federales o locales, tratados internacionales, Reglamentos expedidos por el Presidente de la República de acuerdo con la fracción I del artículo 89 constitucional, reglamentos de leyes locales expedidos por los gobernadores de los Estados, u otros reglamentos, decretos o acuerdos de observancia general, que por su solo entrada en vigor o con motivo del primer acto de aplicación causen perjuicio al quejoso (precepto citado en segundo término).

Hasta el momento, estamos en posibilidad de sostener que, para obtener la declaración de inconstitucionalidad de las normas legales que en la actualidad rigen el fondo y el procedimiento del llamado “divorcio express”, para el particular únicamente existe la vía del juicio de garantías que debe plantearse ante Juez de Distrito al promoverse un juicio de amparo biinstancial o indirecto. Sin embargo, la parte final de la fracción I del artículo 114 de la Ley de Amparo, acabada de transcribir, reflejan la posibilidad, en correlación con los artículos 21 y 22 fracción I de la Ley de Amparo, de que tal impugnación deba hacerse por la simple entrada en vigor de las normas consideradas inconstitucionales o con motivo del primer acto de aplicación de las mismas, fenómeno que repercute no sólo en el término para promover el juicio constitucional, sino en que en la demanda de garantías se refleje de manera incuestionable el interés jurídico para obtener el bien jurídico que se persigue, bajo el riesgo de que se declare el sobreseimiento en el juicio, por falta de interés jurídico y en los precisos términos del artículo 73 fracción V de la Ley de Amparo.

Este último planteamiento nos conduce directamente al tema de las leyes autoaplicativas o heteroaplicativas, las primeras de las cuales son aquellas que

por su simple entrada en vigor afectan la esfera jurídica de los particulares cuya situación se encuentre dentro de la hipótesis de aplicabilidad de la ley; en tanto que las segundas son las que requieren de un acto de autoridad que conlleve su aplicación en perjuicio concreto de un particular. Ejemplo de las primeras sería la expedición de una regla general por la cual se incorporaran a un servicio no obligatorio a todos los individuos de determinada edad; entre las segundas podemos mencionar aquellas que impusieran una conducta u obligación a los particulares que, en un momento determinado se colocaran bajo sus supuestos normativos.

En este orden de ideas, en el caso de las leyes, reglamentos, decretos, acuerdos o cualesquiera otras disposiciones de observancia general que, por el simple inicio de su vigencia, afecten la esfera jurídica de un particular, el término para la promoción del juicio de amparo es de treinta días, conforme a la fracción I del artículo 22 de la ley de la materia; en tanto que si la afectación en comento depende de un acto de autoridad que concretamente las aplique, se estará en el caso del término general para la promoción del juicio de amparo en el segundo supuesto de quince días, conforme al artículo 21 de la propia Ley de Amparo.

En el caso que nos ocupa, las nuevas normas que rigen en torno al “divorcio express” son típicamente heteroaplicativas y, por lo mismo, sólo pueden ser exigibles una vez que ha surgido un acto concreto de aplicación de las mismas, esto es, la materialización de su imperio a través de un acto que sería ni más ni menos que la resolución que el Juez emitiera y por la que decretara el divorcio, situación que permite la promoción inmediata del juicio de garantías, toda vez que en forma expresa el artículo 685 bis del Código de Procedimientos Civiles no concede el recurso de alzada contra tal resolución.

No obstante esto, y toda vez que la resolución que decreta el divorcio no admite apelación, si eventualmente alguna persona sujeta al status personal de casado(a), considerara que la sola entrada en vigor de las nuevas normas a que aludimos afectan su esfera jurídica por la posibilidad de que en algún momento

se le aplicaran en forma retroactiva, además de lo poco probable de esta situación, la consecuencia sería que se sobreseyera en el juicio de amparo por notoria falta de interés jurídico conforme a la fracción V del artículo 73 de la Ley de Amparo, toda vez que tal retroactividad podría en su caso reclamarla en forma posterior, al emitirse el primer acto de aplicación.

