

247-279



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

E. N. E. P.

AGATLAN



“ ANALOGIA DEL DIVORCIO EN ROMA, SU EVOLUCION Y REFORMAS A TRAVES DE NUESTRA LEGISLACION. ”

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A
EMILIA MONTSERRAT VILA RODRIGUEZ

DIRECTOR DE TESIS:

LIC. J. RAFAEL ALTAMIRANO VELAZQUEZ

MEXICO, D. F.

1986.



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.

I N D I C E

	<u>PAG.</u>
PROLOGO.....	1
CAPITULO PRIMERO	
ANTECEDENTES HISTORICOS DEL MATRIMONIO Y DEL DIVORCIO.....	3
1.1 La Horda.....	6
1.2 El Clan.....	7
1.3 El Matrimonio Consanguíneo.....	9
1.4 El Patriarcado.....	11
CAPITULO SEGUNDO	
LA FAMILIA ROMANA.....	13
II.1 Formación y Evolución Histórica de la Familia Romana.....	16
II.2 Poderes del Paterfamilias "La Domus".....	25
II.3 Modos de entrar en Familia.....	30
II.4 Efectos y Extinción de la Manus y la Patria Potestas.....	37
II.5 Agnación - Cognación - Afinidad	40
CAPITULO TERCERO	
EL MATRIMONIO.....	44
III.1 Los Esponsales - Concepto de Matrimonio.....	47
III.2 El Matrimonio en la Legislación Civil Mexicana.....	56
III.3 Legislación Matrimonial de Augusto.....	71
III.4 Clases, Constitución y Restitución de la Dote.....	72
III.5 Segundas Nupcias.....	78

	<u>PAG.</u>
CAPITULO CUARTO	
LA SEPARACION.....	80
IV.1 Concepto.....	80
IV.2 Reseña Histórica.....	81
IV.3 Sus Causas Reales.....	82
IV.4 Su Naturaleza Jurídica.....	83
CAPITULO QUINTO	
DISOLUCION DEL MATRIMONIO.....	85
V.1 El Divorcio en el Derecho Comparado.....	86
V.2 Analogía del Divorcio en Roma.....	92
V.3 Influencia del Cristianismo en Roma.....	104
V.4 Divorcio en el Cristianismo y otras Religiones.....	110
CAPITULO SEXTO	
EL DIVORCIO A TRAVES DE NUESTRA LEGISLACION Y SUS DIVERSAS	
REFORMAS.....	112
VI.1 Generalidades y Antecedentes del Divorcio en México.....	112
VI.2 Códigos Civiles de 1870 y 1884 (Introducción).....	114
VI.3 Código Civil de 1870.....	114
VI.4 Código Civil de 1884.....	116
VI.5 Ley de 1914.....	118
VI.6 Ley de Relaciones Familiares.....	120
VI.7 Código Civil de 1928.....	122
VI.8 Cuadro Sinóptico de las Causas de Divorcio.....	131
VI.9 Características de la Acción de Divorcio.....	142
VI.10 Ultimas Reformas al Código Civil en Materia de Divorcio.....	147
VI.11 Jurisprudencia establecida por la Suprema Corte de Justicia en materia de Divorcio.....	152
CONCLUSIONES.....	150
BIBLIOGRAFIA.....	160

P R O L O G O

En los últimos años, el Derecho de Familia se ha vuelto polémico en muchos de sus temas. Se debate sobre el aborto, se combate por la liberación femenina, se pretende igualar a los hijos ilegítimos con los naturales y se introduce el divorcio en países que nunca lo habían aceptado y se amplían las causas de divorcio en los que lo admitían de tiempo atrás.

La familia es una institución social de carácter natural. La existencia de la familia y el matrimonio van junto con la del hombre. Mientras haya hombres habrá familia y habrá matrimonio y la sociedad será menos conflictiva y mas ordenada cuando las leyes protejan los valores naturales y humanos de la familia y del matrimonio.

La familia y el matrimonio son dos instituciones naturales, en el sentido que se derivan de la naturaleza humana y por tanto han estado presentes desde que existen hombres sobre la tierra y seguirán existiendo mientras haya individuos que participen de nuestra naturaleza.

La familia dió origen al Estado, y es anterior a todo el orden jurídico ya que es una de las instituciones que da razón de ser al Derecho. Estado y Familia son dos instituciones naturales necesarias para la ordenada convivencia humana, sin embargo cada organismo tiene funciones y finalidades diferentes.

El matrimonio es mucho más que un contrato, es también una institución natural, con fines propios, que no quedan a la voluntad de los contrayentes, ya que éstos no pueden modificar su propia naturaleza. Si fuera un simple contrato entre sujetos, éstos podrían contraerlo bajo condición, a término o con una serie de características que les dictara su conveniencia y que estarían en contra de la naturaleza misma del matrimonio.

Estas dos instituciones de la familia y del matrimonio las hemos tomado en el presente estudio como antecedentes para poder comprender el tema central que en este caso es El DIVORCIO.

La materia del divorcio ha sido discutida desde tiempos -- muy remotos, pero como no es un tema simple y común; no deja de -- evolucionar en la mente de los tratadistas, pues se trata nada menos que de la disolución del vínculo matrimonial y tomando en cuenta que el matrimonio es la base y cimentación de la familia y ésta a su vez es la columna del Estado es por ésto por lo que siempre -- es materia de discusión en todas las épocas, y de ahí surge mi interés por analizarlo.

E. Montserrat Vila Rodríguez.

CAPITULO PRIMERO

ANTECEDENTES HISTORICOS DEL MATRIMONIO Y DEL DIVORCIO

1.1 LA HORDA

1.2 EL CLAN

1.3 EL MATRIMONIO CONSANGUINEO

1.4 EL PATRIARCADO

CAPITULO PRIMERO

ANTECEDENTES HISTORICOS DEL MATRIMONIO Y DEL DIVORCIO

Todas las instituciones sociales están sometidas a constantes cambios y por lo tanto también la familia, y en especial, la institución del matrimonio ya que está sujeta a estos cambios. El paso de los siglos destruye las viejas instituciones, creando nuevas rutas con todos sus obstáculos y rodeos implantando nuevas formas sociales.

Así vemos que la familia ha revestido diversas formas en el transcurso del tiempo, adoptando distintas características de tal manera que viene a ser un elemento que se transforma y evoluciona en cada una de las etapas por las que la sociedad avanza.

Al hablar de la familia como elemento social, debemos hacer el estudio de ésta desde sus comienzos y evolución en el devenir del tiempo.

" La familia constituye el caso por excelencia de formación o grupo social suscitado por la naturaleza, por los hechos de la generación y los subsecuentes a ésta, pero esto no quiere decir que la familia sea mero producto de la naturaleza, sino que la familia constituye una institución creada y configurada por la cultura, para regular las conductas conectadas con la generación."¹

En casi todas las culturas y civilizaciones ha dominado la idea de que la sociedad será como sean las familias. Si las familias están bien establecidas, bien ordenadas y funcionan bien ellas serán la fuente de bienestar, grandeza y prosperidad sociales.

Con lo que respecta a la familia, podemos hablar de ciertas características generales entre las que podemos enumerar ---

(1) Rocasens Siches Luis, Tratado General de Sociología, p. 40, - Editorial Porrúa, S.A., 14a. Edición, México, 1970.

las siguientes: Existe una relación sexual continuada, una forma de matrimonio o institución equivalente, derechos y deberes entre los padres y los hijos, un sistema de nomenclatura que comprende el modo de identificar a la prole, disposiciones económicas entre los esposos y con especial referencia a las necesidades relativas a la manutención y educación de los hijos y generalmente se cuenta con un hogar.

La institución del matrimonio, está regulada no sólo por preceptos religiosos y costumbres sociales, sino además y fundamentalmente por el Derecho, tanto por el civil como por el eclesiástico.

Si el matrimonio fuera algo que afectara exclusivamente a los dos esposos y a nadie más, ni la Sociedad ni el Estado y tampoco la Religión se habrían ocupado de regularlo. Si la relación sexual permanente o estable de una pareja implicase solamente un asunto de amor entre los dos participantes, nunca se habría producido una relación jurídica sobre ella, pero como dicha relación implica la perspectiva del nacimiento y de la crianza de los hijos y consiguientemente afecta a la vida social en su conjunto, las instituciones sociales, el Estado y la Religión, han emitido normas muy estrictas sobre el matrimonio para hacer de éste, una institución estable, con funciones definidas, con derechos y obligaciones para los esposos, así como para los hijos.

En el matrimonio se entra libremente, al menos, en las sociedades civilizadas, todo individuo con la capacidad que la ley requiere, es libre de contraer o no matrimonio, asimismo es libre de contraer matrimonio con la persona que haya elegido y que le haya prestado a su vez consentimiento para ello.

En otras épocas de la Historia observamos que los hijos - y especialmente las hijas, eran dados en matrimonio por sus padres por convenios celebrados, menguando los derechos naturales - del individuo.

El hecho de que el matrimonio y la familia presenten muy diversas estructuras y características en las diferentes culturas y en las diversas épocas históricas, muestra que son formas de vida humana.

En la fundación de la familia y el desarrollo de la existencia familiar, actúan impulsos constantes de la naturaleza y de la vida humana y rigen normas fundadas en valores permanentes.

Al matrimonio no lo podemos considerar como algo indisoluble, siempre y cuando existan causas graves que lo trastornen o impidan que realice sus fines mismos. Se han equiparado en lo posible tanto en el hombre como en la mujer las causas de divorcio, procurando que queden debidamente garantizados los intereses de los hijos que son generalmente los afectados en la disolución de la familia.

Observamos que en muchas ocasiones cuando la disolución del vínculo matrimonial parecía inevitable, el uso de la razón, una aclaración, o la serenidad, hacen comprender a los esposos la falta de motivos graves para tal disolución. Si a pesar de todo se consuma el divorcio las leyes protegen cuidadosamente los intereses de los hijos y de los cónyuges y procuran además las autoridades judiciales que hasta donde sea posible los hogares no se desintegren.

A continuación nos remontaremos a los orígenes de la fa-

milia y estudiaremos su evolución, refiriéndonos a la Horda, el Clan, el Matrimonio Consanguíneo y al Patriarcado.

1.1 LA HORDA

"El sociólogo Agramonte considera que la Horda es la forma más simple de sociedad, porque no contiene grupos sino que se descompone en individuos que iguales entre iguales van errabundos y misérrimos, siendo el jefe el individuo más apto en un momento dado para una determinada empresa".²

La Horda estaba constituida por un conjunto de individuos en número indeterminado que se dividían en consumidores y colectores. Este conjunto de hombres formado por familias de tres ó cuatro personas, que no llevaban una vida organizada, sólo convivían unos cuantos días para separarse después. No había parentesco de ninguna clase y los lazos de unión eran imprecisos; cuando nacía un niño se le consideraba como un compañero más y en la Horda recibía el nombre de ésta.

Cuando la Horda se encontraba en un terreno árido, no era posible su crecimiento, se estancaba y hasta disminuía el número de sus individuos, pero si vivía en terreno fértil su desarrollo era notable, hasta hacer posible en ocasiones, una organización temporal.

Otra característica de la Horda era su aislamiento de otras Hordas, su espíritu pacifista las alejaba unas de otras, no encontrándose Hordas guerreras como entre las tribus.

En esta primera época de los tiempos primitivos la --

(2) Agramonte Roberto, Estudios de Sociología Contemporánea, p.330, Editorial Porrúa, S.A., 6a. Edición, México, 1963.

forma familiar no estaba organizada e imperaba la promiscuidad, -- así como el incesto. Esta promiscuidad a la que nos referimos, -- consistía en que todos los hombres eran maridos de todas las mujeres y todas las mujeres eran esposas de todos los hombres, sin miramiento al parentesco por consanguinidad.

El transcurso del tiempo se encargó de señalar dos limitaciones muy importantes a esta promiscuidad estableciendo reglas y prohibiciones. Estas limitaciones fueron la edad y el parentesco.

La capacidad para las relaciones sexuales no puede adelantarse ni atrasarse por lo tanto sólo los hombres y las mujeres jóvenes o maduros podían tener relaciones sexuales; ni antes de la pubertad ni en la vejez se tiene aptitud sexual. En esta forma aparece la primera división jerárquica en la horda, la división por generaciones, que mas tarde se convertiría en costumbre.

La segunda limitación que aparece es la del parentesco. Hermanos y hermanas crecen juntos, las uniones sexuales serán entre ellos mismos, siguiendo entonces el matrimonio endogámico. Los hermanos se casan con las hermanas haciendo un círculo cerrado -- donde no cabe la sangre de un extraño.

A partir de entonces surge una nueva organización mas avanzada que deja a la horda en una etapa inferior, esta nueva organización es el Clan.

1.2 EL CLAN

El clan surge cuando desaparece la promiscuidad y la vida se hace sedentaria, cuando la mujer se convierte en propietaria---

ria del suelo y gira en torno suyo la nueva organización. En las organizaciones primitivas cuando la mujer tenía un hijo era bien conocida, no así en cuanto al padre, que generalmente era desconocido. La mujer, por tanto tiene necesidad de alimentarse y alimentar a sus hijos sin poder andar errante exponiéndose a los peligros de la naturaleza, por lo que se queda en un lugar que le brinde protección contra estos peligros y al mismo tiempo seguridad para obtener los medios de subsistencia, prefiriendo los lugares fértiles donde hay frutos que recolectar y donde mas tarde ella misma sembrará, iniciando así la agricultura.

Surge en esta forma la época matriarcal en la que la mujer viene a ser un valor económico mucho mayor que el hombre, dándole un lugar preponderante en la organización clánica primitiva, siendo respetada dentro y fuera del clan.

En esta etapa existía el matrimonio de servidumbre, en el que el hombre para casarse debía trasladarse al lugar donde se encontraba la mujer, puesto que ella tenía la preponderancia económica ya que el clan prefería desprenderse del hombre y no de la mujer.

Vemos pues, que la principal característica del clan es la preponderancia económica de la mujer, en donde el parentesco se establecía por línea materna.

En esta época se realizan una serie de transformaciones tabuizantes. Se prohíben las relaciones incestuosas entre madre e hijo y entre padre e hija, subsistiendo en cambio entre hermanos y hermanas. Mas tarde se practican las uniones por grupos consistiendo éstas en que los hermanos de una banda son esposos de cada una de las hermanas de otra banda y viceversa.

Otra característica de esta organización social, es la aparición del Totemismo. El Totemismo viene a dar esa idea de protección paternal sobre la comunidad, considerándose vinculados entre sí, los descendientes del mismo Totem. Nace la idea del parentesco como una consecuencia de ésto. El Totem es un antepasado común a todos los miembros de un clan, éstos se reconocen por descender de un mismo Totem.

Como una consecuencia del Totemismo, apareció el matrimonio exogámico, en el que hombres y mujeres buscaban su pareja fuera de su clan, ya que se consideraban parientes por tener un antepasado común. El parentesco se establecía por línea materna y por tanto tenían la misma sangre, y ligar sangre del mismo Totem sólo traía como consecuencia el debilitamiento del mismo clan, en cambio la exogamia lo fortalecía dándole vigor y fuerza para poder subsistir. La búsqueda de las mujeres en clanes distintos se daba de varias formas, podía ser por raptó, capturas, por compra o por trueques.

Como última característica de esta época podríamos citar la de la comunidad de bienes. La producción de la riqueza era común. La producción y en consecuencia el consumo era también común. La propiedad individual aparece en un período posterior y conforme toma fuerza desaparece el matriarcado para dejar paso a una nueva organización social; el patriarcado.

1.3 EL MATRIMONIO CONSANGUÍNEO

Antes de referirnos al tipo de organización más avanzado de la antigüedad, haremos el estudio de otras organizaciones

familiares que se desarrollaron paralelamente al clan, tales como la poligamia, consistente en que un sólo hombre tiene relación sexual con varias mujeres y la poliandria en que una mujer tiene unión sexual con varios hombres. Sin embargo la mas importante de todas era el matrimonio consanguíneo ya sea monogámico o bien matrimonio por grupos.

Dos son las causas que se atribuyen a la formación de esta familia: una sexual y otra económica. La primera tiene su asiento en el deseo de perpetuación, el Hombre tiene el deseo consciente e inteligente de reproducirse, no es un mero instinto sexual como en los animales, su fin es perpetuar la especie a través de sus descendientes.

La segunda causa, nace de un convenio entre hombre y mujer o entre varios hombres y varias mujeres, con el objeto de dividirse el trabajo, la mujer se dedicaría a las actividades sedentarias como la agricultura, cocina, etc., y el hombre tendría a su cargo las actividades peligrosas, la caza, la pesca, la guerra.

Fue tal vez este hecho económico, el móvil por el cual se constituyó la familia, con todas sus transformaciones. El parentesco en esta forma social era por clasificación o por clases, ya que los nombres familiares no se referían a individuos sino a clases. Estas clases comprendían a los tíos, padres y madres, hermanos y hermanas.

Con todo lo anotado hasta aquí podemos afirmar que la familia no es estacionaria sino que evoluciona de una forma inferior a una superior, de la promiscuidad a la poligamia y de la poligamia a la monogamia considerada esta última como la evolu-

ción familiar mas avanzada y el estado perfecto del hombre y de la mujer característica de la civilización.

1.4 EL PATRIARCADO

Al patriarcado se le ha considerado como un grado mas avanzado en la organización familiar, cuya principal característica radica en que el poder se encuentra en manos del hombre, alrededor del cual gira toda una organización económica, religiosa. Un grupo de individuos están sujetos a su autoridad, comprendiendo a los hijos, la mujer, los esclavos, etc., pues es jefe, padre y sacerdote a la vez. Como tipo de esta nueva organización familiar tenemos a la gens romana que es muestra del tránsito del derecho materno al derecho paterno.

Con la abolición del derecho materno, el hombre se torna vencedor y a partir de entonces es el gobernante que dirige los destinos de los que se encuentran bajo su autoridad.

El hombre debe asegurar la paternidad de sus hijos y para ésto deberá contar con la fidelidad absoluta de la mujer, en adelante ella estará sujeta al dominio del hombre convirtiéndose en su esclava y en un instrumento de reproducción. Lo que el hombre pretendía era el poder por medio de la apropiación de los bienes incluyendo a la mujer y a los hijos que valen por el esfuerzo de trabajo que puedan aportar para aumentar la propiedad y en consecuencia su poderío.

Una característica más de esta época es el culto religioso. Todos los que están bajo la autoridad de un jefe partici-

pan de su mismo culto y tienen los mismos dioses que él.

Estos dioses son sus antepasados, de tal manera que se llega a establecer parentesco por el culto a los antepasados, --- considerándose parientes entre sí, aquellos que tienen los mismos dioses.

Con lo expuesto hasta aquí, damos por terminado el presente capítulo sobre el estudio de la familia, desde sus orígenes hasta una organización familiar bien cimentada como lo es el patriarcado y que sirvió de base para el desarrollo de otras organizaciones posteriores.

CAPITULO SEGUNDO

LA FAMILIA ROMANA

11.1 FORMACION Y EVOLUCION HISTORICA DE LA FAMILIA ROMANA

11.2 PODERES DEL PATERFAMILIAS " LA DOMUS "

11.3 MODOS DE ENTRAR EN FAMILIA

a) nacimiento

b) adopción

c) adrogatio

d) conventio in manum

11.4 EFECTOS Y EXTINCION DE LA MANUS Y LA PATRIA POTESTAS

11.5 AGNACION - COGNACION - AFINIDAD

CAPITULO SEGUNDO

LA FAMILIA ROMANA

La familia y el matrimonio son dos instituciones naturales en el sentido que se derivan de la naturaleza humana y por tanto han estado presentes desde que existen hombres sobre la tierra y seguirán existiendo mientras haya individuos que participen de nuestra naturaleza.

"Esto no quiere decir que siempre han existido en la misma forma, pues en relación con la familia, hay un núcleo esencial, al cual las diversas circunstancias históricas agregaron otros componentes. El grupo familiar doméstico existe siempre, pero la familia hace su aparición en la historia mas antigua, como un grupo que alrededor de esa sociedad doméstica ha reunido a personas muy diversas, que se consideran ellas mismas como pertenecientes a la familia"³

"La familia romana de los primeros tiempos, antes de la República, era la forma de conservar o aumentar poder, influencia o fortuna. Los agnados, se consideraban todos ellos de la misma familia, sin estar unidos entre sí por vínculos consanguíneos, -- siendo objeto de protección en los monumentos legislativos mas antiguos del Derecho Romano. Una ley atribuída a Numa Pompilio -- establece la obligación de indemnizar con un cordero a los agnados de la víctima de un homicidio culposo y la Ley de las Doce -- Tablas establece la Ley del Tali6n que puede ejecutar cualquier -- miembro de la familia, por lesiones a un agnado"⁴

(3) Pacheco Alberto, La Familia en el Derecho Civil Mexicano, p. 12, Editorial Panorama, 1a. Edici6n, México, 1984.

(4) Ibidem, p.17.

Los primeros datos que poseemos de la familia en Roma, no revelan una situación de dominio patriarcal como llegó a existir en la época clásica. En un principio se estableció el régimen conyugal con estricta sujeción a las reglas de la honestidad y de la ley moral. Prescribíanse al marido la monogamia y se castigaba severamente el adulterio en la mujer. La madre de familia tenía autoridad en el interior de la casa, lo cual acredita a la vez la igualdad de nacimiento entre los dos esposos y la santidad del lazo que los une.

Cuando se separó Italia de Grecia, se confirió a la potestad marital, y sobre todo a la potestad paterna, atribuciones absolutas e independientes; la subordinación moral de las familias se transformó en una servidumbre legal. La familia primitiva, que realizaba muchas de las funciones políticas necesarias en aquellos tiempos, fue en Grecia y Roma el origen del Estado. Entre los griegos en donde la organización política se desarrolla con menos vigor, persiste por mucho tiempo el poder familiar con un verdadero cuerpo constituido en presencia del Estado; en Italia, por el contrario, surge y predomina inmediatamente este último. Neutralizando por completo la influencia política de la familia, no representa la asociación de familias reunidas sino la comunidad de todos los ciudadanos.

