



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

**LA DISPOSICION, SIN DERECHO, POR PARTE DE
UNO DE LOS CONYUGES, DE BIENES DE LA
SOCIEDAD CONYUGAL, COMO CAUSAL
DE DIVORCIO.**

TESIS PROFESIONAL

**QUE PARA OPTAR AL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
PRESENTA EL PASANTE
JUAN FLORES HERRERA**

MEXICO

1984



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

LA DISPOSICION, SIN DERECHO, POR PARTE DE UNO DE LOS
CONYUGES, DE BIENES DE LA SOCIEDAD CONYUGAL, COMO
CAUSAL DE DIVORCIO.

INTRODUCCION	1
CAPITULO PRIMERO	
EL MATRIMONIO	
1.- Concepto.....	2
2.- Naturaleza Jurídica y fines	8
3.- Actos preliminares al matrimonio	24
4.- Requisitos para contraer matrimonio.....	34
5.- Impedimentos para contraer matrimonio.....	44
6.- Forma de celebración	58
7.- Efectos:	64
A).- En cuanto a las personas	64
B).- En cuanto a los bienes	72
C).- En cuanto a los hijos	76
CAPITULO SEGUNDO	
EL DIVORCIO	
1.- Divorcio no vincular. Separación de cuerpos ...	77
A).- Concepto	77
E).- Causas	80
C).- Efectos	82

2.- Divorcio vincular	84
A).- Concepto	84
E).- Causas	87
C).- Efectos	102

CAPITULO TERCERO

LA SOCIEDAD CONYUGAL

1.- Naturaleza jurídica	107
2.- Formas de sociedad conyugal, según la doctrina extranjera	103
3.- Inventario y registro de los bienes	111
4.- Administración	116
5.- Suspensión y terminación	118

CAPITULO CUARTO

ANALISIS DE LA CAUSAL DE DIVORCIO QUE SE PROPONE

1.- Aspecto teórico	120
2.- Aspecto forense	124

CONCLUSIONES	141
--------------------	-----

BIBLIOGRAFIA	143
--------------------	-----

I N T R O D U C C I O N

La integración familiar, ha constituido uno de los aspectos más importantes regulados por el Derecho, normando primeramente su origen jurídico en el matrimonio, para el cual, la legislación establece una serie de ordenamientos dentro de los cuales se observan: los requisitos para su celebración, la celebración misma, y el nacimiento de los derechos y obligaciones, que en consecuencia de aquél adquieren los cónyuges.

Sin embargo, y pese a la preocupación del legislador de la cual hablamos, el vínculo matrimonial es susceptible de disolución, para ello el Derecho regula de manera concreta las causas por las cuales podrá realizarse dicha disolución, sin que los derechos y obligaciones que hubieren adquirido los cónyuges entre sí, o con respecto a los descendientes si los hubiera, cesen.

Así, en la tesis que se pretende sustentar, se llevará a cabo un estudio comparativo de las legislaciones Canónica, Española, Francesa y Alemana, a fin de estar en posibilidad de enfatizar las diferencias o bien similitudes existentes entre aquellas y el Derecho Positivo Mexicano, respecto al matrimonio y a la disolución del vínculo matrimonial, es decir, el divorcio.

Siendo el objetivo principal de este trabajo el análisis de una causal concreta de divorcio contenida en nuestra legislación civil vigente, se dará a conocer el criterio sustentado por los órganos jurisdiccionales competentes, a través de la aplicación que dicha norma realizan; expresando los fundamentos legales que nos lleven a discrepar con el mismo, en base al conocimiento adquirido por la preparación académica, así como por la experiencia obtenida en casos similares al que haremos referencia.

CAPITULO PRIMERO.

EL MATRIMONIO.

1.- CONCEPTO.

En casi todos los pueblos, la institución del matrimonio recibe el influjo de las ideas religiosas, y se ejecutan actos sacros para constituir la comunidad espiritual de los cónyuges, invocando a la divinidad para que bendiga y fertilice el matrimonio.

Por eso, desde el siglo X se desenvuelve en la Iglesia la idea de que el matrimonio entre cristianos es un sacramento y que, en consecuencia, debe estar sujeto totalmente a la legislación y a la jurisdicción eclesiástica, salvo en lo relativo a las relaciones patrimoniales entre los cónyuges.

Según la doctrina de la Iglesia, el matrimonio es una institución natural sancionada por Dios con leyes propias y elevada por el mismo autor de la naturaleza a la dignidad de sacramento, esto es, de medio de santificación y de gracia.

De conformidad con el cánón 1012 del Código de Derecho Canónico, "Cristo Nuestro Señor elevó a la dignidad de sacramento el mismo contrato matrimonial entre bautizados.

Por consiguiente, entre bautizados no puede haber contrato matrimonial válido que por el mismo hecho no sea sacramento". (1)

La palabra matrimonio puede tomarse en dos acepciones:

- a) En cuanto significa el acto de casarse o casamiento, y
- b) En cuanto que representa el vínculo permanente que resulta del casamiento.

(1) Miguel-Alonso-Cabreros. Código de Derecho Canónico Bilingüe y Comentado. Editorial Biblioteca de Autores Cristianos. Madrid 1945. Pág. 338.

En los cánones del Código, se toma en uno u otro sentido.

Aun cuando la ley canónica no da una definición de matrimonio, la doctrina le concede dos significados, según que se entienda *in fieri* o *in facto*.

El matrimonio *in fieri*, es el acto mediante el cual se constituye la sociedad conyugal, entendida ésta como el contrato matrimonial.

Es en cambio, matrimonio *in facto*, la sociedad conyugal entendida como la unión perpetua de dos personas de sexo contrario, que se deriva del contrato matrimonial.

Pasando a referirnos al derecho francés, debemos mencionar que las fórmulas antiguas que operaban en Francia para definir el matrimonio, consistían en que en una sociedad dividida en clases, como lo es la francesa, donde existe una jerarquía social de personas, y en la que cada familia tiene un culto particular, se concibe que la ley traduzca bajo esta forma el carácter de la unión que sanciona.

Este efecto era el que llamaba más la atención y era suficiente para caracterizar la unión legal y para distinguirla del concubinato, simple unión de hecho.

Una vez desaparecidas las distinciones sociales en Francia, el carácter del matrimonio, capaz de distinguirlo del concubinato, se encuentra en su fuerza obligatoria, ya que el matrimonio es una unión que no se disuelve a gusto de los esposos, y que por su naturaleza, debe durar tanto como ellos vivan.

Cuando uno se casa, se liga jurídicamente y se obliga. El matrimonio moderno es un contrato cuyo respeto impone la ley, que no se permite romper.

El gran hecho histórico que cambió la concepción del matrimonio, es el establecimiento de su indisolubilidad. Se produce en la forma de una reglamentación restrictiva del divorcio, que en los países católicos y en la misma Francia, llegó hasta su completa supresión.

Actualmente, los rasgos esenciales del matrimonio que merecen figurar en primera línea, en su definición, son su fuerza obligatoria y su duración.

Por lo tanto, debe decirse que el matrimonio es un contrato, por el cual, el hombre y la mujer establecen entre sí una unión que la ley sanciona y que no pueden disolver a su gusto.

Cabe señalar, que en contraposición con las ideas anteriores, Colín y Capitant para conceptuar el matrimonio, únicamente toman en cuenta los fines esenciales de éste, al establecer:

"El matrimonio es el contrato civil y solemne por el cual el hombre y la mujer se unen para vivir en común y prestarse mutua asistencia y socorro bajo la dirección del marido, jefe de la familia y del hogar". (2)

Sin embargo, Bonnerase no toma en cuenta los elementos anteriores sino que establece que el término matrimonio "puede ser entendido en tres sentidos:

1) La institución del matrimonio, es decir, el conjunto de reglas que presiden, en el derecho positivo francés, la organización social de la unión de los sexos.

2) El acto jurídico de una naturaleza especial, que expresa la adhesión a la institución del matrimonio, por parte de los futuros cónyuges.

3) El contrato solemne por el cual, los futuros cónyuges determinan con anterioridad la condición jurídica de los bienes, mientras dure el matrimonio, y hasta su disolución". (3)

(2) Ambrosio Colín y H. Capitant. Curso Elemental de Derecho Civil. Instituto Editorial Reus. Madrid 1941. Pág. 267.

(3) Julián Bonnerase. Elementos de Derecho Civil. Traducción del Lic. José M. Cajica Jr. Vol. XIII. Editorial José M. Cajica Jr. Barcelona. Pág. 505.

Por su parte Josserand, ataca también la concepción del matrimonio que se sostiene en el señalamiento de los fines de éste, como lo es la procreación de los hijos, y que representa Portalis y que establece que el matrimonio es "la sociedad del hombre y la mujer que se unen para perpetuar su especie, para ayudarse, para socorrerse mutuamente, para llevar el peso de la vida y compartir su común destino", (4) ya que según Josserand, dicha definición no se refiere al carácter civil del matrimonio, ni tampoco a su carácter regular y legal, pues los supuestos o elementos que señala Portalis, se darían también para ciertas uniones de hecho, sin que necesariamente se estuviera en presencia del matrimonio.

En ese orden de ideas, Josserand sostiene que el matrimonio es "la unión del hombre y de la mujer contraída solemnemente y de conformidad con la ley civil". (5)

(4) Louis Josserand. Derecho Civil. Tomo I. Volúmen II. Ediciones Jurídicas Europa-América. Págs. 14-15.

(5) Idem. Pág. 15.

Si analizamos el derecho español, nos daremos cuenta de que el Doctor Miguel Royo Martínez, al definir el matrimonio sosteniendo -- que, "Está destinado a legitimar el establecimiento de una comunidad permanente de vida entre varón y mujer, destinada principalmente a procrear y cuidar a la descendencia". (6). Hace referencia a algunos de los elementos sustentados en la definición de Portalis, a la que ya hemos aludido. Cabe hacer notar, que en la definición del Doctor Royo Martínez, destaca el elemento de legalidad que lo hace diferente de otras uniones sexuales en las que se verifica el mismo cometido.

Así las cosas, se presentan en la mayoría de las concepciones sobre el matrimonio, los elementos de legalidad y permanencia que ya hemos mencionado y a manera de ejemplo, se cita la definición en que se basa la doctrina del derecho alemán al afirmar que "el matrimonio es la unión de un hombre y una mujer, reconocida por el derecho e investida de ciertas consecuencias jurídicas, que se reflejan en los derechos y obligaciones derivadas del mismo". (7).

En el derecho mexicano, con anterioridad a la Ley de Relaciones Familiares del 9 de abril de 1917, se tenía la idea de que todo el derecho de familia, descansaba sobre una base fundamental: el matrimonio. La postura que se mantenía con respecto al matrimonio, consistió en que éste era el origen de todas las relaciones, derechos y potestades, que no se podían concebir sin la existencia del matrimonio, ya que la unión de un hombre y una mujer no podía ser aceptada por el derecho, pues en el mejor de los casos se le calificaba como concubinato, sin perjuicio de que se pudiese estimar dicha unión, -

(6) Royo Martínez, Miguel. Exposición Elemental del Derecho Civil Español. Sevilla, 1949. Pág. 22.

(7) Ludwig Ennecerus, Theodor Kipp y Martín Wolff. Derecho de Familia. Tomo IV, Volumen I. Bosch, Casa Editorial, Barcelona. Pág. 10.

como un acto constitutivo de un delito, como lo es el adulterio.

Una vez que entró en vigor la Ley de Relaciones Familiares, se dejó sin efecto la posición tradicional que se mantenía, y en consecuencia, el matrimonio deja de ser el supuesto jurídico para regular el derecho de familia.

En la legislación positiva mexicana, no se establece un concepto bien definido sobre el matrimonio, como tampoco sucede con las legislaciones extranjeras que se han analizado, ya que en el artículo 130 de nuestra Constitución únicamente se establece "el matrimonio es un contrato civil" (8), pero no lo define, sino a nuestro parecer, - tan solo trata de conformar la naturaleza jurídica del mismo, para separarlo de cualquier vínculo que pudiera tener con el derecho eclesiástico y por eso le asigna el carácter de contrato. Del mismo modo, se omite señalar en el Código Civil el concepto jurídico que se debe entender por la figura del matrimonio, por cuanto que se hace alusión en el capítulo respectivo sobre los esponsales, e inclusive se define a esta institución como "la promesa de matrimonio que se hace por escrito y es aceptada" (9), pero de ninguna forma se deben confundir los conceptos de matrimonio y esponsales, pues si bien es cierto que éstos constituyen un acto previo para la celebración de aquél, no menos cierto es que no pueden mezclarse ya mayor abundamiento, en el artículo 142 de dicho ordenamiento se establece: "los esponsales no producen obligación de contraer matrimonio...", de lo que se infiere el carácter autónomo de ambas figuras.

(8) Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Ediciones de la Gaceta Informativa de la CFE. 3a. Edición. Pág. 134.

(9) Leyva Gabriel-Lisandro Cruz Ponce. Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal. Colección Themis Chapultepec. 1978. Pág. 39.

No obstante lo anterior, conviene destacar que el maestro Rafael Rojina Villegas, argumenta que el matrimonio "se presenta como una manifestación libre de voluntades entre hombre y mujer que se unen para constituir un estado permanente de vida y perpetuar la especie" (10). Del anterior concepto se puede observar que los elementos que lo conforman son los que se han venido señalando, como la manifestación libre de voluntades, la permanencia y la continuación de la especie, además de que se aprecia que dicho concepto puede ser influenciado por ideas religiosas, para convertirse en un sacramento, o bien puede atribuírsele el carácter de contrato, según los diversos derechos positivos que le dan ese tratamiento a partir de la separación de la Iglesia y el Estado, o en su caso, se la puede tomar como un acto de naturaleza compleja, según el punto de vista por el cual se analiza.

2.- NATURALEZA JURIDICA Y FINES.

Ya hemos visto que el concepto de matrimonio puede ser analizado desde diversos puntos de vista, sea por el eclesiástico, bien por el Estado, o como un acto complejo, y en tal virtud, trataremos de abordar en este punto del tema, la razón por la cual se afirma que puede ser un sacramento, un contrato, o bien, que existe una zona mixta en que la Iglesia y el Estado tienen título para inmiscuirse, aunque en distinto aspecto.

Existen algunas nociones fundamentales que conciernen de un modo especial al matrimonio entendido como sacramento, que deben tomarse en consideración.

Al efecto, debe tenerse presente:

(10) Rojina Villegas Rafael. Compendio de Derecho Civil. Tomo I. - Editorial Antigua Librería Robredo. México. Pág. 278.

a) Que el matrimonio entre bautizados debe ser necesariamente - un sacramento, como lo precisa el c anon 1012, al cual ya nos hemos referido.

b).- Que desde el punto de vista dogmático, los ministros del sacramento, son los mismos contrayentes que se lo confieren y reciben mutuamente al declarar en presencia de los testigos y del ministro del culto, quererse unir en matrimonio.

c) Que el ministro del culto, solamente desarrolla en el momento de la celebración del matrimonio, la función de testigo calificado o testigo de calidad.

d) Que el matrimonio entre infieles no es sacramento, pero automáticamente puede convertirse en tal, en cuanto ambos contrayentes hayan recibido el bautismo, en el caso naturalmente, que su matrimonio haya sido válidamente contraído.

e) Que el matrimonio goza del llamado favor jur s, en virtud del cual, una vez celebrado debe considerarse válido hasta en tanto no se demuestre claramente su invalidez, y en caso de duda, se debe decidir en favor de la validez del matrimonio, según lo determina el c anon 1014, salvo la excepción prevista por el mismo dispositivo, en virtud de la cual si hay duda acerca de la validez del vínculo contraído, en la infidelidad, y uno de los cónyuges se convierte, el matrimonio se presume inválido en favor de la f , hasta en tanto no se pruebe su validez.

Al efecto, se transcriben los cánones de referencia y que a la letra dicen:

1014. "El matrimonio goza del favor del derecho, por consiguiente, en caso de duda se debe estar por la validez del matrimonio, - mientras no se demuestre lo contrario, salvo lo que se prescribe en el c anon 1127".

1127. "En caso de duda, el privilegio de la fé goza del favor del derecho" (11).

Es decir, este último precepto constituye una excepción al principio general establecido en el primero de los numerales citados.

Naturalmente que para el matrimonio sacramento, es necesario la calidad del bautizado, pues así se desprende de la lectura del cánon 1012 en su primer párrafo que establece: "Cristo Nuestro Señor elevó a la dignidad de sacramento el mismo contrato matrimonial entre bautizados". (12)

Una vez secularizado el matrimonio, por los protestantes primero y por la revolución francesa más tarde, la legislación estatal que se proclamó autónoma, siguió una vida independiente con el matrimonio civil; en cambio, la Iglesia prosiguió la suya, la que había seguido siempre.

Pasemos ahora a analizar el matrimonio como contrato, desde el punto de vista del derecho canónico, y como tal, diremos que el matrimonio es un contrato en el que se comprenden todos los elementos esenciales, sin los cuales, ningún contrato puede existir como son: a) Las personas que lo realizan; b) El objeto sobre el que versa y c) El consentimiento de la voluntad que le da ser y forma.

Las personas que lo realizan han de ser por necesidad un hombre y una mujer.

Pueden ser sujetos del contrato matrimonial todo hombre y toda mujer, capaces de expresar válida y lícitamente el consentimiento.

Al efecto, es necesario que se trate de personas que no solamente estén dotadas de discernimiento específicamente para el consentimiento matrimonial, sino que es necesario que no estén obstaculizados para

(11) Migulez-Alonso-Cabreros. Op. Cit. Págs. 339 y 377.

(12) Idem. Pág. 338.

emitirlo por un impedimento, sea impediante o dirimente, que pueda derivarse o del derecho divino, o de las leyes positivas humanas promulgadas por la autoridad legítima.

El objeto del matrimonio, son los cuerpos de los contrayentes - cuyo dominio se entregan éstos recíprocamente, para usar de ellos en orden a la propagación de la especie.

Esto es, el objeto del matrimonio entendido como contrato, son de un lado los mismos contrayentes, mientras que por el otro, lo es la comunión perpetua y exclusiva de vida que ya hemos hablado.

De un modo particular, el objeto del consentimiento del matrimonio o matrimonial, está determinado por el cánón 1081 segundo párrafo que prescribe: "El consentimiento matrimonial es el acto de la voluntad por el cual, ambas partes aceptan el derecho perpetuo y exclusivo sobre el cuerpo, en orden a los actos que de suyo son aptos para engendrar prole". (13)

El matrimonio es un contrato, por consiguiente, el consentimiento de las partes es absolutamente necesario por derecho natural.

Este consentimiento debe ser interno y exteriormente manifestado, si falta uno u otro, no puede haber matrimonio, pues así se desprende de la lectura del primer párrafo del concepto aludido anteriormente, que menciona: "El matrimonio lo produce el consentimiento entre personas hábiles según derecho, legítimamente manifestado, consentimiento que por ninguna potestad humana puede suplirse". (14)

Según el derecho canónico, el contrato matrimonial lo instituyó Dios al crear a nuestros primeros padres, permaneciendo en estado de contrato natural, hasta el advenimiento de Cristo.

A pesar de ser institución divina, puede la potestad humana competente legislar acerca de él, pero siempre y cuando respete aque---

(13) Miguelez-Alonso-Cabreres. Op. Cit. Págs. 359 y 360.

(14) Idem. Pág. 359.

llas características que le son peculiares por derecho natural y divino y como tales inmutables.

Por lo tanto, este contrato natural es el que elevó Cristo a la dignidad de sacramento, sin inmutar en lo más mínimo su carácter de contrato, de lo que se desprenden dos situaciones:

a) Que el sacramento no resulta del contrato natural y de otro elemento extrínseco a él, sino que el mismo contrato matrimonial entre cristianos es sacramento, y el sacramento en su integridad, es contrato.

b) Que siendo una misma cosa el contrato y el sacramento, no hay posibilidad de separar uno de otro, tratándose de matrimonio entre cristianos.

En consecuencia, sino hay contrato válido, no hay sacramento, y si no hay sacramento, no hay contrato.

En cuanto a los fines del matrimonio, en el derecho eclesiástico los hay primarios, como la procreación y la educación de la prole y secundarios, como la mutua ayuda y remedio a la concupiscencia.

Los mismos fines explican, de acuerdo con la doctrina de la Iglesia, las propiedades esenciales del matrimonio, que son: La unidad, que impide la poligamia simultánea, y la indisolubilidad, que excluye el divorcio, como lo veremos en el capítulo correspondiente.

El pensamiento agustiniano, ha reunido los fines y propiedades del matrimonio, en su famosa teoría de los tres bienes, que para el matrimonio cristiano son inseparables e insuprimibles:

a) El bien de la prole, que es el derecho de procrearla y educarla.

b) El bien del sacramento, que es la indisolubilidad del vínculo,

y

c) El bien de la fidelidad, que es el derecho de cada uno de los

cónyuges a la exclusividad, en lo que toca a la satisfacción del débito conyugal por la otra parte, y a la recíproca fidelidad en el cumplimiento de los demás deberes conyugales.

De aquí se deriva que si en uno u otro de los cónyuges, o pero aún, en ambos, hay en el momento en que contraen matrimonio la clara y decidida voluntad de excluir uno solo de los tres bienes, se realiza un matrimonio nulo, ya que no se expresa el consentimiento preciso y necesario para tal negocio.

Para la legislación francesa, el matrimonio es un contrato, no obstante que esa idea sea rechazada por numerosas personas, y esto se debe por lo general, a una preocupación religiosa, porque en la doctrina canónica, la institución del sacramento del matrimonio ha absorbido al contrato.

Pero la ley, que se estatuye para un pueblo que practica religiones diferentes, y que comprende al mismo tiempo, a personas que no practican ninguna, no puede hacer suya una concepción religiosa.

Por eso, en Francia durante el siglo XVI, se difundió una teoría teológico jurídica, que separaba dentro del matrimonio, el contrato del sacramento, ya que la regulación del contrato es competencia exclusiva del Estado, pero es supuesto para recibir el sacramento del matrimonio.

En el fondo, el matrimonio no es sino la unión sexual del hombre y la mujer, elevada a la dignidad de contrato por la ley, y de sacramento por la religión, porque quienes reclaman el título de esposos, comprenden todo el alcance de su unión y aceptan todas sus consecuencias y deberes.

Actualmente, el derecho francés considera el matrimonio, como un contrato exclusivamente civil; sólo la ley reglamenta sus condiciones, forma, efectos y nulidades. En esta forma, se ha producido para el matrimonio; lo mismo que aconteció respecto de los registros del

La Constitución de 1791, formuló el principio de que sólo la ley considera el matrimonio como un contrato civil; sin embargo, fue la ley de 20-25 de septiembre de 1792 la que aplicó este principio, creando los oficiales del estado civil; mientras tanto, numerosos matrimonios se habían celebrado ante los notarios.

De la aplicación de dicha Constitución se desprende, que el matrimonio es un contrato solemne, es decir, no basta la voluntad de las partes: se requiere el empleo de una forma especial, organizada por la ley.

La forma especial, consiste en la presencia personal de los dos esposos y en la celebración del matrimonio por un oficial del estado civil, que representa a la ley y al Estado y que interviene para dar al matrimonio carácter público.

Por lo tanto, todo matrimonio contraído sin la forma especial o celebrado por un notario u otro agente, es nulo y no existe ante los ojos de la ley. En consecuencia, el matrimonio religioso no tiene ningún valor y la ley sólo se ocupa de él, para prohibir a los ministros de los diferentes cultos que procedan a realizarlo, antes de la celebración del matrimonio civil.

Se dice que el matrimonio es un contrato, porque por una parte es el resultado de una concordia de voluntades y por otra, produce derechos y obligaciones y en tal virtud, nos trae como resultado la concepción clásica de lo que es el contrato.

Cierto es que el matrimonio no es un contrato como los demás, que la voluntad autónoma de las partes no puede regular libremente sus efectos, ni decidir la disolución, o introducir en él modalidades, como puede hacerse en los contratos referentes al patrimonio; como tampoco podemos perder de vista que el matrimonio como contrato, no puede disolverse mediante un divorcio concedido por la voluntad -

de uno solo de los esposos, porque esta facilidad de ruptura haría de él un contrato más frágil que los otros, puesto que, en principio, - los contratos no pueden disolverse más que por la voluntad común de - los dos contratantes.

En cuanto a los fines del matrimonio en el derecho francés, ya he mos visto que en las definiciones de diversos autores que hemos cita- do, se infieren dichos fines, como es el caso de Colín y Capitant, - quienes sostienen en su concepto de matrimonio que presentan los fi- nes de carácter esencial, como lo es la unión para vivir en común de los esposos y prestarse mutua asistencia y socorro.

Por otra parte, al examinar el concepto sustentado por Portalis, nos hemos percatado de que se llega a criticar, por hacer de la pro- creación de los hijos, la finalidad esencial del matrimonio.

En este sentido, no se puede plantear como tal finalidad, en te- sis general y de acuerdo con Portalis, la proposición de que el matri- monio tiene como fin la procreación de hijos, porque es lícito entre ancianos, entre enfermos, porque puede ser contraído incluso, por un moribundo. Todo lo que se puede decir, es que el matrimonio encuentra su razón de ser objetiva; pero no con ocasión de cada caso particular en la necesidad de perpetuar la especie, de procrear hijos.

Sin embargo, se puede asegurar que, de la unión o asociación de - los esposos, se originan los deberes comunes de los padres hacia los hijos, por cuanto que la unión prolongada del padre y de la madre, - constituye el medio de cumplir esos deberes. La debilidad del niño, - a quien la madre es incapaz de proteger sola, es la que impone al hom- bre esta unión perpetua.

Si admitimos esta última opinión, podemos consentir en la afirma- ción de que la procreación de los hijos, como también su protección y educación, son la verdadera razón de ser del matrimonio.

Respecto del cuestionamiento que se hace para determinar si el matrimonio es un contrato en el derecho español, debemos tomar en consideración dos supuestos:

a) Si por contrato se entiende un acuerdo de voluntades encaminadas a provocar un efecto jurídico, no cabe duda que el matrimonio es un contrato.

b) Por otra parte, si por contrato se entiende un acuerdo de voluntades encaminadas no sólo a crear una relación jurídica, sino además a establecer las reglas que han de regirla, y a conservarla en tanto que ambas voluntades no estén conformes en que tal relación cese, entonces es evidente que el matrimonio no es un contrato, porque si bien la voluntad de los contrayentes da vida a la relación, no queda a su arbitrio el establecimiento de los derechos y deberes inherentes al matrimonio y mucho menos, le es permitida la disolución de la relación por mutuo disenso.

En la doctrina del derecho matrimonial español, se habla de dos sistemas: El del matrimonio civil necesario y el del matrimonio civil subsidiario.

El sistema de matrimonio civil necesario o único, implica que el Estado no reconoce como tal matrimonio, sino al civil, y que únicamente de él hace derivar efectos civiles, y precisamente todos los efectos civiles, desde la nulidad, si media una prohibición matrimonial establecida por la ley civil, hasta la posibilidad de instar el divorcio vincular cuando el Estado lo admite.

Por regla general, los estados que siguen este sistema no prohíben ni coartan que con anterioridad o posterioridad a la celebración del matrimonio civil, celebren los contrayentes las ceremonias religiosas que su conciencia les dicte, y únicamente se limita a no atribuirles eficacia civil alguna.

El sistema de matrimonio civil subsidiario, adoptado principalmente por las naciones católicas declara el matrimonio canónico necesario para los católicos, y consiente el meramente civil, como remedio para que los acatólicos, no admitidos a aquél, puedan constituir sus familias.

Se ha sostenido con anterioridad, que algunas instituciones de derecho canónico han pasado a formar parte de otros sistemas normativos y el derecho matrimonial español, no podía ser la excepción, por lo que en un principio el matrimonio en España fue el mismo que se aplicaba en el derecho canónico exclusivo u obligatorio y el poder civil reconoció la aplicabilidad en España, de las normas emanadas de la Iglesia.

Posteriormente, proclamada la primera República, cuya Constitución de 1869, estableció la libertad de cultos, fue promulgada la ley provisional de matrimonio civil el 18 de junio de 1870, que instauró radicalmente el sistema de matrimonio civil único y obligatorio.

Después de una serie de reformas, el sistema matrimonial vigente en España, es el determinado por el Código Civil, de matrimonio civil subsidiario.

Respecto de los fines del matrimonio en el orden jurídico hispano, la doctrina mantiene la posición en el sentido de que el matrimonio está destinado a legitimar el establecimiento de una comunidad permanente de vida entre varón y mujer encaminada principalmente a procrear y cuidar a la descendencia.

Como se puede apreciar, el concepto y fundamento del matrimonio -- antes precisado, se encuentran plasmados en diversas definiciones, a las cuales hemos aludido, e inclusive, en el acto de celebración del matrimonio, el juez municipal, debe ordenar la lectura del artículo 56 del Código Civil, que establece los fines del matrimonio, hecho lo anterior, preguntaré a cada uno de los contrayentes si persiste en celebrar

el matrimonio y si efectivamente lo celebra.