Finalmente, cabe considerar que en la actualidad la solicitud de divorcio tiene dos finalidades esenciales: una de ellas, que se declare la disolución del vínculo matrimonial, sin que la ley permita otro sentido de tal resolución distinta a que se decrete de divorcio; y, la otra, que se determinen las bases y se establezcan los términos bajo los cuales, en lo sucesivo, deban regularse las consecuencias esenciales del matrimonio, como es la situación de los hijos, alimentos, patrimonio, etc.

En la obtención del primero de tales objetivos, la ley no concede el recurso de apelación (ni ninguno otro medio de impugnación de carácter ordinario); en tanto que las resoluciones que se emitan en la vía incidental y con respecto al o a los convenios son recurribles --debe suponerse que en vía de apelación, por no ser preciso al respecto el artículo 685 bis del Código de Procedimientos Civiles.

Bajo las circunstancias precisadas, resulta indispensable determinar cuál es el momento apropiado para promover el juicio de amparo en contra de las leyes en cuestión, y que dicho reclamo sea hecho valer en tiempo.

Si hemos convenido en que las multimencionadas leyes regulatorias del "divorcio express" son heteroaplicativas, para que la demanda de amparo respectiva no corra riesgo de improcedencia por consentimiento tácito, esto es, por no haberse promovido dentro del término que la ley señala, computado a partir de su primer acto de aplicación, tenemos que considerar que éste primer acto es precisamente el auto que admite la demanda de divorcio, dictado por el Juez de lo Familiar correspondiente, porque supone un acto mediante el cual una autoridad judicial competente sujeta al afectado a un procedimiento basado

en una ley que se estima inconstitucional, debiendo tenerse presente al respecto que conforme al artículo 259 fracción II del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, uno de los efectos del emplazamiento es sujetar al emplazado a seguir el juicio, precisamente ante el juez que lo emplazó, consecuencia de lo cual es la de que dentro de los quince días siguientes al momento de conocerse tal acto de autoridad, el juicio de garantías debe promoverse con la oportunidad que establece el artículo 21 de la Ley de Amparo, sin perjuicio de ocurrir cautelarmente al procedimiento. Ahora bien, si la resolución que decreta el divorcio es inapelable, no lo es al menos en principio el auto que ordena el llamamiento a juicio del demandado, pero toda vez que éste estaría dictado con base en una ley que se considera inconstitucional, el juicio de amparo podría promoverse sin necesidad de agotar tal recurso sin riesgo del principio de definitividad, precisamente por considerarse inconstitucional la ley que lo prevé, esto es, el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

Lo anterior no implica que, al decretarse por el juez el divorcio sin otra alternativa, dicha resolución también pueda impugnarse en vía directa de garantías, tanto por ser un acto procesal inapelable, como por implicar tal resolución poner fin al juicio en lo principal. En su caso, en este segundo juicio de amparo debería cuestionarse la constitucionalidad de los ordenamientos legales regulatorios del denominado “divorcio express”, pero únicamente a través de un concepto de violación, más no señalando tales ordenamientos como actos reclamados porque, bajo este supuesto, se generaría un problema de competencia, porque del juicio de amparo directo conocería un Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, que no tiene facultades para resolver reclamos respecto de leyes o normas de carácter general, cuyo conocimiento está reservado a los Jueces de Distrito en términos, como ya se dijo, de la fracción VII del artículo 107 constitucional y I del artículo 114 de la Ley de Amparo.

Este segundo supuesto presentaría el inconveniente de que, si al decretarse el divorcio estuviera pendiente de trámite el juicio de amparo promovido contra el primer acto de aplicación de las leyes, pudiera considerarse la actualización de la causal de improcedencia prevista por la fracción III del artículo 73 de la Ley de Amparo, no obstante que las autoridades responsables no serían las mismas en uno y otro juicios, ni en el segundo amparo se establecería la ley como acto reclamado, sino únicamente sería materia de un concepto de violación.