En los últimos siglos de la República, la familia romana, quedó configurada como la autoridad del pater familias y que comprende a la esposa, los hijos, los cónyuges y descendientes de los hijos varones, (las hijas al casarse dejan de pertenecer a la familia, para pasar a la de su esposo.), los adoptados, los esclavos, algunos libertos y en general, toda persona que estuviera sujeta a la potestad del padre, conforme al derecho. Es una familia cimentada sobre la agnación o sea, los vínculos civiles de la po-

testad paterna. Mas tarde, gracias principalmente al Derecho pretorio, empieza a destacarse la cognación, o sea el parentesco --- consanguíneo; hasta imponerse y triunfar finalmente, sobre la --- primera, en la época de la legislación imperial. Es también Justiniano quien dá, a este respecto, el paso decisivo. A partir de esta reforma, prevalece exclusivamente la cognación, como antes --- había imperado la agnación, triunfando así el moderno concepto de familia sobre el arcaico del ius civile.

La familia cedió por tanto, sus funciones políticas a las autoridades municipales, las cuales fueron sustituyendo paulatinamente algunas de las que realizaba originalmente aquella. Esto contribuyó a ir reduciendo el número de personas integrantes de la familia para dar cada vez mas importancia al parentesco con --- sanguíneo.

En la historia de la evolución de la familia, el concepto de familia ha ido reduciéndose con el tiempo aunque existen --- pueblos en los cuales la familia se extiende a personas que no están vinculadas entre sí por parentesco, podemos observar que en la civilización occidental, la familia comprende sólo a los cónyuges y a los hijos y rara vez a otros consanguíneos cercanos --- que vivan bajo el mismo techo. En esta acepción restrictiva del término familia, cuando un hijo se casa y va a vivir fuera de la casa paterna, forma otra familia. En este sentido, la familia no incluye ya ni siquiera a todos los consanguíneos colaterales, (--- hermanos, tíos o primos) sino aquéllos que continúan en la casa paterna antes de independizarse. En sentido amplio, familia es --- el conjunto de personas unidas por vínculo de parentesco; en --- sentido estricto, los parientes próximos convivientes.

Así pues, podemos decir que la familia romana era espe ---

cialmente amplia, pues en los últimos siglos de la República y -- los primeros del Imperio, pertenecían a ella aún los siervos li- bertos y los esclavos y tenía su base en la casa común.

II. 1 FORMACION Y EVOLUCION HISTORICA DE LA FAMILIA ROMANA

" Los dioses y númenes tutelares del individuo y de la fa- milia alcanzaron en los romanos una cifra respetable. Ante todo, cada varón tenía su "Genius" individual que indica la fuerza --- creadora que condiciona la existencia de cada cual. El genius - se convirtió en una imagen del ángel custodio. Se le llamaba ge- nialis porque presidía el tálamo nupcial, origen de la nueva vi- da; el interesado lo festejaba en el aniversario de su propio -- nacimiento con la modesta e íntima ceremonia de una ofrenda de - vino y flores. El "genius" vigilaba las fases del desarrollo -- del individuo, comenzando por su vida en el seno materno."⁵

Sus nombres constituían un repertorio interesante por -- sus pintorescos y arcaicos nombres. A la gestación y al parto -- atendían varias diosas: "Fluonia, Alemona, Nona, Decima, Partula- entre otras. Del recién nacido se cuidaban inmediatamente Vitumi- nus y Sentinus, confiriéndole las facultades de vivir y sentir. El niño o la niña crecían y entonces entraban en funciones otras divinidades especializadas como Nudina con sus poderes purifica- dores, Vaticanus para hacer emitir el primer grito, Rumina para- hacer provechosa la lactancia, Educa y Potina para enseñarle a- comer y a beber, Cuba para asegurarle un buen reposo en la cuna- y en el lecho, Ossipaga para reforzar los huesos y Carna para -- dar firmeza a las carnes, Stantanus para que el infante se tenga de pie, operación preparada por la diosa Levana, que le enseñaba

(5) Enciclopedia "El Hombre," Itálicos, Origen y Misterios, p. 764, Editorial Uteha, S.A. de C.V., 1a. Edición Completa, V.6, España, 1983.

a levantarse del suelo." ⁶

Si el niño, miembro de la familia y del Estado, estaba tan bien provisto de nùmenes tutelares, algunos se encargaban -- también de sus progenitores. La casa estaba puesta con la protección de los "Di Penates". Habitualmente eran dos y sus estatuas compartían el altar del hogar. Recibían ofrendas en cualquier -- circunstancia alegre o triste de la vida familiar. Existían otras divinidades según las predilecciones de la familia. Al lado de -- los Penates y subordinados a ellos estaban los Lares, quienes -- tutelaban mas que el sustento de la familia, el edificio que le -- servía de morada.

Observamos que el principio de la familia antigua, no radica en la generación exclusivamente. Lo demuestra el hecho de -- que la hermana no es en la familia lo que el hermano, de que el -- hijo emancipado o la hija casada dejan completamente de formar -- parte de ella; demostrado por diversas disposiciones importantes -- de las leyes griegas y romanas.

El principio de la familia tampoco consiste en el afecto natural, pues el derecho griego y el derecho romano no tienen nada en cuenta ese sentimiento, puede existir en el fondo de los -- corazones pero nada es en el derecho. El padre puede amar a la -- hija, pero no legarle sus bienes.

Observamos que ni el nacimiento ni el afecto eran el --- fundamento de la familia romana. Los historiadores han creído que ese fundamento debía encontrarse en el poder paternal o marital. De este poder hacen una especie de institución primordial, pero no explican como se ha formado, a menos que sea por la superio--

(6) Enciclopedia "El Hombre" Itálicos, Origen y Misterios, p.765.

ridad de fuerza del marido sobre la mujer, del padre sobre los hijos. Sin embargo consideramos a esta autoridad paternal o marital no como una causa primera, sino como un efecto pues, se ha derivado de la religión y por ésta se ha establecido no pudiendo así considerarse como el principio constitutivo de la familia.

Lo que une a los miembros de la familia antigua es algo mas poderoso que el nacimiento, que el sentimiento, que la fuerza física, es la religión del hogar y de los antepasados. Por ella la familia forma un cuerpo en esta vida y en la otra. La familia antigua es una asociación religiosa todavía mas que una asociación natural. La mujer no figurará verdaderamente en ella hasta que la ceremonia sagrada del casamiento la haya iniciado en el culto; el hijo deja de figurar si ha renunciado al culto o si se ha emancipado; el adoptado será un verdadero hijo por que a pesar de que no tiene el nexo de la sangre, posee algo mejor; la comunidad del culto de esta familia, no disfrutará de la sucesión, en fin, el parentesco y el derecho se regularán, no según el nacimiento, sino según los derechos de participación en el culto, tales como la religión los ha establecido.

"La religión no ha creado a la familia, pero ella le ha dado sus reglas, y de ahí que la familia antigua haya recibido una constitución tan diferente a la que hubiera tenido si únicamente los sentimientos naturales la hubieran fundado. Una familia era un grupo de personas a las que la religión permitía invocar al mismo hogar y ofrecer la comida fúnebre a los mismos antepasados".⁷

Las creencias referentes a los muertos y al culto que se les debía han constituido la familia antigua y le han dado la

(7) De Coulanges Fustel, La Ciudad Antigua, p.26, Editorial Porrúa S.A., 5a. Edición, México, 1983.

mayoría de sus reglas.

Observamos que la ley encargaba en Atenas al primer magistrado de la ciudad que velara para que ninguna familia se extinguiera. También la ley romana se mostraba atenta a no dejar caer ningún culto doméstico. No hay hombre que sabiendo que ha de morir, tenga tan poco cuidado de sí mismo que quiera dejar a su familia sin descendencia, pues entonces no habría nadie que le tributase el culto debido a los muertos. Cada cual tenía interés poderoso en dejar un hijo tras sí, convencido de que se trataba de su inmortalidad dichosa. También era un deber con relación a los antepasados, pues su felicidad sólo podía durar lo que durase la familia. Por eso las leyes de Manú llamaban al primogénito o sea el que ha sido engendrado para el cumplimiento del deber.

La religión que ha formado a una familia exige que no sucumba. Una familia que se extingue es un culto que muere. Cada familia poseía una religión y dioses propios sobre los que debía velar. La mayor desgracia que podía tener era que su descendencia se extinguiera, pues su religión desaparecería entonces de la tierra, su hogar se apagaría y toda la serie de muertos caería en el olvido y en la eterna miseria. El gran interés de la vida humana era continuar la descendencia para continuar el culto.

En virtud de ésto el celibato era considerado como una desgracia porque ni la persona misma podría recibir ningún culto tras su muerte. "Tan pronto hubo leyes, declararon que el celibato era cosa mala y punible como lo es en el tratado de leyes de Cicerón. En Esparta, la legislación de Licurgo castigaba con severa pena a los hombres que no se casaban pues se consideraba que el hombre no se pertenecía a sí mismo, pertenecía a la familia".⁸

(8) De Coulanges Fustel, op.cit., p.32.

El hombre era un miembro en una serie, y ésta no debía detenerse con él. No había nacido por casualidad; se le había introducido en la vida para que prosiguiese el culto; no debía abandonar la vida, sin estar seguro de que ese culto se continuaría después - de él.

Sin embargo, no era suficiente el hecho de engendrar un hijo, ya que el hijo que habría de perpetuar la religión doméstica debía ser el fruto de un matrimonio religioso. El bastardo, el hijo natural al que los latinos llamaban "spurius", no podía desempeñar el papel que la religión asignaba al hijo. El lazo de sangre no constituía por sí solo a la familia y se necesitaba -- también el lazo del culto.

Observamos que una familia se compone del padre, de la madre, de los hijos, de los esclavos. La autoridad suprema no -- pertenece al padre sino a la religión doméstica. Esta divinidad interior radica en el alma humana y ella va a fijar los rangos -- en la familia. El padre es el primero junto al hogar; él lo enciende y lo conserva; y es él, el pontífice. En todos los actos -- religiosos realiza la más alta función. Por él se perpetúan la familia y el culto, él solo representa toda la serie de los descendientes. Cuando la muerte llegue, será un ente divino al que sus descendientes invocarán.

Gracias a la religión doméstica, la familia era un pequeño cuerpo organizado, una pequeña sociedad, con su jefe y su gobierno. Nada en nuestra sociedad moderna, puede darnos una idea de esa autoridad paterna. En esa antigüedad el padre no sólo es el hombre fuerte que protege y que también posee la facultad de hacerse obedecer, es el sacerdote, el heredero del hogar, el --- continuador de los abuelos, el tronco de los descendientes, en -

fin, toda la religión reside en él.

El nombre mismo con que se le designa pater, data de un -- tiempo en que los antepasados de los helenos, de los italianos y de los indos, aún vivían juntos en la Asia Central; y ha conservado su significación primitiva. La palabra pater en la lengua -- religiosa se aplicaba a todos los dioses, en la lengua del derecho se aplicaba a cualquier hombre que dependía de otro y ejercía autoridad sobre una familia y sobre un dominio.

Por otra parte observamos que la religión doméstica no -- permite que en la familia se admita a un extraño. Es necesario -- que si existe un servidor se convierta por cualquier medio en -- miembro y parte integrante de esa familia, mediante una especie -- de iniciación de recién venido al culto doméstico.

Una costumbre que subsistió mucho tiempo en las casas a -- tenienses, nos muestra como entraba el esclavo en la familia. Se -- le hacía acercarse al hogar, se le ponía en presencia de la divi -- nidad doméstica y se le vertía en la cabeza el agua lustral. Esta -- ceremonia significaba que el recién llegado, extraño, sería en -- adelante un miembro de la familia y participaría de su religión.

El nuevo hogar lo protegería, la religión de los dioses -- lares le pertenecía tanto como a sus amos. Por esta razón el es -- clavo debía ser enterrado en el lugar de la sepultura de la fa -- milia. A pesar de que el servidor adquiría el culto y el derecho -- de orar, perdía su libertad ya que estaba vinculado a la familia -- por toda su vida y aún por el tiempo que seguía a la muerte.

Así se formaba en el seno de la gran familia cierto número -- de pequeñas familias, clientes y subordinados. La religión do -- méstica prohibía que dos familias se mezclaran y se identificaran.

Sin embargo era posible que varias familias sin sacrificar nada de su religión particular, se uniesen al menos para la celebración de otro culto que les fuese común. Cierta número de familias formaron un grupo que en la lengua latina se llamó curia.

Cabe hacer mención de la existencia de una antigua institución que parece haber estado en gran vigor durante la primera edad de las sociedades griega e italiana y que paulatinamente sólo ha dejado vestigios apenas perceptibles en la última parte de su historia. Nos referimos a lo que los latinos llamaban gens.

La gens formaba un cuerpo cuya constitución era perfectamente aristocrática; gracias a su organización interior, los patricios de Roma y los eupátridas de Atenas perpetuaron durante mucho tiempo sus privilegios. Los plebeyos de Roma idearon la formación de la gens a imitación de los patricios.

Cada gens tenía un culto especial y propio cuyas adoraciones eran basadas en un antepasado divinizado. "Así pues, en Roma, los Claudios descienden de un Clauso; los Cecilios honran como a jefe de su raza al héroe Céculo; los Calpurnios a un Calpo, los Julios a un Julo; los Clelios a un Clelo"⁹ De todo esto resulta que la gens no era una asociación de familias, sino la familia misma. Podía indiferentemente componerse de una sola estirpe o producir numerosas ramas, pero siempre era una sola familia.

La gens se ha derivado de la religión doméstica y del derecho privado de las viejas edades. Al primer hombre enterrado en la tumba, se le honraba perpetuamente como a un dios, y sus descendientes se reunían una vez al año, en el lugar sagrado donde reposa para ofrecerle la comida fúnebre. Este hogar siempre encendido, esta tumba siempre honrada con un culto, es el centro

(9) De Coulanges Fustel, *op.cit.*, p.73.

a cuyo alrededor todas las generaciones vienen a vivir y por el - cual todas las ramas de la familia por numerosas que sean están - agrupadas en un solo haz.

Esta familia indivisible que se desenvolvía a través de las edades, perpetuando de siglo en siglo su culto y su nombre -- era verdaderamente la gens antigua. La gens era la familia, pero la familia que ha conservado la unidad que su religión le ordenaba y que ha alcanzado todo el desarrollo que el antiguo derecho - privado le consentía.

El culto que practicaban en común no era una ficción, -- les viene de sus antepasados. Como forman una misma familia tienen una sepultura común. Por la misma razón la Ley de las Doce -- Tablas los declara aptos para heredarse unos a otros.

Era natural que los miembros de una misma gens, ostentasen igual nombre ya que ésto se relaciona con su antigua religión. Cada gens se transmitió de generación en generación el nombre del antepasado y lo perpetuó con el mismo cuidado con el que se perpetuaba su culto. Lo que los romanos llamaban nomen era el nombre del antepasado, que todos los descendientes y todos los -- miembros tenían que ostentar.

Retornando un poco a lo que los romanos llaman familia-- podemos considerar que es un cuerpo social totalmente distinto al de nuestra sociedad, en el sentido moderno. Lo que define con -- propiedad a la familia o sea - familia proprio iure - es el sometimiento de todos los miembros a la misma autoridad de un jefe, -- señor o soberano de la familia y no padre de familia.

La familia proprio iure dicta es definida por "Ulpiano" en estos términos: "Iure proprio familiam dicimus plures personas quae sunt sub unius potestae aut natura aut iure subiectae."¹⁰

(10) Iglesias Juan, Derecho Romano, Instituciones de Derecho Privado, p.530, Ediciones Ariel, 6a. Edición, Barcelona, 1972.

Esta familia está fundada en la sujeción a la potestad de un paterfamilias viviente. Muerto el pater aún se conserva un vínculo que es el agnaticio entre todos los que estaban sometidos a la misma autoridad. Los agnados constituyen la familia -- communi iure dicta.

Remontándonos a los orígenes podemos observar que el --- grupo agnaticio coincide con la gens, ya que la primitiva familia aceptaba a todos los agnados, y por razones de orden y de defensa impusieron a la que después se llamó communi iure la conservación intacta de su propia unidad política a la muerte del jefe, bajo la potestad de otro jefe designado por el predecesor. Posteriormente la civitas asume las funciones fundamentales políticas de orden y de defensa. Al surgir la civitas como grupo político unitario y supremo, la gran familia - communi iure - se atrofia, pero de ella toma su forma de unidad y de vigor la familia - iure dicta de tipo más reciente.

Las personas consideradas en la familia se dividen en dos clases según sean alieni juris o sui juris.

Se llaman alieni juris a las personas sometidas a la autoridad de otro. Por tanto, en el derecho clásico hay cuatro poderes:

- 1.- La autoridad del señor sobre el esclavo
- 2.- La patria potestas
- 3.- La manus
- 4.- El mancipium

Las personas libres de toda autoridad, dependiendo de ellas mismas se llaman sui juris. El hombre sui juris es llamado paterfamilias o jefe de la familia. Este título implica el derecho de tener un patrimonio, y de ejercer sobre otro las cuatro clases -

de poderes.

El ciudadano *sui juris* los disfruta, sea cual fuere su edad, y aunque no tenga de hecho persona alguna sobre su autoridad. La mujer *sui juris* es llamada también *materfamilias*, esté o no casada, siempre que sea de costumbres honestas. Puede tener un patrimonio y ejercer la autoridad de ama sobre los esclavos; pero la autoridad paterna, la *manus* y el *mancipium*, sólo pertenecen a los hombres.

Pasaremos ahora, para tocar ampliamente lo que al *paterfamilias* se refiere al siguiente inciso de este mismo capítulo.

11.2 PODERES DEL PATERFAMILIAS " LA DOMUS "

La palabra familia, aplicada a las personas, se emplea en Derecho Romano de las siguientes formas:

Primera.- En el sentido propio se entiende por familia o *domus* la reunión de personas colocadas bajo la autoridad o la *manus* de un jefe único. La familia comprende pues, al *paterfamilias*, que es el jefe, los descendientes que están sometidos a su autoridad paterna y la mujer *in manu*, que está en una condición análoga a la de una hija. La constitución de la familia romana, así entendida, está caracterizada por el rasgo dominante del régimen patriarcal: la soberanía del padre o del abuelo paterno. Dueño absoluto de las personas colocadas bajo su autoridad, el jefe de familia arregla a su manera la composición: puede excluir a sus descendientes por la emancipación; puede también por la adopción hacer ingresar algún extranjero. Su po-

der se extiende hasta las cosas; todas sus adquisiciones y las de los miembros de la familia se concentran en un patrimonio único, - sobre el cual ejerce él solo durante toda su vida los derechos -- de propietario. El paterfamilias cumple como sacerdote de dioses-domésticos, las sacra privata, las ceremonias del culto privado - que tienen por objeto asegurar a la familia, la protección de los ascendientes difuntos.

Esta organización que tiene por base la preeminencia del padre, y donde la madre no juega ningún papel, es del tiempo del origen de Roma, habiendo quedado intacta durante varios siglos. Se modificó muy lentamente, sobre todo en el Bajo Imperio, donde la autoridad del jefe llegó a ser menos absoluta.

Segunda.- El paterfamilias y las personas colocadas bajo su autoridad paternal, o su manus, están unidos entre ellos por - el parentesco civil llamado agnatio. Esta ligadura subsiste a la muerte del jefe, lo mismo entre sus hijos que hechos sui juris, -- después de muerto el padre son jefes a su vez de nuevas familias, o domus, que entre los miembros de las cuales están formadas. Todas estas personas se consideran como pertenecientes a una misma familia civil. En este caso la familia se compone de agnados, es decir, del conjunto de personas unidas entre ellas por el parentesco civil.

La potestad paternal pertenece al jefe de familia sobre los descendientes que forman parte de la familia civil. No, - es como la autoridad del señor, una institución del derecho de - gentes; es de derecho civil y no puede ejercerse más que por un ciudadano romano sobre un hijo también ciudadano.

El carácter principal de esta autoridad es que tiene menos por objeto la protección del hijo que el interés del jefe de la familia. De esta característica se derivan las siguientes consecuencias entre las que podemos mencionar la no modificación de las facultades a las que están sometidos ni por la edad ni por el matrimonio se les puede libertar y la madre no puede tener nunca la potestad paternal.

Esta potestad confería al jefe de familia derechos rigurosos y absolutos, como los del amo sobre el esclavo, y que ejercía al mismo tiempo sobre la persona y sobre los bienes de los hijos.

Acerca de los derechos sobre la persona observamos, que -- durante los primeros siglos la potestad paternal hizo del jefe de familia un verdadero magistrado doméstico, rindiendo decisiones sin número y pudiendo ejecutar sobre sus hijos las penas más rigurosas. Tiene poder de vida y de muerte, puede manciparlos a un tercero y abandonarlos.

El poder del jefe de familia para hacer dar muerte al hijo que estaba bajo su potestad está comprobado, aunque en tiempos de la República, hacían uso de ello con más moderación, estando también obligados a contar con los parientes mas próximos o bien con personas importantes, tales como los senadores. En cambio, bajo el Imperio, hubo en las familias, a causa del relajamiento de las costumbres, ciertos abusos de autoridad, en los cuales tuvo que intervenir el legislador. "Hacia el fin del II siglo de nuestra -- era, los poderes del jefe de familia se redujeron a un sencillo derecho de corrección, o sea que aunque podía castigar las faltas leves, tratándose de pena de muerte no podía hacerlo por sí solo, y tenía que hacer la acusación delante del magistrado, por ser el único con derecho a pronunciar la sentencia."¹¹

(11) Petit Eugéne, Tratado Elemental de Derecho Romano, p.101, -- Editorial Nacional, 9a. Edición, México, 1976.