Por lo que hace a la naturaleza jurídica del matrimonio y a sus fines, en el Derecho Alemán, cabe mencionar que en principio estuvo influenciado por los ordenamientos jurídicos que han sido examinados y de ahí que se presenten diversas facetas que serán analizadas.

Después de haber recibido el influjo del matrimonio sacramento del derecho canónico, del contrato matrimonial del derecho francés y de los sistemas jurídicos del orden jurídico español, se estableció en el derecho germano un derecho matrimonial puramente confesional que se aplicaba a las personas según las religiones que profesaban y así a los católicos, protestantes y judíos les era aplicable el derecho matrimonial de su creencia.

A veces también las leyes particulares, en caso de regulación estatal exhaustiva del matrimonio, conservan una coloración confesional o en caso de regulación estatal insuficiente, dejan como derecho supletorio, el de cada confesión.

Más adelante, el Estado crea una forma civil estatal de conclusión del matrimonio, reconociendo así la posibilidad de contraerlo sin la intervención eclesiástica, por lo que se habla de matrimonio civil, que es reconocido con diferente intensidad en las nuevas leyes matrimoniales estatales a saber:

a) Como matrimonio civil subsidiario, ya sea sólo para ciertos grupos de personas (como los judíos o disidentes), ya para matrimonio mixto u otros casos en que los contrayentes no puedan obtener una bendición eclesiástica.

b) Como matrimonio civil facultativo, en el cual, los interesados pueden casarse a su elección ante un eclesiástico o ante el oficial del estado civil.

c) Como matrimonio civil obligatorio, en virtud del cual, el matri

monio sólo puede contrarse ante los funcionarios del Estado, ya que la intervención del eclesiástico carece de trascendencia jurídica.

El matrimonio civil obligatorio del derecho alemán, se basa en una recepción del orden jurídico francés. Prusia lo instaura en 1874 y el Reich en la ley del Estado civil de 1875.

Los deberes eclesiásticos respecto del matrimonio, no tienen trascendencia civil. Su infracción sólo produce penas eclesiásticas su cumplimiento no sustituye el de los requisitos o deberes de la ley civil.

En particular, la bendición eclesiástica sin matrimonio civil es jurídicamente ineficaz, y para evitar los matrimonios válidos sólo ante la ley eclesiástica, la ley prohíbe y sanciona con penas la celebración del matrimonio religioso antes del civil, a menos que uno de los prometidos se encuentre en pena de muerte y la ceremonia religiosa no pueda aplazarse; pero ni aún en este caso excepcional, la bendición eclesiástica engendra matrimonio.

En lo relativo a los fines del matrimonio, la doctrina alemana se une como se ha manifestado, a las diversas aseveraciones sostenidas por los ordenamientos jurídicos que se han analizado, y así las cosas, se advierte que los fines del matrimonio consisten en el establecimiento de una comunidad de vida derivada de la unión o asociación del hombre y de la mujer.

El moderno derecho germánico, ha destacado como finalidad del matrimonio, el deber de los cónyuges de vivir juntos y en tal virtud, si la formación de un pleno consorcio de vida es según el ordenamiento jurídico, el fin del matrimonio, nada se dice en cambio sobre la intención de los contrayentes encaminada a la obtención de este fin y por lo tanto, de la misma forma que un hombre y una mujer pueden convenir en vivir juntos sin contraer matrimonio, pueden también contraerlo, sin querer fundar esa comunidad; pero el ordenamiento jurídico ignora esa voluntad de excluir la comunidad conyugal.

En el derecho civil mexicano, los autores discuten sobre la naturaleza jurídica del matrimonio, considerándolo sobre diversos puntos de vista, a saber:

a) Algunos afirman que el contrato de adhesión es equiparable al matrimonio, olvidándose que en el primero, una de las partes impone a la otra el conjunto de derechos y obligaciones derivadas del mismo contrato, en tanto que en el matrimonio, ninguna de las partes por sí misma puede imponer a la otra el conjunto de deberes y derechos propios del estado civil.

b) Otros autores siguiendo a León Duguit, afirman que el matrimonio es un acto condición. Por acto condición se entienda aquella situación creada y regida por la ley, cuya creación tiene lugar, subordinada a la creación de ese acto, en este caso el matrimonio.

En el acto condición, los efectos jurídicos del acto, se producen cuando se han reunido todos los elementos que la ley establece.

Sin embargo, en el matrimonio putativo, que es aquel celebrado de buena fe por ambos consortes, pase a que el acto es nulo, se producen todos los efectos del mismo, en favor de los hijos, o en favor del cónyuge de buena fe, como si se hubiesen reunido todas las condiciones establecidas por la ley para la validez del acto.

c) Para Cicu, el matrimonio es simplemente "un acto de poder estatal, cuyos efectos tienen lugar no tanto en virtud del acuerdo de los contrayentes, sino en razón del pronunciamiento del juez del Registro Civil que declara unidos a los consortes en nombre de la sociedad y de la ley". (15)

Conviene destacar que este autor se olvida que no basta el pronunciamiento del Juez del Registro Civil, sino que se requiere también -

(15) Rojas Villegas Rafael. Op. Cit. Pág. 237 y 238.

de la declaración de voluntad previa de los contrayentes; es decir, el estado no puede imponer por un acto unilateral soberano, los deberes, ni hace nacer entre los cónyuges las obligaciones propias de los consortes.

d) Existe también la teoría de que el matrimonio es un acto jurídico mixto, para lo cual, se hace la distinción de que en el derecho nos encontramos con actos jurídicos privados, actos jurídicos públicos y - actos jurídicos mixtos.

La primera clase de actos jurídicos enunciados, se realiza por la intervención exclusiva de los particulares; los segundos, por la intervención de los órganos estatales y los terceros, por la concurrencia - de particulares como de funcionarios públicos en el acto mismo, haciendo sus respectivas manifestaciones de voluntad.

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

e) Por último, se afirma que el matrimonio es un contrato ordinario y ésta ha sido la tesis tradicional desde que se separó el matrimonio civil del religioso, pues tanto en el derecho positivo, como en la doctrina, se le ha considerado fundamentalmente como un contrato, en el cual existen todos los elementos esenciales y de validez de dicho - acto jurídico.

En efecto, ya hemos visto el tratamiento que le da la Constitución de 1917, en el artículo 130, en donde le otorga la categoría de contra

to, así como en diversos numerales del Código Civil vigente, concretamente los dispositivos 146, 156 y 178 que establecen:

"Artículo 146.- El matrimonio debe celebrarse ante los funcionarios que establece la ley, y con las formalidades que ella exige.

Artículo 156.- Son impedimentos para celebrar el contrato de matrimonio...

Artículo 178.- El contrato de matrimonio debe celebrarse bajo el régimen de sociedad conyugal o bajo el de separación de bienes" (16)

Aun cuando es indudable que nuestros textos legales han venido insistiendo en la naturaleza contractual del matrimonio, no menos cierto es que tal punto de vista sólo tuvo por objeto separar de manera radical el matrimonio civil del religioso; es decir, negar el principio consagrado por el derecho canónico que dio carácter de sacramento al matrimonio. Por ésto, en el artículo 130 de la Constitución vigente, ya hemos visto, se afirma que el matrimonio como contrato civil es de exclusiva competencia de los funcionarios y autoridades del orden civil. Esto es, no debe considerarse que el legislador mexicano al afirmar que el matrimonio es un contrato, quiso equipararlo en sus efectos y disolución al régimen general de los contratos, sino que, su intención fue solamente negar a la Iglesia toda injerencia en la regulación jurídica del matrimonio, en la celebración del mismo, en las consecuencias del divorcio y en los impedimentos para ese acto.

De todo lo anterior se desprende, que no puede aplicarse a la regulación misma del acto en cuanto a los derechos y obligaciones que origina, el sistema contractual. Es decir, no sólo no se pueden alterar las obligaciones y facultades que imperativamente establece la ley, sino que tampoco pueden los consortes pactar términos, condiciones o modalidades, que afecten a este régimen que se considera de interés público.

(16) Leyva Gabriel-Lisandro Cruz Ponce. Op. Cit. Págs. 40, 41 y 46.

En este sentido, es de aplicación el artículo 60. del Código Civil, - conforme al cual, la voluntad de los particulares no puede eximir de la observancia de la ley, ni alterarla o modificarla. El mismo precepto permite que se renuncien los derechos privados que no afecten directamente al interés público y es indiscutible que una renuncia en cuanto a los derechos y obligaciones que derivan del matrimonio, sí afectan gravemente al interés público.

Ya hemos visto que en las diversas legislaciones que se han venido analizando, sostienen la idea de que los fines del matrimonio consisten en la ayuda mutua que se deben los cónyuges, la perpetuación de la especie; y el derecho positivo mexicano, se muestra anuente con ese criterio, aunque no expresamente; pero sí de una forma implícita se derivan dichos fines, en base a la lectura de los artículos 147 y 132 del Código Civil, que determinan:

"Artículo 147.- Cualquiera condición contraria a la perpetuación de la especie, o a la ayuda mutua que se deben los cónyuges, se tendrá por no puesta".

"Artículo 132.- Son nulos los pactos que los esposos hicieron contra las leyes o los naturales fines del matrimonio". (17)

3.- ACTOS PRELIMINARES AL MATRIMONIO.

En algunos lugares como son aquellos en que tiene aplicación el derecho canónico, se acostumbra, aunque no es necesario en otros sitios - como se verá en su oportunidad, hacer preceder al matrimonio de una promesa contractual de futuro matrimonio, que deberá contraerse en el término fijado o en el plazo acostumbrado.

Según el cánón 1017 del Código de Derecho Canónico, la promesa puede ser unilateral o bilateral. En el segundo caso, constituye los llamados esponsales.

Al efecto, se transcribe el primer párrafo del citado dispositivo, que determina:

"La promesa de matrimonio, tanto la unilateral como la bilateral o esponsalicia, es nula en ambos fueros si no se hace por medio de la escritura firmada por las partes y además por el párroco u Ordinario del lugar, o al menos por dos testigos". (18)

Para que el contrato de esponsales tenga validez, es necesario que concurren las siguientes condiciones:

- a) Capacidad de las partes, que es la misma que se requiere para el matrimonio;
- b) Consentimiento no viciado de ambos contrayentes;
- c) Objeto jurídicamente lícito, y ciertamente no habría tal en un matrimonio futuro al que obstase, por ejemplo, un impedimento dirimente;
- d) La forma escrita.

Por lo que en particular concierne a la forma, el precepto de referencia establece la nulidad de los esponsales, si éstos no resultan de documento firmado por las dos partes y por el párroco o el Ordinario -

(18) Miguelez-Alonso-Cabreros. Op. Cit. Pág. 340.

del lugar, o a falta de uno u otro de éstos dos últimos, por dos testigos.

El contrato de esponsales, válidamente concluído, obliga a realizar el matrimonio, sin embargo, en caso de incumplimiento, la parte perjudicada, no tiene acción para constreñir a la otra parte a la celebración del matrimonio, ni mucho menos para impedir el matrimonio de quien no cumplió, con una tercera persona; y ésto en virtud del principio de la libertad del consentimiento matrimonial.

La parte perjudicada sólo puede actuar en juicio para obtener, el resarcimiento de los daños.

Todo lo anterior, de conformidad con lo dispuesto en el tercer párrafo del numeral que se ha venido mencionando, que dispone:

"Sin embargo, de la promesa de matrimonio, aunque sea válida y no haya causa justa alguna que excuse de cumplirla, no se origina acción para exigir la celebración del matrimonio; pero sí para exigir reparación de daños, si hay lugar a ella". (19)

Por otra parte, conviene mencionar que la promesa puede rescindirse por mutuo consentimiento, o porque sobrevenga un impedimento dirimente (ordenación, profesión religiosa, impotencia), o por el transcurso del tiempo fijado para la celebración de las nupcias, sin que ninguna de las partes requiera a la otra para la realización, o por culpa posterior de la otra parte (herejía, fornicación), o bien por dispense de la Santa Sede.

Otro de los actos preliminares a la celebración del matrimonio en el derecho eclesiástico, lo constituye la investigación pre-matrimonial del párroco, por lo que teniendo como base el principio establecido en el cánón 1019, primera parte, a cuya virtud "antes de celebrar el matri

(19) Miguelez-Alonso-Cabreros. Op. Cit. 340.

monio, debe constar que no hay nada que se oponga a la validez y licitud de su celebración". (20), el párroco competente ha de realizar una oportuna investigación que le servirá para comprobar:

a) Por lo que hace a la validez de la futura celebración nupcial, la existencia de bautismo válido entre los contrayentes y la inexistencia de impedimentos dirimentes y de hechos que puedan excluir o limitar la libertad de consentimiento.

Cuando se trate de matrimonio en peligro de muerte, y falta de otra prueba se admite la afirmación jurada de los contrayentes, con la cual declaran éstos haber recibido el bautismo y ser libres de cualquier impedimento, esto con fundamento en la segunda parte del cánon 1019 que establece:

"En peligro de muerte, si no pueden adquirirse otras pruebas, basta la afirmación jurada de los contrayentes de que están bautizados y no tienen impedimento, si es que no hay indicio de lo contrario"(21).

No obstante lo anterior, fuera de peligro de muerte, no le es lícito al párroco, ni aún para sacar a los contrayentes de estado de concupinato, o para evitar el matrimonio civil, asistir al matrimonio sin antes comprobar legítimamente el estado de libertad de aquellos.

b) Por lo que mira a la licitud de la celebración del matrimonio, la inexistencia de impedimentos impeditivos y, además, la existencia de la suficiente preparación religiosa de los esposos y del conocimiento de las obligaciones que el matrimonio trae consigo.

Tal investigación deberá realizarse con todo los medios que se consideren útiles para el fin, y en particular, mediante el interrogato--

(20) Miguelez-Alonso-Cabreros. Op. Cit. 340.

(21) Ibidem.

rio de los contrayentes con juramento de los mismos, si se hace necesario, así como con certificados del bautismo y la confirmación sacada de los libros respectivos y sobre cualquier otra cosa que considere necesaria examinar mediante la audición de testigos.

Además, el párroco deberá cerciorarse de que los contrayentes están suficientemente instruidos en la doctrina cristiana, habrá de advertirles sobre sus recíprocos deberes conyugales y sobre sus obligaciones para con la prole, y les exhortará a confesarse y comulgar antes del matrimonio, pero si no quieren hacerlo, no por eso se les va a impedir el matrimonio.

Por último, la ley canónica impone al párroco competente, la obligación de proceder a las llamadas amonestaciones, que consisten en avisos dados al público del matrimonio en cuestión, a fin de hacer posible que todos aquellos que tengan noticia de cualquier impedimento canónico, entre los contrayentes, lo pongan a tiempo en conocimiento del párroco o del Ordinario.

Por regla general, las amonestaciones son obligatorias salvo algunas excepciones como son:

- a) Que no puedan realizarse por razones particularmente graves o urgentes (peligro de muerte).
- b) Que haya costumbre en contrario, como es el caso del matrimonio de personas de familias reales.

Las amonestaciones deben hacerse por el párroco competente o por otro sacerdote por él comisionado, oralmente, en la iglesia, durante la misa parroquial u otros oficios públicos (como las vísperas), durante tres días consecutivos de fiestas o como desde hace algún tiempo viene haciéndose en las grandes ciudades, por avisos escritos y deben fijarse con permiso del ordinario a la puerta de la iglesia parroquial, los cuales deben indicar los datos aptos para identificar a los esposos y a los padres de éstos.

En el derecho francés moderno, está consumada la ruina de los esponsales como institución jurídica, ya que de conformidad con el ordenamiento legal francés, toda promesa de matrimonio es nula, por cuanto que las partes deben llegar al oficial del estado civil, con plena independencia a fin de que el consentimiento que otorguen en esos momentos sea realmente libre; la ley no reconoce ningún otro consentimiento.

No se reconoce en ningún grado de validez la promesa de matrimonio, no produce ningún efecto, ni impide otro matrimonio, ni crea obligación alguna para el promitente y la acción de daños y perjuicios no tiene su fuente en la ruptura, sino que esta acción resulta del artículo 1382 que prescribe: "Todo hecho ilícito que causa daño a otro obliga a su autor a repararlo". (22)

En consecuencia, quien sin motivos serios, rompe en el último momento un proyecto de matrimonio, cuando la otra parte haya ya hecho gastos, comprando muebles, alquilando un apartamento, le hace sufrir por su ligereza un daño que debe reparar.

Por lo tanto, el sistema jurídico francés, haciendo a un lado la figura de los esponsales, establece como formalidades previas al matrimonio, la publicación, las oposiciones al mismo y los documentos que deben entregarse al oficial del estado civil.

Respecto de la publicación, debemos decir que el matrimonio debe ser precedido de un anuncio público, que de él se haga, debiendo transcurrir un cierto plazo entre esta publicación y la celebración de aquél.

Resulta interesante para asegurar el respeto de la ley, que el

(22) Planiol, Marcel.- Tratado Elemental de Derecho Civil. Traducción del Lic. José M. Cajica Jr. Vol. I. Editorial José M. Cajica Jr., S.A. México. Pág. 336.

oficial público esté advertido de los impedimentos que existen para celebrar el matrimonio y para ello, la ley ha organizado dos procedimientos particulares: la publicación del matrimonio y las oposiciones a éste. La publicación está destinada a provocar las oposiciones; para conocer al público el proyecto de matrimonio y se espera que si existe un impedimento será conocido de algunas personas y que éstas se apresurarán a denunciarlo, deberá fijarse primeramente en los municipios donde puede celebrarse el matrimonio, después, en el domicilio último o de la última residencia y en el del nacimiento de las partes, si el domicilio o la residencia actual no tiene una duración de más de seis meses.

Así como en el derecho canónico se determina la posibilidad de la dispensa de las amonestaciones, en el sistema jurídico francés también existe la posibilidad en ciertos casos, de dispensar la publicación en determinadas circunstancias, como por ejemplo, en el supuesto de que alguno de los cónyuges se encuentre gravemente enfermo, o bien, con objeto de revelar a los terceros, el proyecto de matrimonio de dos personas que viviendo en estado de unión libre, pasan ante el público como casados.

En relación a las oposiciones al matrimonio, se argumenta que antiguamente no existía regla alguna que limitara la posibilidad de impedir los matrimonios, oponiéndose a ellos, toda vez que cualquier persona que quisiera oponerse a la celebración de un matrimonio, podría hacerlo por el motivo que fuese, originando esta libertad innumerales abusos: un pretendiente despreciado, una amante abandonada, un enemigo desconocido, un celoso, al oponerse provocaban retardos gastos, enojos y hasta a veces una ruptura.

Para impedir estas vejaciones, la Ley del 20 de septiembre de 1792, restringió el derecho de oposición en límites rigurosos, por lo que este derecho ya no se concede sino a un número de personas reduci

do, como lo son:

- a) el cónyuge de uno de los futuros esposos,
- b) los padres de cada uno de ellos,
- c) los demás ascendientes a falta de los padres,
- d) algunos colaterales próximos a falta de alguno de los anteriores,
- e) el tutor o curador de una de las partes, y
- f) el Ministerio Público.

El último de los actos preliminares al matrimonio que debe satisfacerse, lo constituyen los documentos que deben entregarse al oficial del Estado civil como son: las actas de nacimiento de los futuros cónyuges, los documentos en que conste el consentimiento de sus padres, - los certificados de publicación y el desistimiento de la oposición, - cuando ésta haya existido.

Ya hemos visto que a través del tiempo, la figura de los esponsales se ha venido derribando, como en el caso del derecho francés y - obviamente en el sistema jurídico español, lentamente los esponsales - fueron perdiendo importancia, hasta llegar a tal grado, que han caído en completo desuso pues no imponen obligación, salvo en conciencia de contraer el prometido matrimonio, ni engendran deber específico de fidelidad o ineptitud nupcial.

Los esponsales no producen hoy, sino el muy tasado efecto de originar una acción enderezada al resarcimiento de los gastos causados en - vistas del prometido matrimonio, y para que tal acción surja, es necesario que la promesa se haya hecho en una de las siguientes formas: en documento público, en documento privado, o a través de la iniciación - del expediente matrimonial en que se hayan publicado las proclamas.

Si se reúnen los dos requisitos expuestos, esto es, el de rehusarse al matrimonio y la injustificación de la causa, la parte que hubiere desistido del matrimonio estará obligada a resarcir a la otra, los

gastos que hubiere hecho por razón del matrimonio prometido; pero en ningún caso confieren los esponsales obligación de cumplir con la promesa matrimonial, ni indemnización de daño moral o de perjuicio. Esta acción caduca al año, contado desde la fecha en que la parte reclamante recibió la negativa a celebrar el matrimonio.

En el Derecho Alemán, los rasgos comunes de los esponsales entendidos como actos preliminares al matrimonio, aparecen como un contrato bilateral de derecho de obligaciones; que se celebra antes de la bendición nupcial, entre los titulares de la potestad sobre la mujer y el novio, y que obliga a los primeros a transmitir dicha potestad, y al segundo, a tomar como mujer a la novia y a una contraprestación. El novio puede constreñir al promitente a la tradición de la novia.

La coacción al casamiento ejercida contra la novia, no deriva de la promesa en la que no ha tomado parte, sino de la potestad a la que está sometida. Los esponsales del derecho germano, no establecen solamente una relación de derecho de obligaciones, sino también de derecho de familia.

El noviazgo produce ciertos efectos de derecho personal en concepto de efectos previos al matrimonio: la ruptura de los esponsales es tratada de una manera parecida al adulterio; el novio tiene pretensiones de indemnización contra terceros que se casen con la novia, la rapten o lesionen; el novio está obligado a contribuir al rescate cuando ella es librada de las manos de los enemigos.

Actualmente, los esponsales no son parte integrante del acto de conclusión del matrimonio. Puede contraerse matrimonio válido sin esponsales previos, y los vicios de éstos, no son vicios del matrimonio.

Pasaremos ahora a reflexionar un poco acerca de nuestro derecho positivo, y encontraremos que el artículo 139 del Código Civil, define a los esponsales como:

"La promesa de matrimonio que se hace por escrito y es aceptada, - constituye los esponsales". (23)

Algunos autores le otorgan a los esponsales el carácter de contrato, y en tal virtud sostienen que deben llenar todos los elementos esenciales y de validez que exigen respectivamente los artículos 1794 y 1795 del ordenamiento al que hemos hecho referencia, es decir, como elementos esenciales: el consentimiento y el objeto, y como requisitos de validez, la capacidad, la ausencia de vicios en el consentimiento, la forma y un motivo o fin lícitos.

En el artículo 139, se determinan los dos elementos esenciales de los esponsales, supuesto que el consentimiento se comprende por la ley, al hablar de la promesa de matrimonio y de su aceptación. Además, el objeto lícito queda determinado al indicar que se trata de una promesa de matrimonio.

En cuanto a los elementos de validez, se exige en el precepto legal antes invocado, que los esponsales consten por escrito, por lo que en consecuencia, será nula la promesa de matrimonio que se haga en forma verbal, aun cuando se pruebe su existencia.

Por otro lado, la ley exige determinada capacidad para celebrar los esponsales, dado que requiere que el hombre haya cumplido dieciseis años, y la mujer catorce. Además, cuando los comprometidos son menores de edad, se requiere que consientan en los esponsales sus representantes legales, pues sin este requisito, no producirían efectos jurídicos.

En el contrato de esponsales, el consentimiento deberá manifestarse libremente y en forma cierta, es decir, que no debe haber violencia, error o dolo, si existiere alguno de estos vicios, el contrato quedará afectado de nulidad relativa.

(23) Leyva Gabriel-Lisandro Cruz Ponce. Op. Cit. Pág. 39.

Los efectos de los esponsales para el caso de incumplimiento, son los declarados en el artículo 143 que determina:

"El que sin causa grave, a juicio del juez, rehusare cumplir su compromiso de matrimonio, o difiere indefinidamente su cumplimiento, pagará los gastos que la otra parte hubiere hecho con motivo del matrimonio proyectado.

En la misma responsabilidad incurrirá el prometido que diere motivo grave para el rompimiento de los esponsales.

También pagará el prometido que sin causa grave falte a su compromiso, una indemnización a título de reparación moral, cuando por la duración del noviazgo, la intimidad establecida entre los prometidos, la publicidad de las relaciones, la proximidad del matrimonio u otras causas semejantes, el rompimiento de los esponsales cause grave daño a la reputación del prometido inocente.

La indemnización, será prudentemente fijada en cada caso por el juez, teniendo en cuenta los recursos del prometido culpable y la gravedad del perjurio causado al inocente". (24)

Por lo anterior, debemos concluir que los esponsales no son obligatorios, puesto que no puede exigirse de manera coactiva su cumplimiento, y en consecuencia, se considera que propiamente no constituyen un contrato de derecho familiar.

En cuanto a los efectos que determina el artículo 143, se explican éstos considerando que hay un hecho ilícito sancionado por la ley, cuando se violan los esponsales, o bien, cuando el prometido diere motivo grave para el rompimiento de los mismos. Es decir, las consecuencias jurídicas se producen no por el contrato mismo, sino por el hecho ilícito a que antes se ha hecho referencia.

(24) Leyva Gabriel-Lisandro Cruz Ponce. Op. Cit. Pág. 39.

4.- REQUISITOS PARA CONTRAER MATRIMONIO.

Es necesario por regla general en el derecho eclesiástico, que existan tres condiciones fundamentales para la celebración del matrimonio, a saber:

a) La capacidad de los contrayentes, entendida en el sentido general de ausencia de los llamados impedimentos;

b) La existencia de consentimiento matrimonial suficiente, el cual, debe a tal efecto, no sólo ser actual, sino estar libre de vicios, tanto en su formación, como en su expresión;

c) La observancia de la forma prescrita.

Otro principio general que es necesario exponer aquí, es el establecido en el cánón 1035, en virtud del cual, "pueden contraer matrimonio todos aquellos a quienes el derecho no se los prohíbe". (25)

El matrimonio, es una de las cosas que le están permitidas a todos por derecho natural. El que a algunos no les esté permitido contraerlo, constituye la excepción a la regla general; excepción que ha de establecerse o por el mismo derecho natural, por ejemplo a los impotentes, o por el derecho divino, verbigracia, a los que tienen voto de castidad perfecta, o por el derecho humano, como en el caso de los que son primos.

La ley que establece la prohibición, constituye lo que se denomina impedimento, el cual, puede ser de dos clases, como más adelante se verá.

También se llama impedimento al hecho o a la circunstancia por la cual, la autoridad competente ha establecido la ley prohibitiva del matrimonio.

(25) Miguelez-Alonso-Cabreros. Op. Cit. Pág. 344.

En ese orden de ideas, es factible argumentar que los impedimentos son todas aquellas circunstancias que impiden la válida y lícita celebración del matrimonio. Deben éstos por tanto, considerarse como otros tantos motivos de excepción al principio de la capacidad general que hemos reconocido arriba, y por lo mismo, las normas que regulan dichos impedimentos, deben interpretarse siempre de un modo restrictivo.

Pasemos ahora a examinar los requisitos para contraer matrimonio señalados en el derecho francés, en el cual, notemos que sólo dos condiciones exige la ley moderna para que una persona posea, de una manera general, la aptitud para el matrimonio.

Al efecto, basta ser púber, y tener pleno ejercicio de sus facultades mentales.

La ley no exige la mayor edad, únicamente exige al menor proveerse del consentimiento de sus padres. Tampoco el derecho moderno toma en consideración la impotencia.

Tales son, las únicas condiciones exigidas de cada esposo individualmente. Además, la condición general, es decir fundamental de todo matrimonio, es la diferencia de sexos entre las personas que quieren contraerlo.

En todos los tiempos, la pubertad ha sido una condición del matrimonio, la naturaleza la impone. Pero como llega a una edad que varía de un individuo a otro, no podría pensarse, sin atentar contra el pudor, en una verificación directa. Por tanto, se ha establecido una edad a partir de la cual, se considera al individuo púber. De este modo existe una pubertad legal, que en algunos casos puede no coincidir con la pubertad real.

Según las tradiciones romanas, esta edad fue hasta 1792, de doce años para la mujer, y catorce para los hombres, tratábase de una púber

tad algo precoz. Probablemente esta presunción era correcta para los climas del sur; pero contraria para las condiciones de Francia y más aún para las regiones del norte.

Felizmente, las costumbres corregían la ley, y por lo general, no se celebraban entre personas tan jóvenes.

La ley del 20 de septiembre de 1792, exigió un año más fijando la pubertad según los sexos, en trece y quince años, mientras que el Código Civil la elevó a quince años cumplidos para la mujer y dieciocho años cumplidos también para el hombre.

Respecto de la segunda condición mencionada, conviene destacar que las personas que están totalmente privadas del uso de la razón, ya sea por locura o imbecilidad, son incapaces de contraer matrimonio por cuanto que no pueden manifestar su consentimiento y éste es esencial en el matrimonio, como en todos los actos jurídicos.

El matrimonio no sólo es un contrato que debe aceptarse una vez, sino también un estado que se prolonga, que debe durar toda la vida, con cargas pesadas, que quien se casa debe estar en posibilidad de soportar. Además, un loco es incapaz de cumplir con sus deberes de esposo una vez casado, como lo es de consentir en su matrimonio.