Una tercera posibilidad es la de que, decretado únicamente el divorcio y habiéndose promovido el juicio de amparo directo contra esta determinación, con posterioridad se resolviera interlocutoriamente sobre el o los convenios, en el incidente respectivo, en cuyo caso podría contra esto último promoverse el juicio de amparo directo en el cual se reclamaría la ley, bajo el riesgo de que surgiera la causa de improcedencia prevista en la fracción III del artículo 73 de la Ley de Amparo, si estuvieran pendientes de resolverse o ya se hubieran resuelto los aspectos de inconstitucionalidad de ley hechas valer en las dos primeras hipótesis.

Una cuarta hipótesis la podemos encontrar cuando el Juez de lo Familiar, en una misma resolución decreta el divorcio y resuelve respecto del convenio o los convenios presentados. En este caso, y toda vez que la materia principal del juicio --el divorcio--, ya hubiera sido materia de resolución sin admitir recurso alguno, procedería la promoción del amparo directo en el que se reclamara lo principal (el decreto de divorcio) y lo accesorio (la resolución sobre el convenio o los convenios), haciéndose valer la inconstitucionalidad de la ley, no como acto reclamado, sino como uno de los conceptos de violación, por las razones antes expuestas.

CONCLUSIONES.

1. El divorcio, como forma no natural de disolución del matrimonio, es casi tan antiguo como el matrimonio mismo.
2. En las más antiguas culturas, el matrimonio se conoció como una institución fundamental de la sociedad, generalmente asociado con la religión.
3. En términos generales, desde la más remota antigüedad, el matrimonio ha tenido como elemento esencial el de la voluntad o consentimiento, ya de los contrayentes o bien de sus familiares.
4. En el mismo horizonte histórico, el divorcio fue conocido y sustentado en diversas causas, generalmente en el adulterio, pero también en otras circunstancias tales como el repudio o el padecimiento de enfermedades.
5. En los regímenes jurídicos precursores del derecho occidental, el matrimonio se mantiene dentro de concepciones religiosas, pero ya se integra al derecho como una institución fundamental de la familia. En Roma se asocia con el culto de los dioses del marido; en el Derecho Canónico se concibe como institución de origen divino que, por lo mismo, constituye un sacramento; en el derecho germánico, el matrimonio supone una transferencia de la potestad paternal al marido. En todos estos sistemas, el elemento voluntad es esencial.
6. Tanto en el derecho romano, como en el germánico, se admitió el divorcio como medio de disolución no natural del matrimonio. El derecho canónico no lo ha admitido nunca, aún cuando en los beneficios petrino y paulino ya se nota un atisbo de su admisión. En el derecho germánico el matrimonio sólo

se disolvía por adulterio, por sodomía del marido o por inducir este a la mujer al adulterio.

7. En México la historia presenta el matrimonio en diversas formas, desde la poligamia hasta la prohibición absoluta, esto último cuando hubo sujeción a las leyes españolas, profundamente influenciadas por el derecho canónico.
8. Las ideas que sustentaron, primero la Revolución Francesa y luego el Código Napoleón, determinaron que al matrimonio se le considerara como un contrato civil, lo que en nuestro país se concretaría a través de las Leyes de Reforma hasta incorporarse al texto constitucional en el artículo 130 de la Constitución de 1917.
9. En lo tocante al divorcio, luego de su no reconocimiento por virtud del contenido de las leyes castellanas, se introdujo con timidez una simple separación de cuerpos no disolutor del matrimonio, hasta que el llamado “divorcio vincular” es planteado por decreto de Venustiano Carranza de 29 de diciembre de 1914, hasta que resulta plenamente reconocido en la legislación civil a partir del Código Civil de 1928.
10. A través del tiempo, tanto el matrimonio como el divorcio han sido instituciones que, para alcanzarlas, ha prevalecido el elemento voluntad o consentimiento. En el caso específico del matrimonio, por ser un acto jurídico que, independientemente de su requisito de solemnidad, requiere del consentimiento expreso de los contrayentes, el divorcio, en cambio, ha requerido del elemento voluntad cuando se ha tratado del divorcio voluntario, y cuando se ha tratado del necesario, la voluntad está representada por la ley a través de las diversas causas de disolución del vínculo matrimonial.
11. El marco legal que en la actualidad rige en el Distrito Federal el llamado “divorcio express” deviene inconstitucional por atentar contra garantías

tuteladas a favor del gobernado por la Ley Fundamental, en los siguientes términos:

- a) Es violatorio de la garantía de irretroactividad de la ley, en la medida en que eventualmente puede aplicarse respecto de matrimonios constituidos con anterioridad a la expedición del decreto que modificó en la materia el Código Civil y el Código de Procedimientos Civiles, ambos para el Distrito Federal, porque al celebrarse tales matrimonios e incorporarse a las esferas jurídicas de los contrayentes, no pueden ser objeto de disolución por virtud de disposiciones legales expedidas con posterioridad.
- b) Es violatorio de la garantía de audiencia porque, si bien el actual procedimiento que regula para el divorcio implica el llamamiento a juicio al demandado y la posibilidad de que éste oponga excepciones, el divorcio se decreta sin periodo probatorio y sin el agotamiento del periodo de alegatos, por lo que el derecho de contradecir resulta nugatorio al no concederse al afectado la posibilidad de probar sus defensas y de alegar en su favor.
- c) Quebranta la garantía de fundamentación y motivación en función de la legalidad que, también como garantía, deben respetar los actos de autoridad, precisamente por contradecir la Constitución en los términos precisados en los incisos a) y b) inmediatos anteriores.
- d) Vulnera las garantías de seguridad jurídica en su forma contenida en el artículo 17 constitucional, y en lo que particularmente está referido a la garantía de acceso a la justicia, tanto porque la contradicción a la acción de divorcio se permite de manera sincopada y, finalmente irrelevante --no se permiten las pruebas ni los alegatos respecto de las excepciones--; como porque con ello queda patente la imposibilidad de que el demandado pueda tener acceso a la justicia, situación que se acentúa

por virtud de la disposición que determina la inapelabilidad de la resolución que decreta el divorcio

12. Si la inconstitucionalidad del “divorcio express”, se pretende hacer valer por un particular, debe perseguirse a través del juicio de amparo.
13. Los nuevos preceptos legales que regulan en fondo y forma el “divorcio express” son de naturaleza heteroaplicativa por lo que, para impugnarse en vía de garantías, requieren previamente de un acto concreto de aplicación.
14. El primer acto concreto de aplicación estaría representado en el caso por el auto admisorio de la demanda de divorcio que, legalmente notificado al demandado al ser emplazado, daría a éste la opción de promover el juicio de garantías dentro del término legal y en la vía indirecta.

BIBLIOGRAFÍA.
(Por orden alfabético en cada rubro)

a) Obras Consultadas.

- Becerra Bautista, José “El Proceso Civil en México”, Decimosexta Edición revisada y actualizada. Editorial Porrúa, S.A. de C.V., México, 1999.
- Broué Pierre y Émile Témime, La Revolución y la Guerra de España, Editorial Fondo de Cultura Económica, Colección Popular, Primera parte, México 1962.
- Burgoa, Ignacio. Derecho Constitucional Mexicano, Editorial Porrúa, S.A. México, 1994, Novena Edición.
- Burgoa Ignacio. Las Garantías Individuales, Editorial Porrúa, S.A., México, 1992, Vigésimo Cuarta Edición.
- Chávez Asencio Manuel F., La Familia en el Derecho, Editorial Porrúa, S.A., México, 1990.
- Código de Derecho Canónico promulgado por Benedicto XV. Biblioteca de Autores Cristianos. Madrid, MCMLVII.
- Código de Derecho Canónico promulgado por Juan Pablo II. Edición bilingüe comentada por los profesores de la Facultad de Derecho Canónico de la Universidad Pontificia de Salamanca, Juan Luis Acebal, Federico Aznar, Julio Manzanares y Mariano Sáenz, Decimosexta Edición. Biblioteca de Autores Cristianos. Madrid, MCMXCIX.
- Código de Manú y otros textos, Fondo de Cultura Económica, ISBN 968-16-5044-1, Impreso en México, versión electrónica.
- Derechos del Pueblo Mexicano. México a Través de sus Constituciones. Antecedentes, Origen y Evolución del Articulado Constitucional. Cámara de Diputados al Congreso de la Unión, LII Legislatura. México, MCMLXXXV. Artículo 130 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 1917. Vigesimoctavo antecedente.
- Diccionario Jurídico Omeba. Tomo XIX, Diskill, S.A., Buenos Aires, 1979.