El padre podía también mancipar al hijo que tenía bajo su autoridad, es decir, cederle a un tercero, a la manera de mancipación, de donde nacía en beneficio del adquirente la autoridad especial llamada mancipium. De esta manera se encontraba el hijo en una condición análoga a la del esclavo, aunque temporalmente y sin dañar a su ingenuidad. Por regla general el padre mancipaba al hijo en un momento de miseria y en un precio efectivo, ejecutando una verdadera venta. A veces también le mancipaba a su acreedor en señal de garantía. El hijo no era un bien como el esclavo, pero sí un instrumento de adquisición, teniendo el valor que sus servicios pudieran prestar. El adquirente se comprometía a libertarle al cabo de un tiempo determinado; pero si rehusaba, el censor podía anular el mancipium, quedando el hijo bajo la autoridad paterna. El Derecho Romano luchó contra esta práctica. "La Ley de las XII Tablas decidió que el hijo mancipado por tres veces fuera libertado de la autoridad paterna, y la jurisprudencia admite que para las hijas y para los nietos una sola mancipatio produzca el mismo efecto".¹²

"El jefe de familia podía dejar a sus hijos, abandonándolos. Constantino decidió que el hijo abandonado estuviera bajo la autoridad de quien lo recogiese, bien como hijo o como esclavo, y Justiniano lo declara libre sui juris e ingenuo".¹³

Acerca de los derechos sobre los bienes, observamos que en la familia y por razón del carácter absoluto de la autoridad paterna, el hijo, en cuanto a sus bienes, estuvo en una situación comparable a la del esclavo. Su personalidad se absorbe con la del jefe de familia, no haciendo, mas que uno con él, y no pudiendo por tanto, tener bienes propios. Todo lo que adquiere pertenece al jefe para quien es, lo mismo que el esclavo, un

(12) Petit Eugène, op. cit., p.102.

(13) ídem.

instrumento de adquisición, aunque el Derecho Civil no admite que le pueda hacer deudor.

Los bienes de los hijos forman un patrimonio que hacen una especie de copropiedad, que cuando muera el jefe podrán recoger como bienes ya de su propiedad. La regla por la cual los hijos de familia no pueden tener nada en propiedad se modificó bajo el Imperio. Ciertas adquisiciones les fueron otorgadas en toda propiedad, extendiéndose poco a poco. En la época de Justiniano fue casi derogado. Todo lo adquirido por el hijo de familia queda de su propiedad, salvo los bienes cuya utilidad le cede el padre, y que constituyen para él un peculio.

La familia no ha recibido sus leyes de la ciudad. Si hubiera sido ésta la que estableció el derecho privado, es probable que lo hubiera forjado muy diferente. La ley que permite al padre vender y aún matar al hijo, no fue concebida por la ciudad. El Derecho Privado era anterior a ella. Este derecho ya establecido estaba arraigado en las costumbres y únicamente el tiempo logró modificarlo. El derecho antiguo no es obra de un legislador, al contrario se ha impuesto al legislador. Es en la familia donde ha encontrado su origen. Se ha derivado de las creencias religiosas que eran universalmente admitidas por estos pueblos.

Gracias a la religión doméstica la familia era un cuerpo organizado, una pequeña sociedad con su jefe y su gobierno. El padre no sólo es el hombre fuerte que posee la facultad de hacerse obedecer, es el sacerdote, el heredero del hogar, el continuador de los abuelos, el tronco de los descendientes, el encargado de los ritos y culto sagrado de la oración.

"La palabra pater es la misma en griego, en latín, en --

sánscrito, de lo que puede observarse que esta palabra data de un tiempo en que los antepasados de los helenos, de los italianos y de los indos aún vivían juntos en el Asia Central"¹⁴

Los antiguos llamaban a Júpiter "Pater hominum Deorumque"-- sin querer decir que Júpiter fuera el padre de los dioses y de -- los hombres, pues jamás lo consideraron como tal, al contrario,-- creyeron que el género humano existía antes de él. El mismo título de pater se otorgó a Neptuno, Apolo, Baco, Vulcano y Plutón,-- a quienes los hombres no consideraban seguramente como sus padres. También en el lenguaje jurídico el título de pater o paterfamili--- lias podía darse a un hombre que no tenía hijos, que no estaba -- casado, que ni siquiera estaba en edad de contraer matrimonio, -- pues la idea de paternidad no se asociaba a esta palabra. En la -- lengua religiosa se aplicaba a todos los dioses, en la lengua del derecho a cualquier hombre que no dependía de otro y ejercía au-- toridad sobre una familia y sobre un dominio llegando a la pala-- bra paterfamilias.

La multitud de significados hacia la palabra pater cons-- tituyen un hecho significativo dando en todas ellas una idea del poder que el padre ha ejercido durante mucho tiempo en la fami-- lia y del sentimiento de veneración que se le tenía como un pon-- tífice y soberano.

11.3 MODOS DE ENTRAR EN FAMILIA

- a) nacimiento
- b) adopción
- c) adrogatio
- d) conventio in manum

(14) De Coulanges Fustel, op. cit., p. 61.

Se entra a formar parte de la familia por nacimiento y -- por acto jurídico. Esta última puede ser en las formas de la adopción y de la conventio in manum. Pasaremos a hablar de la forma de entrar en familia por medio del nacimiento.

a) NACIMIENTO.- El nacimiento es la forma normal de entrar en la familia. Se hace miembro familiar el procreado en iustae nuptiae por individuo varón de la familia, sea pater o filius. Del hijo concebido en iustae nuptiae dícese que es iustus. Se tiene por iustus al hijo nacido después de los 182 días de la celebración del matrimonio y antes de los 300 de su disolución. Es posible que el marido reconozca como al hijo nacido antes de los 182 días y que no reconozca al nacido después, alegando ausencia, enfermedad u otra causa. En ningún caso se considera iustus al nacido después de los 300 días de la disolución del matrimonio.

También se llaman filii naturales a los iusti, para distinguirlos de los adoptivos. Los hijos non iusti son los nacidos fuera del matrimonio y también reciben la denominación de spuri o vulgo concepti. En el Derecho Justiniano se llama legítimi a los hijos iusti, en tanto son naturales los habidos en concubinato y spurii los que nacen de uniones no estables.

b) ADOPCION.- El deber de perpetuar el culto doméstico ha sido el principio del derecho de adopción entre los antiguos. La misma religión que obligaba al hombre a casarse, que declaraba el divorcio en caso de esterilidad y que en caso de muerte -- prematura o impotencia sustituía al marido con un pariente, ofrecía a la familia un recurso para escapar a la desgracia tan temida de la extinción; este recurso era el derecho de adoptar.

Adoptar un hijo era velar por la perpetuidad de la religión doméstica, por la salud del hogar, por la continuación de las ofrendas fúnebres, por el reposo de los manes de los antepasados. Teniendo su razón de ser la adopción sólo en la necesidad de prevenir que el culto se extinguiese y siendo nada más permitida al que no tuviera hijos.

«En el antiguo derecho romano en tiempos de Gayo un mismo hombre podía tener hijos por la naturaleza e hijos por adopción. Sin embargo, este punto no estaba admitido en el derecho en tiempo de Cicerón, pues consideraba que adoptar es pedir a la religión y a la ley lo que de la naturaleza no se ha podido obtener».¹⁵

Cuando se adoptaba a un hijo era preciso iniciarlo en el culto, introducirlo a la religión doméstica. Por eso se realizaba la adopción con una ceremonia sagrada que era muy semejante a la que marcaba el nacimiento de un hijo. Gracias a ella el recién venido quedaba admitido en el hogar y asociado a la religión. Por esto mismo renunciaba al culto de la antigua familia. Según estas antiguas creencias, un mismo hombre no podía sacrificar a dos hogares ni honrar a dos series de antepasados. Admitido en una nueva casa, la casa paterna le era ahora extraña. Nada tenía ya de común con el hogar que le había visto nacer, ni podía ofrecer la comida fúnebre a sus propios ascendientes. El lazo del nacimiento quedaba roto, el nuevo lazo del culto lo sustituía. El hombre llegaba a ser tan completamente ajeno a su antigua familia que, si llegaba a morir, su padre natural no tenía el derecho de encargarse de sus funerales ni de conducir el cortejo. El hijo adoptado ya no podía reingresar en su antigua familia; la ley sólo se lo permitía si teniendo un hijo, lo dejaba en su lugar a la familia adoptante.

(15) De Coulanges Fustel, op.cit., p. 35.

A la adopción correspondía como correlativo la emancipación. Para que un hijo, pudiera entrar en una nueva familia era preciso que hubiera podido salir de la antigua, es decir que lo hubieran emancipado en su religión. El principal efecto de la emancipación consistía en la renuncia al culto de la familia en que se había nacido. Los romanos designaban este acto con el nombre de *sacrorum detestatio*. El hijo emancipado ya no era, ni para la religión ni para el derecho, miembro de la familia.

La adopción es el acto jurídico por virtud del cual un extraño ingresa como *filius* en una familia. Hay dos clases de adopción: la adopción de una persona *sui juris*, que es la *adrogatio* y la adopción de una persona *alieni juris* que es la *adoptio* propiamente dicha.

La adopción es menos antigua que la adrogación pues fue primero realizada por un procedimiento desviado, pero deducido de la Ley de las XII Tablas, y posterior al año 304. Era también un acto de menor gravedad que no exigía la intervención del pueblo ni la de pontífices, pues siendo el adoptado *alieni juris*, no podía resultar ni la desaparición de una familia ni la extinción de un culto. La adopción se aplicaba lo mismo a las hijas que a los hijos, y para el adoptante éste era un medio de hacerse de un heredero de uno u otro sexo, mas bien que de asegurar la perpetuidad de su familia o de su gens.

La adopción opera por la autoridad de un magistrado y para esto son necesarias dos clases de operaciones: primero, romper la autoridad del padre natural; y después hacer pasar al hijo bajo la del padre adoptivo. Para realizar la primera se aplicaba la disposición de las XII Tablas, que declara caduca la autoridad

del padre si ha mancipado por tres veces a su hijo. Por tanto, - el padre natural con la ayuda de la mancipación hace pasar a su hijo bajo el mancipium del adoptante, que le manumite inmediatamente, como se ha comprometido por un pacto de fiducia. Una segunda mancipación era seguida de una segunda manumisión. Después de la tercera mancipación quedaba rota la autoridad del padre -- natural y el hijo quedaba in mancipio en casa del adoptante. El mismo efecto producía una mancipación para una hija o para un -- descendiente más lejano.

Con objeto de que el adoptante adquiriera sobre el hijo - la autoridad paterna, en lugar del mancipium cede por una cuarta mancipación el hijo a su padre natural, asistiendo todos después delante del magistrado, donde tiene lugar la ficción del proceso el padre adoptivo sostiene que tiene la autoridad paterna sobre su hijo y como el padre natural no lo contradice el magistrado - sanciona esta pretensión.

Bajo Justiniano se fueron simplificando estas formas de adopción, quedando ésta consumada por una sencilla declaración - de las partes delante del magistrado.

c) ADROGATIO.- La adrogación es el género de adopción -- mas antiguo. Sus formas y caracteres primitivos permiten consi-- derarla como contemporánea del mismo origen de Roma. La adroga-- ción sólo podía tener lugar después de una información hecha por los pontífices y en virtud de una decisión de los comicios por - curias, populi auctoritate. Se consideraba que se hacía pasar a un ciudadano sui juris, bajo la autoridad de otro jefe. El Estado y la religión estaban interesados, puesto que podía resultar

la desaparición de una familia y la extinción de un culto privado. Por eso era necesaria la información de los pontífices sobre la oportunidad de la adrogación. Si la opinión era favorable, la adrogación se sometía al voto de los comicios, y sancionada por su aprobación. Por tanto, sólo podía tener lugar en Roma donde se reunían las curias y las mujeres excluidas de estas asambleas no podían ser adrogadas. Estas formalidades estaban aún en vigor en la época clásica. El voto de las curias, que estaban representadas por treinta lictores, sólo tenía la importancia de una tradición. Se considera que por la autoridad de los pontífices la adrogación queda en realidad consumada. Hacia mitad del siglo III de nuestra era, estas formas fueron reemplazadas por la decisión del emperador. Desde entonces, la adrogación se hizo por rescripto del príncipe. "Este cambio se hizo bajo Dioclesiano. Desde entonces, las mujeres también podían ser adrogadas."

Tomando en cuenta los efectos que la adrogación produce podemos observar que el adrogado pasa bajo la autoridad paterna del adrogante y entra como agnado en su familia civil, no siendo más que el cognado de sus antiguos agnados. Los descendientes sometidos a su autoridad antes de la adrogación y la mujer que tenía in manu, siguen también la misma suerte. El adrogado participa desde entonces del culto privado del adrogante. Este estado lleva consigo la modificación en su nombre. En un principio los impúberos no podían ser adrogados, primero por estar excluidos de los comicios por curias y después porque se temía que el tutor favoreciera la adrogación para evitarse la tutela. Sin embargo ésto después se hizo desaparecer y el impúbero podía ser adrogado por rescripto pero con garantías especiales, por ser

(16) Iglesias Juan, op. cit., p. 544.

incapaz de apreciar reflexivamente las consecuencias de un acto tan importante para sí y para su familia. Los intereses del impúbero quedan protegidos aún después de la adrogación. Desde el momento en que se hace púbero puede si la adrogación no le es ventajosa, dirigirse al magistrado para romperla y recobrar sus bienes y la cualidad de sui juris.

d) CONVENTIO IN MANUM.— Para determinar el poder del marido sobre la mujer, los romanos tenían una expresión antiquísima que han conservado sus jurisconsultos, tal es la palabra *manus*. La autoridad del marido sobre la mujer no resultaba de la mayor fuerza. Como todo el derecho privado se derivaba de las creencias religiosas que colocaban al hombre en superior condición que a la mujer. La mujer no casada conforme a los ritos sagrados, no estaba asociada al culto ni sumisa a la autoridad marital. Era el matrimonio el que realizaba la subordinación y al mismo tiempo la dignidad de la mujer.

La *conventio in manum* es el acto por el cual la mujer ingresa en la familia del marido, rompiendo todo lazo con su familia originaria. La entrada en la nueva familia puede situarla *filiae loco* o *nuptis loco*, según que el nuevo *paterfamilias* sea respectivamente el marido de ella o el *pater* del propio marido por encontrarse éste *in patris potestae*.

"La *conventio in manum* puede tener lugar de tres modos, *farreo*, *coemtione* y *usus*."¹⁷

La *confarreatio* es una ceremonia religiosa celebrada ante diez testigos y el sacerdote de Júpiter, o el Pontífice Máximo, con pronunciamiento de palabras solemnes. El rito se substancía en la ofrenda de un pan de trigo - el *panis farreus* - y -

(17) Petit Eugéne, *op.cit.*, p. 122.

de aquí viene su nombre.

La *coemptio* consiste en una compra fingida de la mujer en la forma de *mancipatio*.

A falta de uno de estos actos, la *manus* puede adquirirse sobre la mujer mediante el *usus* que no es sino la usucapión o adquisición por la posesión aplicada a este caso. El marido adquiere la *manus* sobre la mujer cuando ejerce de hecho esta potestad a lo largo de un año. La mujer podía escapar a tal consecuencia --- permaneciendo alejada de la casa del marido durante tres noches - consecutivas, con ánimo de interrumpir el *usus*.

La *conventio in manum* desaparece totalmente en el siglo - III de C. Su desaparición trajo como consecuencia el que la mujer perteneciese a una familia distinta de la del marido y de los propios hijos, comenzando pronto a afirmarse su condición de esposa, señalándose a su favor un derecho de sucesión y de alimentos.

II.4 EFECTOS Y EXTINCION DE LA MANUS Y LA PATRIA POTESTAS

Como antes mencionábamos la *manus* es una potestad organizada por el Derecho Civil y propia de los ciudadanos romanos. Presenta la mayor analogía con la potestad paterna, pero sólo puede ejercerse sobre una mujer casada. En un principio, pertenece al marido siendo este *alieni juris*, se ejercerá por el jefe de familia y por último puede establecerse a título temporal, en provecho de un tercero. La *manus* sólo existe en el matrimonio, --

sin embargo, hay autores que opinan que primeramente fueron inseparables, puesto que en los primeros siglos de Roma, no podía haber matrimonio sin manus y además los procedimientos que servían para crearla eran al mismo tiempo los modos necesarios para la formación del matrimonio.

El matrimonio por sí solo no modifica la condición de la mujer. Queda lo mismo que antes, tanto si está sui juris como estando sometida a la autoridad paterna de su jefe de familia. Si quiere cambiar su condición y entrar en la familia civil del marido, podrá hacerlo por medio de la manus, pero siendo alieni juris necesita el consentimiento del jefe de familia o de sus tutores siendo sui juris. Observamos sin embargo, que la manus es un poder eventual del marido sobre la mujer, siendo eventual porque no todas las mujeres estaban sujetas a la mano marital, ya que la manus no era necesaria para la existencia del matrimonio, el cual podía perfectamente ser sine manu sin perder nada de su esencia.

La mujer in manu sale de su familia civil y entra en la de su marido. Su situación es igual a la de una hija en potestad paterna, si el marido es sui juris, y a la de una nieta estando el padre sometido a la potestad paterna, y adquiere los derechos de sucesión unidos a esta cualidad. Si tiene un patrimonio se absorbe en el de su marido y lo mismo que si fuera una hija de familia, ya no puede adquirir nada en propiedad.

El vínculo familiar se rompe por la adopción y por la conventio in manum. Ahora nos referiremos a aquellos casos en que tal ruptura no determina el ingreso en una nueva familia sino la constitución de la persona independiente. Entre estas podemos

mencionar primero, muerte o *capitis deminutio* - máxima o media - del que ejerce la patria potestas, segundo, *capitis deminutio* -- máxima o media del *filius*, tercero, emancipación que opera una -- *capitis deminutio* mínima del *filius*, cuarta, entrada en el sa -- cerdocio en la época pagana y acceso a la dignidad de obispo en el Derecho Cristiano, quinto, colocación de la dignidad de pa -- tricio y nombramiento de cónsul, sexto, exposición del hijo y -- prostitución de la hija, séptimo, celebración de un matrimonio incestuoso por parte del padre.

La emancipación era un acto de liberación de la patria -- potestas según la propia voluntad del pater, y de conformidad -- con el procedimiento creado por la jurisprudencia pontifical -- para llevar a cabo la adopción. Si un pater quiere librar al fi -- lius de su potestad, lo emancipa por tres veces a persona de su -- confianza con el encargo de manumitirlo. La tercera manumisión -- lleva consigo la adquisición de la libertad pero el manumisor -- adquiere el derecho de patronato sobre el *filius*, así como la -- tutela si éste es impúbero. Para la emancipación de las mujeres -- y de los nietos se consideró suficiente una sola *mancipatio*. Jus -- tiniano establece que la emancipación tenga lugar ante la auto -- ridad judicial competente, estando presente el hijo. La emanci -- pación es un acto dependiente de la voluntad del padre. Sin em -- bargo existen casos en que éste puede ser obligado a emancipar -- cuando el padre hace objeto al hijo de malos tratos, cuando el -- impúber que fue adoptado se ha hecho púber y desea ser emancipa -- do, o cuando la emancipación del hijo figura como condición en -- una disposición testamentaria otorgada a su favor.

La *manus* puede extinguirse por *diffarreatio* que es una -- ceremonia religiosa igual a la *confarreatio* pero de efectos con --

trarios, y por la venta fingida de la mujer a un tercero o a la persona bajo cuya potestad se encontraba con anterioridad al matrimonio que luego la manumite.

11.5 AGNACION - COGNACION - AFINIDAD

"Platón" decía,¹⁸ que el parentesco es la comunidad de los mismos dioses domésticos. Se consideraba que dos hermanos eran dos hombres que tienen el deber de hacer los mismos sacrificios, de reconocer los mismos dioses paternos y de compartir la misma tumba. Cuando se quería probar que dos hombres eran parientes, se mostraba que ambos practicaban el mismo culto y ofrecían la comida fúnebre en la misma tumba. Observamos por estos motivos que la religión doméstica era lo que constituía el parentesco. El derecho de hacer los sacrificios al hogar sólo se transmitía de varón en varón, y el culto de los muertos tampoco se dedicaba más que a los ascendientes en línea masculina. De esta regla religiosa resultaba que no se podía ser pariente por la línea de las mujeres. La mujer no transmitía ni la existencia ni el culto. El hijo lo recibía todo del padre. No se podía pertenecer a dos familias ni invocar a dos hogares; el hijo no tenía pues, otra religión ni otra familia que la del padre. Esto era porque su madre misma, el día en que se habían celebrado los ritos sagrados del matrimonio, renunciaba de un modo absoluto a su propia familia y desde entonces ofrecía la comida fúnebre a los antepasados del esposo sin poder ofrecer esta comida fúnebre a sus antepasados puesto que ya no era considerada como descendiente de ellos.

(18) De Coulanges Fustel, op.cit., p.36.

"El principio del parentesco no radicaba en el acto material del nacimiento, sino en el culto. Para ejemplificar este hecho vemos que en la India el jefe de familia ofrecía dos veces -- por mes la comida fúnebre, presentando una torta a los manes de su padre, otra a su abuelo paterno y una tercera a su bisabuelo paterno, pero jamás a sus ascendientes por la línea femenina. Luego hace una ofrenda al cuarto, al quinto y al sexto ascendiente, -- siendo una ofrenda mas ligera para éstos ya que consiste en una sencilla libación de agua y de algunos granos de arroz!"¹⁹ De acuerdo a estos ritos se contaba el parentesco. Cuando dos hombres ofrecen separadamente la comida fúnebre, cada uno se remonta en la serie de sus seis antepasados y si encuentran a uno que les es común a los dos, estos dos hombres son parientes. Se llaman samnodacas si el antepasado común es de aquéllos a quienes sólo se tributa la libación del agua; sapindas si es de aquéllos a quienes se ofrece la torta. En uno y otro caso se reconoce el parentesco en el hecho de que la ofrenda se consagra a un mismo antepasado. En este sistema no puede admitirse el parentesco por la línea femenina.

En Roma, observamos que la religión sólo se transmitía -- de varón en varón, sin que dos hombres pudieran ser agnados entre sí, a menos que tuvieran antepasados comunes. La regla para la -- agnación era pues la misma que para el culto. Entre ambas cosas -- existía relación. La agnación no se diferenciaba del parentesco, tal como la religión lo había establecido al principio. No era -- por el nacimiento, sino por el culto como se reconocía verdade--- ramente a los agnados. El hijo al que la emancipación había se--- parado del culto no era agnado de su padre, el extraño que había sido adoptado, o sea, admitido al culto se convertía en el agna--

(19) De Coulanges Fustel, op.cit., p.37.

do del adoptante y aún de toda su familia.

La cognación o parentesco natural, era el parentesco que unía a las personas descendientes unas de otras (línea directa) o descendientes de un autor común (línea colateral) sin distinción de sexo. Es por tanto, un parentesco que resultaba de la misma naturaleza. En nuestro Derecho, este parentesco es suficiente -- para constituir la familia, pero en el Derecho Romano era completamente distinto. Los que su cualidad era sólo de cognados, no forman parte de la familia civil, ya que para ser de esta familia hay que tener el título de agnados.