Sin embargo, cuando la locura presenta intervalos lúcidos, es posible el matrimonio, porque según la ley el único obstáculo que hay para su celebración, es la imposibilidad de consentir, reapareciendo la voluntad en estos intervalos. La solución que consiente el ordenamiento jurídico francés, estriba en que teniendo la persona durante este tiempo el uso de la razón, no cabe duda que el matrimonio contraído entonces es válido.

Por otra parte, siendo cada esposo apto para el matrimonio, es necesario que quienes pretendan casarse sean de sexo diferente. Esta condición es de tal manera evidente, que la ley no habla de ella, y

que sin embargo, debe ser verificada.

Ordinariamente, su existencia es indudable por sí misma, pero el oficial del Registro Civil tiene un medio jurídico para asegurarse de ella, ya que la ley exige que se le presenten las actas de nacimiento de los dos esposos, siempre que sea posible obtenerlas, y en ellas se indica el sexo del niño.

En la legislación española, podemos estudiar como requisitos para contraer matrimonio, las mismas que se indican en el texto francés.

La primera condición se refiere en cuanto a la diferencia de sexos, que tampoco el Código Civil Español enuncia, pero que es un supuesto, quizás el más esencial de toda la legislación del matrimonio.

La segunda condición a que se refiere el derecho peninsular, alude a la pubertad; ya que no pueden contraer matrimonio los varones menores de catorce años cumplidos y las mujeres menores de doce, también cumplidos.

Se tendrá no obstante por revalidado en el mismo acto y sin necesidad de declaración expresa, el matrimonio contraído por impúberes si un día después de llegar a la pubertad legal hubieren vivido juntos sin haber reclamado en juicio contra su validez, o si la mujer hubiere concebido antes de la pubertad legal o de haberse entablado reclamación.

El tercer requisito consistente en el consentimiento de los contrayentes, es indispensable para contraer matrimonio. El Código Civil exige la ratificación de los pretendientes y ordena al juez que les pregunte en el momento de la celebración si persisten en la resolución de celebrar el matrimonio y si realmente lo celebran.

El ordenamiento jurídico español, a diferencia del francés, autoriza el matrimonio celebrado por un mandatario, a quien se haya conferido poder especial, exigiendo en tal caso que antes de la celebra---

ción no se hubiere notificado al apoderado en forma auténtica la revocación del poder.

Por último, en la legislación española se exige el consentimiento paterno desde los códigos más antiguos, debiendo prestarlo el padre, - la madre y en caso de no existir éstos, otros parientes y hasta juntas de allegados o vecinos, en las cuales han visto algunos autores, precedentes del actual consejo de familia.

Respecto del derecho alemán, en cuanto a los requisitos para contraer matrimonio, debemos decir que el matrimonio se funda en virtud de un contrato formal, el cual, sólo es lícito concluir si concurren ciertos supuestos como por ejemplo, la edad núbil de los contrayentes y el asentimiento de sus representantes legales.

Las circunstancias por las cuales no es lícito contraer matrimonio siguiendo su terminología de los canonistas, se llaman impedimentos para el matrimonio.

Pero también, el mismo contrato de matrimonio puede adolecer de vicios ya por el defecto de forma, como es el caso de que los contrayentes no emitan ante el funcionario del estado civil sus declaraciones personalmente, o bien, por defectos materiales, en el supuesto de que una de las partes no tenga capacidad para celebrar actos jurídicos, o emita su declaración por error o coacción, lo que trae como consecuencia, que sea frecuente llamar impedimentos a estos vicios.

El Código Civil Alemán, distingue los requisitos esenciales del acto de conclusión del matrimonio y los no esenciales, es decir, de mero orden. Sin aquellos, la conclusión del matrimonio no puede ser válida y la violación de las disposiciones de mero orden hace ilícito el acto, pero no obsta a su validez.

Sólo es esencial la declaración personal, sin condición ni término de las partes, presentes simultáneamente ante el funcionario del esta-

do civil dispuesto a recibir las declaraciones de quienes contraen -- matrimonio entre sí. A las declaraciones, no se les puede introducir modalidad alguna, de lo contrario, no sería nula dicha modalidad, sino la conclusión misma del matrimonio, así como tampoco se permite la representación y por lo tanto, la declaración debe ser personalísima por parte de los contrayentes.

Se menciona asimismo, que es esencial la cooperación del funcionario del estado civil, consistente en estar dispuesto a recibir y recibir efectivamente, las declaraciones de los contrayentes. La declaración que hace el funcionario del estado civil, de estar dispuesto a -- recibir la de los contrayentes, es un acto estatal.

Por último, consideraremos nuestra legislación, acerca de los requisitos para contraer matrimonio, el cual, como acto jurídico que es, está constituido por ciertos elementos que lo integran, en ausencia de los cuales, no se puede concebir su existencia y además, es preciso, que se llenen los requisitos de validez, que la misma ley establece, por lo tanto se hace la distinción entre los elementos esenciales para la existencia del acto y los requisitos de validez.

El acto del matrimonio debe revestir una forma solemne prescrita -- por la ley, y se ha de cumplir también los requisitos necesarios para su validez.

En tal virtud, nos ocuparemos de analizar los elementos esenciales que son:

- a) la voluntad de los contrayentes;
- b) el objeto;
- c) las solemnidades requeridas por la ley.

Los requisitos de validez mencionados son:

- a) la capacidad;
- b) la ausencia de vicios de la voluntad;

- c) la licitud en el objeto, y
- d) las formalidades.

El acto de matrimonio exige el acuerdo de voluntades o consentimiento de los contrayentes para celebrarlo. No basta sin embargo, la existencia de tal consentimiento, se requiere que la concurrencia de voluntades sea declarada solemnemente, es decir, manifestada por los contrayentes ante el juez del Registro Civil, en el acto de la celebración del matrimonio.

Esto es, la voluntad se manifiesta a través de la declaración manifiesta de los contrayentes. Esta concurrencia de voluntades en el sentido de unirse en matrimonio, forma el consentimiento propiamente dicho, pero se requiere además la declaración del juez del Registro Civil, en el sentido de que los cónyuges quedan unidos en nombre de la sociedad y de la ley.

El objeto del acto consiste en que la vida en común entre un solo hombre y una sola mujer, se sujeta a un conjunto de relaciones jurídicas que ambos han convenido en crear por su propia voluntad.

El objeto directo consiste precisamente, en la creación de esos derechos y obligaciones entre los consortes y en relación con los hijos.

El matrimonio es un acto solemne y por lo tanto, las declaraciones de voluntad de los contrayentes deben revestir la forma ritual que la ley establece en ausencia de la cual, el acto de celebración del matrimonio, es inexistente.

El artículo 146 del Código Civil, dispone que el matrimonio debe celebrarse ante los funcionarios que establece la ley y con las formalidades, entendidas como solemnidades, que ella exige.

La capacidad de goce alude a la aptitud para la cópula entre los contrayentes, que la ley fija en la edad requerida para contraer matrimonio, a la salud física y mental de los contrayentes y a la no existencia de hábitos viciosos como la toxicomanía o el alcoholismo.

En cuanto a la capacidad de ejercicio para celebrar el acto del matrimonio, los menores de edad requieren el consentimiento de quienes ejercen sobre ellos la patria potestad o la tutela, aunque este consentimiento que es necesario, puede ser suplido por la autoridad administrativa, cuando los ascendientes o tutores lo nieguen sin causa justa.

Cuando faltan los padres o tutores, el juez de lo familiar de la residencia del menor, podrá prestar el consentimiento para que pueda celebrarse válidamente el acto.

La voluntad ha de estar exenta de vicios. El error vicia el consentimiento, si versa sobre la persona del contrayentes, cuando entendiendo celebrar el matrimonio con persona determinada, se contrae con otra.

La violencia, que consiste en la fuerza o miedo graves, tiene especial importancia en el caso de rapto; porque la voluntad de la raptada, no puede expresarse con libertad, hasta que se le restituya a lugar seguro, donde libremente pueda manifestar su voluntad.

La ilicitud del objeto, tiene lugar en el matrimonio:

a) Si existe parentesco por consanguinidad, por afinidad o por adopción, entre los cónyuges,

b) Si ha habido adulterio entre las personas que pretendan contraer matrimonio, siempre que este adulterio haya sido judicialmente comprobado,

c) El atentado contra la vida de uno de los cónyuges, para casarse con el que queda libre,

d) Por último, la bigamia.

Además de la solemnidad del acto a que nos hemos referido al tratar los elementos esenciales del matrimonio, es necesario que en su celebración, concurren otros elementos de forma que constituyen requisitos de validez y se refieren al contenido del acto del matrimonio; por lo que es necesario distinguir la solemnidad del acto, propiamente dicha, de -

las simples formalidades que deben contener el acta de matrimonio.

Son solemnidades que han de constar en el acta, las siguientes: la expresión de voluntad de los consortes de unirse en matrimonio en presencia del juez del Registro Civil, la declaración de dicho funcionario en el sentido de declarar a los contrayentes unidos en matrimonio, la existencia del acta en el libro del Registro Civil, así como los nombres y firmas de los contrayentes y del juez del Registro Civil.

En cambio, son simples formalidades entendidas como requisitos de validez, las siguientes: la solicitud que previamente han de suscribir y presentar los contrayentes, la mención del lugar y la fecha en el acta de matrimonio, así como la edad, ocupación y domicilio de los contrayentes, la constancia de que son mayores o menores de edad y en este segundo caso, de que se presta el consentimiento de los padres; la de que no existe impedimento para celebrar el matrimonio y la mención del régimen patrimonial de los consortes, así como los nombres y ocupación de los testigos.

La falta de los elementos esenciales o de los requisitos de validez del matrimonio, impide que pueda celebrarse válidamente; se prohíbe a los jueces del Registro Civil la celebración de un matrimonio en esas condiciones.

A estas prohibiciones se les denomina impedimentos para el matrimonio y son de dos especies:

a) Impedimentos dirimentes, si la violación de la prohibición produce la nulidad o inexistencia del matrimonio;

b) Impedimentos impeditivos, por virtud de los cuales, la transgresión de la prohibición establecida, no invalida el matrimonio, sólo produce su ilicitud; pero da lugar a la aplicación de sanciones de otra índole, como multas o destitución del cargo, aplicables al juez del Registro Civil que autorizó un matrimonio vedado por la ley.

Se ha mencionado con anterioridad, que para la celebración del matrimonio, la ley exige que los contrayentes se encuentren en posibilidad intelectual y física para celebrarlo y para realizar los fines propios de la institución. Se requiere que quienes vayan a contraer matrimonio, hayan alcanzado un desarrollo orgánico para realizar la cópula carnal, es decir, que tengan edad núbil. Además, que se disfrute de suficiente discernimiento para cumplir debidamente las finalidades de la institución.

El matrimonio ha de realizarse entre un varón y una mujer púberes. La edad de la pubertad varía según condiciones de raza, clima, medio geográfico, etcétera. El Código Civil vigente, exige para la celebración del matrimonio, la edad mínima de 16 años en el hombre y 14 en la mujer.

Sin embargo, la posibilidad física para realizar la cópula carnal no autoriza a presumir la suficiente capacidad intelectual para discernir en forma plena las consecuencias del acto que se pretende celebrar.

5.- IMPEDIMENTOS PARA CONTRAER MATRIMONIO.

Los impedimentos para contraer matrimonio, en el derecho canónico, son respecto de sus efectos, dirimentes e impeditivos o prohibitivos, según que sean obstáculo a la validez o a la simple licitud del matrimonio.

El cánón 1036 se encarga de establecer la diferencia entre unos y otros al prescribir:

"El impedimento impeditivo contiene una prohibición grave de contraer matrimonio; pero si éste se celebra, no obstante el impedimento, no por eso resulta nulo.

El impedimento dirimente, no sólo prohíbe gravemente que se contraiga matrimonio, sino que impide también que se contraiga válidamente.

Aunque el impedimento afecte tan sólo a uno de los contrayentes, - hace sin embargo ilícito e inválido el matrimonio". (26)

El último párrafo del dispositivo en cuestión, se justifica, por cuanto que siendo el matrimonio un contrato bilateral e indivisible - que engendra una obligación recíproca, no puede haber matrimonio que sea válido para una sola de las partes y no para la otra.

El ordenamiento jurídico vigente del derecho eclesiástico, reduce a tres los impeditivos, a saber: voto simple, mixta religión y parentesco legal.

El voto simple de virginidad, de castidad perfecta, de no contraer matrimonio, de recibir las sagradas órdenes o de abrazar el estado religioso, impide el matrimonio. Para tal efecto, no es necesario que el voto simple sea público, como el que se formula ante una congregación religiosa y se acepta en nombre de la Iglesia, por el legítimo superior eclesiástico.

(26) Miguelez-Alonso-Cabreros. Op. Cit. Pág. 345.

Sin embargo y para fines prácticos, es necesario tener presente - que la autoridad eclesiástica puede ignorar la existencia de un voto privado, en cuyo caso queda en la conciencia de quien lo ha formulado considerarlo o no, como impedimento matrimonial.

Por otro lado, hay impedimento de diferencia de religión o de mixta religión, cuando aún estando bautizados las dos personas que quieren contraer matrimonio, una es católica y la otra hereje o cismática.

Sin embargo, este impedimento es susceptible de ser dispensado, - siempre y cuando no haya peligro de perversión para el cónyuge católico o para la prole.

Por último, el impedimento impediendo que versa sobre el parentesco legal, se refiere al que nace de la adopción. No obstante, hay al efecto un reenvío a la ley civil, en cuanto el parentesco mismo sólo constituye impedimento matrimonial impediendo para la ley canónica, - en aquellos territorios donde la ley civil le atribuye tal eficacia y limitadamente a las personas entre las cuales la misma ley civil hace nacer el impedimento.

Respecto de los impedimentos dirimientes, debemos mencionar que - son trece los que enumera el derecho canónico: edad, impotencia, ligamen, disparidad de culto, orden, voto solemne, raptó, crimen, consanguinidad, afinidad, pública honestidad, parentesco espiritual y parentesco legal.

Todos son de derecho general, esto es, válidos para toda la Iglesia, con excepción del último, (parentesco legal), que rige para el - derecho particular, es decir, para aquellos lugares donde las leyes - civiles respectivas, lo consideran como impedimento dirimente.

Por lo que hace al impedimento de edad, la norma del código exige que transcurran dos años desde la pubertad, y por lo tanto, que se ha ya alcanzado para la validez del matrimonio la edad de 16 años para - el hombre y de 14 para la mujer.

La razón de tal norma consiste en la presunción de que antes de tal edad, no puede comprenderse la importancia del matrimonio y de que dado el fin de esta institución, no puede llegarse a tener aptitud para la procreación.

El impedimento de impotencia se justifica en razón del fin primario del matrimonio, que es la procreación realizada mediante la unión sexual entre el hombre y la mujer. La impotencia, consiste en la incapacidad para realizar la cópula matrimonial.

El llamado impedimento de ligamen, se presenta siempre que existe el estado de casado y se funda en la prohibición de derecho natural de la poligamia.

Por efecto de tal impedimento, la persona que haya contraído válidamente matrimonio, no puede contraer otras nupcias.

Por lo que hace a la disparidad de culto, este impedimento tiene por objeto prohibir el matrimonio entre una persona no bautizada y una bautizada ante la Iglesia Católica o convertida de la herejía o del cisma.

Las órdenes sagradas o mayores del diaconado y presbiterado constituyen otro impedimento dirimente, dada la obligación del celibato que tienen los clérigos ordenados de mayores.

La violencia realizada mediante el rapto y la retención de la mujer, configura un específico impedimento dirimente. En efecto, no puede haber matrimonio entre el hombre raptor y la mujer raptada, mientras ella esté violentamente en poder del raptor, pero el impedimento cesa en el momento que la raptada, separada del raptor y puesta en lugar seguro y libre, consiente en tenerlo como marido.

El impedimento del crimen, se refiere al adulterio cualificado o el conyugicidio, en virtud del cual, no pueden contraer válidamente matrimonio:

a) Quienes ligados con matrimonio válido han mantenido entre sí relaciones adúlteras y se han hecho promesa mutua de matrimonio o han intentado contraer, sin más, matrimonio aunque sea únicamente el vínculo civil.

b) Quienes igualmente ligados con vínculo de matrimonio, hayan consumado adulterio entre ellos y uno además, haya cometido el crimen de conyugicidio.

c) Quienes por medio de mutua actividad, física o moral, hayan cometido el conyugicidio, aún sin adulterio.

El impedimento de consanguinidad se dá entre los parientes en línea recta, esto es, las personas que descienden una de otra, o bien, los descendientes de un mismo tronco en línea colateral, esto es, siempre que se deriven la una de la otra.

Respecto del impedimento de afinidad, se origina en el vínculo que liga por efecto de válido matrimonio a un cónyuge con los consanguíneos del otro.

En relación al impedimento de la llamada pública honestidad, se da lo mismo en relación del varón con los consanguíneos en línea recta de la mujer con la cual hubiese él contraído matrimonio inválido, sea o no consumado, o con la cual hubiese vivido en estado de público y notorio concubinato, que entre la mujer y los consanguíneos en línea recta del varón, con el cual ella hubiese contraído matrimonio inválido o hubiese vivido en público y notorio concubinato.

Para la Iglesia, también el parentesco espiritual que nace del bautismo, produce un impedimento dirimente, el cual rige solamente entre el bautizante y el bautizado, y entre el padrino y el bautizado.

Por último, se entienda por parentesco civil o cognación legal, la relación que nace de la adopción, que es una verdadera y propia imitación del parentesco natural.

También de la adopción deriva un impedimento matrimonial dirimente. En esta materia, el derecho canónico se ha limitado a realizar un reenvío a los ordenamientos civiles. De aquí que se afirme que la cognación legal será impedimento dirimente en el ordenamiento canónico, siempre que sea considerado como tal por la ley civil del Estado a que pertenezcan las personas interesadas en el caso.

Pasemos ahora a examinar los impedimentos del matrimonio en el derecho francés y diremos que actualmente son cuatro:

- 1) el matrimonio anterior no disuelto;
- 2) plazo de viudeidad;
- 3) el parentesco a afinidad; y
- 4) el divorcio anterior entre los mismos esposos.

En cuanto al primer impedimento, no se puede contraer segundo matrimonio antes de la disolución del primero.

Este es el principio de la monogamia y de la monoandria. Su transgresión constituye el delito de bigamia, el cual se trata de evitar mediante la obligación de inscribir en el acta de nacimiento de cada uno de los contrayentes el matrimonio, para que al momento de presentar su documentación, el oficial del estado civil pueda comprobar que los futuros esposos no se encuentran en el supuesto establecido como primer impedimento para contraer matrimonio.

Respecto al plazo de viudeidad, consiste este impedimento en que la mujer viuda o divorciada, no pueda contraer segundo matrimonio hasta que haya transcurrido diez meses después de la disolución del primero.

Esta prohibición tiene por objeto impedir una confusión de parto, es decir, incertidumbre acerca de la filiación paterna del hijo que nace de un segundo matrimonio contraído inmediatamente después de la disolución del precedente.

En relación al tercer impedimento, el parentesco o afinidad, en

cierto grado de proximidad, entraña un impedimento del matrimonio en todas las legislaciones.

En cuanto al parentesco en línea directa, hasta el infinito, el matrimonio está prohibido entre ascendientes y descendientes.

En línea colateral, el matrimonio está prohibido entre hermano y hermana, tío y sobrina, tía y sobrino.

La afinidad produce el mismo impedimento que el parentesco en línea directa, es decir, hasta el infinito, por consiguiente está prohibido el matrimonio entre todos los ascendientes y todos los descendientes de un esposo y su cónyuge.

Por el contrario, en línea colateral, la ley no establece más impedimento que entre los afines hasta el grado de cuñadas y cuñados.

El ordenamiento jurídico francés, por razones de moralidad, hace que de los lazos de familia o de afinidad civil procedentes de la adopción, resulten impedimentos para el matrimonio.

Por lo que hace al divorcio anterior entre los mismos esposos, como impedimento, consiste en que los esposos divorciados no pueden volverse a reunir con posterioridad, si uno u otro, anteriormente han contraído matrimonio y han sido divorciados nuevamente.

En efecto, el Código Civil francés prohíbe a los esposos divorciados el volverse a casar, para obligarlos a que reflexionen seriamente antes de entablar la demanda de divorcio.

En cuanto al ordenamiento jurídico español, los impedimentos pueden clasificarse de la siguiente manera:

1) Por falta de capacidad, ya para los fines del matrimonio (impotencia), ya para prestar consentimiento (falta de capacidad mental) ya resultante de la incompatibilidad de estado (votos solemnes de castidad, vínculo matrimonial subsistente).

2) Por parentesco.

- 3) Por crimen.
- 4) Por el plazo de viudez.
- 5) Por relación tutelar.

Por falta de capacidad, se entiende que no pueden contraer matrimonio los que adolecen de impotencia física, absoluta o relativa, para la procreación con anterioridad a la celebración del matrimonio, de una manera patente, perpetua e incurable.

Por otra parte, no pueden casarse los que no estuvieren en pleno ejercicio de su razón, al tiempo de contraer matrimonio.

Tampoco pueden contraer matrimonio, los que profesan en una orden religiosa canónicamente aprobada, ligados con votos solemnes de castidad, a no ser que se haya establecido la dispensa correspondiente.

Por último, no pueden contraer nupcias por falta de capacidad, los que se encuentren ligados en vínculo matrimonial anterior y para efectos de evitar la bigamia, se sigue el procedimiento señalado al respecto en el derecho francés.

El plazo de viudez como impedimento en el derecho ibérico, consiste en la prohibición a la viuda de contraer matrimonio durante los trescientos días siguientes a la muerte de su marido, o antes de su alumbramiento si hubiere quedado encinta, y a la mujer cuyo matrimonio hubiere sido declarado nulo, en los mismos casos y términos, a contar desde su separación legal.

Está prohibido el matrimonio al tutor y a sus descendientes con las personas que tenga o haya tenido a su cargo, salvo el caso de que el padre de la persona sujeta a tutela hubiere autorizado el matrimonio en testamento o en escritura pública.

No pueden contraer matrimonio:

- 1) los ascendientes y descendientes por consanguinidad o afinidad legítima o natural;

- 2) los colaterales por consanguinidad legítima hasta el cuarto grado;
- 3) los colaterales por afinidad legítima hasta el cuarto grado;
- 4) los colaterales por consanguinidad o afinidad natural hasta el cuarto grado;
- 5) el padre o madre adoptante y el adoptado, y
- 6) los descendientes legítimos del adoptante con el adoptado, mientras subsista la adopción.

El último de los impedimentos señalados en la legislación española, consiste en que no pueden contraer matrimonio los adúlteros que también han sido condenados como autores o como autor y cómplice de la muerte del cónyuge de cualquiera de ellos.

Consideremos ahora los impedimentos para contraer matrimonio en el derecho alemán, debiéndose mencionar como tales: el vínculo de consanguinidad, la afinidad, la adopción, el adulterio, el plazo de espera y los impedimentos de derecho público.

Según todos los derechos modernos, el impedimento del vínculo es indispensable, de ahí que se justifique la afirmación de que a nadie le es lícito contraer matrimonio antes de que su matrimonio anterior esté disuelto, o en tanto fuese nulo o impugnado, mientras no sea declarado nulo.

Los pueblos de cultura europea, son exógamos. Firmes concepciones éticas, cuyas últimas razones son inasequibles y no las condiciones de orden médico, son la base de la prohibición del matrimonio entre próximos parientes. La extensión de la misma es variable en la historia.

El derecho actual alemán, limita el impedimento de parentesco a los parientes en línea recta y a los hermanos de vínculo doble o sencillo.

El impedimento es público dirimente y por tanto, el matrimonio contraído con infracción del mismo es nulo. No se admite dispensa.

El impedimento de afinidad, consiste en que está prohibido el matrimonio entre afines en línea recta, o sea, entre un cónyuge anterior y los parientes del otro en línea recta.

Para que exista este impedimento, se requiere que el matrimonio del cual deriva la afinidad, tiene que ser válido.

El parentesco en que se base la afinidad, tiene que haber existido antes de que fuera disuelto el matrimonio que constituye esa afinidad. No admite dispensa este impedimento, por lo que en consecuencia, es nulo el matrimonio celebrado con infracción del mismo.

Respecto al impedimento de adopción, conviene destacar que el ordenamiento jurídico alemán prohíbe el matrimonio entre adoptante y el adoptado, más también, el del adoptante y los descendientes del adoptado, para lo cual es indiferente que tales descendientes estuvieran en la potestad del adoptado al tiempo de la adopción, o que hayan nacido después. Este impedimento sólo existe mientras subsista la adopción.

El impedimento es meramente impediendo y el matrimonio contraído a pesar de su existencia, es válido. Además, produce el efecto de extinguir la relación de adopción en cuanto afecte a los contrayentes del matrimonio.

Se admite el impedimento de adulterio cuando media divorcio fundado en el adulterio. Esto es, se prohíbe el matrimonio entre el cónyuge divorciado por adulterio, y el que con él lo ha cometido, siempre y cuando que este adulterio se exponga como fundamento del divorcio en la sentencia que lo pronuncia.

Resulta el citado impedimento, de carácter público dirimente y por lo tanto, el matrimonio que no obstante se contraiga es nulo.

Sin embargo, cabe dispensa que se puede otorgar incluso, después del matrimonio prohibido y entonces lo convalida retroactivamente.

No tiene efecto intimidativo este impedimento, porque es dispensa-

ble y de no ser así, llevaría fácilmente al concubinato de los culpables.

Otro impedimento que se regula es el plazo de espera, que se establece no por razones de piedad, sino para asegurar el estado familiar.

Por ello, el plazo sólo rige para la mujer que ha de volver a casarse, no para el marido. Por lo mismo, se aplica a la mujer tanto si es viuda como divorciada o si se trata de una mujer cuyo anterior matrimonio fue declarado nulo. Por idénticas razones, no tiene efecto para la mujer que entretanto haya dado a luz.

El plazo es de diez meses, corre desde la disolución o declaración de nulidad del primer matrimonio. El impedimento es impediente y por tanto, el matrimonio contraído con infracción de aquél, es válido. Se admite dispensa.

En última instancia mencionaremos los impedimentos de derecho público, los cuales según la ley alemana, a los pertenecientes a las fuerzas armadas sólo es lícito contraer matrimonio con aprobación de sus superiores, pero ésta no se concede por regla general, antes de cumplir los 27 años de edad.

La falta de permiso es un impedimento impediente y por consiguiente, el matrimonio sería válido a pesar de la infracción.

En cuanto a los impedimentos para contraer matrimonio en nuestro derecho, el Código Civil enumera dichos impedimentos, previniéndose que el matrimonio será nulo cuando se celebre concurriendo alguno de los citados impedimentos.

Tradicionalmente como ya hemos visto, se han caracterizado los impedimentos distinguiendo, según el derecho canónico, los dirimentes de los impedientes.

Los impedimentos dirimentes, son aquellos que originan la nulidad del matrimonio, en tanto que los impedimentos impedientes, no afectan

su validez pero motivan determinadas consecuencias.

En su esencia, el impedimento, es la prohibición legal de un matrimonio por circunstancias que se refieren a la persona o a la situación de alguno de los contrayentes.

El artículo 156 del Código Civil, consagra exclusivamente impedimentos dirimentes, ya que todos ellos originan la nulidad del matrimonio. En cambio, en el artículo 264 se reconocen los impedimentos impeditivos, que no afectan la validez del acto.

Dice éste último precepto: "Es ilícito, pero no nulo el matrimonio:

I.- Cuando se ha contraído estando pendiente la decisión de un impedimento que sea susceptible de dispensa.

II.- Cuando no se haya otorgado la previa dispensa que requiere el artículo 159, y cuando se celebre sin que hayan transcurrido los términos fijados en los artículos 158 y 289". (27)

A su vez, en los artículos 158, 159 y 289 se contienen prohibiciones para contraer matrimonio; pero si éstas son violadas, el matrimonio sólo se considerará ilícito, pero no nulo. Respectivamente estatuyen los preceptos citados:

"Artículo 158.- La mujer no puede contraer nuevo matrimonio sino hasta pasados trescientos días después de la disolución del anterior, a menos que dentro de ese plazo diere a luz un hijo. En los casos de nulidad o de divorcio, puede contarse este tiempo desde que se interrumpió la cohabitación.

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

(27) Leyva Gabriel-Lisandro Cruz Ponce. Op. Cit. Pág. 59.

Esta prohibición comprende también al curador, y a los descendientes de éste y del tutor.

Artículo 239.- En virtud del divorcio, los cónyuges recobrarán su entera capacidad para contraer nuevo matrimonio.

El cónyuge que haya dado causa al divorcio no podrá volver a casarse sino después de dos años, a contar desde que se decretó el divorcio.

Para que los cónyuges que se divorcien voluntariamente puedan volver a contraer matrimonio, es indispensable que haya transcurrido un año desde que obtuvieron el divorcio". (23)

Trataremos brevemente los diez impedimentos dirimientes que contiene el artículo 156 del Código Civil.