- El Corán, Fapa Ediciones, Madrid, 2001.
- Enrique Denzinger. El Magisterio de la Iglesia. Manual de los Símbolos, Definiciones y Declaraciones de la Iglesia en Materia de Fe y Costumbres. Editorial Herder. Barcelona, 1963.
- Engels, Federico, “El Origen de la Familia la Propiedad Privada y el Estado”, Panamericana Editorial, Colombia, 2004.
- Fernández y Cuevas, Mauricio, “Glosa Jurisprudencial y Glosa Constitucional e Histórica”, Tomo II, Garantía de Legalidad. Dofiscal Editores, S.A. de C.V., Primera Edición, México 1986, Págs. 55, 60 y 61.
- Foignet, René, Manual Elemental de Derecho Romano, Editorial José M. Cajica Jr., Puebla, Pue., Méx. 1948.
- Fuero Juzgo o Libro de los Jueces versión bilingüe en español contemporáneo y en castellano de la época del rey San Fernando. Ediciones Zeus, Barcelona. Talleres Gráficos Algueró y Baiges, Tortosa, 1968, Libros III De los Casamientos é de las Nascencias y IV Del Linage Natural.
- Fustel de Coulanges, La Ciudad Antigua. Estudio sobre el Culto, el Derecho y las Instituciones de Grecia y Roma. Editorial Porrúa, S.A. de C.V., Colección “Sepan Cuantos”, Décima Edición, México, 1996.
- García Máynez Eduardo, Introducción al Estudio del Derecho, Editorial Porrúa, S.A., México, 1971.
- Guzmán Galarza Mari V., en la introducción a Documentos Básicos de la Reforma, 1854-1875, Tomo III, edición y presentación de Humberto Iriart Urdanivia, Partido Revolucionario Institucional, Segunda Edición, Mayo de 1982, México.
- La Biblia, antigua versión de Cipriano de Valera, Sociedad Bíblica Británica y Extranjera, Londres, R.U., 1929.
- Méndez Silva Ricardo, Diccionario Jurídico Mexicano. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. Editorial Porrúa, S.A. México, 1993.
- Moliner María, Diccionario de Uso del Español, Editorial Gredos, S.A.U., Madrid, 2007.
- Montero Duhalt, Sara. Derecho de Familia, Cuarta Edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 1990.

- Montesquieu Carlos de Secondat barón de. Del espíritu de las leyes, libro XXXI. Teoría de las leyes feudales entre los francos con relación a las revoluciones de su monarquía. Capítulo II: De cómo se reformó el gobierno civil.
- Montiel y Duarte, Emilio, Estudio sobre las garantías individuales, Vigésima Tercera Edición, Editorial Porrúa, México, 1982
- Morineau Iduarte, Marta y Tomás Iglesias González. Derecho Romano, Tercera Edición, Harla, México.
- Petit Eugéne, Tratado Elemental de Derecho Romano. Editora Nacional, S.A., México, 1953.
- Pomar y Zurita. Relación de Texcoco y de la Nueva España.
- Rabasa Emilio, El artículo 14 y el juicio constitucional, Quinta edición, Editorial Porrúa, México, 1985, pág. 353.
- Rojina Villegas Rafael. Compendio de Derecho Civil I Introducción Personas y Familia, Vigésima Quinta Edición. Editorial Porrúa, S.A., México, 1993.
- Vigil, José María. "México a Través de los Siglos", Introducción al Tomo Quinto, La Reforma. Ballesca y Compañía, Editores, México, Edición príncipe.

b) Jurisprudencia.