La familia agnática comprende: a) a los que están bajo la autoridad paternal o la manus del jefe de familia. La agnación existe entre el padre y los hijos o hijas nacidos de su matrimonio legítimo o introducidos en la familia por adopción. Si los hijos se casan y tienen hijos, estos hijos están agnados entre ellos, y agnados de su padre y abuelo paterno. Los hijos no son agnados de su madre a menos que ésta sea in manu, de lo contrario sólo son cognados, por no tener nunca sobre ellos la autoridad paternal. b) los que hayan estado bajo la autoridad del jefe y que lo estarían si aún viviese. Cuando muere el jefe, los descendientes ya unidos por la agnación quedan agnados también entre ellos. c) los que nunca estuvieron bajo la autoridad del padre, pero que lo hubiesen estado de haber vivido. Si el jefe ha muerto al casarse sus hijos, y éstos tienen hijos, estos hijos estarán agnados entre ellos.

Por último, del parentesco por afinidad diremos que es el que se establece entre el cónyuge y los consanguíneos de su

cónyuge. El parentesco de afinidad permanece aún después de terminado el matrimonio.

Al transcurso del tiempo observamos que el parentesco por el culto ya no fue el único admitido. A medida que esta antigua religión se debilitaba, la sangre comenzó a tomar su importancia y el parentesco por el nacimiento fue reconocido por el derecho. Los romanos llamaron *cognatio* a esta clase de parentesco, que era en absoluto independiente de las reglas dictadas por la religión doméstica.

En la época de las Doce Tablas sólo se conocía el parentesco de agnación y el sólo daba derecho a la herencia.

Con lo expuesto hasta aquí, damos por terminado el presente capítulo sobre el estudio de la familia romana, rica en costumbres y tradiciones para continuar con el estudio del matrimonio.

CAPITULO TERCERO

EL MATRIMONIO

III.1 LOS ESPONSALES - CONCEPTO DE MATRIMONIO

III.2 EL MATRIMONIO EN LA LEGISLACION CIVIL MEXICANA

- I) Elementos del matrimonio
 - a) De los Sujetos
 - b) Del Consentimiento
 - c) De la forma

II) Derechos y Deberes que nacen del matrimonio

- 1.- Deber de cohabitación
- 2.- Deber de Fidelidad
- 3.- Deber de Asistencia

III.3 LEGISLACION MATRIMONIAL DE AGUSTO

III.4 CLASES, CONSTITUCION Y RESTITUCION DE LA DOTE

III.5 SEGUNDAS NUPCIAS

CAPITULO TERCERO

EL MATRIMONIO

La primera institución creada por la religión doméstica fue el matrimonio. Observamos que esta religión del hogar y de los antepasados, se transmitía de varón en varón, no pertenecía exclusivamente al hombre. La mujer tenía su parte en el culto. Soltera asistía a los actos religiosos de su padre; casada a los de su marido.

En Roma dos familias podían vivir una al lado de la otra pero adorar a dioses diferentes. Así vemos que una joven desde la infancia toma parte en la religión de su padre, invoca su hogar todos los días, le ofrece libaciones, lo rodea de flores en los días de fiesta, le implora su protección y le da gracias por sus beneficios. Este hogar paternal es su dios. Si un joven de la casa vecina le pide en matrimonio, el asunto no se reducirá simplemente a pasar de una casa a la otra. Se trata de abandonar el hogar paterno para invocar en adelante al hogar de su esposo. Se trata de cambiar de religión, de practicar otros ritos y de pronunciar otras oraciones. Se trata de abandonar al dios de su infancia para someterse al imperio de un dios que desconoce. En Roma era un principio inmutable que una misma persona no podía invocar a dos hogares, ni a dos series de antepasados. El matrimonio es pues un acto grave para la joven y no menos grave para el esposo, pues esta religión exige que se haya nacido cerca del hogar para tener el derecho de sacrificarle; sin embargo va a introducir cerca de su hogar a una extraña, con ella hará las ceremonias misteriosas de su culto, le revelará los ritos y las fórmulas que son patrimonio de su familia. Nada hay más precioso que

esta herencia, estos dioses, estos ritos, estos himnos que ha recibido de sus padres, es lo que le protege en la vida, lo que le promete riqueza, la felicidad, la virtud. Al contraer matrimonio va a admitir a una mujer para que la comparta.

El matrimonio era la ceremonia santa que habría de producir grandes efectos. La ceremonia no se realizaba en el templo, -- sino en la casa y la presidía el dios doméstico

La ceremonia del matrimonio entre los griegos se componía de tres actos. El primero ante el hogar del padre, el tercero en el hogar del marido y el segundo era el tránsito del uno al otro.

El matrimonio romano se parece mucho al griego y como éste comprendía tres actos: *treditio*, *deductio in donum*, *confarreatio*. Primero la joven abandona el hogar paterno. Como no está -- ligada a este hogar por su propio derecho sino solamente por mediación del padre de familia, no hay otra autoridad que la del padre para desligarla. La *treditio* es pues una formalidad indispensable.

Segundo, se conduce a la joven a la casa del esposo. Vavelada, lleva una corona y una antorcha nupcial precede al cortejo. Se canta en torno de ella un antiguo himno religioso. El cortejo se detiene ante la casa del marido. Allí se presenta a la joven el fuego y el agua. El fuego es el emblema de la divinidad doméstica; el agua es el agua lustral que sirve a la familia para todos los actos religiosos. Para que la joven entre en la casa se necesitaba simular un rapto. El esposo debe levantarla en sus brazos y transportarla sobre el umbral sin que los pies de ella lo toquen.

Tercero, luego se conduce a la esposa ante el hogar donde se encuentran los penates, donde todos los dioses domésticos--

y las imágenes de los antepasados están colocados alrededor del fuego sagrado. Ambos esposos ofrecen un sacrificio, hacen la libación, pronuncian algunas oraciones y comen juntos una torta de flor de harina. (panis farreus) Esta torta comida mientras se recitan las oraciones en presencia y ante los ojos de las divinidades de la familia, es lo que realiza la unión santa del esposo y de la esposa. Desde este punto quedan asociados en el mismo culto. La mujer tiene los mismos dioses, los mismos ritos, las mismas oraciones, las mismas fiestas que su marido. La mujer así casada sigue profesando el culto de los muertos pero ya no lleva a sus propios antepasados la comida fúnebre pues ya no tiene tal derecho. El matrimonio la ha desligado completamente de la familia de su padre y ha roto todas sus relaciones religiosas con ella. Ahora lleva la ofrenda a los antepasados de su marido, pertenecen a su familia, ellos se han convertido en sus antepasados. El matrimonio ha sido para ella un segundo nacimiento. En lo sucesivo es la hija de su marido, filiae loco. No se puede pertenecer a dos familias ni a dos religiones domésticas; la mujer se encuentra íntegramente en la familia y en la religión de su marido. Esta religión ha enseñado al hombre que la unión conyugal es algo más que una relación de sexos y un afecto pasajero, pues ha venido a unir a dos esposos con los firmes lazos del mismo culto y de las mismas creencias. La ceremonia de las nupcias era un acto muy solemne que producía grandes efectos, sólo se consideraba lícita para una sola mujer en cada casa. Tal religión no podía admitir la poligamia. Esta unión se consideraba indisoluble y el divorcio casi imposible. El derecho romano permitía disolver el matrimonio por coemptio o por usus, pero la disolución del matrimonio religioso era difícilísima.

El matrimonio no tenía por fin el placer, su objeto principal no consistía en la unión de dos seres que se correspondían y querían asociarse para la dicha o las penas de la vida. El efecto del matrimonio era tanto para la religión como para las leyes, el unir a dos seres en un mismo culto doméstico para hacer nacer a un tercero que fuera apto para continuar ese culto.

III.1 LOS ESPONSALES - CONCEPTO DE MATRIMONIO

Los Esponsales

Observamos que en Roma los sponsales eran la promesa recíproca de futuro matrimonio. (*sponsalia sunt mentio et repromissio nuptiarum futurarum*.)²⁰ Tal promesa se contraía antiguamente mediante estipulaciones mutuas o sponsiones, en las que eran partes el paterfamilias de la novia y el futuro marido y el paterfamilias de éste. Incumplida la obligación naciente de la sponsio, cabía exigir judicialmente el pago de una suma de dinero. Después se estableció el principio de que fuera suficiente el simple consentimiento para proscribir cualquier coacción incluso indirecta que pudiera mover a los prometidos a contraer matrimonio.

En cuanto a la capacidad, se toman en cuenta los mismos requisitos e impedimentos que en la materia de matrimonio. Se pueden contraer los sponsales sin haber alcanzado la pubertad, aunque en el derecho justinianeo es preciso tener cumplida la edad de siete años.

En el derecho postclásico, se toma la institución oriental de las *arrahae sponsaliciae*. Una vez cambiado estas arras rige la norma de que la parte que incumple la promesa sin que ha-

(20) Iglesias Juan, *op.cit.*, p. 561.

ya mediado justa causa pierde las propias y está obligada a devolver las que recibió a razón del cuádruplo en el Derecho pre-justinianeo o del duplo en el Derecho justinianeo. El menor sólo debe restituir el simplum. Los regalos o donaciones entre novios se hacían bajo la condición de que se verificara el matrimonio, y si tal no ocurría era dable su reclamación; sin embargo no era posible que reclamara quien se hubiera negado injustificadamente a contraer matrimonio. Los esponsales se disolvían por la muerte, por sobrevenir un impedimento, por mutuo disenso y por la simple manifestación de voluntad de uno de los novios - repudium -.

Observamos que lo que hoy llamamos esponsales ha tenido varios nombres a lo largo de la historia y aún hoy se le llama también promesa de matrimonio. Las Siete Partidas le llaman Desposorios y en la Ley I Título I de la Cuarta Partida lo definen como; "El prometimiento que fazen los omes por palabra, quando quieren casar. E tomó este nome de una palabra que es llamada en latín spondeo, que quiere dezir tanto en romance, como prometer."²¹ La extensión del Título I de la Cuarta Partida dedicada a los Desposorios, señala la importancia que tuvo la institución en épocas pasadas, distinguiendo entre desposorios de presente que en realidad equivale al matrimonio que se contrae bajo condición o entre personas menores de edad y los desposorios de futuro que es la promesa de matrimonio y puede dejar de cumplirse por varias razones como lo sería el contraer matrimonio con otra persona antes de vencer el plazo de la promesa, con lo cual se vuelve ineficaz ésta y válido el matrimonio contraído.

La institución decayó y nuestros Códigos Civiles de 1870- y 1884 se concretan a indicar en sus artículos 160 y 156 respec-

(21) De Ibarrola Antonio, Derecho de Familia, p.121, Editorial Porrúa, S.A., 1a. Edición, México, 1978.

tivamente que la Ley no reconoce esponsales de futuro. La Ley sobre Relaciones Familiares de 1917 volvió a dar cierta vida a la institución al otorgar una acción de daños y perjuicios a la parte ofendida ante una promesa de matrimonio otorgada por escrito y no cumplida por la contraparte. (art. 14 Ley sobre Relaciones Familiares). El Código Civil de 1928 amplía los efectos y por tanto subsiste aún en nuestro derecho civil el contrato de esponsales, o sea la promesa de matrimonio. Esta institución es poco usual en los tiempos actuales y podría ser suprimida de nuestra legislación por su poca utilidad práctica.

Se entiende hoy por esponsales la promesa mutua de contraer matrimonio hecha por escrito y aceptada por la otra parte. A los esponsales podemos colocarlos dentro de los contratos preparatorios a que se refiere el artículo 2243 del Código Civil, el cual establece el principio general de que cualquier obligación de celebrar un contrato futuro puede asumirse contractualmente.

Por su escasa utilidad práctica los esponsales podrían ser omitidos de nuestros códigos ya que son poquísimas las personas que acuden a esponsales y su utilidad es verdaderamente muy escasa ya que la promesa de matrimonio sólo produce la obligación de pagar daños y perjuicios si no se cumple, según lo establecen los artículos 142 y 143 del Código Civil.

El segundo de los artículos citados establece una doble obligación a cargo del que no cumple con su promesa de matrimonio. En primer lugar, el juez puede valorar las causas que aduce para el incumplimiento y cuando considere que no existe causa grave para no cumplir con su promesa, puede sentenciarle a pagar los gastos que la otra parte hubiere hecho con motivo del matrimonio proyectado. También deberá cubrir dichos gastos el que dé motivo-

grave para el rompimiento de los esponsales. El párrafo tercero del artículo que tratamos, establece además una indemnización a título de reparación moral cuando se dé una duración prolongada del noviazgo, la intimidad establecida entre los prometidos, la publicidad de las relaciones, la proximidad del matrimonio u otras causas semejantes que lógicamente deben ser valoradas por el juez en cada caso. La reparación del daño moral deberá siempre valorarse en dinero y la sentencia tendrá que marcar la cantidad que el juez considere conveniente para la reparación de dicho daño moral.

Como se observa, la promesa de matrimonio no surte más efectos que la posibilidad de pagar daños y perjuicios y esa reparación del daño moral para el caso de su incumplimiento. No es posible que surta mayores efectos el rompimiento de los esponsales y además es imposible por su propia naturaleza, que la promesa de matrimonio obligara a contraer el matrimonio ya que si se diera tal efecto jurídico, la promesa de matrimonio estaría realmente sustituyendo al matrimonio pues ya sería un real y verdadero contrato de matrimonio el que estaría contrayendo bajo el nombre de promesa.

Concepto de Matrimonio

Modestino define "Nuptiae sunt coniunctio maris et feminae consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio." Las nupcias son la unión del varón y de la mujer, consorcio de toda la vida, comunión en el derecho divino y humano.²²

Justiniano en las Institutas define "Nuptiae autem -
(22) Iglesias Juan, op.cit., p.545.

sive matrimonium est uiri et mulieris coniunctio individuum consuetudinem vitae continens." Nupcias o matrimonio es la unión de varón y de la mujer, que tiene el propósito de vivir en comunidad - insoluble.²³

En estas definiciones observamos dos aspectos importantes en relación con el concepto que tenían del matrimonio los juristas de aquella época. El matrimonio era considerado como la comunión total, o sea todas las cosas divinas y humanas deben ser llevadas en conjunto por marido y mujer. Otro aspecto era el vínculo jurídico del que se valía el matrimonio. Los juristas del derecho romano consideraban que el matrimonio era una institución jurídica.

El matrimonio para formarse necesita del acuerdo de los cónyuges y por tal es considerado como un contrato, ya que ese acuerdo de voluntad produce efectos jurídicos y crea obligaciones, y derechos. El matrimonio no es sólo un contrato, es además una íntima comunidad entre los cónyuges, y es también una institución natural con fines propios que no quedan a la voluntad de los contrayentes sino que aceptado el matrimonio se imponen a los mismos contrayentes.

Al hablar del matrimonio como una institución natural, o sea como una institución requerida por la propia naturaleza del hombre, observamos que sus características no están a la voluntad de los interesados y que no pueden ser modificadas por los propios contrayentes, ya que éstos no pueden modificar su propia naturaleza. De la naturaleza espiritual y material del hombre, existen una serie de caracteres fundamentales en la institución matrimonial que por derivar de la naturaleza humana han estado presentes siempre en todos los tiempos de la historia y en todos

(23) Otonlán M., Instituciones de Justiniano, p.330, Editorial Bibliográfica, 5a. Edición, Argentina, Buenos Aires, 1960.

los pueblos de la tierra como ideal a alcanzar, o como la mejor forma de alcanzar los fines matrimoniales aunque de hecho en algunas épocas históricas las leyes positivas no hayan respetado esas características de la institución natural, ya que el hombre siendo libre tiene también la posibilidad de ir contra sí mismo, haciendo cosas que lo perjudiquen y que desorganicen la sociedad en que vive.

Las características y fines de la institución matrimonial se derivan fundamentalmente de dos aspectos importantes de la naturaleza humana. La sexualidad y la sociabilidad de las cuales -- hablaremos a continuación.

De la Sexualidad. - La naturaleza humana se presenta siempre y se concreta en hombres y en mujeres. La misma naturaleza -- humana exige la existencia de dos sexos. La finalidad propia y -- natural del sexo será la reproducción de la especie humana. El -- producto natural de la unión sexual es un hijo que tiene naturaleza humana propia y por tanto adquiere derechos desde el momento de su concepción. Uno de esos derechos que adquiere es el de recibir una adecuada formación y educación necesaria para su normal desarrollo como persona, en virtud de su naturaleza espiritual, y el lugar mas adecuado para recibir esa formación a la que tiene derecho el hijo es un hogar formado por padre y madre establemente unidos.

La sexualidad como característica de la naturaleza humana no es exclusivamente el instinto sexual sino que debe entenderse como la complementariedad psicológica y de aptitudes necesaria para que exista la Humanidad. La Humanidad necesita de la sexualidad para reproducirse, para seguir existiendo en la historia, ya que sin sexualidad la Humanidad se extinguiría.

Tanto el varón como la mujer necesitan para su completa y total realización física y psíquica del otro sexo, por eso el hombre se complementa en la mujer y ésta se complementa en él. El sexo conlleva diferencias de aptitudes, diferencias de psicología, diferentes modos de ver la vida y de afrontar los problemas que la existencia presenta. La diferenciación de sexos no es sólo orgánica sino principalmente psicológica y afectiva.

El matrimonio se presenta como la forma más apta de desarrollar y enfocar correctamente la sexualidad de cada ser humano.

De la Sociabilidad. - El hombre necesita forzosamente abrirse hacia otras personas, no puede lograr nunca su perfección espiritual sin la concurrencia de otras personas o individuos. La sociedad existe por exigencia de la naturaleza espiritual del hombre. El hombre es materia y espíritu, necesita desarrollarse físicamente, aprender y educarse y necesita de otros individuos de la especie humana con los cuales pueda entenderse y de los cuales pueda recibir física y espiritualmente todo aquello de lo que carece cuando viene a este mundo. La sexualidad se complementa con la sociabilidad. El matrimonio satisface en gran parte la necesidad que al hombre plantea su sociabilidad y su sexualidad pues establece una comunidad de vida no sólo con su cónyuge sino con los hijos. En el matrimonio se da la complementariedad de ambos sexos. El matrimonio como institución natural es aquel formado por la naturaleza humana para que la humanidad subsista y de esta forma conservar la especie.

El matrimonio necesita del consentimiento libre de los

contrayentes para existir. La finalidad mas importante del matrimonio es la procreación de los hijos y como consecuencia y exigencia de la naturaleza humana la educación de los mismos.

La poligamia al permitir matrimonios sucesivos de un hombre con varias mujeres, afecta los fines del matrimonio. La procreación biológica no se perjudicaría pues el hombre por su propia naturaleza podría procrear muchos, muchos más hijos teniendo varias mujeres, pero la educación de los hijos se vería trastornada. En la poliandria o sea, varios hombres casados con una mujer, no sólo se trastornan los fines del matrimonio sino que la paternidad se vuelve incierta por la misma naturaleza humana con lo cual se estarían pervirtiendo todos los fines del matrimonio. La única manera eficaz que tienen los hombres para lograr los fines del matrimonio es un matrimonio en el cual se respete la unidad, o sea un solo hombre casado con una sola mujer.

Para que exista el matrimonio se necesita en primer lugar un hombre y una mujer, o sea unos sujetos. Todos los hombres tienen derecho a contraer matrimonio y son capaces de contraerlo desde el punto de vista natural desde que han pasado la pubertad y tienen discernimiento suficiente para contraerlo. El derecho positivo, alarga mas allá de la pubertad la edad necesaria para contraer matrimonio para lograr hasta donde sea posible una mayor madurez de juicio ante un acto tan importante y asegurar en los contrayentes el discernimiento suficiente. Los contrayentes deben de estar libres de impedimentos para que el matrimonio sea válido. Además de los sujetos se necesita para que exista el matrimonio el consentimiento de los cónyuges. El matrimonio sólo puede ser formado por el libre consentimiento de los cónyuges y no necesita de ningún otro requisito para que exista el matrimo-

nio desde el punto de vista natural. Las voluntades de los contrayentes que forman el consentimiento matrimonial deben de estar -- exentas de vicios. Los vicios del consentimiento matrimonial pueden ser error y violencia o miedo grave, ya que el dolo para efecto del consentimiento se asimila al error que produce.

Los sujetos deben ser capaces de expresar su voluntad en orden a formar el pacto conyugal. Los infantes que no han llegado al uso de razón y los locos que no tienen discernimiento de sus actos, no pueden celebrar válidamente el matrimonio. Para -- contraer éste se necesita en primer término capacidad o sea la -- posibilidad de que el sujeto se dé cuenta de lo que está haciendo, y lo quiera aunque no conozca todas sus consecuencias. Todo -- individuo que se percate de sus actos y conozca las consecuencias que de ellos pueden derivarse es capaz conforme al derecho para -- obligarse.

Para contraer matrimonio es necesario hacerlo con una -- persona determinada. No puede ser válido el matrimonio que se -- contraiga sin la especificación personal del otro cónyuge. No -- hay ninguna objeción para que el matrimonio se contraiga por poder, o sea dando un mandato a otra persona para que contraiga el matrimonio por el poderante, señalando en dicho poder la persona y características o circunstancias necesarias para identificarla.

El efecto del matrimonio legítimamente contraído es el -- vínculo que se forma entre los cónyuges cuyo contenido son derechos y deberes para ambos. Esos derechos y deberes que nacen del matrimonio son iguales para ambos esposos y son recíprocos.

Para ahondar más en los efectos, requisitos, elementos e impedimentos del matrimonio pasaremos al siguiente inciso de este mismo capítulo en el que trataremos el matrimonio de la le -- gislación Civil Mexicana.