En cuanto a la edad núbil, exige la fracción I del numeral en cuestión, a contrario sensu, que los contrayentes tengan la edad requerida por la ley, o sea, dieciséis años en el hombre y catorce en la mujer.

La falta de consentimiento de los que ejercen la patria potestad, del tutor o del juez, en sus respectivos casos, constituye también un impedimento dirimente y, por lo tanto, a contrario sensu, se requiere de su consentimiento para la validez del matrimonio.

La citada nulidad sólo podrá alegarse por los que ejerzan la patria potestad dentro del término de treinta días de celebrado el matrimonio, siempre y cuando no haya consentimiento expreso o tácito, después del acto; por el tutor o por cualquiera de los cónyuges, cuando el consentimiento respectivamente lo deba dar aquél o el juez.

El parentesco por consanguinidad en línea recta sin limitación en grado y en línea colateral hasta el segundo grado, constituye también un impedimento dirimente.

El citado parentesco de consanguinidad se refiere tanto a los parientes legítimos como naturales en línea ascendiente o descendiente,

(23) Leyva Gabriel-Lisandro Cruz Ponce. Op. Cit. Pág. 66.

sin limitación de grado. El mismo criterio se aplica para la colateral igual entre hermanos y medios hermanos. En la línea colateral desigual, el impedimento se extiende sólo a los tíos y sobrinos.

Constituye asimismo un impedimento dirimente para la celebración del matrimonio, el parentesco de afinidad en línea recta sin limitación alguna. Este impedimento supone que el matrimonio que dio origen al citado parentesco de afinidad, se ha disuelto por divorcio, por nulidad o por muerte de uno de los cónyuges.

De otra manera, si tal enlace subsistiera, habría bigamia con motivo del segundo matrimonio. Por consiguiente, la ley se coloca en el supuesto de que no obstante la disolución del primero, continúa el parentesco de afinidad sólo para el efecto de constituir un impedimento entre uno de los ex-cónyuges y los ascendientes o descendientes del otro.

Asimismo, constituye un impedimento el adulterio habido entre las personas que pretendan contraer matrimonio, cuando haya sido declarado judicialmente, por cuanto que origina la nulidad en razón de la ilicitud misma del acto jurídico.

Se parte del supuesto de que el primer matrimonio quedó disuelto por divorcio, nulidad o muerte de alguno de los cónyuges; pero que durante la vigencia del vínculo uno de ellos cometió adulterio y después al disolverse aquel matrimonio, pretende contraer nuevas nupcias con quien realizó el delito.

El atentado contra la vida de alguno de los casados para contraer matrimonio con el que queda libre, constituye también un impedimento dirimente y si se realiza el matrimonio, pueden pedir la nulidad los hijos del cónyuge víctima del atentado o el Ministerio Público, dentro del término de seis meses, contados desde que se celebró el nuevo matrimonio.

Se consagra como impedimento dirimente la fuerza o miedo graves, así como el caso de rapto mientras la raptada no sea restituida a lu-

gar seguro, donde libremente pueda manifestar su voluntad.

Las distintas enfermedades y vicios que se mencionan en la fracción VIII del artículo 156, como son la embriaguez habitual, la morfomanía, la eteromanía y el uso indebido y persistente de las demás drogas enervantes, la impotencia incurable para la cópula, la sífilis, la locura y las enfermedades crónicas e incurables, que sean además contagiosas o hereditarias, constituyen también un impedimento dirimente, previniéndose que la acción de nulidad sólo puede ser pedida por cualquiera de los cónyuges dentro del término de sesenta días contados desde que se celebró el matrimonio.

El idiotismo y la imbecilidad se regulan como impedimentos y al efecto se establece que tienen derecho a pedir el otro cónyuge y el tutor del incapacitado. En este caso, no se señala un término de prescripción y por lo tanto, la acción podrá hacerse valer en todo tiempo.

Finalmente, el matrimonio subsistente con persona distinta de aquella con quien se pretende contraer matrimonio, es también un impedimento dirimente que origina una nulidad absoluta, pues puede deducirse en todo tiempo por el cónyuge del primer matrimonio, por sus hijos o herederos, por los cónyuges que contrajeros el segundo matrimonio, o por el Ministerio Público.

Este caso de bigamia, así como el de incesto, son los únicos regulados por nuestra ley como causas de nulidad absolutas; todos los demás se caracterizan como de nulidad relativa, pues o bien prescribe en un determinado plazo, la acción de nulidad, o bien, sólo puede intentarse por determinadas personas como ocurre en los casos de idiotismo o imbecilidad.

6.- FORMA DE CELEBRACION.

Por cuanto concierne a la forma, son válidos únicamente en el derecho canónico, los matrimonios que se contraen en presencia del párroco, del ordinario del lugar, o del sacerdote delegado para tal efecto, por el uno o por el otro, y de dos testigos cuando menos, salvo la excepción prevista en el caso de peligro de muerte y a la que ya hemos hecho alusión.

La forma ordinaria de celebración del matrimonio, consiste prácticamente en la manifestación del consentimiento matrimonial hecha por los contrayentes, a requerimiento del párroco, del ordinario del lugar o de un sacerdote por ellos delegado, en presencia de no menos de dos testigos y con el rito establecido.

Bajo pena de nulidad, están obligados a la forma, todos aquellos que hayan sido válidamente bautizados en la Iglesia Católica, aun cuando después se hayan alejado de ella, tanto si contraen matrimonio entre sí, como si lo contraen con acatólicos (bautizados o no), después de haber obtenido la dispensa del impedimento de mixta religión, o de disparidad de culto.

Si hay delegación para otro sacerdote, es necesario que ésta se de a un determinado sacerdote, para un matrimonio en particular, y después de que se haya realizado todo cuanto esté prescrito para asegurarse del estado de libertad de los contrayentes. Por lo tanto, queda excluida la delegación general, a menos que se trate de vicarios cooperadores en las parroquias a las que están adscritos.

El sacerdote debe recabar el consentimiento matrimonial de los contrayentes, después de su interrogación ritual y debe declarar, por lo tanto, con la fórmula fijada por los libros rituales de la Iglesia, o según la costumbre, que las partes están desde el momento de la celebración de sus nupcias, unidas en matrimonio.

El lugar normal para la celebración matrimonial, es la Iglesia parroquial, sin embargo, puede realizarse en una casa privada, mediante autorización especial que solamente podrá concederse, si se trata de un caso urgente.

Los testigos presentes no deberán reunir requisitos especiales, pues bastará la capacidad natural de edad, condición, religión y uso de razón, sin diferencia de sexo.

Bajo pena de nulidad, es necesario que los contrayentes se presenten personalmente o mediante procurador con poder especial, y que el consentimiento matrimonial se exprese con palabras, y sólo en el caso de que no se pueda hablar, con signos equivalentes.

En cuanto al rito de la celebración, deben desarrollarse las ceremonias especiales prescritas por los libros rituales de la Iglesia o las consagradas por costumbres locales.

En particular, con sobrepelliz y estola blanca, teniendo normalmente a su lado un clérigo que viste también sobrepelliz que lleva el libro y el acetre con agua bendita, pregunta en la fórmula del ritual, primero al esposo y luego a la esposa, para saber si quieren respectivamente tomarse como legítimos mujer y marido, según el rito de la Santa Madre Iglesia.

Una vez recibido el consentimiento, el sacerdote invita a los esposos a estrecharse recíprocamente la mano derecha, y después, sobre ambas derechas unidas, hace el signo de la cruz, pronunciando la fórmula de que los declara unidos en matrimonio en nombre de las tres divinidades.

Después, rocía a los contrayentes con agua bendita y bendice el anillo nupcial que el esposo a continuación coloca en el anular izquierdo de la esposa.

Luego de la celebración del matrimonio, el párroco tendrá cuidado -

de registrarlo lo más pronto posible en el libro parroquial de matrimonios y de hacer posteriormente las oportunas anotaciones marginales al lado de los nombres de los esposos, en el libro parroquial de bautismos.

En Francia, el matrimonio debe ser celebrado por el oficial del estado civil del municipio competente, esta celebración se distingue por su publicidad y por su solemnidad. La publicidad debe entenderse en el sentido de que el local donde se celebre el matrimonio sea asequible al público.

Las puertas de la alcaldía están abiertas a todo el mundo. La solemnidad se produce por varias circunstancias:

1.- Por la necesidad de la presencia real de los dos esposos. No se puede contraer matrimonio por procuración.

2.- Con la presencia de testigos, que anteriormente eran cuatro, - siendo reducido el número a dos. El hecho de que los testigos sean o no parientes de los contrayentes, no es relevante.

3.- En la intervención del oficial del estado civil y en el cumplimiento de ciertos ritos:

a) Se da lectura teórica o efectivamente a los documentos presentados por los esposos con motivo del matrimonio.

b) Se leen después, los artículos relativos a los derechos y deberes recíprocos de los esposos y la potestad marital.

c) Después de esto, tiene lugar la doble interrogación decisiva; el oficial pregunta a los futuros esposos si consienten en tomarse por marido y mujer, debiendo responder éstos formal y afirmativamente, pronunciando el "sí" sacramental; el proverbio de que "quien calla otorga", - no tiene aquí aplicación.

d) Si a ello hubiera lugar, el oficial interpela a las personas calificadas para dar su consentimiento al matrimonio, por lo menos si están presentes en la ceremonia.

e) Después pronuncia en nombre de la ley, que los dos interesados quedan unidos en el matrimonio, levantándose a continuación el acta respectiva.

El matrimonio en España se celebra ante el juez municipal y en presencia de dos testigos mayores de edad y sin tacha legal.

El juez después de dar lectura a las disposiciones relativas, pregunta a cada uno de los contrayentes si persisten en la voluntad de contraer matrimonio y si en verdad lo celebra. Con la expresión de consentimiento de ambos contrayentes, queda celebrado el matrimonio.

En algunas naciones extranjeras, por mimetismo respecto a la frase que pronuncia el sacerdote al bendecir la unión canónica, se prescribe para el matrimonio civil la fórmula "os declaro marido y mujer", u otra análoga que debe pronunciar quien autoriza el matrimonio.

Manifestado el consentimiento de ambos contrayentes, al requerirles el juez para ello y en presencia de los testigos, se procede a extender el acta de matrimonio en el libro correspondiente del Registro Civil.

Autorizarán con su firma cada uno de los contrayentes, los dos testigos, el juez autorizante y el secretario del juzgado municipal.

Uno de los contrayentes puede celebrar el matrimonio mediante mandato con poder especial, cuando tenga su domicilio o residencia fuera del distrito municipal cuyo juez haya de autorizar el matrimonio. En el poder constará el nombre de la persona que será contrayente.

Similar situación se presenta en el derecho alemán, en función de que el matrimonio no puede contraerse válidamente sino ante el funcionario del estado civil.

La conclusión del matrimonio requiere:

- a) La presencia de dos testigos.
- b) La pregunta que el funcionario del estado civil dirige indivi-

dual y sucesivamente a cada uno de los prometidos, si declaran querer contraer matrimonio entre sí.

c) La respuesta afirmativa de los prometidos.

d) El pronunciamiento de que el funcionario del estado civil desde aquel momento, declara en virtud de la ley, que los contrayentes quedan unidos en matrimonio ajustado a derecho.

Para la eficacia del matrimonio, es indiferente ante que funcionario del estado civil se concluya, si ante un funcionario competente o incompetente, con tal de que actuara únicamente dentro de su distrito.

Por último, haremos mención a esta parte del tema desde el punto de vista del derecho mexicano, en el cual, las formas relativas a la celebración del matrimonio, pueden clasificarse, desde el punto de vista desde el momento en que tienen lugar, misma clasificación que atiene también a la finalidad de las propias formas, en dos categorías: formas previas a la propia celebración, y formas de la propia celebración.

Inclusive, esta clasificación es útil para el efecto de precisar que las primeras no entrañan solemnidad, en tanto que las segundas sí constituyen las formalidades solemnes.

Como ya hemos comentado las formas previas al matrimonio, en este punto haremos referencia a las formalidades propias de la celebración misma del matrimonio.

En consecuencia, una vez satisfechos los requisitos previos, dispone la ley, que el matrimonio se celebrará dentro de los ocho días siguientes en el lugar, día y hora que señale el oficial del Registro Civil.

Tiene ocasión entonces, las formalidades que constituyen el elemento solemne del matrimonio, ya en su celebración misma. En síntesis, puede afirmarse que dichas solemnidades consisten en la celebración del matrimonio ante y por el oficial del Registro Civil y en el levanta-

tamiento del acta relativa.

A este respecto, el artículo 102 del Código Civil dispone:

"En el lugar, día y hora designados para la celebración del matrimonio, deberán estar presentes, ante el juez del Registro Civil, los pretendientes o su apoderado especial, constituido en la forma prevenida en el artículo 44 y dos testigos por cada uno de ellos, que acrediten su identidad.

Acto continuo, el juez del Registro Civil leerá en voz alta la solicitud del matrimonio, los documentos que con ella se hayan presentado y las diligencias practicadas, e interrogará a los testigos acerca de si los pretendientes son las mismas personas a que se refiere la solicitud. En caso afirmativo, preguntará a cada uno de los pretendientes si es su voluntad unirse en matrimonio, y si están conformes, los declarará unidos en nombre de la ley y de la sociedad". (29)

No es inútil insistir que en los términos del precepto citado, el matrimonio en nuestro derecho, resulta no sólo del acuerdo de voluntades de los contrayentes, sino fundamentalmente de la declaración del juez del Registro Civil. Por lo que es aplicable a nuestro Derecho, la tesis de Cicu en cuanto a que el matrimonio constituye un acto de poder del estado.

En última instancia el artículo 103 del citado ordenamiento, ordena levantar el acta de matrimonio en la cual se harán constar todos los extremos que el mismo artículo indica, resultando entre ellos, el que se contiene en la fracción VI, que consiste en la declaración de los pretendientes de ser su voluntad unirse en matrimonio y la de haber quedado unidos, que hará el juez en nombre de la ley y de la sociedad.

7.- EFFECTOS.

En esta parte del tema, haremos alusión a los efectos del matrimonio que surgen en cuanto a los mismos contrayentes, en cuanto a los bienes y en cuanto a los hijos.

Examinaremos primeramente los efectos que produce el matrimonio en cuanto a las personas que lo contraen, en la misma forma en que venimos haciéndolo; es decir, a través de las diversas legislaciones que venimos comentando.

a) En cuanto a las personas.

Respecto de los cónyuges, en materia de derecho canónico, se derivan del matrimonio, en un plano de perfecta igualdad, derechos y deberes recíprocos.

En primer lugar, debe considerarse, por este aspecto, el mutuo derecho deber que corresponde a los cónyuges, desde el inicio del matrimonio, en relación a los actos propios de la vida conyugal, en los cuales se comprenden los actos específicamente dirigidos a la generación.

La expresión de los actos propios de la vida conyugal, es más amplia que una referencia a los actos encaminados a la generación e incluye, por tanto, toda manifestación de afecto que quede dentro de los límites de lo lícito.

La satisfacción de tal derecho deber trae consigo la comunidad de los sexos, entendida positivamente como facultad de exigir del otro cónyuge el cumplimiento del débito conyugal y, negativamente, como obligación de excluir a otra persona de tal comunión o participación carnal.

Además, del vínculo matrimonial deriva el derecho deber de la plena convivencia de los cónyuges, siendo la convivencia el modo natural de realizar la comunión de los sexos de que antes hemos hablado, no puede destruirse por mutuo consentimiento, sino tan sólo, por una cau-

sa justa.

Finalmente, el vínculo matrimonial produce, por un lado, una cierta potestad marital del hombre sobre la mujer y sobre la familia, con la obligación de mantener, representar y proteger a una y otra, y por el otro lado, el derecho-deber de la mujer de participar en el estado, con condición y domicilio del marido.

Los derechos y obligaciones recíprocos que nacen del matrimonio en el derecho francés, consisten en que los esposos se deben mutuamente fi-delidad, socorro, asistencia, además de que se les impone la obligación de cohabitación y la obligación o deber de socorro.

El deber de fidelidad es la esencia del matrimonio. Ese deber se impone con la misma fuerza al marido y a la mujer.

Sin embargo, existe una desigualdad entre el marido y la mujer; pero solamente en el aspecto penal. Mientras que el adulterio de la mujer está penado en todos los casos, y con una pena de prisión que alcanza igualmente al cómplice, el adulterio del marido no está sancionado penalmente, más que si se comete en el domicilio conyugal y no está castigado sino con una multa, que no alcanza a la cómplice.

En la esfera civil, fuera del divorcio o de la separación de cuerpos, la sanción puede consistir en el abono de daños y perjuicios a cargo del esposo adúltero y su cómplice.

El deber de cohabitación reside en que los dos cónyuges deben vivir juntos. La mujer está obligada a habitar con el marido y éste a recibirla.

La cohabitación es una regla de orden público; por eso, la jurisprudencia vicia de nulidad las convenciones de separación de hecho.

La obligación de cohabitación está sancionada de diversas maneras:

a) Un cónyuge puede reclamar el empleo de la fuerza pública contra su cónyuge recalcitrante; la mujer será restituida por la fuerza públi-

ca a la residencia conyugal o, por el contrario, hará que se le abran por la fuerza las puertas de la misma.

b) El esposo cuyo cónyuge no respete la obligación de cohabitación, no está obligado ya hacia él, por los deberes de asistencia y socorro.

c) Por último, el divorcio y la separación de cuerpos sancionan esta obligación.

Hay que destacar que esas sanciones no recaen sino sobre la negativa culposa de cohabitar. Si uno de los consortes posee justos motivos para negarse a la cohabitación, por ejemplo, en razón de la conducta escandalosa de su cónyuge en la residencia conyugal, no comete ninguna falta y no incurre en ninguna sanción.

El deber de asistencia no debe confundirse con el deber de socorro.

El segundo consiste en proporcionar subsidios; el primero en proporcionar solícitos cuidados, en aportar una ayuda moral y material, un consuelo, en proteger.

Se trata pues, de un deber muy general, y que el derecho francés acentúa con justo título, contrariamente a otras legislaciones extranjeras, como la muestra, que autorizan el divorcio cuando uno de los cónyuges está atacado por una enfermedad incurable, tal como la enajenación mental. Cuando uno de los cónyuges está enfermo, es cuando el deber de asistencia resulta más imperioso.

No existe otra sanción para la violación del deber de asistencia, que el divorcio o la separación de cuerpos.

Por otra parte, los cónyuges tienen una mutua obligación de socorro. Más concreto que el precedente, este deber se traduce en dos obligaciones en la esfera puramente pecuniaria:

a) La obligación alimentaria entre cónyuges, que es de la misma naturaleza que la que pesa sobre algunos parientes carnales o afines.

b) La obligación para cada uno de los cónyuges de contribuir a las

cargas del matrimonio, son distintas: a primera, no es debida más que si uno de los cónyuges se encuentra necesitado; por el contrario, la contribución a las cargas del hogar debe ser abonada en toda circunstancia.

En el sistema jurídico español, son de dos tipos los efectos del matrimonio, en cuanto a las personas y capacidad jurídica y de obrar de los cónyuges. Al primer tipo podríamos denominar de efectos esenciales o consustanciales con el estado matrimonial y comprende aquellas consecuencias de tal estado que se producen por igual respecto a cada uno de los cónyuges.

Al segundo tipo corresponden los efectos diferenciadores o discriminadores de las funciones familiares de cada consorte y comprende los efectos jurídicos establecidos con el fin de proveer a la organización y dirección de la comunidad formada, lo que se logra mediante la instauración de una preeminencia o jerarquía entre los cónyuges.

Los efectos esenciales que para el derecho civil español produce el matrimonio, estriban en que los cónyuges están obligados a vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente.

El deber de convivencia lleva implícita la comunidad de lecho, mesa y habitación, y como consecuencia de la primera, el por antonomasia llamado débito conyugal, por virtud del cual son ya lícitos no solamente, sino exigibles por cada cónyuge al otro, los actos conducentes a la generación.

A más de la ya dicha relación íntima, el deber de convivencia se muestra en la comunidad de domicilio y en la estimación del delito de abandono.

El deber de socorro mutuo tiene como efectos jurídicos el recíproco derecho a la prestación de alimentos e incluso la asignación por la ley de derechos sucesorios al cónyuge viudo.

El deber de fidelidad muestrese en el establecimiento del delito de adulterio y en la estimación del adulterio como causa justificativa para la separación.

Finalmente, se afirma que el marido debe proteger a su mujer, y ésta obedecer a su marido. Ese señalamiento consagra el principio cardinal dentro del sistema familiar, de la primacía entre los cónyuges del varón, y esta primacía determina la sumisión de la mujer a la llamada potestad marital, cuya existencia determina una serie de restricciones en la capacidad de obrar de la mujer casada.

Corresponde comentar ahora acerca de los efectos del matrimonio en cuanto a las personas en el derecho alemán, en donde el marido en virtud de su potestad marital sobre la mujer, ostenta la dirección y representación regular; pero también la mujer por sus facultades de gestión doméstica tiene ciertos derechos de representación.

La idea de la potestad marital se ha esfumado de una manera paulatina, de tal suerte que está fuera de toda duda la ilimitada capacidad de la mujer para celebrar negocios jurídicos y en el orden procesal.

El matrimonio es una relación jurídica familiar en virtud de la cual cada uno de los cónyuges obtiene sobre el otro un derecho personal absoluto, esto es, eficaz ante todos los hombres.

Ante todo, el matrimonio influye sobre ciertos derechos públicos y privados de la mujer, ya que ésta tiene el nombre, situación, domicilio y nacionalidad del marido.

Los cónyuges están recíprocamente obligados a vivir juntos; pero así como el deber de convivencia puede a las veces ser más amplio, también en determinados casos puede no existir en absoluto. Un cónyuge no puede exigir la convivencia cuando su consorte tenga derecho a demandar el divorcio, o bien, cuando en procedimiento de divorcio, de nulidad o de impugnación del matrimonio, se autoriza por resolución provi-

sional la separación de los cónyuges.

En todos los asuntos de la vida conyugal común, el marido tiene el derecho de decisión y la mujer el deber de seguirla; sin embargo, los asuntos particulares de un cónyuga son de su competencia exclusiva.

Si uno de los cónyuges infringe los deberes que brotan de la relación personal entre ellos, el otro puede demandarle el establecimiento de la vida conyugal.

La ley incluye el deber de alimentos entre las relaciones jurídicas personales de los cónyuges, por lo que en principio, el marido ha de prestar alimentos a la mujer, en proporción a su posición en la vida, a su patrimonio y a sus medios de ganancia, sin importar que la mujer tenga o no necesidad y que pueda o no ganarse la vida.

A la inversa, la mujer por excepción esta obligada a alimentar al marido, cuando éste se ve imposibilitado para mantenerse en la forma que corresponde a su situación en la vida.

Para concluir esta parte del tema, inspeccionaremos nuestro ordenamiento jurídico en cuanto a los efectos del matrimonio en relación a las personas que lo contraen, mencionando que el acto jurídico del matrimonio, hace funcionar la situación jurídica del matrimonio.

Este es verdaderamente el efecto del referido acto. Por tanto, en razón de la celebración se derivará para los cónyuges las suma de deberes y facultades establecidos por las leyes imperativas que integran la institución. En este momento, deja de contar en absoluto la voluntad de los esposos, que sólo fue eficaz para la celebración.

Todos los deberes y derechos que la ley determina integrando la institución matrimonial, se produce en forma totalmente ajena a la voluntad de los cónyuges, que por ningún motivo pueden pactar en contra, salvo en lo relativo al régimen económico, que como veremos, pertenece en cierta forma a la autonomía de los esposos, constituyendo el pacto -

correspondiente un verdadero contrato.

Vamos a dedicarnos entonces, en relación con los efectos del matrimonio, al análisis de los deberes y facultades o derechos que la ley instituye a cargo y en favor de los cónyuges.

Según los datos naturales que el derecho recoge para la regulación del matrimonio, éste constituye la forma jurídica que da respuesta o que realiza la materia real de la unión de los sexos y la procreación.

Además, esta unión engendra una comunidad de vida plena, dentro de la cual, hombre y mujer se auxilian mutuamente. Por tanto, son propiamente la unión sexual, la procreación y la ayuda mutua, los fines que el derecho ha de pretender realizar en el matrimonio, a través de su regulación.

De acuerdo con los fines propios del matrimonio, los deberes y derechos que surgen del matrimonio como efectos con relación a las personas de los cónyuges, son los siguientes:

- a) Cohabitación.
- b) Relación Sexual.
- c) Fidelidad.
- d) Ayuda Mutua.

Todos ellos, son efectos determinados por la ley como derechos y deberes recíprocos para ambos cónyuges, de una manera imperativa e irrenunciable.

En relación de la reciprocidad de los indicados efectos, todos son para cada uno de los esposos, al mismo tiempo que un derecho subjetivo respecto de la conducta del otro, un deber jurídico en favor del cónyuge. Estudiaremos cada uno de estos deberes y derechos.

La cohabitación, es el derecho, al mismo tiempo que el deber, que ambos cónyuges tienen de vivir bajo el mismo techo. Consiste este efecto, en la vida en común que deben realizar los cónyuges; la comu-

nidad de vida necesaria para satisfacer todos los fines del matrimonio. A este deber se refiere nuestro Código Civil en el artículo 163 que expresa:

"Los cónyuges vivirán juntos en el domicilio conyugal. Los tribunales con conocimiento de causa, podrán eximir de esta obligación a alguno de ellos, cuando el otro traslade su domicilio a país extranjero, a no ser que lo haga en servicio público o social, o se establezca en lugar insalubre o indecoroso". (30)

La violación al deber de cohabitación, es sancionada estableciéndose como causal de divorcio.

El derecho y el deber correlativo a la relación sexual, se establece por el ordenamiento, en atención al fin primordial del matrimonio, consistente en la procreación.

Si se toma en consideración que uno de los fines primordiales del matrimonio es la procreación, se impone el débito carnal como derecho y deber recíprocos para los cónyuges. Debe estimarse además, que la negativa de uno de los esposos a la relación sexual, constituye una forma de injuria, considerada como causal de divorcio.

El matrimonio que nuestra legislación instituye es monogámico, es evidente, por tanto, que el Derecho imponga el deber de fidelidad a cargo de los cónyuges, al mismo tiempo que lo establece como derecho respecto de la fidelidad del otro cónyuge.

Se establece como causal de divorcio el adulterio debidamente probado, ésto por lo que al aspecto civil se refiere, pero en el ámbito del derecho penal, el adulterio constituye un delito.

Por último, en cuanto a los deberes y derechos que derivan del matrimonio con relación a las personas de los cónyuges, hemos de referirnos a la ayuda mutua. Al respecto, hay disposición expresa en el senti-

(30) Leyva Gabriel-Lisandro Cruz Ponce. Op. Cit. Pág. 76.

do de que los cónyuges están obligados a socorrerse mutuamente.

Esta ayuda mutua, no admite un contenido determinado. En verdad, - comprende todo lo que la solidaridad conyugal pueda suponer; tanto en el orden material como en el orden moral.

En el primero, alimentos con todo lo que ellos suponen: comida, - vestido, habitación, asistencia en casos de enfermedad.

En el orden moral, todo lo que determine el amor y la comprensión que deben prevalecer en el matrimonio.

B) EN CUANTO A LOS BIENES.

Como en el derecho canónico no existe disposición alguna referente a los efectos del matrimonio con relación a los bienes, nos ubicaremos en el sistema jurídico francés, en donde se presentan tanto el régimen dotal romano y el régimen de comunidad.

El primero consiste en que una parte de los bienes de la mujer -- (los dotales), afectada a las necesidades de la familia, se entregaba al marido, que tenía la administración y el goce de la misma.

A fin de asegurar esa afectación, los inmuebles dotales eran inalienables en manos del marido, incluso con el consentimiento de la mujer. La esposa conservaba sus demás bienes, llamados parafernales.

La situación de la mujer se encontraba agravada todavía por la - adopción de los regímenes de comunidad, en los cuales el marido no - sólo era "señor y dueño" de los bienes comunes, sino que tenía poderes muy amplios sobre los bienes propios de la mujer.

Posteriormente, se deja a los esposos en posibilidad de adoptar - un régimen nuevo, el de separación de bienes, en el cual no tiene el marido poderes sobre los bienes de su mujer. Por otra parte, cuando - la mala administración del marido pone en peligro los bienes de la mujer, ésta puede pedir a los tribunales que pongan fin a los poderes - del marido, pronunciando la separación judicial de bienes.

Entre las reglas que determinan las relaciones pecuniarias entre esposos, algunas se aplican sea cual sea el régimen matrimonial elegido por los cónyuges. Así, el principio de la capacidad de la mujer casada igualmente las reglas relativas al régimen pecuniario de la familia; en cierta medida, las que establecen la contribución a las cargas del matrimonio.

No por ello deja de ser menos necesario, para determinar la situación respectiva de los cónyuges en la esfera patrimonial, conocer los diferentes regímenes matrimoniales. En efecto, la mujer casada no puede usar de su capacidad sino en la medida de los poderes que le deja su régimen matrimonial; por otra parte, el mayor número de vínculos patrimoniales que se anudan entre los esposos es consecuencia del funcionamiento de su régimen de bienes.