- AUDIENCIA, GARANTÍA DE. Toca 242/75. Rafael Prieto Torres. 3 de octubre de 1975, Unanimidad de votos. Informe de 1975. Tercera Parte, Sala Auxiliar. Págs. 321 y 322.
- DIVORCIO SIN CAUSA. APLICACIÓN NO RETROACTIVA DE LA LEY A LOS MATRIMONIOS CELEBRADOS ANTES DE SU VIGENCIA (LEGISLACIÓN DEL DISTRITO FEDERAL). OCTAVO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO. Precedentes: Amparo directo 588/2009. 15 de octubre de 2009. Unanimidad de votos. Ponente: Abraham S. Marcos Valdés. Secretario: Francisco Banda Jiménez. Localización: Novena Época, Tribunales Colegiados de Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXXI, Marzo de 2010, p. 2975, aislada, Civil. Número de tesis: I.8o.C.291 C. Registro IUS: 165036
- FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN DE LOS ACTOS DE AUTORIDAD LEGISLATIVA. Volumen XXXVIII. Primera Parte. Amparo en revisión

1406/48. Carlos y Juan Beistegui. Febrero 8 de 1972, Mayoría de once votos. Pág. 27.

- LEYES Y REGLAMENTOS, FUNDAMENTACION Y MOTIVACION DE. Amparo en revisión 2170/81. José Manuel Cardoso Ramón y otros. 24 de octubre de 1984. Unanimidad de 4 votos.
- RETROACTIVIDAD. NO LA CONSTITUYE LA APLICACION DE LEYES PROCESALES. Revisión fiscal 10/81. Jesús Ruvalcaba Bugarini. 11 de noviembre de 1981. Cinco votos. Ponente: Atanasio González Martínez. Genealogía: Informe 1982, Segunda Parte, Segunda Sala, tesis 161, página 123. Apéndice 1917-1985, Tercera Parte, Segunda Sala, tercera tesis relacionada con la jurisprudencia 409, página 722.
- SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. Informe correspondiente al año de 1954, Tesis Sobresaliente sobre el Matrimonio por Comportamiento (Legislación del Estado de Tamaulipas). Sala Auxiliar, págs. 19/20.

c) Otros Documentos.

- Acevedo Villalobos Roberto “La Ejecución de las Sentencias en el Juicio de Amparo”, Tesis, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2006.
- Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana (Constitución de Apatzingán).
- Código Civil para el Distrito Federal de 1870.
- Código Civil para el Distrito Federal de 1884.
- Código Civil para el Distrito Federal de 1928 (con vigencia a partir de 1932).
- Código Civil para el Estado de Tamaulipas.
- Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.
- Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos (1824).
- Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos (1857).
- Constitución Política de la Monarquía Española de 1812 (Constitución de Cádiz)

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917 (versión original).
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (versión de actual vigencia).
- Grolier Enciclopedia multimedia, versión 9.0, Editorial Grolier Interactive, Mindscape INC, 1997, CD I.
- Ley sobre Relaciones Familiares (Ley Carranza).
- Ley de Amparo Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- Ley de Sociedad en Convivencia.
- Ley Sobre el Matrimonio Civil. (Impropiamente llamada Ley Juárez).
- Reformas al Código Civil de fecha 3 de octubre de 2008.

c) Sitios de Red.

- www.espanol.cri.cn/chinaabc/chapter18/chapter180204.htm.
- www.bibliojuridica.org/libros/6/2792/45.pdf.
- www.bibliotecadigital.ilce.edu.mx/sites/fondo2000/vol1/.../html/16.html.
- www.enciclonet.com/articulo/derecho-germanico.
- www.iemed.org/publicacions/quaderns/7/e125_Papazissi.pdf.
- www.islammexico.net/qrn.htm.
- www.judaismohoy.com/article.php?article_id=1044.
- www.judaismovirtual.com/1_general/talmud.php.
- www.webislam.com.
- www.divorcioexpressdf.com.
- <http://vlex.com/vid/retroactividad-leyes-371145#ixzz14iQi7Yvi>