III.2 EL MATRIMONIO EN LA LEGISLACION CIVIL MEXICANA

El matrimonio en la Legislación Civil Mexicana ha sufrido un cambio esencial desde el primer Código Civil hasta el de la Legislación vigente. El Código Civil expedido en 1870 que fue el primero que rigió en México Independiente y por tanto sustituyó a la antigua Legislación Española, reconocía el matrimonio como único e indisoluble. Admitía la separación de los cónyuges -- por causas establecidas en la misma legislación pero esa separación no rompía el vínculo matrimonial y por tanto ninguno de los cónyuges podía contraer nuevo matrimonio. En el mismo sentido se pronunció el Código Civil de 1884. "Esta legislación respetó lo -- señalado en la fracción novena del artículo 23 de las adiciones a la Constitución Federal promulgadas el 14 de diciembre de 1874, -- las cuales declararon expresamente que el matrimonio no se disuelve mas que por la muerte de alguno de los cónyuges, pero las leyes pueden admitir la separación temporal por causas graves que -- se determinarán por el legislador sin que por la separación que -- de hábil ninguno de los consortes para unirse con otra persona."²⁴

El matrimonio en la Legislación Civil actual es distinto del que existió en los Códigos Civiles de 1870 y 1884 ya -- que en aquéllos nunca se admitió la disolución del vínculo por -- ningún tipo de divorcio.

En los últimos años además la Legislación Civil Mexicana ha sufrido una serie de modificaciones relativas al derecho de familia que tienen incidencia directa sobre las obligaciones -- y los derechos que nacen del matrimonio.

1) ELEMENTOS DEL MATRIMONIO

(24) Pacheco Alberto, op.cit., p.90.

Decíamos anteriormente que los elementos del matrimonio son unos sujetos capaces que expresen su voluntad libre para -- unirse en matrimonio y ese consentimiento debe ser expresado en una forma específica. De acuerdo a la Legislación Civil Mexicana hablaremos en primer lugar de los sujetos.

a) De los Sujetos.- Aún cuando la mayoría de edad en la Legislación Civil Mexicana es a los dieciocho años, el artículo 145 del Código Civil autoriza al hombre que ha cumplido 16 años y a la mujer que ha cumplido 14 para contraer matrimonio, aún -- los menores de estas edades por causas graves y justificadas -- pueden obtener dispensa del Jefe del Departamento del Distrito-Federal o de los Delegados para contraer válidamente matrimonio. Cuando los que pretenden contraer matrimonio no han llegado a la mayoría de edad, o sea, son menores de 18 años se necesita el -- consentimiento paterno.

Existen en las legislaciones civiles varios sistemas en relación con el consentimiento paterno necesario para contraer matrimonio. Algunas legislaciones lo consideran como obligatorio siempre, cualquiera que sea la edad de los contrayentes y su falta nulifica el matrimonio de tal manera que no sería válido el -- que se contrajera en contra del consentimiento de los padres --- de ambos contrayentes. Este sistema que fue aceptado por legis-- laciones civiles antiguas, en la actualidad prácticamente han -- caído en desuso.

Existen también otras legislaciones en las cuales el --- consentimiento paterno no es obligatorio siempre, pero su falta no nulifica el matrimonio sino sólo otorga una acción de nulidad al padre cuyo consentimiento no fue requerido. En el Código del- 28 que sigue este criterio el consentimiento paterno sólo es --- obligatorio para los menores de edad según lo establece el ar---

título 149. La falta de ese consentimiento paterno nulifica el matrimonio, pero dicha nulidad sólo puede alegarse por aquel o aquéllos a quienes tocaba prestar dicho consentimiento y dentro de los 30 días contados desde que tenga conocimiento del matrimonio según lo establece el artículo 238 del propio Código. Esta es una nulidad convalidable por el consentimiento posterior de los padres y si éstos no consienten, no obstante la celebración del matrimonio pueden pedir la nulidad del mismo. El consentimiento de los padres puede ser dado también tácitamente cuando hacen alguna donación a los hijos en consideración al matrimonio o recibiendo a los consortes a vivir en su casa, o presentando a los hijos como legítimos al Registro Civil u otros actos que a juicio del juez sean tan conducentes al efecto como los expresados. (Art. 239 Fracc. II).

El Código señala que el consentimiento deben de darlo los 2 padres de los menores. Observamos que la legislación no señala el caso de divergencia entre los padres pero interpretando el artículo 149 es necesario que ambos consientan. El solo consentimiento de uno de los padres con la disconformidad del otro, conservaría para éste la acción de nulidad en contra del matrimonio celebrado contra su voluntad. A falta o por imposibilidad de los padres, el consentimiento deben darlo los abuelos paternos y a falta o imposibilidad de éstos, los abuelos maternos. Si no existen padres ni abuelos el consentimiento debe darse por los tutores y a falta de éstos puede autorizar el matrimonio el Juez de lo Familiar.

Para que el matrimonio sea válido además de los sujetos-- deben de estar libres de impedimentos. Los impedimentos son circunstancias que por ley obstaculizan a contraer válida y lícitamente el matrimonio. Los impedimentos son excepciones a la capa-

cidad universal de contraer matrimonio y deben por tanto siempre interpretarse restrictivamente. Pasaremos a mencionar los impedimentos que establece el Código Civil.

1.) Impedimento de parentesco.- La fracción III del artículo 156 extiende este impedimento a los parientes consanguíneos sin limitación de grado en línea recta ascendente o descendente, y en línea colateral igual el impedimento se extiende a los hermanos y medios hermanos, en línea colateral desigual el impedimento se extiende solamente a los tíos y sobrinos siempre que estén en el tercer grado y no hayan obtenido dispensa, o sea que los primos hermanos no quedan comprendidos dentro de este impedimento.

El criterio seguido por nuestros legisladores fue en su tiempo avanzado ya que la mayoría de las legislaciones de entonces consideraban dentro del impedimento de consanguinidad a los parientes colaterales en cuarto grado o sea a los primos hermanos y consideraban además el impedimento de consanguinidad en tercer grado o sea entre tíos y sobrinos como un impedimento que no podía dispensarse. En 1928 cuando se redactó el Código actual se concedió la posibilidad de dispensa al parentesco consanguíneo del tercer grado y no incluyendo a los parientes consanguíneos del cuarto grado colateral dentro del impedimento. El impedimento entre tío y sobrina no es un impedimento de derecho natural y aunque no es deseable este tipo de matrimonios, no hay por que impedirlos en absoluto, restringiéndose mediante la necesidad de solicitar dispensa, pero autorizándolos si los interesados insisten en ello.

Si hablamos del impedimento de consanguinidad en línea recta ascendente o descendente y en el segundo grado colateral (hermanos) sí podríamos considerar a estos matrimonios contra la naturaleza y por ésto el legislador los ha prohibido y cerrado

la posibilidad de la dispensa. También existe el impedimento en línea ascendente o descendente en segundo grado (abuelo con nieta) y no se otorga dispensa en ningún grado de parentesco en línea recta. Este parentesco de consanguinidad comprende a los parientes legítimos y naturales y por tanto a los medios hermanos.- El parentesco de afinidad en línea recta también es impedimento.- La fracción IV del artículo 156 se refiere a este impedimento y sólo se extiende al parentesco de afinidad en línea recta y no a la colateral (cuñados). El artículo 157 establece un impedimento matrimonial como consecuencia del parentesco civil o sea entre el adoptado y adoptante. El matrimonio contraído existiendo un impedimento de parentesco consanguíneo en cualquier grado, produce la nulidad del matrimonio.

2.) Impedimento por Adulterio y por Atentado.- El Código Civil considera otras dos situaciones que pueden constituir impedimento matrimonial siendo el adulterio y el atentado contra la vida de alguno de los cónyuges para contraer matrimonio con el que -- quede libre. (artículo 156 Fraccs. V y VI).

En el primer caso se extiende a las personas adúlteras - que pretendan contraer matrimonio con posteridad a la disolución del primer vínculo. Para que exista este impedimento se necesita que el adulterio haya sido judicialmente comprobado. Este impedimento puede aducirse como causa de nulidad por el cónyuge ofendido o por el Ministerio Público, de acuerdo con el artículo 243.

El impedimento por atentado de homicidio se extiende única y exclusivamente al que atentó contra la vida del cónyuge y -- lógicamente sólo opera si el homicidio se llevó a cabo o si el -- matrimonio terminó por divorcio después del atentado. No se extiende por tanto al caso de los autoviudos o autoviudas que hu--

bieren cometido homicidio contra su cónyuge. En este impedimento los hijos de la víctima, sí pueden deducir la acción de nulidad correspondiente. (Artículo 244)

3.) Impedimento de Enfermedad.- Dentro de este inciso observamos que son diversos los impedimentos. Nuestro Código menciona la importancia de la impotencia incurable para la cópula . Es importante señalar que el impedimento matrimonial es la impotencia para realizar el acto matrimonial, no la esterilidad. La impotencia es un impedimento matrimonial en razón de que el impotente no puede lograr ninguno de los fines del matrimonio. El artículo 156 en sus fracciones VIII y IX extiende este impedimento matrimonial a la embriaguez habitual, la morfinomanía, la eteromanía, el uso indebido y persistente de drogas enervantes, la sífilis, la locura y las enfermedades crónicas incurables que sean además contagiosas o hereditarias.

4.) Impedimento de Vínculo Previo.- No puede contraer matrimonio el que esté casado. En esto consiste el impedimento de vínculo previo que se contiene en la Fracción X del artículo 156. Con este impedimento se salvaguarda la monogamia del matrimonio en la Legislación Civil Mexicana. Si existe el vínculo de un matrimonio anterior al celebrarse el segundo matrimonio, éste es nulo aún cuando se contraiga de buena fe, nulidad que no es convalidable por el consentimiento tácito o expreso de los cónyuges, ni por la prescripción. En la Legislación Mexicana el matrimonio anterior puede disolverse por muerte del cónyuge o por divorcio. El matrimonio contraído con este impedimento es nulo y no puede convalidarse por la muerte o divorcio posterior ya que este impedimento es de derecho natural, necesario para defender la uni-

dad del matrimonio.

5.) Impedimento de Presunción contraria a la Libertad.- Es el -- caso del rapto que menciona la fracción VII del artículo 156. El impedimento sólo existe entre el raptor y la raptada, mientras - ésta no sea restituida a un lugar seguro donde libremente pueda manifestar su voluntad.

b) Del Consentimiento.- Consideramos a este elemento como muy importante ya que nadie puede resultar casado contra su voluntad. Es necesario la libre voluntad de los sujetos para que - el vínculo matrimonial se forme, este consentimiento no puede -- ser substituído por nadie ni por nada. Sólo la libertad individual es la que permite contraer el vínculo matrimonial. El consentimiento matrimonial debe versar sobre la persona del otro -- contrayente y sobre la materia del matrimonio; o sea que los -- cónyuges tienen que estar de acuerdo en casarse con una persona determinada y estar conformes en tratar de lograr conjuntamente los fines matrimoniales. El consentimiento normalmente se expresa entre presentes, sin embargo no hay ninguna objeción para que pueda constituirse un mandatario y realizarse el matrimonio por medio de ese mandatario. El artículo 44 del Código Civil requiere que el poder en estos casos, se otorgue en escritura pública o al menos en escrito privado firmado por el otorgante y - dos testigos y ratificadas las firmas ante Notario Público, Juez de lo familiar, Menor o de Paz.

Nadie puede contraer matrimonio con el mismo cónyuge con el cual ya contrajo, o sea que nadie puede casarse dos veces con la misma persona sin que se haya disuelto el vínculo anterior. La voluntad de los contrayentes para ser eficaz jurídicamente y ---

formar el vínculo matrimonial, debe estar exenta de vicios como lo son el error, el dolo y la violencia.

Hablaremos a continuación sobre los vicios del error y la violencia ya que el dolo para los efectos del consentimiento matrimonial, no tiene relevancia en sí mismo. Las maquinaciones con las cuales se indujo a otro a caer en un error, sólo tienen importancia por la culpabilidad del que actuó dolosamente, pero no tiene ninguna relevancia propia sino en virtud del error que producen. Si hubo maquinaciones pero no hubo error en el sujeto, podrá haber responsabilidad del que actuó dolosamente, pero el vínculo matrimonial no se verá afectado.

"El Error (de derecho) o sea el falso conocimiento o -- ignorancia de la norma, podría darse en el matrimonio cuando alguno de los contrayentes dijera ignorar o de hecho ignorara la -- legislación que rige esta institución. Este tipo de errores no -- tiene ninguna relevancia y por tanto no anula el matrimonio contraído bajo este error"²⁵

El Error (de hecho) en relación con el matrimonio puede presentarse como error en la misma naturaleza del negocio. Este sería el caso del contrayente que ignorara que el matrimonio -- se trata de una sociedad entre hombre y mujer para procrear y -- educar hijos. El error en la persona nulifica el matrimonio ya que el consentimiento matrimonial debe prestarse necesariamente para cumplir los fines del matrimonio con una persona concreta y -- determinada. Si se sufre error por cualquier causa sobre la iden-- tidad de la persona con la cual se está contrayendo, no existe -- posibilidad ninguna de que se forme el vínculo matrimonial. El -- error en las cualidades de la persona no invalida el matrimonio -- ya que no impide la consecución de los fines matrimoniales. El--

(25) De Ibarrola Antonio, op.cit., p.164.

artículo 235 del Código Civil dice que son causas de nulidad de un matrimonio I) "El error acerca de la persona con quien se contrae, cuando entendiendo un cónyuge celebrar matrimonio con persona determinada, lo contrae con otro; II) Que se haya celebrado en contravención a lo dispuesto en los artículos 97, 98, 100, 102 y 103."

Para que el error en la persona invalide el matrimonio es necesario que sea reconocible, o sea que pueda ser demostrado judicialmente ya que la nulidad de un matrimonio necesariamente implica una sentencia judicial.

El siguiente vicio del cual hablaremos es la violencia, distinguiendo en relación con el matrimonio dos tipos de violencia.

En primer lugar la violencia que excluye la voluntad o sea la violencia física de una fuerza insuperable, que hace que se manifiesten los signos exteriores del consentimiento, sin que el sujeto quiera absolutamente nada. Este sería el caso del que contrajera matrimonio bajo el efecto de la hipnosis o de alguna droga que no le permitiera darse cuenta de sus actos.

El segundo tipo de violencia es el caso de las amenazas que producen un miedo grave. El matrimonio contraído bajo el efecto de ese miedo grave resulta nulo, pues el consentimiento matrimonial debe prestarse libremente. Nuestro Código en el artículo 245 admite como causas de nulidad del matrimonio las amenazas que se hagan no sólo a uno de los contrayentes sino a la persona o personas que le tienen bajo su potestad o tutela al celebrarse el matrimonio, y además las amenazas no sólo pueden ser sobre la vida del contrayente o de las personas que le tienen bajo su potestad, sino también cuando ponen en peligro la honra, la libertad,

la salud, o una parte considerable de los bienes de dichas personas.

El miedo reverencial por mucho temor que produzca en el sujeto, no invalida el matrimonio. El miedo reverencial es el que se tiene hacia los superiores, padres o en general personas constituidas en autoridad.

c) Forma del Matrimonio.- Para que el matrimonio sea válido se necesita que personas capaces, sin impedimentos entre sí, expresan libremente su consentimiento de contraer matrimonio y ese consentimiento debe ser expresado.

Según el artículo 146 "El matrimonio debe celebrarse ante los funcionarios que establece la ley, y con las formalidades que ella exige." El artículo 97 y siguientes indican cuáles son dichas formalidades. Según esas disposiciones legales el matrimonio debe de celebrarse ante el Juez del Registro Civil y previamente las personas que pretendan contraer matrimonio deberán presentar una solicitud ante dicho funcionario, en el cual expresen sus nombres y apellidos, que no tienen impedimento legal para casarse y que es su voluntad unirse en matrimonio. (artículo 97). A este escrito inicial, deben acompañarse todos los documentos que menciona el artículo 98 del propio Código. La declaración de los testigos es con el objeto de identificar a los pretendientes y asegurarse de que no tienen impedimento legal para casarse. La fracción IV solicita que se acompañe el certificado médico para demostrar que los pretendientes no padecen las enfermedades que según la fracción VIII del artículo 150 constituyen impedimento matrimonial. En la fracción V del artículo 98 los pretendientes deben de presentar el convenio que celebran en relación-

con sus bienes personales actuales y los que puedan adquirir durante el matrimonio, o sea las capitulaciones matrimoniales. El Juez del Registro Civil tiene obligación de cerciorarse de la --veracidad de los datos de la solicitud de matrimonio, y de la --autenticidad de los documentos presentados con ésta. El mismo --Juez señalará el día y la hora en que se celebrará el matrimonio el cual debe tener lugar dentro de los ocho días siguientes a la presentación de la solicitud. La celebración del matrimonio de--berá hacerse ante el Juez del Registro Civil y los testigos que--deberán ser dos por cada uno de los contrayentes. Posteriormente preguntará a cada uno de los contrayentes si es su voluntad unir--se en matrimonio y ante la respuesta afirmativa los declarará --unidos en nombre de la Ley y de la Sociedad. (Artículo 102). In--mediatamente después de la celebración del matrimonio se levanta--rá el acta correspondiente y sólo se firma por los contrayen--tes, testigos y Juez del Registro Civil.

Según la fracción III del artículo 235 del Código Civil puede resultar nulo un matrimonio cuando no se observe todo lo --relativo a la forma del mismo. Es necesario para la validez del matrimonio las firmas de los contrayentes y la del Juez del Re--gistro Civil, pudiendo faltar todo lo demás.

II) DERECHOS Y DEBERES QUE NACEN DEL MATRIMONIO

Los derechos-deberes que nacen del matrimonio son:

- 1.- Deber de cohabitación, que a su vez podemos subdividir en el derecho sobre el cuerpo del otro cónyuge para realizar los --actos de suyo propios para engendrar y la obligación de vi--vir en el mismo domicilio.

2.- Deber de Fidelidad

3.- Deber de Asistencia

Estos derechos y deberes nacen de los fines del matrimonio, están íntimamente ligados con ellos y se derivan de la naturaleza misma de la institución matrimonial.

Pasaremos ahora a hablar del deber de cohabitación mencionando en primer término el derecho recíproco sobre los cuerpos en orden a los actos de suyo propios para engendrar. Este derecho está en la base misma del matrimonio. La finalidad primaria natural del matrimonio es engendrar y educar a la prole, ésta sólo se engendra en forma natural, mediante la unión sexual del hombre y la mujer, y por tanto, si el matrimonio es un vínculo tendiente a conseguir los fines matrimoniales, debe existir este derecho -- recíproco de tal manera que sea el que distinga y caracterice -- la unión matrimonial.

Contrastando la figura del matrimonio con la del concubinato, observamos que éste puede tener finalidades similares a las del matrimonio, realizar actos análogos a los de los cónyuges y de hecho tener el deseo de permanecer en su concubinato y hasta de ser fieles a su unión, sin embargo nada de esto constituye matrimonio pues le está faltando a esa unión el deseo de vincularse jurídicamente o sea el deseo de obligarse en relación con la pareja. No habiendo vínculo jurídico sólo estamos en presencia de un concubinato, y así lo reconocen los artículos 302 y 1635 del Código Civil, que sólo dan efectos al concubinato en materia de alimentos y herencia cuando los concubinos hayan permanecido libres de matrimonio durante el concubinato con lo que la ley marca una diferencia entre la situación de hecho meramente negativa del concubinato en que las partes no han querido vincularse y la si-

tuación jurídica que quiere de un acto positivo de la voluntad de los interesados, en orden a vincularse mutuamente en forma matrimonial.

El derecho recíproco para engendrar es un derecho sobre el cuerpo del otro cónyuge, es un derecho recíproco y bilateral. Ambos son deudores y ambos son acreedores y por tanto cualquiera de ellos durante el matrimonio tiene derecho sobre el otro cónyuge. Es un derecho además que sólo puede ejercerse en orden a los actos de suyo aptos para engendrar y educar a los hijos, aunque de hecho no se engendre. Aún cuando nuestra legislación civil no menciona expresamente este derecho, podemos deducir que el legislador en el texto original de 1928 respetó la estructura básica del matrimonio en este aspecto. El artículo 162 en su primera parte, antes de la adición que le fue hecha en el año de 1972 establecía que "Los cónyuges están obligados a contribuir - cada uno por su parte a los fines del matrimonio y a socorrerse mutuamente".²⁶ Aún cuando el Código no indica cuáles son los fines del matrimonio, por la naturaleza del mismo concluimos que éstos tienen que ser engendrar y educar a los hijos entre otros, o como decía el Código del 84, "Perpetuar la especie y ayudarse a llevar el peso de la vida." (artículo 155).

La Legislación Civil y Penal Mexicana siempre han sancionado el delito del adulterio (art. 267 Frac. I del Código Civil, arts. 273 a 376 del Código Penal). Esto indica que nuestras leyes reconocen la existencia del derecho recíproco. El hecho de imponer sanciones civiles y penales al adulterio, está indicando la existencia del derecho recíproco. La única razón por la cual se sanciona el adulterio es porque el adúltero está violando el derecho que tiene sobre su propio cuerpo su cónyuge. Una reforma hecha en el año de 1972 en el Artículo 162 del Código --

(26) Pacheco Alberto, op.cit., p.104.

Civil indica que toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos. Por lo que toca al matrimonio este derecho será ejercido de común acuerdo por los cónyuges.

Dentro del deber de cohabitación, en segundo término tenemos el deber de vivir bajo el mismo techo. Los cónyuges tienen que vivir en el mismo domicilio según lo indica el artículo 163 del Código Civil. Dicho artículo señala que los cónyuges vivirán juntos en el domicilio conyugal. Antiguamente el domicilio conyugal era señalado por el marido como una consecuencia de la obligación que éste tenía de mantener a la familia y de obtener los bienes necesarios para el desarrollo de la misma. Al suprimirse dicha obligación del marido, se suprimió también el derecho que éste ahora deberá señalarse de común acuerdo según lo señala la reciente reforma del artículo 163. Los cónyuges deben vivir en el mismo domicilio y si alguno no lo hace, el que ha permanecido en el domicilio tendrá acción para exigir de su otro cónyuge el regreso al domicilio conyugal. No es necesario que el abandono del hogar conyugal desemboque necesariamente en un juicio de divorcio estableciendo el artículo 163 la obligación de los cónyuges de vivir juntos, otorga una acción procesal al abandonado para exigir de su otro cónyuge el regreso. Con la adición de la fracción XVIII al artículo 267 en las reformas de 1984 el problema de la fijación del domicilio conyugal tiene nuevos aspectos que analizaremos al tratar el divorcio.

En el deber de fidelidad observamos que este derecho de ser, similar en alguna forma al derecho recíproco para engendrar, comprende la obligación de abstenerse de relaciones carnales ex-

tuación jurídica que quiere de un acto positivo de la voluntad de los interesados, en orden a vincularse mutuamente en forma matrimonial.