Sin embargo, no estudiaremos aquí las reglas que determinan las relaciones pecuniarias entre cónyuges, tan solo nos concretaremos a hacer un esbozo de los efectos que surgen del matrimonio con relación a los bienes, toda vez que por una parte, no es éste el punto central de nuestro tema y por otra, en capítulo por separado abordaremos el tema de la sociedad conyugal, en el que haremos referencia a los bienes.

Por lo tanto, nos adentraremos un poco a lo previsto en el derecho español por lo que hace a este tema, en donde cabe afirmar dos soluciones extremas para el problema económico suscitado por el matrimonio: la absoluta fusión, de los patrimonios pre y post nupciales; y la absoluta separación de patrimonios.

En el primer caso, caben dos variantes: o bien subsiste la titularidad exclusiva del marido y entonces nos hallamos ante el régimen o sistema llamado de absorción absoluta, en el que con el matrimonio desaparece el patrimonio femenino, que pierde su sustantividad y engrosa al del varón; o bien, se produce una titularidad conjunta del -

marido y la mujer sobre el patrimonio único resultante de la fusión, y en tal caso tenemos el régimen o sistema de absoluta comunidad de bienes.

En el supuesto genérico de separación de patrimonios, cabe que el sostenimiento de las cargas matrimoniales corresponde exclusivamente al varón, y que el patrimonio de la mujer no sea en absoluto afectado por las nupcias, y cabe que el patrimonio de la mujer, aun mantenido con sustantividad y sin fusión, haya de contribuir también al levantamiento de las cargas matrimoniales, sea mediante la transferencia temporal, es decir, mientras dure la comunidad de vida, el marido de bienes o de valores determinados, lo que constituye el sistema dotal, sea mediante la entrega por la mujer al marido de todos los frutos, o parte, que el patrimonio femenino va produciendo, lo que forma el sistema parafernial.

El régimen económico matrimonial en el derecho español, puede ser libremente establecido por los contrayentes en un contrato prematrimonial al que se denomina "capitulaciones matrimoniales".

A falta de pacto expreso, el silencio se interpreta como adhesión de los contrayentes al régimen de separación de patrimonios. Este régimen viene a ser el legal, en el sentido de régimen supletorio o subsidiario.

Por otra parte, el Código Civil alemán regula un régimen legal de bienes uniforme para toda Alemania.

El sistema del régimen legal es:

1.- Para la gran mayoría de los casos, el régimen de administración y disfrute maritales.

2.- En casos excepcionales poco frecuentes, la separación de bienes es régimen legal. Este se derivó de la promesa de la equiparación de ambos sexos en el matrimonio y el cumplimiento de esta promesa trajo consigo la supresión de la comunidad de la administración, introdu---

ciéndose la separación de bienes o una comunidad en la que el derecho de administración corresponda sólo a ambos cónyuges conjuntamente o a cada uno de ellos.

Finalmente, nos resta explicar las consecuencias que en cuanto a los bienes engendra el matrimonio en nuestra legislación, en donde conviene advertir que si bien esos efectos atienden a relaciones patrimoniales entre los cónyuges, y en ese sentido son a propósito del matrimonio, sin embargo, tienen su fuente en un acto, que aunque realizado con motivo del matrimonio, no integra el acto de matrimonio mismo.

Las relaciones en cuanto a los bienes, entre los cónyuges, son objeto de un acto especial celebrado por los propios contrayentes; pero distinto del acto del matrimonio y es un verdadero contrato, denominado capitulaciones matrimoniales.

El problema de los efectos en cuestión, surge en ocasión al régimen que ha de privar en cuanto a los bienes de los cónyuges, pues ha de precisarse el orden jurídico que corresponda a los bienes de los esposos: los que sean de cada uno de ellos, de ambos, los que lleven al matrimonio o aporten en el curso del mismo, etc.

Nuestro Código Civil vigente, regula el matrimonio con relación a los bienes, indicando que debe celebrarse dicho acto bajo el régimen de sociedad conyugal o bajo el de separación de bienes.

Es más, al presentar la solicitud para contraer matrimonio, deben acompañar los contrayentes, el convenio que deben celebrar con relación a sus bienes y a los que adquirieran durante el matrimonio; siendo deber del juez del Registro Civil no proceder a la celebración del matrimonio, sin el otorgamiento del convenio en el que se pacte cualquiera de los dos regímenes citados. De esta suerte, la ley pretende que el régimen de los bienes de los esposos, se deba a su voluntad sin que la propia ley determine ninguno en particular.

Los convenios que se establecen para determinar el régimen de los bienes y su administración, se llaman capitulaciones matrimoniales y pueden comprender no sólo los bienes de que sean dueños los esposos en el momento de hacer el pacto, sino también los que adquirieran después.

C).- EN CUANTO A LOS HIJOS.

Por lo que toca a los hijos, las consecuencias del matrimonio en el derecho canónico, pueden resumirse así: sujeción de los mismos a la patria potestad de los padres; obligación de éstos de proveer en el mejor modo que les sea posible, a la educación (religiosa, moral, física y civil de los mismos hijos), y de proveer a sus necesidades temporales y sobre todo, legitimidad de los hijos nacidos o concebidos de matrimonio válido o putativo.

En relación con las disposiciones aplicables al respecto, en el derecho francés, el matrimonio también produce como efecto la legitimación de los hijos, aun los que hayan nacido antes del matrimonio.

Aquellas personas que tienen carácter de hijos legítimos, podrán su ceder a sus padres; esto es, entrarán a formar parte de la sucesión de sus progenitores, además de que estarán bajo la patria potestad de sus ascendientes.

En cambio, en el derecho civil español, los efectos del matrimonio respecto de los hijos, consisten en que éstos se consideran legítimos por haber nacido durante el matrimonio, afirmándose que la condición de los hijos para el derecho civil depende del estado civil de los padres en el momento de la concepción, y el estado civil a tales efectos es el que refleja una inscripción en el Registro Civil.

A través de la anulación o la rectificación del acta matrimonial de los padres, la condición civil de los hijos no puede ser alterada y menos aún para empeorarla.

Finalmente, haremos referencia a los efectos que produce el matrimonio con respecto a los hijos en nuestro derecho y en virtud de la exacta situación que guardan frente a la ley los hijos matrimoniales y extra-matrimoniales, el único efecto que el matrimonio produce respecto a los hijos, es la certeza de la filiación con respecto a ellos.

Al efecto, el artículo 324 del Código Civil dispone:

"Se presuman hijos de los cónyuges:

I.- Los hijos nacidos después de ciento ochenta días contados desde la celebración del matrimonio.

II.- Los hijos nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio, ya provenga ésta de nulidad del contrato, de muerte del marido o de divorcio. Este término se contará en los casos de divorcio o nulidad desde que de hecho quedaron separados los cónyuges por orden judicial". (31)

CAPITULO SEGUNDO.

EL DIVORCIO.

I.- Divorcio no vincular. Separación de Cuerpos.

A).- CONCEPTO.

Tenemos que distinguir dos grandes sistemas: el divorcio por separación de cuerpos y el divorcio vincular.

En esta parte del tema, analizaremos el primero, en donde perdura el vínculo, suspendiéndose tan sólo algunas obligaciones del matrimonio, - tales como hacer vida en común y cohabitar.

Es decir, en este sistema de divorcio por separación de cuerpos, el vínculo matrimonial perdura, quedando subsistentes las obligaciones de

(31) Leyva Gabriel-Lisandro Cruz Ponce. Op. Cit. Pág. 105.

fidelidad, de ministración de alimentos e imposibilidad de nuevas nupcias.

En consecuencia, se puede afirmar que la separación de cuerpos, es el estado de dos esposos que han sido eximidos judicialmente de la obligación de vivir juntos y difiere del divorcio, en que no se disuelve el matrimonio, sólo afloja su vínculo. Ambos esposos permanecen casados; pero viven separadamente. Subsisten todas las obligaciones nacidas del matrimonio excepto las que se refieren a la vida en común.

En el derecho canónico, no se define expresamente la separación de cuerpos; pero si se hace referencia al divorcio no vincular.

En efecto, el vínculo que se deriva del matrimonio válido, es indisoluble y como tal, dura hasta la muerte de uno de los cónyuges. Siendo de derecho divino este principio de la indisolubilidad, obliga aún a los acatólicos. Este principio es absoluto y no admite excepciones de ninguna clase cuando se trata de matrimonio rato entre bautizados y consumado, mientras que cuando uno de los dos elementos falta, la sacramentalidad o la consumación, entonces el principio de indisolubilidad admite excepciones.

La obligación de convivencia que tienen los cónyuges que se resuelve en la llamada comunidad del lecho, mesa y habitación, puede cesar según la ley de la Iglesia, cuando haya una causa justa.

En tal caso, habrá separación personal de los cónyuges, la cual dejará el vínculo en pie, limitándose a autorizar a los consortes para interrumpir o abandonar la comunidad de vida.

La separación puede ser:

- a) Completa o parcial, según que concierna a los tres elementos de la comunión, o sólo a uno o dos de éstos;
- b) Temporal o perpetua según que se limite o no a un determinado y más o menos largo período de tiempo;

c) Voluntaria o consensual y judicial, según que se realice de común acuerdo entre los cónyuges o con autorización del juez.

En el derecho francés, se define la separación de cuerpos como "El estado de dos esposos que han sido dispensados de vivir juntos por una decisión judicial". (32)

En otros términos, el matrimonio no es disuelto, sencillamente cada uno de los esposos tiene derecho de vivir separado del otro. Por lo demás, esto no es sino una apariencia; además de que la separación de cuerpos en muchos casos es la preparación del divorcio, ya que las reglas de éste se aplican en gran parte a la separación de cuerpos.

Subsistiendo en principio el matrimonio en la separación de cuerpos, es necesario, evidentemente, dejar abierta la posibilidad para los esposos, de volver al estado íntegro del matrimonio, por el solo efecto de la reconciliación.

La separación reconocida por el ordenamiento jurídico español, recibe el influjo de la legislación canónica; pero no puede ser reconocida o calificada como divorcio de los católicos, pues se encuentra establecida para el matrimonio civil también aunque conviene destacar que en su reglamentación se advierten evidentes huellas de la legislación canónica, como en general sucede en toda la materia matrimonial.

Según la legislación española, el matrimonio se disuelve por la muerte de uno de los cónyuges. Conforme al sistema jurídico español, no se admite el divorcio en cuanto al vínculo, pues cuando se hace referencia al divorcio, se alude exclusivamente a la llamada separación de cuerpos, como lo reconoce el estatuir que el divorcio sólo produce la suspensión de la vida común de los casados.

En México, los códigos de 1870 y 1884 no aceptaron el divorcio vincular, reglamentando en cambio sólo el divorcio por separación de --

(32) Colín Ambrosio y H. Capitán. Op. Cit. Pág. 416.

cuerpos.

Entre el código de 1870 y el de 1884 sólo existe una diferencia de grado; es decir, el primero estatua mayores requisitos, audiencias y plazos para que el juez decretara el divorcio por separación de cuerpos, partiendo de la noción del matrimonio como unión indisoluble y - como consecuencia lógica no se admite el divorcio vincular.

Actualmente, este tipo de divorcio perdura en nuestro Código Civil vigente como una opción que se origina en el texto mismo del artículo 267, ya que tratándose de las causales de divorcio consistentes en el padecimiento de determinadas enfermedades, el cónyuge sano puede optar entre el divorcio vincular o la simple separación de cuerpos.

B) CAUSAS.

En la legislación canónica, el adulterio es la única causa de separación voluntaria y perpetua. Sin embargo, para que el cónyuge adúltero adquiera en la práctica el derecho de romper la vida matrimonial, - por iniciativa propia, esto es, sin que intervenga provisión del juez, es necesario que la culpa de la otra parte esté comprobada. Si la culpa misma es controvertida, entonces será menester que haya interven---ción judicial.

Se pierde el derecho del cónyuge a la separación por causa de adulterio, siempre que haya consentimiento en él, o que haya causa, o que el mismo lo haya cometido, o bien que exista de su parte perdón expreso o tácito.

Habrá perdón tácito, cuando el cónyuge inocente una vez conocido - con certeza el adulterio del otro, haya continuado la convivencia conyugal, aunque también se ha establecido el principio de que el perdón se presume si, dentro de los seis meses de haberse obtenido el conocimiento de la culpa del otro consorte, el inocente no ha interrumpido la vida conyugal, o no ha iniciado la acusación formal, dando origen al pro

cedimiento de separación.

Cuando se trata de separación por adulterio, el cónyuge inocente no está obligado a admitir al otro a la comunidad de vida; pero tiene en cambio el derecho de reclamarla del otro cónyuge, si así lo quiere, - aún después de que haya ocurrido largo tiempo; en tal caso, el adúltero debe acudir al reclamo, sino ha tomado con el consentimiento de la otra parte un estado de vida contrario al conyugal, como sería el religioso o clerical.

Todas las demás causas dan lugar a separaciones temporales; es decir, destinadas a durar por el tiempo que perdure el motivo que las ha provocado.

Las causas en virtud de las cuales se justifica la separación temporal, son las siguientes:

- a) Cuando un cónyuge haya dado su nombre a una secta acatólica.
- b) Cuando se quiera dar una educación acatólica a la prole.
- c) Cuando se lleve una vida delictuosa o cuando menos de ignominia.
- d) Cuando un cónyuge procure al otro un peligro para el alma (por ejemplo, induciéndole a apostatar de la religión, o a cometer pecados graves), o para el cuerpo (esto es, con atentados a su vida o a su salud física, con malos tratos graves u otras violencias tales que hagan muy difícil la vida en común).

En todos estos casos, la separación se realiza por providencia o decreto del ordinario del lugar, el cual ejercerá al efecto, su autoridad en vía administrativa, salvo que considere más oportuno adoptar, a requerimiento de las partes o por iniciativa propia la contenciosa.

En materia de derecho francés, las causas de la separación de cuerpos son las mismas que las del divorcio vincular, que analizaremos más adelante y tan solo, nos concretaremos a mencionar que a los interesados corresponde, en definitiva, optar por el divorcio o por la separación de cuerpos.

Sin embargo, se considera que ésta es menos grave, lo que se demuestra con la circunstancia de que se autoriza, durante los procedimientos, a transformar el juicio de separación de cuerpos, en juicio de divorcio vincular.

Las causas legales de la separación de cuerpos en la legislación española, son seis, a saber:

- 1.- El adulterio de la mujer en todo caso, y del marido cuando resulte escándalo público o menosprecio de la mujer.
- 2.- Los malos tratamientos de obra o las injurias graves.
- 3.- La violencia ejercida por el marido sobre la mujer para obligarla a cambiar de religión.
- 4.- La propuesta del marido para prostituir a su mujer.
- 5.- El conato del marido o de la mujer para corromper a sus hijos o prostituir a sus hijas y la connivencia en su corrupción o prostitución.
- 6.- La condena del cónyuge a cadena o reclusión perpetua.

Por último, ya se ha mencionado que en México únicamente opera la separación de cuerpos, como opción que se le deja al cónyuge que no quiera pedir el divorcio vincular con base en las causales establecidas en las fracciones VI y VII del artículo 267 del Código Civil, a las cuales haremos alusión en su oportunidad.

C.- EFFECTOS.

El primer efecto que nace de la separación de cuerpos en el derecho canónico, consiste en que cesa la obligación de convivencia que tienen los cónyuges y que se resume en la comunidad de lecho, mesa y habitación.

Sin embargo, como ya se ha mencionado, las obligaciones derivadas del matrimonio quedan subsistentes, aun cuando en el peor de los casos, la separación de cuerpos se decreta en forma perpetua.

Por otra parte, en los casos de separación de cuerpos, los hijos quedarán confiados al cónyuge inocente y si éste es acatólico, al cónyuge católico, siempre que en uno u otro caso, el ordinario no considere necesario disponer otra cosa para el bien mismo de los hijos y - salvo, de cualquier modo, su educación católica.

En cambio, los efectos que surgen de la separación de cuerpos en el derecho francés, estriban por una parte en la dispensa de hacer vida en común y por la otra, a sustituir el régimen matrimonial que gobierne los bienes de los esposos, por la separación de bienes judiciales.

El primero de estos efectos, deja subsistir el deber de fidelidad y el de socorro, en tanto que pone fin a la unidad de domicilio o residencia.

Por lo que respecta al nombre, se ha dicho que la sentencia de separación de cuerpos tiene también efectos sobre el apellido de los cónyuges; esto es, la sentencia puede prohibir a la mujer el uso del nombre de su marido o autorizarla a no llevarlo.

La separación de bienes no es igual al régimen matrimonial así llamado; es decir, la mujer sujeta a la separación de cuerpos no tiene la capacidad relativa de la mujer casada bajo el régimen de separación de bienes. Por lo tanto, se le concede a la mujer el pleno ejercicio de su capacidad civil, en el sentido de que no necesita de la autorización judicial o marital para realizar actos jurídicos; pero debe comprenderse que únicamente se suspende el ejercicio de la potestad marital y por consiguiente, si los esposos están casados bajo el régimen dotal, éste subsista en función de que el marido no tiene facultad alguna sobre la dote y mantiene dentro de sus límites, la incapacidad de la mujer.

La separación de cuerpos implica también la pérdida de algunos de-

rechos como la guarda de los hijos, el esposo culpable es privado de sus derechos hereditarios respecto del otro esposo y cuando se trata de la mujer pierde su derecho a la pensión militar o civil del marido, si ella es la culpable de la separación.

También en el derecho español cesa la obligación de la vida en común, como efecto de la separación de cuerpos, y por lo tanto, la mujer no tendrá la obligación de seguir a su marido.

Otro efecto, es el de que quedan o sean puestos los hijos bajo la potestad y protección del cónyuge inocente. Esto no obstante, si la sentencia no hubiera dispuesto otra cosa, la madre tendrá a su cuidado a los hijos menores de tres años.

A la muerte del cónyuge inocente, volverá el culpable a recobrar la patria potestad y sus derechos.

El cónyugeculpable pierde todo lo que le hubiese sido dado o prometido por el inocente o por otra persona en consideración a éste y conserva el inocente, cuanto hubiese recibido del culpable, pudiendo además reclamar desde luego lo que éste le hubiese prometido.

Asimismo se establece como efecto, la separación de los bienes de la sociedad conyugal y la pérdida de la administración de los de la mujer, si la tuviere el marido y si fuere quien hubiese dado causa a la separación, previa solicitud hecha por la mujer.

Ahora bien, en el caso de culpabilidad de la mujer, ésta solamente tendrá derecho a alimentos y el marido inocente, conservará si la tuviere, la administración de los bienes de la mujer.

2.- DIVORCIO VINCULAR.

A).- CONCEPTO.

En el derecho francés, según Bonnacase el divorcio "es la ruptura de un matrimonio válido, en vida de los esposos, por causas determinadas y mediante resolución judicial". (33)

(33) Bonnacase Julián. Op. Cit. Pág. 552.

A pesar de que anteriormente se dijo que en Francia existe la separación de cuerpos, también se regula el divorcio vincular a partir de 1884 con la ley del 27 de julio, que después de tantos intentos que se habían hecho para establecerlo, finalmente se consiguió con una fisonomía más moderna aún, puesto que de las causas de divorcio que son admitidas, se excluye el consentimiento mutuo de los esposos.

Según Colín y Capitant el divorcio es "la disolución del matrimonio, viviendo los dos esposos, a consecuencia de una decisión judicial dictada a demanda de uno de ellos o de uno y otro, por las causas establecidas por la ley". (34)

En la legislación alemana también se contempla el divorcio vincular, aunque no se define expresamente, ya que tan solo se establece en el artículo 1564 del Código Civil que "el matrimonio puede ser divorciado por las causas señaladas en los párrafos 1565 a 1569. El divorcio se realiza mediante sentencia. La disolución del matrimonio se produce al adquirir firmeza la sentencia". (35)

Concluiremos este punto, con la referencia a nuestro sistema legal, mencionando en primer término, lo que dispone el artículo 266 del Código Civil: "el divorcio disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro". (36)

Nuestro ordenamiento jurídico hace una división tripartita: divorcio necesario y voluntario. El primero se decreta por las causales señaladas

(34) Colín Ambrosio y H. Capitant. Op. Cit. Pág. 416.

(35) Melon Infante Carlos. Código Civil Alemán. Editorial Casa Bosch. Barcelona. Pág. 322.

(36) Leyva Gabriel-Lisandro Cruz Ponce. Op. Cit. Pág. 59.

en las fracciones I a XVI del artículo 267 del Código Civil, aún en -
contra de la voluntad del cónyuge culpable y a petición del inocente.

El mutuo consentimiento se señala también como causa de divorcio,-
dando lugar al divorcio voluntario.

B).- CAUSAS.

Son causas de divorcio en el derecho francés, el adulterio cometido tanto por el marido como por la mujer.

Como consecuencia de la anterior causal, se coloca a los esposos en idéntica situación jurídica, ya que cualquiera de los dos puede pedir el divorcio argumentando el adulterio de su consorte.

Sin embargo, se puede rechazar una demanda de divorcio por adulterio demostrado, cuando el esposo demandante es culpable de haber provocado o favorecido la falta de su cónyuge.

Asimismo, la condena de un esposo a una pena aflictiva e infamante, constituye causa para demandar el divorcio.

Se designa con el nombre de penas aflictivas e infamantes, a las penas criminales que implican privación de la libertad y la pena de muerte, los trabajos forzados, la reclusión, la deportación y la detención. Las tres primeras se imponen por delitos de derecho común y las dos últimas con penas políticas.

La tercera causa de divorcio, son los excesos y sevicias graves, y por tales, se entienden las violencias de un esposo contra el otro.

No es necesario que estas violencias consistan en golpes y heridas propiamente dichas. Así, el secuestro de un esposo por el otro, es un exceso. De la misma manera, el uso brutal que el marido haga de sus derechos, imponiendo a su mujer tratos conyugales excesivos, susceptibles de comprometer su salud, puede considerarse sevicia.

Para que las violencias de un esposo contra el otro constituyan causa de divorcio, deben ser repetidas, no aisladas, porque solamente en este caso se hace intolerable la vida conyugal.

De todas las causas de divorcio, es la injuria grave la que más se aplica para solicitar la disolución del vínculo matrimonial.

Por una parte, son injurias los ultrajes dirigidos por un esposo al

otro por medio del lenguaje escrito o hablado.

El carácter de gravedad, será apreciado tomando en consideración las circunstancias del estado de espíritu de las partes, hábitos de los esposos y su medio social.

Las injurias graves, son la expresión de un sentimiento malo, meditado, permanente, que hace insoportable la vida común al esposo ofendido, y no las palabras fuertes e inconvenientes, que se escapan en un momento de violencia pasajera y que hayan excusa en las circunstancias que la provocaron.

Por otra parte, son también injurias los actos de un esposo que aún sin haber pronunciado ninguna palabra o calificativo injurioso, no por esto dejan de tener por sí mismos el carácter de una ofensa que ultraja al otro esposo, porque constituyen una violación de los deberes que nacen del matrimonio o demuestran la indignidad de su autor haciendo insoportable la vida en común.

El derecho civil alemán, establece cinco causas de divorcio, de las cuales cuatro derivan de conducta culposa de uno de los cónyuges.

Es causa de divorcio el adulterio de uno de los cónyuges. Se le equiparan: la bigamia punible y el delito punible, entre hombre y hombre - o entre hombre y animal.

No hay derecho al divorcio, si el otro cónyuge asiente al adulterio o al acto punible o es copartícipe culpable del mismo, como coautor inductor, o cómplice.

Causa de divorcio es la asechanza contra la vida. Se requiere que un cónyuge atente contra la vida del otro y es indiferente que se haya llegado o nó, a un intento adecuado o que se trate sólo de un acto preparatorio.

Procede también el divorcio, por abandono malicioso. Es deserción - o cuasideserción, según que el cónyuge culpable se halle en paradero -

desconocido o no.

En ambos casos, es supuesto para el divorcio:

a) Que el culpable viva separado del otro cónyuge, esto es, que no viva en comunidad doméstica con él, ya por haberse marchado del domicilio conyugal o ya por haber expulsado a su consorte.

b) Que tal alejamiento del domicilio común dure un año.

c) Que el culpable se mantenga alejado con intención maliciosa.

d) Que el alejamiento sea contra la voluntad del otro cónyuge.

En el caso de cuasideserción, el divorcio sólo puede pedirse si el cónyuge abandonado demanda judicialmente al culpable, la reanudación de la vida conyugal y obtiene sentencia condenatoria, y el condenado a partir de la firmeza de la sentencia, deja transcurrir un año desobedeciendo maliciosamente el fallo.

Hasta aquí, se han mencionado las tres causas absolutas de divorcio (adulterio, asechanza a la vida y abandono malicioso) las cuales, tienen tal carácter en virtud de que en todas ellas es causa de divorcio la conducta culposa de uno de los cónyuges y ésta necesariamente deberá ser dolosa.

Veremos ahora las causas relativas de divorcio, en las que se requieren para que existan, una conducta negligente en determinadas circunstancias.

Son causas relativas de divorcio, la infracción grave de los deberes matrimoniales y la conducta deshonrosa o inmoral de uno de los dos cónyuges.

Como ejemplo de grave infracción de los deberes, se encuentran los malos tratos graves, aunque a veces también pueden serlo, los malos tratos leves, sin que para que sean de tal carácter, se requiera que los malos tratos sean peligrosos para la salud.

Además, las amenazas e injurias de un cónyuge para el otro, la negativa reiterada del deber conyugal, la negación de los alimentos, el

descuido en la educación de los hijos, el trato de desafecto hacia los hijastros, la conducta socialmente muy escandalosa e infidelidades que no llegan a ser adulterio, el trato conyugal no obstante un padecimiento sexual, infidelidades de un cónyuge en la gestión económica.

En cuanto a esta última causal, se considera de notable importancia, en función de que de la misma deriva la disposición de bienes de la sociedad conyugal, como causal de divorcio, como apuntaremos en su oportunidad.

Para determinar si la infracción de los deberes es grave, se tendrán en cuenta, entre otras circunstancias, las que provocaron la violación de los deberes. Así por ejemplo, a veces los malos tratos del marido o la mujer, pueden no ser "grave" infracción del deber si fueron provocados por la cólera del marido engañado.

La conducta inmoral o deshonrosa, no presupone un acto directo contra el otro cónyuge. Ha de señalarse ante todo, la comisión de crímenes o delitos deshonorosos, los ultrajes graves a los familiares del otro cónyuge, la embriaguez, la explotación de un negocio deshonoroso, la demostración de sentimientos perversos y a veces también, la negativa a la bendición matrimonial eclesiástica prometida.

Apuntaremos ahora las causales de divorcio señaladas en nuestro sistema jurídico vigente.

La primera causa enunciada por el artículo 267 del Código Civil, es el adulterio debidamente probado, de uno de los cónyuges. Evidentemente que en este caso, no se requiere que exista sentencia en el orden penal, para tipificar el delito de adulterio.

El juez civil puede apreciar libremente las pruebas que se le presenten para acreditar el adulterio que se imputa al demandado, y esto por la razón fundamental de que el adulterio es un delito que sólo se persigue a instancia o querrela del cónyuge ofendido, que puede simple

mente ejercitar la acción de divorcio, sin presentar querrela para que se sancione penalmente ese acto.

De otra manera, se obligaría al cónyuge para obtener un divorcio, a que previamente presentara la querrela, aun cuando no lo quisiera desde el punto de vista penal, aun cuando su finalidad no fuese la de que se sancionara al cónyuge adúltero.

Además, no se trata de un caso, como otros delitos, en los que sí es menester la sentencia penal para determinar, por ejemplo, la penalidad, o para definir, si la acusación es calumniosa, sino que puede el juez civil apreciar las pruebas para poder determinar la existencia del adulterio independientemente de la jurisdicción penal.

La fracción II del artículo 267 del ordenamiento invocado, comprende como causa de divorcio el hecho de que la mujer dé a luz, durante el matrimonio, un hijo concebido antes de celebrarse ese contrato, y que judicialmente sea declarado ilegítimo.

Evidentemente, no hay delito alguno en que la mujer oculte a su futuro marido, que se encuentra embarazada respecto de un hijo de quien no es padre éste, pero si hay un grave hecho inmoral, porque ello demuestra una deslealtad absoluta, tanto antes del matrimonio, como en el momento de celebrarlo, y esta deslealtad de la mujer, de no revelar a su futuro marido que se encuentra encinta, y que evidentemente implica además una injuria, es la que se sanciona como causa de divorcio.

La fracción que se viene analizando, requiere que el hijo sea declarado ilegítimo para que pueda existir la causa de divorcio; esto es, deberá sustanciarse antes el juicio ordinario de impugnación de la legitimidad del hijo, que entablará el marido ejercitando la acción correspondiente para desconocer al hijo y que prosperará siempre y cuando aquél no hubiere reconocido el embarazo de su futura consorte, que no hubiere presentado al hijo ante el Juez de Registro Civil, o expresamente lo haya reconocido como suyo, o bien, que el hijo no hubiere

resultado capaz de vivir.