El derecho recíproco para engendrar es un derecho sobre el cuerpo del otro cónyuge, es un derecho recíproco y bilateral. Ambos son deudores y ambos son acreedores y por tanto cualquiera de ellos durante el matrimonio tiene derecho sobre el otro cónyuge. Es un derecho además que sólo puede ejercerse en orden a los actos de suyo aptos para engendrar y educar a los hijos, aunque de hecho no se engendre. Aún cuando nuestra legislación civil no menciona expresamente este derecho, podemos deducir que el legislador en el texto original de 1928 respetó la estructura básica del matrimonio en este aspecto. El artículo 162 en su primera parte, antes de la adición que le fue hecha en el año de 1972 establecía que "Los cónyuges están obligados a contribuir cada uno por su parte a los fines del matrimonio y a socorrerse mutuamente".²⁶ Aún cuando el Código no indica cuáles son los fines del matrimonio, por la naturaleza del mismo concluimos que éstos tienen que ser engendrar y educar a los hijos entre otros, o como decía el Código del 84, "Perpetuar la especie y ayudarse a llevar el peso de la vida." (artículo 155).

La Legislación Civil y Penal Mexicana siempre han sancionado el delito del adulterio (art. 267 Frac. I del Código Civil, arts. 273 a 376 del Código Penal). Esto indica que nuestras leyes reconocen la existencia del derecho recíproco. El hecho de imponer sanciones civiles y penales al adulterio, está indicando la existencia del derecho recíproco. La única razón por la cual se sanciona el adulterio es porque el adúltero está violando el derecho que tiene sobre su propio cuerpo su cónyuge. Una reforma hecha en el año de 1972 en el Artículo 162 del Código --

(26) Pacheco Alberto, op.cit., p.104.

Civil indica que toda persona tiene derecho a decidir de manera -- libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos. Por lo que toca al matrimonio este derecho será --- ejercido de común acuerdo por los cónyuges.

Dentro del deber de cohabitación, en segundo término tenemos el deber de vivir bajo el mismo techo. Los cónyuges tienen -- que vivir en el mismo domicilio según lo indica el artículo 163 -- del Código Civil. Dicho artículo señala que los cónyuges vivirán - juntos en el domicilio conyugal. Antiguamente el domicilio conyugal era señalado por el marido como una consecuencia de la obli- gación que éste tenía de mantener a la familia y de obtener los bienes necesarios para el desarrollo de la misma. Al suprimirse dicha obligación del marido, se suprimió también el derecho que - tenía para el señalamiento del domicilio conyugal, y por tanto -- éste ahora deberá señalarse de común acuerdo según lo señala la - reciente reforma del artículo 163. Los cónyuges deben vivir en el mismo domicilio y si alguno no lo hace, el que ha permanecido en el domicilio tendría acción para exigir de su otro cónyuge el re- greso al domicilio conyugal. No es necesario que el abandono del hogar conyugal desemboque necesariamente en un juicio de divorcio ya que estableciendo el artículo 163 la obligación de los cónyuges de vivir juntos, otorga una acción procesal al abandonado para -- exigir de su otro cónyuge el regreso. Con la adición de la fracción XVIII al artículo 267 en las reformas de 1954 el problema de la - fijación del domicilio conyugal tiene nuevos aspectos que analiza- remos al tratar el divorcio.

En el deber de fidelidad observamos que este derecho de- ber, similar en alguna forma al derecho recíproco para engendrar, - comprende la obligación de abstenerse de relaciones carnales ex-

matrimoniales y se entiende también la obligación de abstenerse de cualquier acto que pueda hacer sospechar o preparar esas relaciones. Se distingue del derecho recíproco en que éste es la obligación de realizar el acto conyugal cuando el otro cónyuge legítimamente lo solicite y en cambio el deber de fidelidad es la obligación de abstenerse de realizar esos actos con cualquier otro que no sea el cónyuge. El hecho mismo de que el matrimonio en el derecho civil mexicano sea monogámico, según indirectamente lo establece la fracción X del artículo 156, mediante el impedimento de vínculo previo, nos está señalando también que el deber de fidelidad existe entre los cónyuges. El Código Penal como consecuencia establece y sanciona el delito de bigamia.

Observamos que en el deber de asistencia se incluye una ayuda recíproca de tipo espiritual y material. Según el artículo 164 los cónyuges contribuirán económicamente al sostenimiento del hogar, a su alimentación y a la de sus hijos, así como a la educación de éstos en los términos que la ley establece, sin perjuicio de distribuirse la carga en la forma y proporción que acuerden para este efecto según sus posibilidades. Este artículo modificado en 1972 establece la carga económica del matrimonio sobre ambos cónyuges y les permite hacer un pacto para distribuirla en la forma y proporción que señalen en dicho pacto.

No era así la legislación original del Código del 28, la cual gravaba con la obligación de mantener el hogar conyugal al marido obligando por otra parte a la mujer a dirigir el hogar. Una consecuencia de este régimen era que la mujer no podía trabajar fuera del hogar conyugal sino cuando el marido descuidara su obligación de aportar los medios económicos, o con la expresa autorización de éste. Las tendencias feministas y de liberación de la -

mujer, llevaron a la modificación de nuestra legislación. Ahora ambos cónyuges pueden trabajar fuera del hogar conyugal sin que la mujer necesite ningún tipo de autorización por parte de su marido. Esto lleva a la consecuencia nada favorable para la mujer de que ésta puede trabajar fuera del hogar, y debe también contribuir a los gastos del hogar. Los cónyuges tienen también una obligación recíproca de proporcionarse alimentos de conformidad con el artículo 302.

Definitivamente el tema del matrimonio es mucho más amplio sin embargo aquí lo tratamos como fundamento para después tratarlo que al divorcio se refiere. A continuación hablaremos de la Legislación Matrimonial de Augusto la cual constituye una base importante para el presente estudio.

III.3 LEGISLACION MATRIMONIAL DE AUGUSTO

"Con el fin de acrecentar la población y poner fin a la corrupción de costumbres que se adueña de la sociedad romana en los comienzos de la época imperial, Augusto dicta la *lex Iulia de maritandis ordinibus* del año 18 A.deC., y la *lex Papia Poppaea* del 9 de C^a 27.

Aparte de las prohibiciones o impedimentos matrimoniales prescritos al objeto de evitar la mezcla de la alta clase social con personas indeseables o de baja condición, se establece que los hombres mayores de veinticinco años y menores de sesenta y las mujeres comprendidas entre los veinte y los cincuenta tienen la obligación de contraer matrimonio, sin que el divor-

(27) Iglesias Juan, *op.cit.*, p.555.

cio o la viudedad sean razones suficientes para eludir la ley.-- Disuelto el matrimonio por divorcio toca al hombre casarse inmediatamente; a la mujer según sea divorciada o viuda se le conceden respectivamente plazos de dieciocho meses y de dos años, *lex Papia Poppaea*.

La *lex Papia Poppaea* tiende además a que el matrimonio sea fecundo dentro de las edades antes señaladas. En favor de quienes cumplen con esas prescripciones se otorgan beneficios de varios tipos. Queda libre de la tutela la mujer que goza del *ius liberorum*, es decir, la ingenua con tres hijos y la liberta con cuatro, se exime de los munera a quien tiene tres hijos en Roma, o cuatro en Italia, o cinco en las provincias, se puede ocupar un cargo público antes de la edad prescrita para el desempeño del mismo, descontándose un número de años igual al de los hijos. En cambio los que permanecen solteros y los casados sin hijos son sancionados con la *incapacitas sucesoria* - los primeros en absoluto, los segundos en media parte, respecto de personas a quienes no estén unidos por parentesco dentro del sexto grado. Los bienes que no pueden adquirirse a causa de *incapacitas* se llaman *caduca*, y pasan a los herederos y legatarios que sean partes o en defecto de éstos al *aerarium* - al fisco desde Caracalla.

El sistema de penas implantado por las leyes augusteas queda sin efecto con Constantino y sus sucesores.

III. 4 CLASES, CONSTITUCION Y RESTITUCION DE LA DOTE

En el Derecho Clásico se entiende por dote el conjunto de bienes que el marido recibe de la mujer o de otra persona - en su nombre, para ayudarle a soportar las cargas del matrimonio.

El uso de la dote es muy antiguo. En el matrimonio la mujer se -- hacía asociada al marido, participaba de su rango en la sociedad -- y por tanto era justo que contribuyera a los gastos de la casa. -- La manutención de los hijos y la educación no podían quedar a -- cargo del marido, y por tanto la fortuna de la madre debía como -- la del padre darles los medios de existencia. Estos resultados -- eran obtenidos cuando la mujer siendo sui juris, tenía un patri -- monio propio, la manus acompañaba al matrimonio. Todos los bienes de la mujer pertenecían al marido y formaban una dote. Era dife -- rente cuando la mujer siendo alieni juris no tenía fortuna perso -- nal o cuando sui juris no caía bajo la manus del marido. Los bie -- nes dotales eran adquiridos por el marido de una manera definiti -- va y a su muerte aumentaban para los hijos la sucesión paterna. -- La mujer sui juris conservaba, fuera de la manus, la propiedad de sus bienes no comprendidos en la dote. Este régimen matrimonial -- sustituyó completamente bajo el Imperio a la manus que acabó por -- caer en desuso.

"Hacia mediados del siglo VI de Roma, el cambio de las cos -- tumbres trajo modificaciones en los principios de la dote. El di -- vorcio se fue haciendo mas frecuente y por ésto se trató de asegu -- rar la existencia de la mujer repudiada, cuya dote quedaba en ma -- nos del marido".²⁸ Para ésto se hizo unir a la constitución de -- dote una estipulación por la que el marido se comprometía en caso de divorcio a restituir a la mujer una cantidad determinada que -- representara la totalidad o una parte de la dote. En ausencia de -- toda estipulación la mujer repudiada tuvo otro medio de recobrar -- su dote. Esta acción era llamada rei uxoriae. "Esta acción tuvo -- primero un carácter penal y fue destinada a castigar una repudia -- ción injusta por parte del marido, pues ella es a menudo califi -- cada de acción injusti repudii".²⁹ La pena podía ser inferior pe --

(28) Petit Eugène, op.cit., p. 440.

(29) Ibíd., p. 441.

no superior al total de la dote. Bajo la influencia de las -- costumbres, la acción rei uxoriae se extendió en caso de disolu- ción del matrimonio por muerte del marido. Desde entonces, no -- podía ya descansar sobre la idea de delito. Se la consideró como sancionando una obligación nacida quasi ex contractu, y se convir- tió en una verdadera acción de restitución. Este carácter se --- presenta al final del siglo VII.

Además del principio de la restitución de la dote, había- que garantizarla contra las disposiciones del marido. Al principio del Imperio lo exigía el interés mismo del Estado. Las costumbres- se habían relajado, el número de los ciudadanos ingenuos dismi- -- nuía. Augusto quiso fomentar los matrimonios legítimos, pero la -- mujer sin dote se casaba difícilmente. La mujer viuda o divorciada debía ser asegurada en la conservación de su dote para que pudiera contraer un segundo matrimonio. "La Ley Julia vino a aportar gra- ves restricciones a los derechos del marido sobre la dote durante- el matrimonio, siendo mas tarde completadas por Justiniano, quien- dió a la mujer nuevas garantías" 30

Bajo el régimen de Augusto la dote ya no fue adquirida -- por el marido de una manera definitiva y perpetua. Su función -- termina cuando el matrimonio es disuelto en vida de la mujer, y - su constitución misma implica la obligación de restituir.

La constitución de la dote se hace por la entrega efecti- va e inmediata de los bienes que la integran o por la obligación- contraída mediante negocio jurídico de entregarlos. La primera - forma, es decir, la de constitución real se llama dotis datio y - se cumple a través de los modos de transmisión. Puede ser consti- tuyente cualquier persona de la cual la recibe el marido o alguien en quien éste delega - delegatio dandi -.

La constitución obligatoria tiene lugar de dos formas. La dictio dotis y promissio dotis. La dictio dotis es la típica y se

(30) Petit Eugéne, op.cit., p. 441.

sustancia en una declaración solemne del constituyente, que sólo puede ser la mujer misma si es sui juris, o el padre, o el abuelo paterno, o un deudor de la mujer, que intervenga por mandato de ésta. La promissio dotis es una promesa de dote en la forma de la stipulatio.

Una constitución de Teodosio II otorgó validez a la convención privada de forma - pollicitatio dotis - .En el derecho -- justiniano se admite también la constitución tácita de dote, que se produce cuando la mujer luego de divorciada vuelve a contraer matrimonio con el antiguo marido sin haber obtenido la restitución de la que fuera conferida a éste con ocasión de las primeras nupcias.

La dote suele constituirse antes del matrimonio, pero --- también es , posible después salvo en el caso de la dictio. En la época clásica tanto la constitución obligatoria, como la real, se entienden supeditadas a la condicio iuris de que subsiga el matrimonio. El derecho justiniano modifica parcialmente este régimen al disponer que en la datio dotis verificada con anterioridad al matrimonio la voluntad del constituyente decide si el marido - adquiere o no inmediatamente la propiedad. Si el constituyente es la mujer, se presume que la datio dotis acarrea la inmediata adquisición.

"Según que el constituyente sea el ascendiente paterno que ejerce la potestad sobre la mujer, o una persona distinta, comprendida la propia mujer se distingue a la dote respectivamente - en profecticia y adventicia." ³¹

La dote jurídicamente considerada, pertenece en propiedad al marido o al que ejerce sobre él, si es filius, la patria potestas. Conferida en propiedad en plena y perpetua disponibilidad al marido o a su paterfamilias, es siempre al primero de éstos a ---

(31) Petit Eugéne, op.cit., p.442.

quien se otorga y con una finalidad que se explica por razón del matrimonio. Existe la obligación legal de restituir la dote cuando llega a disolverse el matrimonio. La dote en cuanto capital, debe ser conservada intacta por el marido, que hace suyo los frutos. Para asegurarse la restitución la Lex Julia de adulteriis, del año 18 A.C. prohibió al marido enajenarse sin el consentimiento de la mujer los fundos itálicos dados en dote, así como los gravase con prenda aún contando con tal consentimiento. Justiniano sanciona definitivamente la norma postclásica que extiende la prohibición a los fundos provinciales y prescribe que la enajenación y la pignoración no están permitidas, incluso si media el consentimiento de la mujer. En ésta última época sigue reconociéndose formalmente la propiedad del marido sobre la dote, sin embargo su condición en la práctica no pasa de ser la de un usufructuario al modo que lo es el padre sobre los bienes de los hijos.

Las cosas dotales suelen ser objeto de valoración en el momento de constituirse la dote. La valoración se hace cuando se trata de fijar de antemano la medida de la responsabilidad del marido en caso de falta de restitución, si el fin que se persigue es que el marido responda con el equivalente en dinero y no con los mismos objetos. En el segundo caso los juristas romanos reconocen una verdadera venta de la dote, considerándose al marido como deudor del precio.

Para la restitución de la dote observamos que disuelto el matrimonio, es obligada la restitución de la dote. Para ésto en la época clásica existían dos acciones; la *actio ex stipulatu*, si media promesa restitutoria del marido en la forma de la *stipulatio*, y la *actio rei uxoriae* si no se ha celebrado ésta.

La *actio ex stipulatu* sólo permite reclamar lo taxativamente convenido, salvo que se haya estipulado la restitución de todo aquello que se deba según la ley. Tal *actio* puede corresponder de modo eventual a los herederos del constituyente. En la época postclásica se reconoce eficacia al simple pacto de restitución concertado entre el marido y el constituyente en el momento de la *datio dotis*, otorgándose al segundo la acción tuteladora de los contratos innominados.

Una obligación legal de restituir, con independencia de cualquier convención, tiene lugar al ser introducida en los comienzos del siglo VII de Roma la *actio rei uxoriae*. Esta acción era de derecho común y sólo era dada a la mujer viuda o divorciada o al padre si el matrimonio se disolvía por muerte de la mujer y la dote es profecticia.

Disuelto el matrimonio por muerte de la mujer, la dote adventicia queda en poder del marido salvo el caso de que haya sido convenida mediante *stipulatio*, la restitución al constituyente. En poder del marido queda también la dote profecticia pero sólo en el caso de que el constituyente haya muerto antes que la mujer.

Si la disolución del matrimonio tiene lugar por muerte del marido, o por divorcio, la dote sin distinción alguna debe ser restituida. Puede pedir la restitución la mujer, si es *sui juris* o su pater con el consentimiento de ella. Muerta la mujer después de divorciada sólo compete la *actio* a sus herederos o a los del pater cuando el marido está incurso en mora.

Cuando el matrimonio se disuelve por muerte de la mujer, el marido tiene derecho a retener $1/5$ por cada hijo; si se disuelve por divorcio y siempre que éste se deba a culpa de la mujer o del padre bajo cuya potestad se encuentra puede retener $1/6$ por cada hijo, sin que nunca exedan de $3/6$ las partes retenidas, cualquiera que sea el número de hijos.

Justiniano introduce notables modificaciones en materia de dote y sobre todo, por lo que respecta a la obligación de -- restituir. La dote debe ser restituida por el marido o sus herederos a la mujer o a sus herederos. Sobre los últimos tiene preferencia el paterfamilias constituyente siempre que se trate de dote profecticia, y sobreviva él a la disolución del matrimonio. El marido sólo puede lucrar la dote cuando se ha concluido un -- pacto especial en el momento de constituirla.

Se declara abolida la *actio rei uxoriae* y se otorga a la *actio ex stipulatu* valor general, por manera de ser ejercitable con independencia a toda convención. La *actio ex stipulatu*, llamada en el Digesto *actio dotis* o de dote, es transformada en --- acción de buena fe. Los inmuebles deben ser restituidos inme-- diatamente, las demás cosas en el término de un año.

III.5 SEGUNDAS NUPCIAS

La Legislación Augustea, conmina con la incapacidad -- sucesoria a quienes no contraen segundas nupcias. La Legislación cristiana por el contrario, considera desfavorablemente el paso a un nuevo matrimonio. A partir de Constantino se dictan normas que implican de una parte una sanción para el *parens binubus*, y de otra una defensa en pro de los hijos del primer matrimonio.

La Novela 22 prescribe las siguientes *poenae secundarum nuptiarum*:

a) los *lucra nuptialia*.- todo aquello adquirido lu-- crativamente del cónyuge premuerto, y tanto la dote y la donación nupcial, cuanto los bienes provenientes de donaciones o de cuales-

quiera disposiciones de última voluntad pasan en propiedad a los hijos del primer matrimonio, reservándose al cónyuge bínubo el simple usufructo.

b) el cónyuge bínubo no puede dejar a la madrastra o al padrastro una cuota superior a la recibida por el menos favorecido entre los hijos del primer matrimonio.

Las enajenaciones de los lucra nuptialia por parte del cónyuge bínubo, son nulas, como nulas se hacen las verificadas con anterioridad al segundo matrimonio.

Con lo expuesto hasta aquí damos por terminado el presente capítulo correspondiente al matrimonio para pasar a hablar --- de la separación como un antecedente del divorcio que mas tarde - analizaremos.

C A P I T U L O C U A R T O

LA S E P A R A C I O N

IV.1 C O N C E P T O

IV.2 R E S E Ñ A H I S T O R I C A

IV.3 S U S C A U S A S R E A L E S

IV.4 S U N A T U R A L E Z A J U R I D I C A

CAPITULO CUARTO

LA SEPARACION

IV.1 CONCEPTO

De manera muy general podemos decir que la separación -- consiste en el hecho consciente de desunirse dos personas, apartarse una de otra, retirarse o desvincularse. En las relaciones -- de familia el término separación ha sido utilizado en dos formas -- diferentes: para señalar un estado legal o para indicar un estado -- de hecho de los esposos que rompiendo la armonía del matrimonio, -- se apartan de la vida común impuesta por el mismo.

La separación legal de dos cónyuges es aquel estado deri-- vado de una sentencia judicial que los ha eximido de la obliga-- ción de llevar una vida común, temporal o definitivamente, según-- sea el caso. En capítulo posterior haremos un estudio de las cla-- ses de separaciones legales que reglamenta nuestro Código Civil.

La separación de hecho es el estado de dos esposos que, -- de común acuerdo toman la decisión de no vivir juntos, sin que -- medie sentencia judicial que así lo determine. Estos estados no-- producen efecto legal alguno, sólo pueden durar en tanto que los-- dos esposos consientan en respetarlas; pero en cualquier momento-- cada uno de ellos tiene el derecho a desconocerlas y a exigir que -- el otro cumpla con sus deberes de esposo, o de negar la pensión -- convenida entre ellos. Todo esto sucede porque los cónyuges no -- tienen facultades para eximirse por su propia decisión, de las -- obligaciones nacidas del matrimonio. En nuestro régimen legal la-- separación de hecho se considera como causa de divorcio. Esta se--

paración de los cónyuges viene en muchos casos a concluir con un hogar. En muchas ocasiones los hijos se ven mezclados directamente en la separación de sus padres, incitados a tomar partido, utilizados como medio de presión o sencillamente educados en un clima de disputas. Los padres en conflicto a veces tratan de ganarse a sus hijos por medio de regalos tratando de comprar su afecto y dejándolos en una situación muy difícil, pues su falta de madurez no les permite ver la magnitud del problema.

IV.2 RESEÑA HISTORICA

Desde la antigüedad la separación se presentó como una consecuencia lógica e inmediata del repudio del marido a su mujer. Por esta razón "Planiol" afirma que la separación no es sino el mismo divorcio antiguo atenuado en sus efectos, ya que el Derecho Canónico prohibió a los esposos desunidos contraer nuevo matrimonio con otras personas.³² Por tanto no es una institución nueva, sino la transformación de una institución anterior; no pudiendo ya casarse cada uno de los consortes en vida del otro, el divorcio vino a reducirse así a una simple separación de habitación.