Mientras no concurren estas circunstancias, el marido tiene a su favor la presunción de que el hijo no es legítimo, la cual deberá ser admitida por el juez y así lo declarará en su sentencia, que servirá de base para poder entablar el divorcio.

La causa de divorcio que se hace consistir en el hecho de que el marido prostituyese a su mujer, bien cuando lo lleve a cabo directamente, o cuando acepte dinero o alguna otra recompensa para que su mujer tenga relaciones carnales con otro hombre, no requiere que previamente se declare al marido penalmente responsable del delito de lenocinio, pues dada la amplitud con que está expresada esta causa por la fracción III del artículo 267 del Código Civil, puede ir más allá del mismo delito de lenocinio que castiga el Código Penal, cuando alguien obtenga de otro un lucro a través del comercio carnal haciendo una explotación de su cuerpo en forma constante o accidental.

El legislador al consignar esta causa como el hecho suficiente para ocasionar el divorcio, fundamentalmente tomó en consideración la inmoralidad misma de la propuesta del marido para que su mujer tenga relaciones carnales con otro hombre, ya que este hecho repugna con la vida conyugal, es contrario a la fidelidad que se deben los esposos y constituye una forma máxima de depravación.

Se considera también que el simple hecho de que el marido reciba retribución por permitir que otro tenga o pueda tener relaciones carnales con su esposa, es causa de divorcio, aun cuando no llegasen a existir esas relaciones.

En la fracción IV del artículo que se viene comentando, se declara que es causa de divorcio la incitación o la violencia hecha por un cónyuge al otro para cometer algún delito, aunque no se de incitencia carnal.

Hasta con que un cónyuge incite al otro a cometer un delito, aun cuando no sea de incontinencia carnal, o bien, que lleve a cabo una violencia física o moral para que cometa el delito.

Podrá haber tanto causa de divorcio como delito, cuando públicamente un cónyuge incite o provoque al otro para que cometa el delito, o lo que es más grave, cuando lleve a cabo violencia física, a través de fuerza, de tortura, de dolor, de privación de la libertad o moral, mediante amenazas, para que se cometa el delito.

La fracción V del mismo artículo 267, comprende como causas de divorcio tanto delitos como hechos inmorales, porque se refiere a los actos inmorales ejecutados por el marido o por la mujer con el fin de corromper a los hijos, así como la tolerancia en su corrupción.

El Código Civil caracteriza el hecho inmoral que consiste en que el padre o la madre lleven a cabo actos para corromper al hijo o la tolerancia en su corrupción, siempre y cuando ésta se manifieste en actos positivos y no en simples omisiones, descuidos o falta de vigilancia al menor. Por otra parte, podrá haber esta causal tanto en cuanto a los hijos menores, como respecto a los hijos mayores, en cuyo caso, ya para éstos estaremos en la causal de divorcio que implica un hecho inmoral, no delictuoso.

Nuevamente habrá la posibilidad de que aun cuando no llega a constituirse específicamente en delito de corrupción de menores, el juez del divorcio aprecia libremente respecto de los hijos mayores o menores de edad, si el acto que se imputa al cónyuge demandado es de tal naturaleza grave que pueda motivar el divorcio, por lo que a pesar de una sentencia absolutoria en el orden penal, podrá un juez civil estimar que si se cometió esta causa, especialmente cuando haya actos que tengan como finalidad la corrupción, aunque posteriormente no se logre; pero hubiere actos positivos tendientes a realizarla.

La fracción VI del artículo que se viene comentando, establece como

causal de divorcio el padecer sífilis, tuberculosis o cualquiera enfermedad crónica o incurable que sea, además, contagiosa o hereditaria, y la impotencia incurable que sobrevenga después de celebrado el matrimonio.

Como se puede apreciar, el cónyuge que sufre alguno de los padecimientos señalados, debe reunir para que pueda invocarse causal de divorcio en su contra, los requisitos de que la enfermedad sea crónica incurable y contagiosa o hereditaria.

En la actualidad, en cierto estado de la sífilis o la tuberculosis es perfectamente curable la enfermedad, ya no se cumple uno de los requisitos y por lo tanto, no debe ser causa de divorcio.

Para la impotencia incurable, se requiere por el mismo dispositivo, - que sobrevenga después de celebrado el matrimonio. En cambio, si existe antes del matrimonio, es un impedimento que origina la nulidad relativa del mismo, que debe pedirse dentro del término de sesenta días de celebrado el matrimonio y que si no se ejercita, ya no podrá después ni invocarse como nulidad, ni tampoco como causa de divorcio.

Las enfermedades pueden ser anteriores o posteriores a la celebración del matrimonio. Si son anteriores, ya explicamos que podrán ser invocadas como causas de nulidad relativa; pero dentro del término de sesenta días contados a partir de la celebración del matrimonio, y después podrán ser invocadas como causas de divorcio, excepto la impotencia incurable para la cópula, que para ser aducida como causa de divorcio, debe haber sobrevenido durante la vida matrimonial.

En el caso de que la enfermedad sea posterior a la celebración del matrimonio, tanto la crónica e incurable, que además sea contagiosa o hereditaria, como la locura incurable y la impotencia, podrán ser invocadas como causas de divorcio, sin que haya en realidad un límite de tiempo, porque el plazo de la caducidad de seis meses, sólo existe en aquellas causas instantáneas y no en las de tracto sucesivo, como las -

enfermedades.

Lo mismo sucede con la causal consistente en padecer enajenación mental incurable, que regula la fracción VII del artículo en cita; sin embargo, conviene destacar que para poder alegar dicha causal en juicio, es necesario que hayan transcurrido dos años desde que comenzó a padecerse la enfermedad, pues así lo dispone el artículo 271 del Código Civil.

La fracción VIII del artículo 267 del Código Civil, establece como causal de divorcio la separación de la casa conyugal por más de seis meses, sin causa justificada.

Es frecuente en estos casos, que el marido se separe de la casa conyugal sin causa justificada y siga cumpliendo su obligación alimentaria. En este supuesto, no hay abandono de cónyuge en el sentido de cometer el delito específico de dejarlo sin medios para subsistir.

No obstante lo anterior, la ley al referirse a la separación injustificada de la casa conyugal, toma en cuenta que se falta al cumplimiento de la obligación que podríamos decir que es fundante, para derivar las otras, o sea, la de hacer vida en común, la de vivir bajo el mismo techo, que permita realizar el estado matrimonial, es decir, este modo de vida que sólo puede llevarse a cabo y cumplirse cuando ambos consortes vivan juntos.

Se trata de la obligación fundante, por cuanto que si no hay vida en común, no se pueden cumplir los otros fines naturales del matrimonio para constituir la familia, para que si hay hijos, pueda ejercerse convenientemente la patria potestad por ambos padres. Para que exista la ayuda mutua, no sólo en lo que se refiere a alimentos, sino también la ayuda de carácter moral, espiritual, que la ley supone entre los consortes.

A su vez, la obligación de fidelidad y el débito carnal, cuando las condiciones fisiológicas de los consortes lo permiten, necesariamente se basan en la vida en común.

La fracción IX del mismo artículo señala como causal de divorcio, la

separación del hogar conyugal originada por una causa que sea bastante - para pedir el divorcio, si se prolonga por más de un año, sin que el cónyuge que se separó entable demanda de divorcio.

Aquí tenemos un típico conflicto entre las ideas religiosas y las consecuencias que se desprenden de la ley. Generalmente la mujer, por sus ideas religiosas, se ve obligada a separarse de la casa conyugal por causa muy justificada: adulterio del marido, propuesta para prostituirla, actos de corrupción de los hijos, etc.; pero no entable la demanda de divorcio dentro del año en virtud de que sus creencias se lo impiden.

Sin embargo, debe saber, y el abogado debe explicarle, aun cuando tuviese también las mismas ideas religiosas, que si no entablare la demanda de divorcio dentro del año, si tiene hijos menores, su marido podrá entablar demanda de divorcio y la podrá privar de la patria potestad de sus hijos.

Esto es, el cónyuge que se separa de la casa conyugal con causa justificada, aun cuando pudo pedir su divorcio, si prolonga esta separación durante un año, a pesar de haber sido inocente, se convierte en culpable, como ya hemos explicado.

Si persiste en no regresar al hogar conyugal y a la vez, en no intentar demanda de divorcio, cabe observar que si el otro cónyuge por ser el culpable, no pudiera pedir el divorcio, la ley estaría autorizando un modo de vida contrario al estado matrimonial, que se prolongaría indefinidamente. De tal manera que el cónyuge que salió del hogar con causa justificada, podría permanecer, sin incurrir en sanción alguna, ausente del domicilio conyugal.

A su vez, el otro cónyuge, por haber dado causa a que el primero saliera de él, tampoco podría pedir el divorcio, por ser culpable.

Como la ley no puede aceptar este estado de vida contrario al matrimonio, opta por convertir al inocente en culpable, después del año, si no

presente su demanda de divorcio.

En la fracción X se dispone que es causa de divorcio, la declaración de ausencia legalmente hecha, o la presunción de muerte, en los casos de excepción en que no se necesita que se haga la declaración de ausencia. Lo que viene a demostrar que aún en los casos en que la ausencia no sea imputable al cónyuge ausente, dá causa de divorcio al otro cónyuge, precisamente porque ya no se realizan los fines naturales del matrimonio, por haberse roto la vida en común, y porque para la ley no puede existir un matrimonio en esa situación anómala.

La sevicia, las amenazas o las injurias graves de un cónyuge para el otro, que se apuntan en la fracción XI del artículo 267, se comprenden las causas de divorcio que con más frecuencia se invocan ante nuestros tribunales.

La sevicia la constituyen malos tratamientos de obra que revelan crueldad en quien los ejecuta, sin que, sin embargo, impliquen un peligro para la vida de las personas.

Amenazas son los actos en virtud de los cuales se hace nacer en un individuo el temor de un mal inminente sobre su persona, sus bienes, o sobre la persona o bienes de seres que le son queridos.

Finalmente, injuria en toda expresión proferida o toda acción ejecutada con el ánimo de manifestarle al otro desprecio, o con el fin de hacerle una ofensa.

Para que la injuria sea causa de divorcio debe ser grave, lo que quiere decir que debe estar revestida de tales caracteres, que haga imposible por más tiempo la vida en común entre los esposos, pues así lo ha establecido la Tercera Sala de la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación en criterio firme, al señalar:

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

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

Quinta Epoca:

Tomo LXIII, Pág. 4137. Quintero Efraín.

Tomo LXVII, Pág. 1044. Caserín W. Alfredo.

Tomo LXVIII, Pág. 2089. Torres Crescencio.

Tomo LXXIII, Pág. 3609. López Portilla de Lazcano.

Tomo LXXV, Pág. 1548. Voigt Martlia. (37).

La anterior Jurisprudencia es la número 172, y se encuentra visible en el apéndice al semanario judicial de la Federación 1917-1975, cuarta parte, tercera Sala, pág. 527.

En la fracción XII del artículo 267 se estatuye que es causa de divorcio la negativa injustificada de los cónyuges a cumplir las obligaciones señaladas en el artículo 164 y el incumplimiento, sin justa causa, de la sentencia ejecutoriada por alguno de los cónyuges en el caso del artículo 168, lo que se resume en la falta o incumplimiento del pago de alimentos.

Es decir, en principio el incumplimiento de esta obligación que es necesaria al estado matrimonial, no es causa de divorcio, si hay la posibilidad de que el cónyuge acreedor pueda embargar bienes para que el cónyuge deudor cumpla con su obligación alimentaria; sólo que exista esa imposibilidad, habrá causa de divorcio.

Pero aquí tenemos que distinguir la causa por la cual exista esa imposibilidad, pues la ley no se refiere a que un cónyuge carezca de bienes y por lo tanto, el otro esté imposibilitado de embargarlos, porque entonces, si un cónyuge careciere de bienes no tendría la obligación de dar alimentos al otro. Siempre la obligación de dar alimentos supone la posi

(37) Semanario Judicial de la Federación. Apéndice. Tesis 172, Pág. 527. Cuarta Parte, Tercera Sala. México, 1975. Mayo Ediciones.

bilidad económica del cónyuge deudor y la necesidad del acreedor, debiendo los alimentos estar proporcionados justamente a esa posibilidad económica del que debe darlos, y a la necesidad del que debe recibirlos.

Luego entonces, para que se justifique la causa de divorcio, debe haber la posibilidad de que un cónyuge, por tener bienes, esté en condiciones económicas de dar alimentos al otro que los necesita, pero bien por ignorarse ciertos bienes o por no poder controlar ciertos ingresos del cónyuge deudor, hay una imposibilidad material para poder asegurarlos. Sólo en ese caso, existiendo los ingresos necesarios que permitieran a un cónyuge dar alimentos al otro; pero por la forma como se perciben por no estar definidos cuando no se reciben periódicamente, o no hay manera de controlarlos como un sueldo o salario, se elude la obligación alimentaria.

Ahora bien, la causal del divorcio, para que pueda justificarse, deberá intentarse en condiciones tales que se demuestre que no ha sido posible asegurar los ingresos o percepciones del cónyuge deudor.

Independientemente de esta causa de divorcio, se puede cometer el delito de abandono de cónyuge, y en su caso de abandono de hijos menores, por dejarlos en circunstancias tales que peligre su existencia, careciendo absolutamente de alimentos para vivir.

La fracción XIII del artículo 267 del Código Civil, estatuye como causa de divorcio, la acusación calumniosa hecha por un cónyuge contra el otro por delito que merezca pena mayor de dos años de prisión.

En este caso, estamos en presencia de una causal que si requiere que se siga previamente el juicio penal, se pronuncie sentencia y se declare inocente al cónyuge acusado por el delito que le imputó el otro cónyuge.

Si en esa sentencia se establece que el acusado es inocente de un delito que merecía una pena mayor de dos años de prisión, entonces el cónyuge calumniado tendrá ya plenamente comprobada su causa de divorcio, pero se requiere que la sentencia penal que declare su inocencia cause -

ejecutoria.

En la fracción XIV del numeral en cita, se establece también como causa de divorcio haber cometido uno de los cónyuges un delito que no sea político, pero que sea infamante, por el cual tenga que cumplir una pena de prisión mayor de dos años.

La apreciación de delito infamante, la tendrá que determinar el juez civil, debiendo tomar en consideración si dicho delito implica deshonor para el cónyuge actor en el juicio, para su familia o para sus hijos.

Los vicios del juego, de la embriaguez, o el uso excesivo de drogas enervantes, cuando amenazan causar la ruina de la familia, o constituyen un continuo motivo de desavenencia, conyugal, constituyen causa de divorcio al tenor de la fracción XV del artículo que se viene comentando.

Cuando existen estos vicios, en realidad el divorcio debe entenderse como una sanción que se aplica al cónyuge culpable por el defecto que ha adquirido; pero se requiere que constituyan un motivo constante de desavenencia conyugal, o bien, amenazan causar la ruina de la familia.

Esta causal se justifica, ya que de tal modo dominan al individuo la ebriedad y el juego, que le hace perder toda consideración y respeto para la esposa y para los hijos.

El ebrio consuetudinario y el jugador de profesión, son seres degenerados incapaces de todo sentimiento de honradez y de virtud, que con su vicio no solamente causan su propio deshonor, sino que arrastran a él a los seres que los rodean.

La fracción XVI señala también como causa de divorcio, cometer un cónyuge contra la persona o los bienes del otro, un acto que sería punible si se tratara de persona extraña, siempre que tal acto tenga señalada en la ley una pena que pase de un año de prisión.

Aquí el Código Civil se revierte al caso previsto en el Código Penal de 1871, en el que no se sancionaba el delito de robo entre consortes -

y aun cuando penalmente no hubiera robo, para los efectos del divorcio, si ese robo por su cuantía tratándose de una persona extraña, fuere sancionable con más de un año de prisión, sí constituía una causa de divorcio, por lo que evidentemente el delito debería apreciarse por el juez civil, para los efectos exclusivamente del divorcio, por cuanto que no habría conforme al Código Penal el delito de robo entre consortes.

Esta causal, es la que sirve de fundamento para el tema a desarrollar en este trabajo, como lo veremos en su oportunidad, toda vez que la disposición de bienes de la sociedad conyugal que haga un consorte, sin consentimiento del otro, puede llegar a constituir un acto que sería punible (robo o abuso de confianza), si se tratara de persona extraña y que tal acto tuviera señalada en la ley una pena que pase de un año de prisión, y como tal, sería causa de divorcio.

La última fracción del artículo 267, establece como causal de divorcio el mutuo consentimiento, dando lugar al divorcio voluntario el cual puede ser administrativo o judicial.

El primero procede siempre y cuando los consortes convengan en divorciarse, sean mayores de edad y en su caso, hubieran liquidado la sociedad conyugal, debiendo ocurrir ante el juez del Registro Civil del lugar de su domicilio, a solicitar la disolución del vínculo matrimonial que los une.

En caso contrario; es decir, si no se reúnen los requisitos señalados anteriormente, el divorcio voluntario deberá ser judicial, para lo cual los consortes acudirán ante el juez de lo Familiar.

Finalmente, en el artículo 268 del Código Civil, se tipifica una causal de divorcio consistente en que cuando un cónyuge pide su divorcio o exige nulidad de su matrimonio y no probese la acción respectiva, o bien la causa que invocare fuere insuficiente, el otro cónyuge por ese solo hecho, una vez que se dicte sentencia absolutoria, podrá des-

pués de tres meses, exigir su divorcio.

102

C).- EFFECTOS.

El derecho francés hace una distinción de los efectos del divorcio respecto de los esposos y respecto de los hijos.

En cuanto a los primeros es fácil enunciar su principio: todos los efectos del matrimonio desaparecen. Sin embargo, es un principio que requiere algunas aclaraciones.

Primeramente, haremos referencia al plazo de viudez, que consiste en que la mujer no puede contraer matrimonio sino después de haber transcurrido trescientos días cumplidos desde la disolución del matrimonio precedente.

Por otra parte, los esposos pueden casarse nuevamente entre sí, bajo la condición de una nueva celebración.

Asimismo, puede derivarse todo un conjunto de penalidades y de pérdida de derechos para el culpable del divorcio, como es el caso donde éste, puede ser condenado a pagar al otro daños y perjuicios en la forma de una pensión alimenticia, que no será en atención a la idea de la obligación de socorro, pues ésta ya no existe entre los esposos divorciados.

También, el esposo culpable del divorcio, perderá todas las ventajas que el otro le hubiere concedido en el contrato de matrimonio o posteriormente.

Respecto de los efectos del divorcio con relación a los hijos, en primer término, se señala que la guarda de éstos, se confía al esposo no culpable del divorcio, a menos que el tribunal decida otra cosa.

Esto no impide al esposo que haya sido privado de la guarda, vigilar el sostenimiento y educación de los hijos, como tampoco lo exime de la obligación de contribuir a los gastos de ella.

Los hijos no son naturalmente, privados de ninguna de las ventajas sobre los bienes de sus padres, que les concede la ley o las convenciones

matrimoniales.

Por su parte, en el derecho alemán el divorcio produce la disolución del matrimonio para lo futuro, sin que desaparezcan retroactivamente - los efectos que han producido mientras subsistía.

Así, desde que es firme la sentencia de divorcio, la mujer pierde el domicilio de su marido, cesan los deberes de convivencia y el derecho - marital de decisión.

Otros efectos consisten en que el cónyuge divorciado no tiene frente al otro derecho de sucesión legal ni legítimo y cada uno de los divorciados puede volver a casarse, ya sea entre ellos o con un tercero.

Si mediaba alguna comunidad de derechos entre los cónyuges, cualquiera de ellos tiene la facultad de extinguirlos. De todas formas, siempre quedan entre los divorciados efectos posteriores del matrimonio, como - es el caso de la mujer, que conserva el nombre del marido, aunque puede volver a tomar su apellido familiar. Si es culpable única, el marido - puede prohibirle que lleve su nombre.

A pesar de la disolución del matrimonio, los cónyuges siguen teniendo derecho a denegar el testimonio en juicio civil o criminal. Subsisten las afinidades constituidas por el matrimonio; pero no pueden constituirse otras nuevas.

Los cónyuges continúan obligados, dentro de ciertos límites a prestarse alimentos. Si ambos cónyuges han sido declarados culpables, no tienen deber alguno de alimentarse; pero si una de las partes ha sido declarada única culpable, tendrá que prestar a la inocente los alimentos proporcionales a su estado.

Las donaciones de un cónyuge al otro durante el matrimonio o el noviazgo quedan en vigor, si ambos son declarados culpables del divorcio, o si en el caso de enfermedad mental, no lo es ninguno de ellos.

Por el contrario, si se declara culpable a uno solo, el inocente puede revocar dentro de un año, las donaciones hechas por sí, siempre que

Si hay hijos del matrimonio divorciado, el padre queda en principio, obligado a alimentarlos. Más también la madre independientemente de si ha sido declarada o no culpable, está obligada a una contribución adecuada a los alimentos, ya sea concediéndosela al marido ya invirtiéndola ella misma en la alimentación del hijo.

Para los efectos del divorcio en nuestro sistema jurídico, debemos distinguir entre los efectos provisionales, que se producen durante la tramitación del juicio, y los efectos definitivos que se causan una vez pronunciada la sentencia ejecutoriada que disuelve el vínculo matrimonial.

Por lo que toca a los efectos provisionales, puede el juez tomar providencias para separar a los cónyuges, confiar la custodia de los hijos a uno de ellos, si se pusieren de acuerdo, o bien si no lo hubiere, el juez podrá determinar si concede esa custodia durante el procedimiento a uno de los consortes o a tercera persona, pues así lo determina el artículo 282 del Código Civil vigente.

Los efectos definitivos en el juicio de divorcio, son desde luego los de mayor trascendencia, porque se van a referir ya a la situación permanente en que quedarán los divorciados, sus hijos y sus bienes, una vez ejecutoriada la sentencia de divorcio.

Al disolverse el matrimonio cada cónyuge recobra su capacidad jurídica para celebrar un nuevo matrimonio; pero con ciertas restricciones que se establecen en función de la clase de divorcio promovido y la culpabilidad de los cónyuges.

Otro efecto del divorcio en relación con los consortes es el relativo a determinar los alimentos del esposo inocente. Por lo tanto, el juez en el caso de divorcio necesario, tomando en consideración la capacidad para trabajar de los cónyuges y su situación económica, senten--

ciará al culpable al pago de alimentos en favor del inocente, mientras éste viva honestamente y no contraiga nupcias.

Tratándose del divorcio por mutuo consentimiento, salvo pacto en contrario, los cónyuges no tienen derecho a pensión alimenticia.

Respecto de los efectos del divorcio con relación a los hijos, comprenden los efectos relativos a la legitimidad o ilegitimidad del hijo de la mujer divorciada, los efectos en cuanto a la patria potestad y los relativos a los alimentos de los hijos.

En cuanto al primer caso, ya hemos visto que existe siempre la presunción de legitimidad del hijo si éste nace dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio.

Situación contraria se suscita, si el hijo nace después de los trescientos días a que se ha hecho referencia, pues entonces no existirá la presunción de que hemos hablado y en todo caso, las partes pueden promover el desconocimiento o reconocimiento de la paternidad del menor.

Por lo que hace a los efectos del divorcio en cuanto a la patria potestad, existe el principio general de privar al cónyuge culpable de la patria potestad sobre los hijos y concederla al inocente.

Este principio, admite algunas excepciones que determina el artículo 283 del Código Civil que prescribe:

"La sentencia de divorcio fijará la situación de los hijos, conforme a las reglas siguientes:

Primera.- Cuando la causa del divorcio estuviere comprendida en las fracciones I, II, III, IV, V, VIII, XIV y XV del artículo 267, los hijos quedarán bajo la patria potestad del cónyuge no culpable. Si los dos fueren culpables, quedarán bajo la patria potestad del ascendiente que corresponda, y sino lo hubiere, se nombrará tutor.

Segunda.- Cuando la causa del divorcio estuviere comprendida en las fracciones IX, X, XI, XII, XIII y XVI del artículo 267, los hijos quedarán bajo la patria potestad del cónyuge inocente; pero a la muerte de -

éste, el cónyuge culpable recuperará la patria potestad. Si los dos - cónyuges fueren culpables, se les suspenderá en el ejercicio de la patria potestad hasta la muerte de uno de ellos, recobrándola el otro - al acaecer ésta. Entre tanto, los hijos quedarán bajo la patria potestad del ascendiente que corresponda, y si no hay quien la ejerza, se les nombrará tutor.

Tercera.- En el caso de las fracciones VI y VII del artículo 267, los hijos quedarán en poder del cónyuge sano; pero el consorte enfermo conservará los demás derechos sobre la persona y bienes de sus hijos"(38)

Un último efecto del divorcio con relación a los hijos, consiste - en que ambos consortes tendrán obligación de contribuir, en proporción a sus bienes e ingresos, a las necesidades de los hijos, a la subsistencia y a la educación de éstos, hasta que lleguen a la mayor edad.

Por otra parte, en relación con los bienes, como el divorcio origina la disolución del matrimonio, necesariamente debe traer consigo la disolución de la sociedad conyugal que se hubiere celebrado entre los consortes.

Con relación a las donaciones hechas a los consortes ya entre ellos, o por un tercero, una vez decretado el divorcio, el cónyuge culpable - perderá todo lo que se le hubiere dado o prometido por el donante y el inocente, conservará lo recibido y podrá reclamar lo pactado en su provecho.

(38) Leyva Gabriel-Lisandro Cruz Ponce. Op. Cit. Pág. 64-65.

LA SOCIEDAD CONYUGAL.

1.- NATURALEZA JURIDICA.

Al parecer existe una concordancia universal en cuanto a que la naturaleza jurídica de la sociedad conyugal deriva o se origina de un convenio entre los consortes y concretamente en la especie de un contrato.

Así se desprende las disposiciones contenidas en el código civil alemán, particularmente lo establecido en el artículo 1432, que a la letra dice:

"Los cónyuges pueden regular por contrato (contrato matrimonial), sus relaciones jurídico patrimoniales, en especial aún después de contraerse el matrimonio pueden suprimir o modificar el estado de los bienes". (39)

Inclusive, se puede afirmar que no sólo la sociedad conyugal se regula como un contrato en cuanto a su naturaleza jurídica, sino que también cualesquiera otro régimen o relación patrimonial derivada del matrimonio, se la da el trato de contrato.

El contrato que regule la sociedad conyugal, debe estipularse antes del matrimonio y su conclusión procede mediante comparecencia simultáneas de ambas partes ante tribunal o notario, independientemente de que es admisible la representación en favor de uno de los consortes.

También en nuestro sistema jurídico, a la sociedad conyugal se le atribuye la característica de convenio, en su especie de contrato.

En efecto, la naturaleza jurídica de las capitulaciones matrimoniales, entendidas como género, es la de un convenio, que como requisito necesario forma parte integrante del matrimonio en cuanto a que en ellas se establece el régimen de separación de bienes o de la sociedad conyugal (especies).

(39) Melón Infante Carlos. Op. Cit. Pág. 295.

Será un contrato, cuando tengan por objeto la constitución de la - sociedad conyugal, que es el caso en el que se crean o transmiten derechos y obligaciones.

Esta idea se confirma al dar lectura a la fracción V del artículo 98 y al numeral 183, ambos del Código Civil, que disponen:

"Artículo 98.- Al escrito a que se refiere el artículo anterior, - se acompañará:

V.- El convenio que los pretendientes deberán celebrar con relación a sus bienes presentes y a los que adquirieran durante el matrimonio. En el convenio se expresará con toda claridad si el matrimonio se contrae bajo el régimen de sociedad conyugal..."

"Artículo 183.- La sociedad conyugal se regirá por las capitulaciones matrimoniales que la constituyan, y en lo que no estuviere expresamente estipulado, por las disposiciones relativas al contrato de sociedad". (40)

La sociedad conyugal no tiene personalidad jurídica distinta de la de sus socios, sino que es simplemente un patrimonio común, constituido por los bienes que han señalado los cónyuges para que formen parte de él y en el cual, el dominio de los bienes que lo constituyen, reside en ambos cónyuges mientras subsista la sociedad.

2.- Formas de sociedad conyugal, según la doctrina extranjera.

La idea de hacer un análisis de las formas de sociedad conyugal, se origina de los diversos estilos que regula el derecho alemán, como son la comunidad general de bienes, la comunidad de ganancias y la comunidad de muebles, a las que nos vamos a referir

El propósito fundamental que inspira el sistema de la comunidad general de bienes, es el paralelismo entre la unión íntima de dos vidas y la plena unión patrimonial; esto es, todo el patrimonio que un cónyuge

aporte al matrimonio o adquiere durante el mismo, se convierte en patrimonio común de ambos cónyuges en mano común.

El patrimonio existente al entrar en vigor la comunidad general de bienes se convierte automáticamente en patrimonio común, sin necesidad de transmisión por negocio jurídico de los objetos singulares (transmisión formal de los inmuebles, tradición de los muebles, cesión de los derechos). La mano común adquiere ambos patrimonios por sucesión universal.

Además, son bienes comunes los que adquiere uno de los cónyuges durante el matrimonio, aunque la relación jurídica no ha de construirse como si el cónyuge adquirente representase a la mano común, sino que él adquiere individualmente y la mano común obtiene como sucesora del mismo, aunque el logro del cónyuge singular y la sucesión de la mano común están distanciadas temporalmente.