Observamos que el Derecho Romano permitía fácilmente disolver el matrimonio por coemptio o por usus; pero la disolución del matrimonio religioso era difícilísimo. Para tal ruptura se necesitaba otra ceremonia sagrada, pues sólo la religión podía desunir lo que la religión había unido. El efecto de la confarreatio sólo podía ser destruido por la diffarreatio. Los esposos que querían separarse comparecían por última vez ante el hogar común. Un sacerdote y algunos testigos se encontraban presentes. Se ofrecía a los esposos como el día del casamiento, una torta de flor de harina, pero en vez de compartirla, la rechazaban. Luego-

(32) De Ibarrola Antonio, op.cit., p. 234.

en lugar de oraciones, pronunciaban fórmulas de carácter extraño severo, rencoroso y espantoso entre las que se decía "recibe lo que es tuyo, y trata tus negocios."³³ Esto era una especie de maldición por la que la mujer renunciaba al culto de los dioses de su marido. Desde ese momento el lazo religioso quedaba roto, cesando la comunidad del culto y quedando el matrimonio disuelto.³⁴

El matrimonio en nuestro país hasta poco después de la mitad del siglo XIX, estuvo regulado por la Iglesia Católica como sacramento indisoluble.

La primera disposición estatal que se dictó en relación con la separación de cuerpos, se remonta a la época de Maximiliano. La Ley del Registro Civil de 1865 regulaba los impedimentos para contraer matrimonio y las causales de divorcio, pero sólo se aplicaba a los matrimonios no católicos, pues los que si lo eran quedaban sujetos al derecho canónico. La intervención del Derecho en el estado civil de las personas era muy limitada en ese tiempo.

IV.3 SUS CAUSAS REALES

Tanto el divorcio vincular como la separación legal y de hecho, tienen como consecuencia lógica, natural e inmediata el alejamiento de los esposos, la terminación de la vida común. Ahora bien, ¿Cuáles son las causas reales o sustantivas de toda separación? No obstante que el legislador ha reglamentado con toda amplitud las causales de divorcio, lo cierto es que todas ellas pueden reducirse a una sola: La falta definitiva de voluntad de los esposos de permanecer unidos en matrimonio.

Aunque tal sea la causa inmediata de toda separación -

(33) M^{rs} A., El Digesto, p.155, Editorial Aranzadi, 6a.Edición, Pamplona, 1972.

(34) De Coulanges Fustel. op.cit., p.31.

o divorcio, conviene señalar que los factores determinantes de esa decisión son múltiples y complejos, pero todos ellos participan - de caracteres morales, psicológicos, biológicos sexuales y económicos.

Con frecuencia en la vida matrimonial se presentan minúsculos problemas de esos diversos caracteres, que de no frenarse - oportunamente, con el tiempo y las circunstancias llegan a constituir una gran fuerza negativa a la estabilidad del matrimonio, - que a su vez inclina la voluntad de los consortes a realizar una conducta indebida que nuestro derecho considera causal de divorcio. También suele suceder que circunstancias de los caracteres señalados anteriormente actúen fuertemente sobre los cónyuges a tal - grado que pueden conducirlos a situaciones objetivas e involuntarias que legalmente representan causales de disolución matrimonial, sin embargo el hecho práctico causal no basta, sino que se requiere de un acto de voluntad del cónyuge inocente. Existiendo una causa real de divorcio surgida durante la vida matrimonial, la subsistencia del vínculo jurídico o la extinción del mismo dependerá de la voluntad de los esposos.

IV.4 SU NATURALEZA JURIDICA

Como ya antes dijimos debemos distinguir entre la separación de cuerpos y el divorcio vincular.

Dentro de la separación de cuerpos el vínculo matrimonial perdura quedando subsistentes las obligaciones de fidelidad, de -- suministrar alimentos y la imposibilidad de nuevas nupcias. Sus --- efectos son la separación material de los cónyuges quienes ya no - estarán obligados a vivir juntos y por consiguiente, a hacer vida marital. Este tipo de divorcio fue el único que regularon nuestros

Códigos Civiles de 1870 y de 1884, hasta la Ley de 2 de diciembre de 1914 en que el Primer Jefe del Ejército Constitucionalista --- introdujo el divorcio vincular.

Nuestros Códigos anteriores admitieron el carácter indisoluble del vínculo, pero no en función de un criterio religioso. Por virtud de las Leyes de Reforma se separó la Iglesia del Estado y justamente desde que se legisló sobre el matrimonio en el -- Código de 1870 se le consideró un acto del estado civil de las -- personas. Se le dió en ocasiones el carácter de contrato y todavía nuestra Constitución vigente en su artículo 130 nos dice que el matrimonio es un contrato civil para oponerlo a la idea religiosa del mismo. Es decir, para que desde el punto de vista de un derecho laico, que no debe admitir el criterio de una determinada religión, el matrimonio se presenta simplemente como un acto del estado civil de las personas y no como un sacramento en virtud -- del cual resulte indisoluble el vínculo. Es así como desde el Código de 1870 y después en el de 1884 por consideraciones no religiosas, sino por la idea de que la solidaridad familiar se mantenía a través de la indisolubilidad del matrimonio, se negó el divorcio vincular y sólo se admitió la separación de cuerpos. En el artículo 130 de la Constitución vigente se dice por lo que toca al matrimonio: "El matrimonio es un contrato civil éste y los demás actos del estado civil de las personas son de exclusiva competencia de los funcionarios y autoridades del orden civil en -- los términos prevenidos por las leyes y tendrá la fuerza y validez que las mismas le atribuyen." 35

(35) Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, p.83, Librería Teocalli, Imprenta Fernández, México, 1986.

C A P I T U L O Q U I N T O

DISOLUCION DEL MATRIMONIO

V.1 EL DIVORCIO EN EL DERECHO COMPARADO

V.2 ANALOGIA DEL DIVORCIO EN ROMA

V.3 INFLUENCIA DEL CRISTIANISMO EN ROMA

V.4 DIVORCIO EN EL CRISTIANISMO Y OTRAS RELIGIONES

CAPITULO QUINTO

DISOLUCION DEL MATRIMONIO

La familia se encuentra truncada cuando desaparece el matrimonio sobre el cual se halla fundada, ya sea por muerte, divorcio o cuando los cónyuges cesan en la vida común por separación - de cuerpos o separación de hecho.

El divorcio es la ruptura del vínculo conyugal pronunciada por los tribunales en vida de los esposos, a demanda de uno de ellos o de ambos. El divorcio tal como se concibe en la actualidad viene a concluir con un hogar. En los hijos de divorciados se crea una situación de inseguridad, de falta de confianza que a la larga y dentro de la sociedad puede degenerar en un fenómeno sumamente peligroso.

"Divortium" viene del verbo divertere que significa irse cada quien por su lado.³⁶ La ruptura del matrimonio debe tener lugar mediante la acción de la justicia y por las causas determinadas por la ley.

En cuanto a la Iglesia podemos decir, que ésta conoce la supresión de la comunidad conyugal y la separación de mesa, lecho y habitación. La Iglesia sólo reconoce la disolución del vínculo de un matrimonio cristiano consumado por la muerte.³⁷

A lo largo de la Historia han existido diferentes concepciones del divorcio, entre éstas mencionaremos el divorcio-repudio que es el que está a la exclusiva del marido que tiene de la potestad marital el poder de arrojar lejos de él a su mujer.

El divorcio por voluntad unilateral deja a cada uno de los cónyuges la facultad de recuperar a su antojo su libertad.

El divorcio por consentimiento mutuo permite deshacer me-

(36) Iglesias Juan, op.cit., p. 558.

(37) Ibidem, p. 559.

diante su acuerdo el vínculo que se había formado.

El divorcio remedio limita las causas de divorcio a los -- acontecimientos que tornan imposible o difícil la vida en común, -- pero sin exigir ninguna culpa; la enajenación mental o una enfer-- medad incurable constituyen así causas de divorcio.

El divorcio sanción no toma en cuenta como causas de divor-- cio mas que las culpas graves cometidas por uno de los cónyuges.

Jurídicamente el divorcio significa la ruptura del vínculo matrimonial en vida de uno de los consortes dictada por autoridad- competente. Conforme a nuestro régimen legal la sentencia de di--- vorcio devuelve a los ex-cónyuges su aptitud para contracr nuevo - matrimonio. El divorcio no es en sí mismo el origen de la disolu-- ción matrimonial, sólo es el acto jurídico que remedia un estado - imposible de vida en común de los esposos. El divorcio viene a ser la culminación de un conjunto de factores profundos y complejos -- que determinan la conclusión del matrimonio, como consecuencia de- no cumplir su alta misión social.

V.1 EL DIVORCIO EN EL DERECHO COMPARADO

En el derecho antiguo existió el divorcio desde tiem-- pos remotos, la ley mosaica ya lo permitía. En Atenas se admitía - también la disolución del vínculo matrimonial por determinadas --- causas.

En el Derecho Musulmán se consideraban causas de di-- vorcio la impotencia de uno de los cónyuges o enfermedades que ha-- gan peligrosa la cohabitación. Estos defectos o enfermedades cuan-- do son incurables disuelven el matrimonio, pero si se les conside-- ra curables, se concede un plazo prudencial, pasado el cual si no-

han desaparecido, disuelve el matrimonio. En este mismo derecho - el adulterio se consideraba causa de divorcio. El marido que tiene pruebas directas del adulterio de su mujer, o que al menos se cree en el caso de no reconocerse padre de un hijo de ésta, acude al cadí con la acusación; el juez hace comparecer ante él a ambos en la mezquita en hora de mucha concurrencia y el marido formula solemnemente su acusación apoyándola con tres juramentos a los -- que añade el cuarto que se refiere a la maldición divina si no -- dice la verdad. Si la mujer contesta y apoya su negación de las -- imputaciones del marido con otros cuatro juramentos, refiriéndose en el cuarto también a la cólera divina que como las del marido -- son palabras sacramentales, pero si la mujer evade la pena del -- adulterio la prole de todos modos ya no se le atribuye al marido -- y el matrimonio queda disuelto.

Mahoma se preocupó de la facultad que también en el Derecho Islámico existía para que especialmente el hombre pudiera repudiar a la mujer, de acuerdo a las tradiciones musulmanas y después conforme al Corán mismo. Aquí observamos que era lícita la -- facultad de repudiar y se introdujo una idea de tipo religioso -- para limitarla, considerando que para Alá era odiosa esa facultad no obstante que conforme al derecho era lícita. He aquí la innovación que hizo Mahoma para que se tuviese que repudiar con juramento invocando una determinada causa aún cuando no se probara.

En el Derecho Canónico no se admitió el divorcio, sin embargo hasta el siglo VIII predominó la interpretación que del --- evangelio hizo San Mateo estimando que por adulterio podía disolverse el matrimonio. En sentido contrario hubo la interpretación que llevaron a cabo San Lucas y San Marcos en el sentido de que -- ni aún por adulterio podría disolverse el matrimonio. En los pri-

meros siglos, incluso algunos padres de la Iglesia permitían el divorcio por adulterio. A partir del siglo VIII y hasta el siglo XIII se discutió en los concilios si era admisible el divorcio -- por adulterio, única causa posible. Fue ganando terreno la idea -- de que ni aún por adulterio era posible el divorcio. No fue sino hasta el siglo XIII cuando ya quedó debidamente establecido que -- el matrimonio consumado entre bautizados, es decir, el matrimonio en donde ya hubo cópula carnal no podía disolverse, ni aún por -- adulterio.

En el Derecho Francés antiguo el Código de Napoleón va a servir de inspiración a los Códigos europeos en materia de matrimonio y divorcio.

En el Derecho Francés moderno observamos que fue hasta la Revolución Francesa como las ideas católicas respecto a la indisolubilidad del matrimonio perdieron su valor. Sin embargo, no fue en la primera Constitución Francesa de 1791 cuando se estableció legalmente el divorcio, sino hasta una ley del año siguiente, es decir de 1792. Esta ley francesa se caracteriza por permitir el -- divorcio por simple incompatibilidad de caracteres y además por -- adulterio, por injurias graves, por sevicia, por abandono de un -- cónyuge o de la casa conyugal.

En el Código Napoleón se admitió tanto el divorcio voluntario como el necesario, pero se restringieron las causas. Ya no -- se aceptó la incompatibilidad de caracteres, la locura ni la ausencia y se reconocieron como causas de divorcio, el adulterio, -- las injurias graves, la sevicia y las condenas criminales.

Hasta el año de 1816 continuó el divorcio en Francia conforme al Código Napoleón, pero con motivo de una Carta Constitucional de 1814 que le dió al catolicismo el valor de religión de Estado, por la ley de 1816 se suprimió el divorcio. Esta ley de--

1816 se ha interpretado como un desagravio a la Iglesia, causado - por la Revolución Francesa, que a su vez trajo como consecuencia - que el catolicismo no fuera religión de Estado.

A partir de 1816 y hasta 1884 no hubo divorcio en Francia, no obstante que a mediados del siglo pasado se volvió a negar al catolicismo el carácter de religión de Estado. Fue hasta 1884 cuando se reimplanta el divorcio pero no ya en los términos de la ley de 1792 sino mas bien en la forma que lo estableció el Código Napoleón.

En el Derecho Europeo observamos que las disposiciones del Código Francés inspiraron a los Códigos de Bélgica, Luxemburgo, y Rumania para admitir el divorcio sanción, es decir ante causas -- graves, pero países como España e Italia no lo admitieron en aquel entonces. Tuvieron la idea de la indisolubilidad del vínculo en -- los casos de adulterio, siguieron al derecho canónico en cuanto a la separación de cuerpos en forma definitiva por adulterio, o en forma temporal por otras causas.

A continuación haremos un estudio de los principales sistemas que se practican en los pueblos modernos:

1.- Legislaciones que rechazan en absoluto el divorcio:

Irlanda, Argentina, Colombia, Brasil, Chile, Paraguay.

2.- Legislaciones que lo rechazan para los Católicos:

Inglaterra, Austria, Servia, Bulgaria.

3.- Legislaciones que admiten el divorcio, pero sólo por causas determinadas que implican faltas graves de los cónyuges:

Francia, Portugal, Inglaterra, Holanda, Honduras.

4.- Legislaciones que lo admiten, aún por ciertos hechos que no -
revisten el carácter de faltas:

Alemania, Suiza, E.U.A.

5.- Legislaciones que admiten el divorcio por consentimiento mutuo:
Bélgica, Portugal, Ecuador, Venezuela, Guatemala, Cuba, Italia,
Santo Domingo, Nicaragua, España.

6.- Legislaciones que admiten el divorcio por voluntad de uno solo
de los cónyuges:

Unión Soviética, y en algún aspecto Uruguay.³⁸

A continuación daremos un cuadro sinóptico que se basa
en la comparación de las causas de divorcio en algunas legisla-
ciones como lo son la Ley de 1792, Código de Napoleón y Ley de -
1884, el Código Neerlandés en su artículo 240, el Código Alemán-
y el Código Suizo de 1907 - 1912.³⁹

(38) Rojina Villegas Rafael, Compendio de Derecho Civil, Personas
y Familia, p. 362, Editorial Porrúa, S.A., 11a. Edición, México, 1976.

(39) Ibídem, p. 559.

Ley de 1792	Código de Napoleón Ley de 1884	Código Neerlandés art. 264	Código Alemán	Código Suizo de 1907 - 1912
Mala conducta notoria	Adulterio (arts. 229 y 230)	Adulterio	Adulterio art. 1565	Adulterio art. 137
Abandono durante dos años	-----	Abandono malicioso	Abandono malicioso art. 1567	Abandono malicioso durante dos años art. 140
Sevicias	Excesos y sevicias (art. 231)	lesiones graves	Atentado contra la vida y sevicias graves. arts. 1566 y 1568	Sevicias y atentados contra la vida art. 138
Injurias graves	Injurias graves (art. 231)	-----	Incumplimiento a los deberes conyugales, por virtud del cual la vida común sea imposible. art. 1568	Injurias graves art. 138
Condenas criminales	Condenas criminales (art. 232)	Ciertas condenas penales	Ciertas condenas penales art. 1568	Conducta deshonorosa art. 139
Locura	-----	-----	Locura incurable art. 1569	Locura incurable art. 141
Estado de ausencia durante cinco años y emigración en los casos prohibidos.	-----	-----	-----	-----
Incompatibilidad de caracteres	-----	-----	-----	Vida común insoportable art. 142

V.2 ANALOGIA DEL DIVORCIO EN ROMA

El matrimonio romano consideraba que la relación sexual entre los cónyuges era cosa secundaria y que la mujer, o bien tomaba la situación de una hija o era la compañera que estaba dispuesta en cualquier tiempo a los deseos de su marido.

El divorcio en Roma, por la razón anterior tenía como base el deseo del marido, pues en cuanto el marido dejaba de sentir afección marital por su mujer, o ésta le daba motivo de infidelidad el marido la repudiaba. Este repudio era fatal y producía efectos de carácter inmediato, pues desde ese momento el vínculo matrimonial quedaba disuelto, dejando para después los arreglos de carácter patrimonial.

El divorcio en Roma era la separación absoluta de los cónyuges presentándose en la forma anteriormente descrita, forma que recibía el nombre de repudio. En cambio cuando los cónyuges se ponían de acuerdo para llevar a cabo la disolución matrimonial se denominaba divorcio. Estas formas de llevarse a cabo la separación predominaron hasta antes del reinado de Augusto, pues éste decretó la famosa Ley Julia de Adulteris que venía a reglamentar en cuanto a la forma solamente.

Esta ley tenía como finalidad exigir al marido la repudiación de su mujer en forma pública, consistiendo ésta en que la notificación a la mujer se le hiciera a través de un liberto, delante de siete testigos, sin que éste dijera las causas; por lo que se pone de manifiesto que la ley antes mencionada cambió la forma privada por la pública. Muy pronto esta ley cayó en desusada su frivolidad y falta de seriedad, dió mucho que decir siendo abandonada y olvidada terminantemente. No fue sino hasta el bajo Imperio donde encontramos su reglamentación, que aunque no

digna de elogio, sí en cambio establecía normas para el divorcio, limitándolo a las causas legítimas reconocidas por la justicia.-- Estas causas para obtener el divorcio fueron en primer lugar, el adulterio de ambos cónyuges. Ahora bien, para considerar que el marido había caído en el adulterio era necesario que éste tuviera alguna concubina domiciliada dentro del perímetro del hogar conyugal, o que el marido introdujera a su concubina a su hogar, aunque éste fuera por solo una vez. Otra de las causas fundamentales reconocidas por la justicia, fue el atentado a la vida de un cónyuge contra el otro, también el hacer votos de carácter religioso que impusieran la castidad fueron consideradas como causas legales para el divorcio así como la escapatoria del hogar conyugal efectuada por cualesquiera de los cónyuges durante un período de cinco años. La negativa de la mujer para vivir en la misma casa del marido y la ancianidad sexual de éste fueron considerados como causas legítimas de divorcio.

El adulterio fue el principal motivo que reconocía la ley así como el mutuo consentimiento. Esto vino a poner un dique -- a los divorcios que se habían hecho en forma escandalosa en el período comprendido entre el fin de la República y el principio del Imperio, puesto que el marido o la mujer fácilmente se divorciaban en esa época.

Los cónyuges que a sabiendas de que las causas obtenidas para el divorcio no pasaban de ser triviales y las hacían encajar dentro de las causas principales, es decir entre las permitidas por la ley, sufrían penas severas dando por resultado que los que trataban de facilitar tales actos encontraron un freno a sus caprichos frívolos es decir, los cónyuges encontraron en estas penas un freno a la libertad para obtener el divorcio.

El Derecho Romano muy apegado a establecer en formulismos y en intereses pecuniarios todas las obligaciones, hicieron que -

el matrimonio en este sentido se caracterizara notablemente. Así cuando se llevaba a cabo un matrimonio la mujer aportaba una dote siendo el administrador legal de esos bienes el marido, con el objeto de que la dote se fuera acrecentando en beneficio de la familia; razón por la cual el divorcio en el Derecho Romano tuvo sanciones que se aplicaban al patrimonio de los cónyuges.

Entre las sanciones más importantes tenemos que mencionar las siguientes:

Cuando la mujer solicitaba el divorcio porque el marido -- diera motivo para ello, se condenaba a éste a perder parte de los frutos que la dote había producido, con el grave peligro de que la mujer tuviera carácter duro y hubiera recibido ofensas de tal naturaleza graves que no pudiera perdonar a éste, entonces el marido estaba obligado a la entrega de la dote en un tiempo breve e -- improrrogable.

Bajo el Imperio de Justiniano se establecieron penas muy severas de carácter pecuniario y corporal; penas que eran aplicadas a los cónyuges que obtenían el divorcio por causas triviales o fueran de las que se consideraban como legales de la justicia, o bien que siendo éstas de carácter legal no eran de gran trascendencia y que una reconciliación fuera la medida prudente y no lo hicieran. Estas penas consistían en un encierro para el resto de sus días en una casa de carácter religioso.

Por lo que se refiere a sus bienes se distribuían de la siguiente manera: en primer término a sus descendientes; en segundo término a sus ascendientes y a la comunidad religiosa en que eran encerrados en tercer término. La vida que llevaban en el convento era igual a la de los religiosos que eran obligados a guardar castidad otorgando al efecto los votos religiosos correspondientes.

Cuando resultaba que solamente uno de los esposos era el responsable por inducir a su consorte a efectuar el divorcio, o le

había dado motivo legal para solicitarlo por adulterio, se le --- aplicaba la "Actio de Moribus" lo que quiere decir que se le --- consideraba muerto, llevándose en forma inmediata con relación a sus bienes la sucesión respectiva anteriormente descrita. Cuando no había descendientes ni ascendientes; se le entregaba a la esposa la dote o contradote; el resto de los bienes pasaba a poder del fisco y de la institución donde eran encerrados; garantizándosele con una cuarta parte de los bienes existentes cuando el -- marido había dispuesto de la dote, siempre que dicha dote no excediera de cien libras de oro y si después de este reparto seguían sobrando bienes se dividían en dos terceras partes para sus descendientes y la otra tercera parte para la institución, y en caso de sólo ascendientes la distribución descrita era la misma.

El divorcio en Roma tenía como consecuencia la disolución del vínculo y todo lo relacionado al cuidado de los hijos, en caso de haberlos era resuelto en favor del cónyuge inocente; aún -- mas se le otorgaba el ejercicio de la patria potestad porque cuando el vínculo matrimonial era disuelto por la muerte real no jurídica el padre en el testamento podía designar persona que ejerciera la patria potestad sobre sus hijos en virtud de la imposibilidad de la esposa para ejercitarla por la ley.