Los bienes comunes son patrimonio común de ambos cónyuges, cada uno de los objetos que lo componen pertenece en mano común a los consortes: la pareja conyugal es propietaria de los muebles y de los inmuebles, acreedora de los créditos y titular de los demás derechos, de tal suerte que ninguno de los esposos pueda disponer de su participación, ya que dicha disposición sería ineficaz.

Por lo que hace a la comunidad de ganancias, debemos mencionar que no es una comunidad de patrimonios, sino una comunidad de provechos: los provechos del trabajo y de los patrimonios de ambos cónyuges se hacen comunes.

Esto es, la comunidad de ganancias es la limitación de la comunidad de bienes a lo adquirido durante el matrimonio, bien sea por provechos del trabajo o del patrimonio.

La ley no regula especialmente este régimen de bienes, sino que la reestructura mediante remisiones al régimen legal de bienes y a la comunidad general de bienes. Para las ganancias rigen, en lo esencial, las nor

mas de la comunidad general de bienes, y para los restantes patrimonios las relativas al régimen legal de bienes.

Pertenece al patrimonio común lo que el marido o la mujer adquieren durante el régimen de comunidad de ganancias, salvo lo que excepcionalmente se considera como bien aportado de uno de los cónyuges.

Por lo que se refiere al patrimonio común, son aplicables los preceptos o reglas de la comunidad general de bienes.

Finalmente, la comunidad de muebles no comprende sólo éstos, sino los muebles y las ganancias, pues también se hacen patrimonio común de los cónyuges los inmuebles ganados.

El patrimonio común se encuentra constituido por las ganancias sean muebles o inmuebles y por todo el patrimonio mueble. Este último en cuanto a su concepto, no coincide con el de las cosas muebles, ya que para los efectos de esta comunidad, debe entenderse que algunas cosas muebles, en razón de su conexión económica con los bienes inmuebles, se consideran patrimonio inmueble, que forma parte de la citada comunidad. Este patrimonio común recibe igual trato que en la comunidad general de bienes.

En nuestro sistema legal, el régimen denominado sociedad conyugal, establece una verdadera comunidad entre los consortes, sobre la totalidad de los bienes presentes y futuros de los esposos o sobre unos u otros, o bien, sobre parte de ellos y sus frutos o solamente sobre éstos, según convengan las partes en las capitulaciones correspondientes.

Puede además incluir la sociedad conyugal, una coparticipación sobre los productos del trabajo de uno de los consortes o de ambos. En efecto, la ley establece varias posibilidades, dentro de las cuales la voluntad de las partes puede moverse libremente para ajustar la estructura de la sociedad conyugal, adaptándola a los propósitos de las partes, por lo que toca al aspecto económico que va anexo al matrimonio.

Los cónyuges pueden proponerse formar un acervo común con la totali-

dad de sus bienes, de los frutos de éstos y del producto de su trabajo, el que el marido y mujer llevan cuanto tienen y lo que obtenga cada uno en lo futuro para sufragar los gastos propios de la comunidad de vida - que establecen entre sí; en este caso estaremos en presencia de una sociedad conyugal universal.

Si así lo desean marido y mujer, pueden aportar sólo a la sociedad conyugal una parte de sus bienes, reservándose la otra para sí, ya sea incluyendo en la aportación sólo una porción de sus bienes y la totalidad de sus frutos, o los bienes y una porción de los productos, o solamente los frutos que produzcan los bienes. Se trata entonces de una sociedad conyugal parcial y con esta variante, necesariamente coexistiría un régimen parcial de separación de bienes, al cual se le podría denominar régimen mixto.

También podrán estipular los consortes, que la sociedad conyugal - sólo comprenderá los bienes que en lo futuro adquirieran los consortes; - en este caso, si en el momento de la estipulación uno de ellos o ambos, tienen bienes propios, quedará establecido tácitamente un régimen mixto semejante al que hemos mencionado.

En todo caso en que se forme una sociedad conyugal, ambos consortes deberán declarar si el producto del trabajo que cada uno desarrolle queda reservado a quien lo ejecute o si debe dar participación de ese producto al otro consorte y en qué proporción.

La sociedad conyugal, ya sea que abarque la totalidad de los bienes de los consortes o sólo una parte de ellos, podrá quedar constituida no sólo con los bienes que forman el activo del patrimonio de cada socio, sino que también podrá hacerse cargo de las deudas que en el momento de la constitución de dicha sociedad, tenga cada uno de los cónyuges.

3.- Inventario y registro de los bienes.

Hemos mencionado con anterioridad, que el contrato matrimonial debe

concluirse con asistencia simultánea de ambas partes, entiéndase los -
contrayentes, ante tribunal o ante un notario, tratándose del derecho
germánico.

Independientemente de que ni la doctrina ni el Código Civil alemán
hacen referencia expresa, resulta obvio que al celebrarse el contrato
matrimonial se debe presentar ante la autoridad correspondiente, el in-
ventario de los bienes que serán regulados mediante la relación jurídi-
co patrimonial que determinen los cónyuges.

Esta afirmación se justifica por el solo hecho de que como se verá
en su oportunidad, al llevarse a cabo la inscripción de dichos bienes,
en el registro de derecho de bienes, para que tenga lugar la citada -
inscripción, es lógico que habrá de presentarse una lista detallada de
todos y cada uno de los bienes que habrán de quedar afectados por cual-
quiera de los regímenes patrimoniales que los consortes hayan preferi-
do optar.

Si se llegare a excluir o modificar el régimen patrimonial matrimo-
nial, deberá hacerse la inscripción respectiva en el registro de dere-
cho de bienes, para que puedan aducirse objeciones frente a un tercero,
esto es, para que surta efectos dicha supresión o modificación contra
tercero, o bien, que éste tenga conocimiento de las innovaciones en -
cuestión.

El registro de derecho de bienes, se equipara a nuestro Registro -
Público de la Propiedad y las inscripciones relativas al régimen patri-
monial matrimonial que se hagan en aquél, han de verificarse en el juz-
gado en cuyo distrito tenga el marido su domicilio.

Si el marido, después de la inscripción, traslada su domicilio a -
otro distrito, debe ser repetida la inscripción en el respectivo regis-
tro de este distrito. La anterior inscripción vale como practicada de
nuevo, si el marido restablece el domicilio en el primitivo distrito.

Una inscripción en el registro, se practica a petición de la parte interesada, y en los casos relativos al régimen patrimonial del matrimonio, la regla general se establece en el sentido de que es necesaria la petición de ambos cónyuges, los cuales están obligados entre sí, a colaborar con el otro para que la inscripción se practique.

Sólo en dos supuestos, la petición de un cónyuge es suficiente:

1.- Para la inscripción de un contrato matrimonial o de una modificación de la relación jurídico-patrimonial de los cónyuges que descansa en una decisión judicial, si con la petición es presentado el contrato matrimonial o la decisión provista con el testimonio de firmeza.

2.- Para la repetición de una inscripción en el Registro de otro distrito, si con la petición es presentada una copia públicamente autenticada de la anterior inscripción, expedida después de la supresión del anterior domicilio.

La inscripción se hace pública a través del juzgado, por medio de la Gaceta destinada a sus publicaciones.

Nuestro ordenamiento legal sí prevé expresamente lo relacionado con el inventario de los bienes que quedarán afectados por la sociedad conyugal.

En efecto, las fracciones I, II y III del artículo 189 del Código Civil, establecen que al quedar constituida la sociedad conyugal, los consortes deberán incluir en las capitulaciones matrimoniales un inventario detallado de su activo y su pasivo personal y la parte del activo y del pasivo que integrarán a la sociedad.

Textualmente, las fracciones del precepto en cuestión prescriben:

"Artículo 189.- Las capitulaciones matrimoniales en que se establece la sociedad conyugal, deben contener:

I.- La lista detallada de los bienes inmuebles que cada consorte lleve a la sociedad, con expresión de su valor y de los gravámenes que reporten;

II.- La lista especificada de los bienes muebles que cada consorte - introduzca a la sociedad;

III.- Nota pormenorizada de las deudas que tenga cada esposo el celebrar el matrimonio, con expresión de si la sociedad ha de responder de ellas, o únicamente de las que se contraigan durante el matrimonio, ya sea por ambos consortes o por cualquiera de ellos". (41)

Respecto del registro o inscripción que se debe hacer de los bienes sujetos a la sociedad conyugal, conviene destacar dos situaciones:

En primer término, la razón de la inscripción de los citados bienes, es para que produzca efectos en perjuicio de terceros.

En segundo lugar, tratándose de bienes inmuebles en donde los cónyuges se hacen copartícipes o se transfieren la propiedad de los mismos, - para que la traslación sea válida deberá constar en escritura pública y en consecuencia, inscribirse en el Registro Público de la Propiedad.

Asimismo, toda alteración durante el matrimonio del régimen patrimonial establecido entre los consortes, que importe la transmisión de dominio de bienes cuya cuantía requiera la escritura pública deberá constar precisamente en esta forma, haciéndose las anotaciones correspondientes tanto en el protocolo en que se otorgaron las primitivas capitulaciones, como en la inscripción del Registro Público de la Propiedad, ya que de otro modo, las citadas alteraciones no producirán efecto contra terceros.

Lo anterior encuentra su fundamento en lo dispuesto por los artículos 3007 y 3042 fracción primera del Código Civil, que señalan:

"Artículo 3007.- Los documentos que conforme a este código sean registrables y no se registren, no producirán efectos en perjuicio de tercero.

Artículo 3042.- En el Registro Público de la Propiedad inmueble se inscribirán:

(41) Leyva Gabriel-Lisandro Cruz Ponce. Op. Cit. Págs. 47 y 48.

I.- Los títulos por los cuales se cree, declare, reconozca, adquisiera, transmita, modifique, limite, grave o extinga el dominio, posesión originaria y los demás derechos reales sobre inmuebles". (42)

Resulta conveniente transcribir la posición sustentada por la Tercera Sala de la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación, al respecto:

"SOCIEDAD CONYUGAL; NECESARIA INSCRIPCION EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD DE LOS BIENES INMUEBLES A NOMBRE DE LA, PARA QUE SURTA EFECTOS CONTRA TERCERO.

Si el matrimonio se celebró bajo el régimen de sociedad conyugal y los bienes inmuebles se adquirieron durante su vigencia, en relación a los cónyuges, no hay duda de que tales bienes forman parte de la comunidad, pero ello no significa que tal situación sea oponible frente a terceros de buena fe, si los bienes aparecen inscritos en el Registro Público de la Propiedad a nombre de uno solo de los cónyuges, con quien contrató el tercero, y no de ambos, como debía ser, porque la inscripción en el Registro Público de la Propiedad es la única forma de garantizar los intereses de quienes contratan con los cónyuges casados bajo el régimen de sociedad conyugal, y evitar así que sean defraudados por ocultaciones o modificaciones de capitulaciones matrimoniales que sólo conocen los cónyuges". (43)

(42) Leyva Gabriel-Lisandro Cruz Ponce. Op. Cit. Págs. 14 y 16 del Decreto que reforma, adición y deroga diversos artículos del Código Civil para el Distrito Federal.

(43) Semanario Judicial de la Federación. Op. Cit. Pág. 1066.

4.- Administración.

Existe la regla general en el derecho alemán, en el sentido de que al marido le corresponde la administración del patrimonio común; pero para tal situación, se habrá de tener en cuenta su derecho a influir de hecho sobre las cosas del patrimonio común, su derecho de disposición, su derecho a obligarse, la facultad que tiene para realizar negocios de adquisición, su potestad a recibir declaraciones unilaterales de voluntad y su derecho de gestión procesal.

El marido está facultado para tomar posesión de las cosas que comprenden el patrimonio común. Será entonces poseedor a título de administrador en nombre ajeno y mediador posesorio, no de la mujer, sino de la mano común.

El esposo puede adquirir derechos para la mano común. Todo lo que adquiere entra en los bienes comunes, aun cuando lo haga en nombre propio, el derecho adquirido se hace bien común a través de su persona, ya que no puede adquirir inmediatamente en nombre de la mano común.

El marido tiene el derecho de gestión procesal sobre los bienes comunes, tanto en los procesos activos como en los pasivos y si no tiene poder, actúa en juicio en nombre propio y no como representante de su mujer ni como mandatario de la mano común; pero la sentencia surte efecto en favor o en contra de la mujer. Sin embargo, conforme a tres supuestos, el marido necesita el consentimiento de su esposa:

1.- Para un negocio jurídico por el cual se obligue a disponer sobre el patrimonio común en su totalidad, lo mismo que para cumplir una obligación semejante contraída sin asentimiento de la mujer.

2.- Para una disposición sobre una finca del patrimonio común y para contraer la obligación de hacer semejante disposición y, por tanto, también para la venta, para la transmisión de una finca, para la concesión de una hipoteca y para la promesa de tal concesión.

3.- Para una donación con cargo a los bienes comunes, para todas las promesas de donación, aunque no se refieren a los bienes comunes y para una disposición sobre el patrimonio común por la cual deba ser cumplida la promesa de donación hecha sin asentimiento de la mujer.

Por otra parte, los actos de administración de la mujer, se permiten únicamente en casos excepcionales. A la mujer se le considera de una manera general, como administradora de urgencia, pues sólo en esas circunstancias tiene derecho a realizar negocios jurídicos y a llevar pleitos relativos al patrimonio común, siempre que el marido esté impedido por enfermedad o ausencia y la dilación sea peligrosa.

Nuestro ordenamiento legal, no hace referencia expresa en el sentido de que a alguno de los cónyuges en particular sea a quien corresponda la administración de los bienes que forman la sociedad conyugal, por lo tanto, deja abierta la posibilidad a que tanto el marido como la mujer funjan como administradores de los bienes de la sociedad conyugal.

Es cierto que de conformidad con el artículo 194 del Código Civil, el dominio de los bienes comunes reside en ambos cónyuges mientras subsista la sociedad; pero también es cierto que la ley de la materia en forma imperativa señala que deberá establecerse expresamente en las capitulaciones matrimoniales quien debe ser el administrador de la sociedad con las facultades que le correspondan, bien sea para ejecutar sólo actos de administración o para incluir dentro de ellas también, las de riguroso dominio, a fin de que pueda el administrador enajenar o gravar los bienes comunes.

Lo anterior, encuentra su fundamento en la fracción VII del artículo 189 del Código Civil, que precisa:

"Artículo 189.- Las capitulaciones matrimoniales en que se establezca la sociedad conyugal, deben contener:

VII.- La declaración terminante acerca de quién debe ser el administrador de la sociedad, expresándose con claridad las facultades que se le conceden". (44)

5.- Suspensión y terminación.

La legislación civil alemana, no hace señalamiento alguno con respecto a la suspensión de la comunidad general de bienes, entendida como sociedad conyugal, pues únicamente prevé los casos de su terminación.

La comunidad general de bienes se extingue:

1.- Por disolución del matrimonio, especialmente por muerte de uno de los cónyuges o por divorcio. Ahora bien, si al morir uno de los consortes, existen descendientes comunes, la comunidad no se termina por lo regular, sino que entre en vigor la comunidad continuada.

2.- Por contrato de matrimonio, en virtud del cual, en caso de duda respecto del régimen patrimonial del matrimonio que se hubiese adoptado, se estará en favor de la separación de bienes.

3.- Por sentencia constitutiva, que consiste en que en ciertos casos en que sus derechos o previsiones peligran gravemente por la conducta del otro cónyuge, tanto el marido como la mujer pueden demandar la supresión de la comunidad de bienes.

En este último caso, la terminación de la comunidad de bienes es definitiva y el cónyuge que haya dado causa a ella, no tiene derecho alguno a que sea restablecida, aún en el supuesto de que quede sin efecto la causa que originó la extinción.

Contrariamente a la legislación germana, nuestro sistema jurídico sí indica la hipótesis por las cuales se presenta la suspensión y los supuestos por los cuales se llega a la terminación de la sociedad conyugal.

En el primer caso, existen dos posibilidades: la sentencia que decla

ra la ausencia de alguno de los consortes, suspende la sociedad conyugal y el abandono injustificado por más de seis meses del domicilio conyugal por uno de los consortes, suspende desde el día del abandono, los efectos de la sociedad; pero sólo en cuanto esos efectos favorecen al cónyuge que abandonó el hogar; los demás efectos quedarán subsistentes en contra del cónyuge que violó injustificadamente el hogar común. Sólo mediante convenio expreso de ambos cónyuges, la sociedad conyugal producirá efectos favorables al cónyuge que abandonó el hogar.

Finalmente, las posibilidades que existen para que la sociedad conyugal concluya, son las siguientes:

a).- Por divorcio o nulidad de matrimonio y por muerte de uno de los consortes, que son las causas de disolución del vínculo conyugal.

b).- Por voluntad de los cónyuges.

c).- Por sentencia que declare la presunción de muerte del cónyuge ausente.

Estos tres supuestos, se encuentran contenidos en el artículo 197 del Código Civil; pero en dicho ordenamiento, en el artículo 188, se regulan dos situaciones más, las cuales operan a petición de alguno de los consortes, en los siguientes casos:

1.- Si el socio administrador, por su notoria negligencia o torpe administración, amenaza arruinar a su consocio o disminuir considerablemente los bienes comunes y,

2.- Cuando el socio administrador hace cesión de bienes a sus acreedores, o es declarado en quiebra.

CAPITULO CUARTO.

ANALISIS DE LA CAUSAL DE DIVORCIO

QUE SE PROPONE.

I.- Aspecto Teórico.

Señalamos anteriormente que en el derecho alemán se establece como causal relativa de divorcio, las infidelidades de un cónyuge en la gestión económica, entendidas como infracción grave de los deberes matrimoniales, o como conducta deshonrosa o inmoral de uno de los cónyuges (comisión de crímenes o delitos deshonorosos), de la cual consideramos que se desprende la causal de divorcio consistente en la disposición de bienes de la sociedad conyugal, según apuntaremos más adelante.

Asimismo, indicamos que en nuestro derecho positivo se encuentra tipificada como causal de divorcio, de conformidad con la fracción XVI del artículo 267 del Código Civil, el cometer un cónyuge contra la persona o los bienes del otro, un acto que sería punible si se tratara de persona extraña, siempre que tal acto tenga señalada en la ley una pena que pase de un año de prisión.

En ese orden de ideas, podemos equiparar la causal de divorcio contemplada por el derecho germano, con la causal prevista en nuestro sistema jurídico.

En efecto, el hecho de que uno de los cónyuges disponga de los bienes que forman parte de la sociedad conyugal, se traduce por una parte, en infidelidad de la gestión económica y por otra, en un acto que sería punible si se tratara de persona extraña.

Así las cosas, se puede afirmar que el antecedente de la fracción XVI del artículo 267 del Código Civil, se encuentra en la legislación alemana, concretamente en el artículo 1563 del Código Civil alemán que

prescribe:

"Artículo 1568.- Un cónyuge puede interponer acción para el divorcio si el otro cónyuge, por lesión grave de las obligaciones originadas por el matrimonio o por conducta deshonrosa o inmoral, ha causado una perturbación tan profunda de la relación matrimonial que el cónyuge no le puede ser exigida la continuación del matrimonio. Como lesión grave de las obligaciones vale también la vejación grave". (45)

El problema es más complejo de lo que se piensa, así pues, debemos insistir en que la lesión grave de las obligaciones originadas por el matrimonio o la conducta deshonrosa o inmoral, como la comisión de delitos deshonrosos, resultan infidelidades de un cónyuge en la gestión económica y como tales, se sancionan con el divorcio.

A mayor abundamiento, señalamos también con anterioridad que la causa de divorcio prevista en el derecho alemán, es una causa relativa, que tiene su origen en una conducta negligente, en la inteligencia que por conducta negligente debe entenderse una conducta de culpa, en la cual se comete una falta más o menos grave, voluntariamente y a sabidas que se va a incurrir en un perjuicio en contra de los bienes o la persona de otro.

Si tratamos de analizar conjuntamente las causales de divorcio previstas tanto en el derecho alemán, como en nuestro sistema legal, por lo que a la disposición de bienes se refiere, de la sociedad conyugal, no debemos omitir el señalamiento en el sentido de que en el derecho civil mexicano, esta causal en principio se estableció para aquellos casos en los cuales el Código Penal de 1871 no contemplaba y mucho menos sancionaba el delito de robo entre consortes.

Para precisar estas ideas, primeramente apuntaremos en qué consiste el robo, y después, haremos algunos razonamientos.

(45) Melón Infante Carlos. Op. Cit. Pág. 323.

Conforme al artículo 367 del Código Penal vigente, "comete el delito de robo: el que se apodera de una ajena mueble, sin derecho y sin consentimiento de la persona que puede disponer de ella con arreglo a la ley". (46)

Así las cosas, podemos sostener la idea de que cónyuge que dispone de los bienes de la sociedad conyugal, comete el delito de robo, puesto que existe el apoderamiento de una cosa ajena (debe ser mueble), sin derecho y sin consentimiento de la persona que puede disponer de ella con arreglo a la ley.

Es cierto que el dominio de los bienes comunes reside en ambos cónyuges mientras subsiste la sociedad conyugal, pero también es cierto - que si uno de los consortes dispone de esos bienes, dispone también - del dominio (entiéndase de los bienes) que le corresponde al otro - cónyuge, sin tener derecho ni el consentimiento de éste y en consecuencia, se tipifica el delito de robo.

Comentábamos con anterioridad que este tipo de robo entre consortes, no se encontraba tipificado en el Código Penal de 1871 y por eso se creó la causal de divorcio en el derecho civil que consiste en la comisión por parte de un cónyuge contra la persona o los bienes del otro, de un acto que sería punible si se tratara de persona extraña.

No obstante lo anterior, en el Código Penal vigente, se tipificaba el delito de robo entre consortes, aunque para que produzca responsabilidad penal, se requiere que se formule la querrela por parte del cónyuge agraviado, esto es, es un delito que se sigue a petición de parte.

En este orden de ideas, algunos autores opinan al estar contemplado el robo entre consortes por el ordenamiento penal, la fracción XVI

(46) Código Penal para el Distrito Federal. Colección Porrúa. Editorial Porrúa S. A. 35a. Ed. México. 1973. Pág. 114.

del artículo 267 del Código Civil es letra muerta, pues al presentarse - el robo entre cónyuges (disposición de bienes de la sociedad conyugal), ya no sería aplicable la norma antes mencionada, sino que se ajustaría a los supuestos establecidos en la fracción XIV del citado numeral, es decir, al haber cometido uno de los cónyuges un delito que no sea político, pero que sea infamante, por el cual tenga que sufrir una pena de prisión mayor de dos años.

Sin embargo, nosotros discrepamos con la opinión anterior por lo siguiente:

En principio, debemos mencionar que existen dos grandes diferencias entre una y otra fracción del precepto legal invocado, que se pudieran aprovechar ya sea en beneficio o en perjuicio de uno u otro cónyuge.

La primera diferencia a que aludimos, consiste en que por una parte, en la fracción XIV del artículo 267 del Código Civil, se habla de la comisión de un delito por parte de uno de los cónyuges, por el cual tenga que sufrir una pena de prisión de dos años, y por otra, la fracción XVI del mismo numeral, señala como causal de divorcio, la comisión de un acto que sería punible.

Así las cosas, para que se conforme la causal prevista en la fracción XIV, se requiere que se haya dictado sentencia ejecutoria que condene a un cónyuge a sufrir una pena de prisión, mientras que para que se configure la causal enunciada en la fracción XVI, no se requiere que se dicte sentencia y ni siquiera que se siga un proceso penal, pues como se desprende de dicha fracción, se habla de un acto que sería punible y en esas circunstancias, debe quedar a juicio del juez de lo familiar, si se cometió o no el acto y si procede o resulta improcedente la disolución del vínculo matrimonial con base en esta causa.

Existe una segunda diferencia entre las fracciones ya anotadas, pues mientras que en la primera que se comenta se requiere que la pena de pri

sión sea mayor de dos años, en la segunda de ellas es necesario que la pena pase de un año de prisión; es decir, existe una diferencia de por lo menos un año en cuanto a la sanción.

Por todo lo anteriormente asentado, creemos desde nuestro muy particular punto de vista, que las disposiciones comentadas siguen siendo aplicables en forma independiente una de la otra y que establecen supuestos totalmente diversos entre sí.

2.- Aspecto Forense.

En cuanto a este último punto, trataremos de analizar las fases -- más importantes de un juicio de divorcio necesario, que se ventiló ante un juzgado de lo familiar, en el cual tuvimos la oportunidad de intervenir en cuanto a su tramitación se refiere, y por razones obvias, no mencionaremos el nombre de las partes en dicho juicio, sino que únicamente designaremos al actor, la demandada y el juez de lo familiar.

Como en todos los juicios del orden familiar, éste se inicia con la demanda presentada por el actor, en la cual se reclama la disolución del vínculo matrimonial que lo unía con la demandada, por causas imputables a ésta, fundadas en el acto punible que más adelante se detalla y que conforme a la ley penal, tiene señalada una pena que sobrepase de un año de prisión.

Asimismo, el actor demandó la pérdida de la patria potestad del menor procreado durante el matrimonio, la restitución a la sociedad conyugal de los bienes muebles que sustrajo la demandada sin consentimiento alguno y el pago de los gastos y costas que se originen por el juicio.

El reclamante se fundó en los siguientes hechos:

- 1.- Que contrajo matrimonio con la demandada bajo el régimen de sociedad conyugal, acreditándolo con el acta relativa.
- 2.- Que durante el matrimonio procrearon un hijo, lo cual comprobó con la documental respectiva.

- 3.- Precisó la ubicación donde quedó constituido el domicilio conyugal.
- 4.- Señaló por otra parte, que hasta antes del 16 de junio de 1977, fue de plena convivencia por parte del actor; pero por lo que se refiere a su esposa, no había sido normal, pues con anterioridad a esas fechas, la demandada había entablado en contra de el actor dos demandas de alimentos que habían sido infundadas.
- 5.- En este hecho, apuntó el actor que en la fecha antes señalada, la demandada abandonó el hogar conyugal con rumbo desconocido y sin causa justificada, llevándose en compañía de su madre, y sin consentimiento del actor, a su menor hijo y algunos bienes muebles que eran propiedad de la sociedad conyugal, tales como una recámara, una sala y un refrigerador.
- 6.- El actor ante el agente del Ministerio Público correspondiente, se querelló del delito de robo en contra de su esposa, por el hecho de haber dispuesto de los bienes que formaban parte de la sociedad conyugal y que tal acto, ameritaba la aplicación de una pena de prisión que excede de un año, a la luz de los artículos 370 y 373 del Código Penal; que por lo tanto, se configura la causal de divorcio señalada en la fracción XVI del artículo 267 del Código Civil.

Por su parte la demandada al producir su contestación, negó acción y derecho al actor para demandarle lo reclamado en el proemio del escrito inicial y al contestar los hechos, manifestó que eran ciertos los tres primeros haciendo la aclaración en cuanto al último de éstos, que era cierto que el domicilio conyugal se había establecido en el lugar señalado por el actor, pero que con anterioridad habían vivido en calidad de arrimados y que si promovió juicios de alimentos fue porque el actor no había cumplido con sus deberes alimentarios sin embargo, cuando se instaló el hogar conyugal, se desistió de dichos juicios.

En cuanto al hecho cuatro, sostuvo que era falso por las razones antes esentadas.

El hecho cinco de la demanda lo negó también, afirmando que si salió del hogar conyugal fue porque los propietarios del inmueble habían notificado la terminación del contrato de arrendamiento y por esa razón se llevó las pocas pertenencias que quedaban a casa de una de sus hermanas, ya que el actor con anterioridad había sacado su ropa y pertenencias personales.

Por último, negó el hecho seis de la demanda, sosteniendo que no se le podía acusar de un delito que no existe en el Código Penal, ya que se había casado bajo el régimen de sociedad conyugal y en consecuencia, no podía cometer el delito de robo la persona que dispone de lo propio, pues para saber que es lo que le pertenece a cada uno, es preciso liquidar la sociedad conyugal.

Argumentó la demandada que para que prospere la causal esgrimida por el actor, se requiere que exista un juicio penal y sentencia ejecutoria en la cual se condene a la culpable a cumplir con la pena impuesta, lo que según ella, no ocurre en el caso concreto.

Una vez contestada la demanda, el juez del conocimiento mandó abrir el juicio a prueba, en donde las partes ofrecieron las que a sus intereses convinieron.

De las pruebas ofrecidas por el actor, consideramos que las más importantes fueron las siguientes: la confesional a cargo de la demandada, la documental privada consistente en las facturas de los muebles que sustrajo la demandada, la documental pública consistente en la copia certificada de la querrela presentada por el actor en contra de su esposa, ante el agente del Ministerio Público, así como el testimonio rendido por una persona ofrecida por el actor; la pericial consistente en el avalúo de los bienes que sustrajo la demandada; y la testimonial a car-

go de dos personas que según el actor, se dieron cuenta de que la demandada sustrajo los muebles.

Por su parte, la demandada únicamente ofreció como pruebas, la confesional a cargo del actor, la testimonial a cargo de dos personas que se comprometió a presentar, y la presuncional en su doble aspecto legal y humana.

Una vez cerrado el término probatorio, el juez mandó preparar las pruebas y ordenó su desahogo, del cual sólo haremos referencia a algunas partes que consideramos son las más importantes y que comentaremos más adelante.

En cuanto al desahogo de la confesional a cargo de la demandada, conviene destacar las siguientes posiciones:

- 1.- Que reconoce que el portero del inmueble donde tenemos constituido nuestro hogar conyugal, conoce a la madre de la absolvente. Respuesta: Que es cierto.
- 2.- Que reconoce la absolvente que los bienes muebles que forman parte de la sociedad conyugal, son entre otros los que se mencionaron en la demanda. Respuesta: Que es cierto.
- 3.- Que reconoce que el día 16 de junio de 1977, sustrajo del hogar conyugal, en compañía de su madre y en ausencia y sin consentimiento del actor, todos los muebles que se detallan en la demanda. Respuesta: Que no es cierto, y aclara que sacó o sustrajo los muebles mencionados anteriormente del domicilio también mencionado porque el nuevo dueño del edificio y varios abogados de una institución financiera, que era la arrendadora, la visitaron una o dos veces requiriéndola para que entregara el departamento, el cual debieron entregar en el mes de junio para venderlo en condominio y que dichos avisos se los proporcionaron en el mes de abril dichos abogados así como el portero del inmue--

ble, que los mencionados muebles fueron los únicos que quedaron porque su contraparte ya se había llevado otros.

- 4.- Que reconoce haber sido vista por el conserje del inmueble, en la fecha indicada de su salida, toda vez que requirió de un camión de mudanzas para extraer del domicilio conyugal los bienes de que se trata. Respuesta: Que es cierto y que incluso se trasladó a Cuajimalpa a contratar una camioneta que le transportara los muebles.
- 5.- Que reconoce que su salida del hogar conyugal, el día 16 de junio de 1977, lo fue a las trece horas aproximadamente. Respuesta: Que es cierto pero no a las trece horas, sino fue en la mañana.
- 6.- Que la absolvente sabe que con motivo de los muebles que sustrajo del hogar, el actor ha formulado querrela en su contra por el delito de robo. Respuesta: Que es cierto.
- 7.- Que reconoce, conforme a las actuaciones penales que se indican y que se le ponen a la vista, que los bienes muebles ahí especificados, son los mismos que sustrajo del hogar conyugal en la fecha de su salida. Respuesta: Que es cierto.
- 8.- Que reconoce conforme a las citadas actuaciones penales que se le ponen a la vista, ser cierto que conoce y sabe que dichos bienes son los mismos que se detallan en la demanda. Respuesta: Que es cierto.
- 9.- Que reconoce conforme a las actuaciones penales que se le ponen a la vista, que el nombre del conserje del inmueble que ahí se detalla, es el mismo que ella conoce. Respuesta: Que es cierto.
- 10.- Que reconoce que desde la fecha de su salida, esto es, el 16 de junio de 1977, y hasta la fecha se ha abstenido de regresar al hogar conyugal. Respuesta: Que es cierto, porque el departamento quedó vacío que les quitaron las llaves o sea las entregaron y

y por lo tanto ya no existe dicho domicilio conyugal.

Respecto de la testimonial ofrecida por el actor, destaca la declaración vertida por el testigo que fungía como conserje del inmueble donde se encontraba el domicilio conyugal, mismo que también rindió su testimonio en la querrela presentada por el actor.

De dicha testimonial, resalta lo relatado por la citada persona al sostener que el día 16 de junio de 1977 entre las doce treinta y catorce treinta la demandada se presentó con un camión de mudanzas y se llevó los muebles y cajas de cartón donde no sabe qué llevaba perteneciente a su departamento, al que ya no regresó la señora y que el actor regresó al mismo.

Una vez que fueron desahogadas las pruebas, ofrecidas y admitidas, el juez del conocimiento dictó sentencia en la que se absolvía a la demandada y por lo tanto, no se decretaba la disolución del vínculo matrimonial.

La resolución del juzgador se basó en que la causal de divorcio hecha valer por el actor no quedó probada, pues para que ésta exista, según él, se requiere que uno de los cónyuges haya cometido un delito en contra de la persona o bienes del otro, siempre que tal acto tenga señalada en la ley una pena que pase de un año de prisión.

El funcionario judicial llegó a esta conclusión, sosteniendo que de las pruebas rendidas por el actor y en especial de las actuaciones que se llevaron a cabo ante el agente del Ministerio Público, se desprende que el actor presentó querrela por el delito de robo en contra de su esposa; pero que de las mismas se advierte que únicamente se siguió una averiguación en contra de la demandada, sin que se haya concluido con la consignación ante el juez penal correspondiente, ni que se haya dictado auto de formal prisión, ni sentencia definitiva que haya condenado a la demandada por el delito de robo, así como tampoco que se le haya impuesto una pena mayor de un año de prisión.

Por estas razones, según el a quo, no debe concluirse declarada - probada la acción intentada y como consecuencia, no procede decretar la disolución del vínculo matrimonial contraído por las partes.

No estando conforme el actor con la sentencia definitiva dictada por el juez de primera instancia, interpuso recurso de apelación en - contra de la misma, por lo que la sala que conoció del citado recurso, le concedió el término fijado en la ley al apelante, para que expresa - ra los agravios que le causaba la sentencia dictada en primera instan - cia.

Una vez expresados los agravios, la demandada dió contestación a los mismos, sosteniendo que era falso que el a quo hubiese realizado un estudio inadecuado de las pruebas y una indebida interpretación de la fracción XVI del artículo 267 del Código Civil, porque según ella no se tipifica el delito de robo entre cónyuges que contraen nupcias bajo el régimen de sociedad conyugal, ya que el socio o cada socio, - es dueño de todo y de parte, de tal suerte que no existe el apodera - miento de algo ajeno.

En opinión de la demandada, tiene razón el inferior en señalar - que para que proceda la causal, necesariamente se le debería condenar a ella como culpable de robo, imponiéndole una pena mayor de un año.

Asimismo, argumenta la parte demandada, que no se dictó auto de - formal prisión o de sujeción a proceso, pues con solo acreditar me - diante el acta de matrimonio ante la autoridad penal, se hubiese de - terminado que no existe el delito de robo entre socios conyugales, - pues no se pueden determinar cuáles son los bienes del otro cónyuge, ya que no ha sido liquidada la sociedad conyugal y entonces los bie - nes sustraídos son propios.

Una vez llevado a cabo el recurso de apelación en todo su procedi - miento, la Sala del Tribunal Superior de Justicia dictó su resolución,

fundándose en que es cierto como lo afirma el recurrente, que para la procedencia de la acción de divorcio, con base en lo dispuesto en la fracción XVI del artículo 267 del Código Civil, no se requiere la existencia de una sentencia penal condenando al cónyuge culpable, por virtud de los hechos señalados en la demanda como aquellos que configuran la causal de referencia, toda vez, que la ausencia excepcional de la punibilidad, en relación a los hechos típicamente delictivos que cometa un cónyuge contra otro, determina que no es preciso que se siga el juicio penal, ni que se pronuncie sentencia condenando, para que pueda declararse la procedencia de la causal invocada en este juicio.

En consecuencia, por estas razones correspondía al a quo estudiar los hechos de la demanda para determinar, que tales hechos encuadran dentro de un tipo penal determinado, que en el caso de los cónyuges existe una excusa que no permite la persecución del delito cuando se trata de actos cometidos de un cónyuge contra otro, además de que el acto en su tipificación normal tiene señalada una pena mayor de un año como condena para el infractor pasando con posterioridad a las probanzas para acreditar la existencia de los hechos imputados al cónyuge señalado como culpable en la demanda, de modo que al no hacerlo de esta manera, causó al quejoso los agravios que hizo valer, los cuales, aunque fundados, son inoperantes para lograr la revocación del fallo impugnado.

De los hechos narrados por el actor en su demanda, se advierte que pretende ejercitar su acción de divorcio con hechos que en su opinión configuran el delito de robo, sin embargo, esta apreciación carece de valor, ya que según confiesa en la demanda, los bienes cuya disposición se imputa a la reo formaban parte de la sociedad conyugal, lo que impide que pueda considerarse como robo el hecho aludido, pues los bienes que se citan como aquellos de los que dispuso la demandada eran propiedad de ella en un cincuenta por ciento, temiendo por su calidad de espo

sa, la tenencia de tales bienes, de manera que resulta imposible configurar con los hechos de la demanda el delito de robo a que se refiere el actor, pues en ningún momento se apoderó la reo de una cosa mueble ajena, sin derecho ni consentimiento de la persona que puede disponer de ella con arreglo a la ley, dado que por su calidad de copropietaria tenía la facultad para disponer de tales bienes, quedando en todo caso, para el cónyuge enjuiciante, la acción de exigir la rendición de cuentas y del resultado de ellas, podría en todo caso seguirse la acción que en derecho procediera, por virtud de la liquidación efectuada, de manera que de la realización de tales actos, no puede tipificarse ningún hecho delictivo, no punible, en relación a los cónyuges que sirva de base a la demanda del recurrente, toda vez que se ignora la cuantía y los hechos que pudieran resultar de la posible rendición de cuentas.

Por las razones expuestas anteriormente, la Sala confirmó que la sentencia dictada por el juez de primera instancia, era legal en todas y cada una de sus partes y por ser inoperantes los agravios invocados, resolvió en el sentido de que debía confirmarse la resolución recurrida.

Inconforme con el resultado de la sentencia emitida por la Sala del Tribunal Superior de Justicia, el actor ante el Tribunal Colegiado de Circuito en Materia Civil, solicitó el Amparo y Protección de la Justicia de la Unión, el cual resolvió el juicio de garantías, en el mismo sentido en que dictó resolución la autoridad señalada como responsable.

Una vez que hemos vertido los puntos que consideramos más importantes dentro de la secuela del procedimiento ventilado ante los órganos jurisdiccionales que conocieron del juicio, en el cual se argumentó como causal de divorcio la disposición de bienes que formaban parte de la sociedad conyugal, como un acto que sería punible si se tratara de persona extraña, daremos una breve opinión, desde nuestro muy particular punto de vista.

En primer término, el juez de los autos realiza además de un inadecuado estudio de las pruebas, una indebida interpretación de la fracción XVI del artículo 267 del Código Civil, ya que argumenta que para que se configure la causal de divorcio que fue invocada por el actor, necesariamente debería estar acreditado con una sentencia de carácter penal en la cual se hubiese culpado por el delito de robo a la demandada, argumento que resulta infundado en virtud de que una correcta interpretación de dicho dispositivo se desprende, que la intención del legislador es considerar como causal de divorcio un acto que debe ser punible cometido en contra de la persona o de los bienes que constituyen la sociedad conyugal y que traducido en materia penal, lo sería el delito de robo cometido por la demandada en contra de los bienes que sin consentimiento del actor, sustrajo del domicilio conyugal en que ambos consortes habitaban.

Es decir, la intención de la ley en lo relativo al acto punible que califica de causal de divorcio, únicamente exige que dicho acto sea declarado como tal y más aún añade que la punibilidad del propio acto debe configurarse como si se tratara del realizado por una persona extraña siempre que tal acto tenga señalada en la ley una pena que pase de un año de prisión.

Esto es, en ningún momento se advierte que el mandato legal que como causal se invocó en la demanda inicial, debe ventilarse en todas sus instancias, hasta conseguir una sentencia en la cual se declare la culpabilidad penal en contra del cónyuge que cometiera el acto delictivo que se menciona, puesto que de exigir tal circunstancia la fracción XVI del citado precepto, en primer lugar, lo indicaría expresamente, y en segundo término exigiría la prueba procesal que fuese más idónea al requisito o requisitos que en todo caso exigiera la fracción aludida que como causal establece la ley de la materia.

Por otra parte, el a quo pretende que el actor acredite la causal de

divorcio que invocó en su demanda, con base en una sentencia de fondo y de carácter penal en la que aparezca que la demandada se encuentra culpada por el delito de robo, lo cual resulta infundado a la luz de la propia fracción XVI del artículo 267 del Código Civil, por cuanto que éste únicamente exige como causal un acto que sería punible y que tenga señalada en la ley una pena que pase de un año de prisión, entendiéndose por "tenga señalada en la Ley", la propia ley penal que en la especie lo serían los artículos 370 y 378 del Código Penal, mismos que tipifican el delito de robo cometido por los propios familiares y que en este caso lo es el delito de robo cometido por la propia demandada en contra de los bienes que constituyen la sociedad conyugal, de los que ninguno de los cónyuges bajo ningún pretexto puede apropiárselos sin antes haber procedido a la liquidación respectiva de los mismos.

En segundo lugar, tampoco tiene razón el inferior, en virtud de que de haberse fundado la acción de divorcio en una sentencia de carácter penal en la cual resultara culpable la demandada, hubiera caducado el derecho del actor para demandar el divorcio, toda vez que el artículo 278 del Código Civil establece un término de seis meses para ejercitar la acción y, de haberse ventilado primeramente la instancia penal hasta la consecución de una sentencia, el término de los seis meses para demandar el divorcio fundados en la causal prevista en la fracción XVI del artículo 267, hubiera caducado, puesto que es bien sabido que toda clase de juicios y, en la especie, el de tipo penal, abarcaría más allá de los seis meses y en consecuencia, el actor ya no podría demandar el divorcio fundado en la causal de referencia, puesto que la ley exige -- "que el divorcio sólo puede ser demandado por el cónyuge que no haya dado causa a él, y dentro de los seis meses siguientes al día en que hayan llegado a su noticia los hechos en que se funde la demanda".

Por esa virtud, si en el escrito de demanda inicial, aparece que la demandada sustrajo todos los bienes muebles que se detallan, y aparecen

do también que la acción intentada por el actor tuvo como base las actuaciones penales que se ventilaron ante la Agencia del Ministerio Público, dicha probanza sería suficiente para haber acreditado la causal de divorcio que se demandó, y no todo el trámite del procedimiento hasta obtener una sentencia en la cual se hubiera declarado la responsabilidad penal de la demandada.

El juez de los autos, omite analizar debidamente las pruebas que fueron ofrecidas por el actor para demostrar la causal de divorcio que invocó. Esto es, de las pruebas que fueron ofrecidas y recibidas para su desahogo, concretamente de la confesional a cargo de la demandada se desprende que reconoce ser cierto el abandono que sobre el hogar conyugal realizó en fecha dieciséis de junio de 1977, así como la sustracción de los bienes muebles que constituían la sociedad conyugal y que se encontraban en el domicilio de los cónyuges.

Por otro lado, el a quo pesa por alto el carácter limitativo o restrictivo que la causal de referencia tiene en función de su autonomía y lo único que hace en su sentencia, es involucrarle una amplitud analógica que lejos de ser jurídica resulta absurda, puesto que no es exacto que la citada causal requiera para su procedencia, la base probatoria de una sentencia ejecutoriada de carácter penal en la que aparezca debidamente culpada por el delito de robo a la demandada.

Primeramente, porque la indicada causal no lo exige así expresamente, ni tampoco exige que esa sentencia penal, sea el único medio de prueba para acreditar la causal en cita, puesto que en ese caso, los medios de prueba establecidos por el Código de Procedimientos Civiles, saldrían sobrando, porque no podrían ser allegados al juicio, dado que la causal asimismo sería prohibitiva.

En segundo lugar, porque asimismo tendría que establecer un término prudente y diferente para el ejercicio de la acción o bien especificar desde qué momento o desde qué fase del proceso penal empezaría a correr

el término del actor para interponer su demanda de divorcio. Pero como no es el caso, sino que el ejercicio de la acción basada en la causal de referencia, necesariamente debe realizarse dentro del término de seis meses que establece la propia ley, porque asimismo es incuestionable que el término para ejercitar la acción empieza a correr desde el momento mismo en que el cónyuge culpable ha cometido el acto ilícito que establece la causal en cita y no desde que se ha obtenido la sentencia ejecutoriada de carácter penal, que indebidamente argumenta el inferior, puesto que en este caso, la acción del actor caducaría por ministerio de ley, ya que el procedimiento civil es de orden público y tratándose de materia de divorcio, el ejercicio de la acción no debe ser indefinido, porque ocasionaría una incertidumbre constante en la vida del cónyuge que fuese demandado y la excepción de caducidad que éste opondría necesaria y con justa razón, sería siempre procedente.

A mayor abundamiento, debemos destacar la tesis jurisprudencial 794, visible en el tomo IV de la jurisprudencia de la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación 1974-1975, página 503 y que a la letra dice:

DIVORCIO, ACTOS PUNIBLES COMO CAUSAL DE.

Para que exista la causal de divorcio consistente en la ejecución de un acto por un cónyuge, en contra del otro, que sería punible si se tratara de persona extraña que merezca pena de prisión mayor de un año, no es necesario que haya sentencia ejecutoriada, ya que la misma ley establece la expresión "que sería punible".

Tampoco tiene razón el inferior en su sentencia, porque para llegar a la convicción que vierte, no analiza ni mucho menos valora debidamente las pruebas del actor.

Y son precisamente la confesional a cargo de la demandada y la testimonial ofrecida por el actor, las que evidentemente acreditan la procedencia de la acción, puesto que sus declaraciones, valoradas en conjunto, también resultan perfectamente administradas con la documental

relativa a la denuncia penal, la que en todo caso, si bien no tipifica el delito de robo, puesto que sólo es una averiguación previa, sí presume la existencia del delito, en función de los elementos y medios de prueba requeridos por la autoridad penal; pero como en la especie, no se requiere que se hubiera establecido la comisión del delito penalmente, sino que se hubiera cometido el acto ilícito, que exige la causal, se presume con la averiguación previa motivada por la citada denuncia, es evidente que deja de ser una presunción para los efectos del divorcio, al quedar debidamente probados los hechos de la demanda, mediante la confesión plena de la propia demandada, valorada conjuntamente con la testimonial y administrada con las actuaciones penales ofrecidas también como prueba.

Respecto de la contestación de los agravios que hace la demandada, creemos que también son infundados sus argumentos, ya que en la especie, de acuerdo con la causal invocada por el actor, no se requiere que se deba tipificar el delito de robo, ni es el caso, puesto que sólo se exige el acto cometido por el otro cónyuge que "sería punible", si se trata de persona extraña, y obviamente el acto cometido por la demandada, en contra de los bienes de la sociedad conyugal, esto es, el hecho de haberlos sustraído del hogar conyugal sin consentimiento del actor, sí es un acto que "sería punible", sancionado por la ley penal, con más de un año de prisión puesto que el robo cometido entre cónyuges es castigado penalmente; pero se repite, no es el caso de acreditar que la demandada, cometió o no el delito de robo, sino basta con la sola conducta de la misma, consistente en realizar un acto ilícito en contra de los bienes de la sociedad.

Por estas razones, tampoco cabe argumentar que a la citada demandada no se le haya dictado acto de formal prisión o se le hubiera sujetado a proceso, por la sola exhibición que dice hizo del acta de matrimonio y de que por tal motivo, la citada denuncia penal no prosperó y quedó ar-

chivada, lo cual no es exacto, toda vez que la autoridad penal continúa reuniendo los elementos necesarios para integrar el cuerpo del delito - y consignar con el ejercicio de la acción que a la indicada autoridad - compete.

En cuanto a la resolución emitida tanto por la Sala del Tribunal Superior de Justicia, como por la Autoridad Federal que conoció del juicio de Amparo, nótese que en ningún momento se sostuvo que el acto ilícito cometido por la demandada fuera en concreto el delito de robo, por eso es que dichas autoridades carecen de razón, puesto que argumentan - que del análisis realizado, advierten que el actor hace fundar su acción de divorcio con hechos que en su opinión configuran el delito de robo; pero se dice que dicho razonamiento no es exacto, porque si bien, se le hizo saber al juez de los autos que el actor se había querellado por el delito de robo en contra de su esposa, motivo por el cual se abrió la - averiguación previa ante el Agente del Ministerio Público, eso no implica de ninguna manera que dicha infracción jurídica, fuera calificada - por el demandante, sino por la mencionada autoridad penal, que es a la que compete el ejercicio de la acción y no a los particulares, aún en - el caso de que se trata de querrela necesaria como en este caso.

Ahora bien, lo que se debió analizar, es la conducta de la demandada manifestada a través del hecho ilícito cometido en contra de los bienes de la sociedad conyugal y no inferir que dada su calidad de esposa, es propietaria también de un cincuenta por ciento de los bienes, de lo que resulta que el ad quem sólo realizó un estudio de tipo legal y no de la tipicidad; esto es, no de la conducta de la demandada que se exteriorizó, en la especie, como un comportamiento voluntario, positivo y encaminado a un propósito, que desde luego es de daño, dada la ilicitud de - los hechos cometidos en agravio de la sociedad conyugal.

Tampoco tiene razón la Sala, en el supuesto análisis del delito de -

robo que hace, porque confunde el tipo legal, que es el que describe en la sentencia, con la tipicidad que es uno de los elementos esenciales -- del delito, cuya ausencia impide la configuración, toda vez que sostiene que en ningún momento se apoderó la reo de una cosa ajena mueble, sin de recho ni consentimiento de la persona que puede disponer de ella con arreglo a la ley, lo cual además de confuso, es dudoso, puesto que, conforme a las probanzas ofrecidas por el actor, se desprende que la demandada sustrajo todos los bienes muebles descritos en la demanda de divorcio, no tan solo sin consentimiento del actor, sino sin conocimiento de éste, dado que lo hizo en horas en que ella sabía que no podía encontrar se el reclamante en el domicilio de ambos, por lo que se deduce que la conducta de la demandada, resulta ser típicamente antijurídica y culpable, y que puede ser punible ya que se adecua con la descripción legal formulada en abstracto.

Ahora bien, como hemos señalado, de conformidad con el artículo 194 del Código Civil, el dominio de los bienes comunes reside en ambos cónyuges mientras subsista la sociedad, esto es, del precepto aludido se infiere que la naturaleza de la sociedad conyugal es de una comunidad, pues como sostiene la doctrina "la idea que inspira la comunidad con relación a los bienes, consiste en ampliar la comunidad de vida a la comunidad patrimonial. Los patrimonios de los cónyuges, tanto los aportados como los adquiridos después, se funden en un patrimonio en mano común (bienes comunes).

Incluso en caso de disolución del matrimonio no tiene lugar la separación de los patrimonios según su procedencia". (47)

Por esa virtud es que no cabe invocar que los cónyuges con relación a los bienes tengan el carácter de copropietarios, como inexactamente

(47) Lehmann, Heinrich.- Tratado de Derecho Civil. Traducción del Lic. José M. Reyes. Vol. IV. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid. Pág. 125.

argumenta la Sala, toda vez que en la sociedad conyugal no existe la divisibilidad del dominio de los bienes, puesto que, como asimismo sostiene la doctrina "los bienes comunes son patrimonio común de los cónyuges, no integrando cuotas determinadas, sino participaciones indivisibles que no cabe expresar numéricamente. La unión es firme. Ninguno de los cónyuges puede disponer de su parte en el patrimonio común y en las cosas individuales que lo integran; ninguno puede exigir la división". (43)

Así las cosas y, partiendo del punto de vista de lo que es una comunidad de bienes, fundada en la interpretación correcta que se hace del artículo 194 del Código Civil, es indudable que consecuentemente, ninguno de los cónyuges tiene derecho a disponer, sin consentimiento del otro, de la mano común que forman los bienes, ni exigir la división de los mismos y mucho menos, como en el presente caso, de apropiarse de todos los bienes que son constitutivos de la sociedad conyugal, porque los mismos no sólo consisten en cosas muebles sino también se incluyen los derechos y frutos.

(48) Lehmann, Heinrich.- Tratado de Derecho Civil. Traducción del Lic. José Ma. Navas. Vol. IV. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid. Pág. 125.

CONCLUSIONES.

1.- El matrimonio es la unión del hombre y la mujer, elevada a la dignidad de contrato por la ley y de sacramento por la religión.

2.- La separación de cuerpos es el estado de dos esposos que han sido eximidos judicialmente de la obligación de vivir juntos.

3.- El divorcio vincular, por el contrario, disuelve el matrimonio en vida de los cónyuges y los deja en libertad para volverse a casar.

4.- La disposición sin derecho, por parte de uno de los cónyuges, de bienes de la sociedad conyugal, como causal de divorcio, encuentre su encuadramiento a nuestro modo de ver, en la fracción XVI del artículo 267 del Código Civil, que establece como causa de divorcio la comisión de un cónyuge contra los bienes de otro, de un acto que sería punible si se tratara de persona extraña, siempre que tal acto tenga señalada en la ley una pena que pase de un año de prisión.

5.- Puede haber, sin embargo quien niegue el encuadramiento a que se refiere la conclusión anterior, por lo cual y para evitar discusiones inútiles, nos permitimos sugerir la conveniencia de que se agregue al citado artículo 267 una nueva fracción en que expresamente se establezca como causal de divorcio la disposición sin derecho, por uno de los cónyuges de los bienes de la sociedad conyugal.

6.- La norma a que se hace referencia en la conclusión número cuatro tiene su origen en el ordenamiento jurídico alemán, que contempla como causa de divorcio las infidelidades de un cónyuge en la gestión económica y que se traducen en infracción grave de los deberes

matrimoniales.

7.- La sociedad conyugal es en realidad un patrimonio común en el cual el dominio de los bienes que lo constituyen reside en ambos cónyuges, mientras subsiste la sociedad.

8.- En dicho patrimonio cada uno de los objetos que lo componen pertenece en mano común a los consortes, de tal suerte que ninguno de éstos puede disponer de su participación, mientras subsiste la sociedad.

9.- No debemos confundir los supuestos establecidos en la fracción XVI del artículo 267 del Código Civil, con la hipótesis prevista en la fracción XIV del citado numeral, que consiste en la comisión de uno de los cónyuges de un delito que no sea político, pero que sea infamante, por el cual tenga que sufrir una pena de prisión mayor de dos años, toda vez que las disposiciones en cuestión se aplican en forma independiente una de la otra y establecen supuestos totalmente diversos entre sí.

10.- Resulta incorrecto el criterio de los juzgadores en el sentido de que para acreditar la procedencia de la causal de divorcio de que se trata, se debe ventilar previamente el correspondiente juicio penal en el que mediante sentencia ejecutoria se establezca la responsabilidad delictual del cónyuge culpable, puesto que la indicada disposición legal de la causal no lo exige así expresamente y porque además tendría que establecerse un término prudente y diferente para el ejercicio de la acción, ya que de no ser así, la excepción de caducidad que opusiera el demandado, necesariamente, y con justa razón, sería siempre procedente.

B I B L I O G R A F I A

- Bonnecase, Julián. Elementos de Derecho Civil. Traducción del Licenciado José M. Cajica Jr. Vol. XIII. Editoria José - M. Cajica Jr. Barcelona.
- Colín Ambrosio y H. Capitant. Curso Elemental de Derecho Civil. Instituto Editorial Reus. Madrid. 1941.
- Della Rocca Fernando. Manual de Derecho Canónico. Tomo I. Ediciones Guadarrama. Madrid 1962.
- Enneccerus Ludwig, Theodor Kipp y Martin Wolff. Derecho de Familia. Tomo IV, Vol. I. Bosch. Casa Editorial. Barcelona.
- Flores Barroeta, Benjamín. Lecciones de Primer Curso de Derecho Civil. México 1960.
- Galindo Garfias, Ignacio. Derecho Civil Primer Curso. Editorial - Porrúa, S.A. México 1976.
- Josserand, Louis. Derecho Civil. Tomo I, Vol. II. Ediciones Jurídicas Europa-América.
- Leyva, Gabriel-Lisandro Cruz Ponce. Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal. Colección Themis Chapultepec. 1978.

- Lehmann Heinrich. Tratado de Derecho Civil. Traducción del Licenciado José M. Navas. Vol. IV. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid. 1953.
- Mazeaud, Henri, Leon y Jean. Lecciones de Derecho Civil. Traducción del Licenciado Luis Alcalá-Zamora y Castillo. Tomo III. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires.
- Melón Infante, Carlos. Código Civil Alemán. Editorial Casa Posch. Barcelona.
- Miguel, Alonso-Cabreros. Código de Derecho Canónico Bilingüe y Comentado. Editorial Biblioteca de Autores Cristianos. Madrid 1945.
- Planiol, Marcel. Tratado Elemental de Derecho Civil. Traducción del Licenciado José M. Cajica Jr. Tomo I. Editorial José M. Cajica Jr., S. A. México.
- Rojina Villegas, Rafael. Derecho Civil Mexicano. Tomo Segundo. - Derecho de Familia. Editorial Porrúa, S. A. México 1975.
- Royo Martínez Miguel. Derecho de Familia. Imprenta Suárez. Sevilla 1949.
- Semanario Judicial de la Federación. Apéndice. Cuarta Parte, -- Tercera Sala. Mayo Ediciones. México 1975.
- Código Penal para el Distrito Federal. Colección Porrúa. Editorial Porrúa, S. A. 35ª. Edición. México 1973.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Ediciones de la Gaceta Informativa de la Comisión Federal Electoral. Tercera Edición.