Cuando el vínculo era ya disuelto los cónyuges quedaban en plena libertad para contraer nuevas nupcias, con la única excepción de que la mujer tenía que esperar diez meses a partir de la fecha en que se había efectuado el divorcio. Este plazo era -- para el caso de que la mujer quedara en cinta y diera a luz durante este período, pues entonces se le consideraba hijo legítimo es decir, concebido dentro del matrimonio. Este lapso de tiempo -- posteriormente se alargó a doce meses de espera para la mujer. -- Los cónyuges ya divorciados podían reconciliarse si así lo querían pero para tal efecto era necesario contraer nuevas nupcias, bajo --

la condición de que el cónyuge que en el divorcio había resultado inocente, tenía la obligación de restituir los bienes que se le habían entregado. Esta regla no era aplicada para el caso de que los cónyuges se divorcieran por adulterio, pues en este caso la conciliación no surtía efecto legal alguno.

Los romanos siempre practicaron la monogamia, para que su linaje y su culto persistieran, el paterfamilias adquiría el derecho de disponer de una mujer; después la asignaba a título de esposa con miras a una posteridad ya a él mismo ya a uno de los varones colocados bajo su poder paterno.

En el *populus romanus*, el matrimonio fue concebido desde un principio como una sociedad santa que llevaba consigo la puesta en común de todo lo temporal y de todo lo espiritual de los cónyuges, consagrada al menos en ciertos casos por la religión del Estado y en principio indisoluble. En la plebe de carácter tal vez menos solemne permanecía mas próximo a las viejas costumbres de la raza. "Las XII Tablas tuvieron esas uniones como equivalentes y conforme con el derecho civil bajo el nombre de *iustae nuptiae*. Estas exigían el *conubium* o *ius conubii* es decir el derecho para los cónyuges de desposarse y mas generalmente el goce de los derechos de familia. Ese derecho reconocido a los miembros de las gentes también lo fue a todos los ingenuos, tanto de la plebe como del *populus*, por la Ley Canuleya. Las Leyes Julia y Papia Poppaea lo admitieron en tiempos de Augusto entre ingenuos y libertos con excepción de los senadores y de sus descendientes de ambos sexos, a los que estaba prohibido el matrimonio con éstos últimos y con algunas otras personas de baja condición. Algunas ciudades gozaban de ese derecho ya en el siglo V" ⁴⁰

(40) Rojina Villegas Rafael, op.cit., p.74.

El matrimonio en Roma consistía en unir a dos seres en un mismo culto doméstico para hacer nacer a un tercero que fuera apto para continuar ese culto. Ya que el matrimonio había sido concertado para perpetuar la familia se consideraba justo que pudiera disolverse si la mujer era estéril. El divorcio en este caso ha sido siempre un derecho entre los antiguos y hasta una obligación.

Por lo que a Roma concierne se ha registrado en la historia el caso de "Carvilio Ruga" cuyo divorcio es el primero que los anales romanos han mencionado ya que él se separó de su mujer mediante divorcio porque no podía tener hijos de ella. La amaba pero sacrificó su amor a la religión por su juramento que decía que la -- tomaba por esposa para tener hijos.⁴¹

La religión decía que la familia no se debía extinguir. Si el matrimonio resultaba estéril por causa del marido, entonces su hermano o un pariente del marido debía sustituirlo y la mujer tenía que entregarse a ese hombre. El hijo que nacía de esa unión se consideraba como del marido y continuaba su culto.

Las legislaciones antiguas prescribían el matrimonio de la viuda cuando no había tenido hijos con el pariente más próximo de su marido. Los hijos que nacían se reputaban hijos del difunto.

El nacimiento de una hija no realizaba el objeto del matrimonio ya que la hija no podía continuar el culto pues el día en que se casaba renunciaba a la familia y al culto de su padre -- pasando a la familia y religión del marido. La familia y el culto sólo se continuaba por los varones.

El jefe de familia tuvo durante largo tiempo el derecho de romper por su única voluntad el matrimonio del hijo sometido a su autoridad. "Antonio el Piadoso y Marco Aurelio", hicieron cesar este abuso de autoridad.⁴²

(41) De Coulanges Fustel, op.cit., p.33.

(42) Petit Eugéne, op.cit., p.109.

Desde el origen de Roma, la institución del divorcio fue admitida y reglamentada legalmente a pesar de que no concordaba con las costumbres primitivas muy severas a ese respecto.

El Derecho Romano además de la muerte consagró otros modos de disolución del matrimonio fundados en la desaparición de la capacidad de los contrayentes producida por *capitis deminutio* sea en la cesación de continuar unidos en matrimonio puesta de manifiesto por divorcio.

La doctrina romanista aceptó diversos medios de extinción del matrimonio como lo fueron:

- a) La Muerte
- b) La *Capitis Deminutio* máxima, media y mínima
- c) Por Sobrevenir un Impedimento
- d) Por el Divorcio

A continuación haremos un análisis de cada una de estas formas de extinción del matrimonio.

a) MUERTE DE UNO DE LOS ESPOSOS.- El marido podía volver a casarse inmediatamente; pero la viuda debía guardar el luto durante diez meses y no volver a casarse antes de la espiración de esta fecha a fin de evitar confusión de parto, es decir, la incertidumbre en cuanto a la paternidad del hijo que pudiera nacer durante este período. La violación de esta prescripción arrastraba la infamia para el segundo marido y para los ascendientes que teniendo autoridad sobre los esposos habían consentido el matrimonio y finalmente para la misma mujer.

b) *CAPITIS DEMINUTIO*.- La *capitis deminutio* máxima de cualquiera de los cónyuges al hacerle perder el *status libertatis*, destruía el vínculo conyugal porque la desigualdad de condición provocada

por la esclavitud, impedía que subsistiera la igualdad nacida de las nupcias. Se hace necesario señalar que el *jus post liminium* no operaba ante situaciones de hecho como el matrimonio y por consiguiente éste se consideraba disuelto aún cuando el cautivo hubiera recuperado su libertad. No obstante, Justiniano procediendo en favor del matrimonio dispuso que se mantenía el vínculo en tanto hubiera noticias del prisionero y el otro cónyuge no podía contraer nuevas nupcias sino después de haber transcurrido cinco años de cautividad o desde que se hayan tenido sus últimas noticias.

La *capitis deminutio media* al producir la pérdida de la ciudadanía del *status civitatis*, hacía extinguir el legítimo matrimonio porque éste solamente podía celebrarse entre ciudadanos romanos. El matrimonio legítimo como consecuencia de la *capitis deminutio media* se convertía en matrimonio de derecho de gentes. Si cesaba la causa que había provocado la pérdida de la ciudadanía de alguno de los cónyuges pasaba nuevamente a ser matrimonio justo de derecho civil.

En el derecho justiniano la pérdida de la ciudadanía no llevaba aparejada la disolución del matrimonio cuando el cónyuge cuyo status hubiera sufrido modificación conservara la *affectio maritalis*.

La *capitis deminutio mínima* no provocaba la extinción del matrimonio salvo que entre los cónyuges apareciera un impedimento matrimonial.

c) POR SOBREVENIR UN IMPEDIMENTO.- Tal ocurre cuando el padre del marido adopta a la mujer de éste por manera que los cónyuges se convierten en hermanos. Se puede evitar que sobreviniese el incesto, emancipando al hijo o a la hija antes de contraer matrimonio.-

El derecho justinianeo sienta el principio de que si alguien quiere adoptar a su yerno o a su nuera, debe antes emancipar a la hija o al hijo.

" Es cuestión discutida entre los clásicos la de si se disuelve o no el matrimonio cuando el marido de la liberta tiene acceso -- al Senado. Justiniano se pronuncia por la firmeza del vínculo." ⁴³

d) POR EL DIVORCIO.- Aunque al parecer el divorcio fue admitido -- legalmente desde el origen de Roma, sin embargo los antiguos ro -- manos no disfrutaban de esta libertad que sin duda alguna no coordinaba con la severidad de las costumbres primitivas. Además la -- mujer casi siempre a la manus del marido era como una hija bajo la autoridad paterna, reduciéndose a un derecho de repudiación la facultad de divorciar en estas uniones que sólo el marido podía ejecutar y siendo por causas graves.

La doctrina romanista considera que siendo la affectio maritalis un elemento esencial al matrimonio, al faltar aquella el -- matrimonio debía extinguirse. De allí que la legislación romana -- debido a la naturaleza misma del matrimonio consagró que el vínculo conyugal quedase disuelto por voluntad de uno de los cónyuges o de ambos. Fue este el sentido del divorcio o repudio romano. El -- divorcio sufrió la evolución del matrimonio lo que permite estudiarlo tanto en el matrimonio cum manu como en el sine manu o libre.

El matrimonio cum manu se disolvía por la propia voluntad -- del marido, no obstante para impedir la arbitrariedad o abuso que -- el jefe de familia pudiese cometer se ejerció sobre él una fiscalización. La acción persistente y moderadora de las costumbres lo --- permitió sólo en casos de suma gravedad.

En el matrimonio libre sí le correspondió a la mujer al -- igual que al marido el derecho de requerir la separación legal. En

(43) Margadant Guillermo, Derecho Romano, p. 253, Editorial Esfinge, S.A., 5a. Edición, México, 1974.

la época del derecho primitivo, los matrimonios libres o sine manu eran excepcionales. Realmente no hubo divorcios. Al fin de la República y en el Imperio como consecuencia del relajamiento de las costumbres aumentaron considerablemente los divorcios produciéndose la desintegración de la familia; de allí que los emperadores -- cristianos sancionan normas para restringirlos y posteriormente -- abolirlos en base al principio de la indisolubilidad del matrimonio.

El divorcio no requería para su realización del cumplimiento de solemnidades especiales siendo suficiente la separación material de los cónyuges. Se exigía solamente para llegar a la separación material de los esposos las declaraciones de éstos, a fin de llevar a conocimiento de parientes y amigos la expresa voluntad de no querer continuar unidos en matrimonio. Esta situación produjo -- el inconveniente de no existir certeza sobre el momento en que el divorcio se había realizado.

La jurisprudencia romana asienta que el desistimiento era bastante para disolver el matrimonio dando sólo lugar a sanciones accesorias.

Una ley de Constantino permitió al marido divorciarse de -- la mujer cuando hubiese sido declarada culpable de adulterio, de -- envenenamiento o de torpe mediación, la mujer podía repudiar al -- marido si éste era reo de homicidio, de envenenamiento o de violación de sepulcro. Si el marido repudiaba a la mujer no concurriendo alguna de las circunstancias señaladas, venía obligado a restituir la dote y a no contraer segundas nupcias, autorizándose a la mujer en el caso de ser contravenida la prohibición para invadir -- la casa del marido y apoderarse de la dote de la segunda mujer, Si la mujer repudiaba al marido sin que éste fuera reo de alguno de -- los tria crimina quedaba obligada a dejarle la dote y la donación--

nupcial, incluidos los mas pequeños objetos, imponiéndosele también la pena de deportación. Una Constitución de Honorio y Constancio II del año 421 se pronuncia así mismo en sentido restrictivo, aunque no tanto como la de Constantino. Apreciando excesiva dureza en estas leyes, Teodosio II restablece el sistema de las culpae, esto es admitiendo el divorcio provocado por la otra parte. El propio emperador dispuso mas tarde que los matrimonios lícitos se pudieran contraer por el consentimiento pero que los contraídos no se disolviesen sino habiendo enviado el repudio, porque la consideración a los hijos manda que deba ser más difícil la disolución del vínculo matrimonial. El divorcio sólo puede tener lugar cuando aparezca -- alguna de las iustae causae enumeradas por la Constitución Teodosiana. Fuera de ellas el divorcio es castigado si bien no con excesivo rigor. En cualquier caso la mujer no puede pasar a segundas nupcias antes de que transcurran cinco años, sancionándose la contravención con la nulidad de éstas y con la declaración de infamia.

El divorcio por común consentimiento es siempre libre y en relación con él dispuso Anastasio que le fuera lícito a la mujer no esperar el quinquenio sino pasar a segundas nupcias después de un año.

Justiniano reordena la materia mostrándose partidario de un criterio restrictivo. El divorcio ha de tener lugar mediante una comunicación oral o escrita hecha a la otra parte en presencia de siete testigos.

El derecho justiniano continuando los principios cristianos y la restricción del divorcio distinguió:

- 1) El divorcio por mutuo consentimiento, o sea el que se producía por causas no imputables a los esposos.
- 2) El divorcio unilateral o repudium, que tenía por causa la culpa de uno de los esposos.

3) El divorcio sin causa

El primero es el denominado *bona gratia*, por mutua voluntad de los cónyuges; no era necesario para su realización formalidad alguna ya que el desacuerdo disuelve lo que el acuerdo había unido. El divorcio unilateral o sea por determinación de uno de los esposos, era admitido cuando estuviera fundado en justa causa. Así el marido podía aducir por ejemplo el adulterio de su mujer, la concurrencia de ésta a banquetes o a espectáculos públicos con extraños, etc. La mujer podía repudiar al marido cuando éste hubiera intentado prostituirla, caso de que tuviera concubina en la casa común etc. Podían alegar cualquiera de ellos causas comunes a ambos, como el atentado contra la vida, las injurias graves, las sevicias, etc. El cónyuge culpable era sancionado con penas de carácter pecuniario como por ejemplo la pérdida de la dote y del tercio de sus bienes.

El divorcio unilateral sin causa, fue considerado ilícito en el derecho justiniano sancionando a cualquiera de los cónyuges que lo hubiera consumado.

A continuación enumeraremos algunos de los efectos que producía el divorcio:

- a) el divorcio provoca la extinción del vínculo conyugal.
- b) el divorcio deja en libertad a los cónyuges para contraer segundas nupcias.
- c) el cónyuge culpable en la causa es castigado con penas económicas severas.
- d) el divorcio no perjudica la condición jurídica de los hijos habidos en el matrimonio disuelto.
- e) el divorcio producía inconvenientes para los hijos que nacían después al contraer la mujer segundas nupcias, antes de pasar el término legal.

Es discutible si en derecho romano la repudiación que ejercía en un principio el marido y que después correspondió a ambos - consortes podría ser libre sin expresión de causa, o tendría que fundarse en determinados motivos justificados. "En verdad hay textos que aluden a ciertas causas que implican faltas graves como el adulterio, la corrupción de los hijos, la prostitución de la esposa o que el marido la prostituyere, el que un cónyuge incitara al otro para cometer algún delito, pero no se desprende necesariamente de estos textos que sólo cuando hubiera tales causas de divorcio podría ejercerse el derecho de repudiación; por ésto la mayoría de los romanistas consideran que el derecho de repudiación era libre, podría fundarse en alguna causa o podría llevarse a cabo sin expresión de ella."⁴⁴

Observamos que la reacción del nuevo espíritu cristiano no llega a borrar el concepto romano del matrimonio ni del divorcio. - En ciertos casos el divorcio es considerado ilícito pero nunca se declara su invalidez.

A continuación haremos un estudio de los antecedentes históricos del Cristianismo así como su desarrollo e influencia en Roma.

V.3 INFLUENCIA DEL CRISTIANISMO EN ROMA

La victoria del cristianismo marca el fin de la sociedad antigua. Con la nueva religión termina la transformación social que comenzó seis o siete siglos antes de ella. La antigua sociedad había sido constituida por una vieja religión cuyo principal dogma era que cada dios protegía exclusivamente a una familia o a una --

(44) Mazeaud Henri Leon, *Derecho Civil, La Familia*, p.371, Ediciones Jurídicas, 2a.Edición, V. IV, Buenos Aires, 1976.

ciudad, y que sólo para ella existía. Era el tiempo de los dioses domésticos. Esta religión había engendrado el derecho: las relaciones entre los hombres, la propiedad, la herencia, el procedimiento, todo había sido regulado no por los principios de la equidad natural sino por los dogmas de esta religión y en relación con las necesidades de su culto. Era ella también la que había establecido un gobierno entre los hombres: el del padre en la familia, el del rey o del magistrado en la ciudad. Todo procedía de la religión, es decir, de la opinión que el hombre se había forjado de la divinidad. Religión, derecho, gobierno se habían confundido y no habían sido más que una cosa con tres aspectos diferentes.

Observamos que en el régimen social de los antiguos la religión era señora absoluta de la vida privada y en la vida pública que el Estado era una comunidad religiosa, el rey un pontífice, el magistrado un sacerdote, la ley una fórmula santa; que el patriotismo era piedad, el destierro una excomunión; en que la libertad individual se desconocía; en que el hombre estaba esclavizado al Estado; en alma, cuerpo y bienes; en que el rencor contra el extranjero era obligatorio; en que la noción del derecho y del deber, de la justicia y del afecto se circunscribían a los límites de la ciudad; en que la asociación humana estaba necesariamente restringida y en que no se veía la posibilidad de fundar sociedades mayores. Tales fueron los rasgos característicos de las ciudades griegas e italianas durante el primer período de su historia.

Observamos que la sociedad se modificó poco a poco. En el gobierno y en el derecho se realizaron cambios al mismo tiempo -- que en las creencias. Ya en los cinco siglos que precedieron al cristianismo no era tan íntima la alianza entre la religión de un lado, el derecho y la política de otro. Los esfuerzos de las clases oprimidas, la caída de la casta sacerdotal, el trabajo de los filósofos, el progreso del pensamiento habían cuartado los viejos --

principios de la asociación humana. Se habían realizado incesantes esfuerzos por sustraerse al imperio de esta vieja religión en la que el hombre ya no podía creer; el derecho y la política, así como la moral, se habían desligado poco a poco de sus lazos.

Esta separación procedía de la desaparición de la antigua religión. Si el derecho y la política empezaban a ser algo independientes, se debía a que los hombres cesaban de tener creencias, si la sociedad ya no se gobernaba por la religión era sobre todo porque la religión carecía ya de fuerza. Llegó un día en que el sentimiento religioso recobró vida y vigor y la creencia, bajo la forma cristiana.

Con el cristianismo se reavivó el sentimiento religioso. Mientras antiguamente el hombre había hecho dioses del alma humana o de las grandes fuerzas físicas, ahora empezó a concebirse a Dios como verdaderamente extraño. Lo divino fue colocado decididamente fuera de la naturaleza visible y por encima de ella. Mientras que antes cada hombre se había forjado su dios y había tantos como ciudades y familias, Dios apareció entonces como un Ser único, inmenso universal, y el único que podía satisfacer la necesidad de adoración que radica en el hombre.

El cristianismo cambió la naturaleza y la forma de la adoración. El temor a los dioses fue reemplazado por el amor a Dios. El cristianismo no era la religión doméstica de una familia, ni la religión nacional de una ciudad o de una raza. No pertenecía a una casta ni a una corporación. Desde su origen invitó a la humanidad entera.

Desde los primeros tiempos de la humanidad, se había concebido a la divinidad como vinculada especialmente a una raza. Los judíos habían creído en el Dios de los judíos, los atenienses en la Palas ateniense, los romanos en el Júpiter capitolino. El dere-

cho de practicar un culto había sido un privilegio. Al extranjero se le rechazaba de los templos; el que no era judío no podía entrar en el templo de los judíos. En los cinco siglos que precedieron al cristianismo todos los que pensaban se rebelaban contra esas reglas. Desde "Anaxágoras" la filosofía había enseñado que el Dios del universo recibía indistintamente el homenaje de todos los hombres. Los judíos habían empezado a admitir al extranjero en su religión; griegos y romanos habían admitido en sus ciudades. El cristianismo al llegar tras todos esos progresos del pensamiento y de las instituciones, ofreció a la adoración de todos los hombres un Dios único, un Dios universal, un Dios que era de todos que no tenía pueblo escogido y que no distinguía ni razas, ni familias ni Estados.⁴⁵

Para este Dios ya no había extranjeros. El extranjero ya no profanaba el templo, y éste quedó abierto para todo aquel que creía en Dios. El sacerdocio dejó de ser hereditario porque la religión ya no era un patrimonio. El culto ya no se mantuvo secreto los ritos, los dogmas y las oraciones ya no se escondieron sino que hubo una enseñanza religiosa que se ofreció hasta los hombres mas alejados e incluso hasta los mas indiferentes. Con la unidad de Dios se reveló a los espíritus la unidad de la raza humana, y desde entonces fue una necesidad de la religión, el prohibir al hombre que odiara a los demás hombres.

Por lo que se refiere al gobierno del Estado puede decirse que el cristianismo lo transformó en su esencia, precisamente porque no se ocupó de él. En las antiguas edades, religión y Estado formaban un todo; cada pueblo adoraba a su Dios y cada Dios gobernaba a su pueblo; el mismo código regulaba las relaciones entre los hombres y los deberes para con los dioses de la ciudad. La religión mandaba entonces al Estado y le designaba sus jefes por me-

(45) De Coulanges Fustel, op.cit., p.287.

dio de la suerte; el Estado a su vez intervenía en el dominio de la conciencia y castigaba cualquier infracción de los ritos o de culto de la ciudad. En lugar de eso, Jesucristo enseña que su reino no es de este mundo. Separa la religión del gobierno, y la religión no siendo ya terrena se mezcla menos a las cosas de la tierra. Es la primera vez que se distingue tan claramente a Dios del Estado. El César aún era en esa época el gran pontífice, el jefe principal, -- órgano de la religión romana. Era el guardián y el interprete de las creencias, tenía en sus manos el culto y el dogma. Jesucristo rompe esta alianza que el Imperio y el paganismo querían recuperar; -- proclama que la religión ya no es el Estado y que obedecer al César no es lo mismo que obedecer a Dios.

El cristianismo profesa que entre la religión y el Estado nada existe en común; separa lo que toda la antigüedad había confundido. Por otra parte puede observarse que durante tres siglos, la nueva religión vivió completamente alejada de la acción del Estado, pues supo prescindir de su protección y hasta luchar contra él. Estos tres siglos establecieron un abismo entre el dominio del gobierno y el de la religión. La política quedó definitivamente libertada de las estrictas reglas que la antigua religión le había impuesto. El cristianismo enseñaba que el hombre ya no pertenecía a la sociedad mas que por una parte de su ser; que estaba vinculado a ella por su cuerpo y por sus intereses materiales; pero que por su alma era libre y sólo estaba vinculado a Dios.

El derecho también cambió de naturaleza. En todas las naciones antiguas, el derecho había estado sometido a la religión y había recibido de ella todas sus reglas. La ley había estado contenida en los libros sagrados o en la tradición religiosa. Así cada religión había formado el derecho a su imagen. El cristianismo es la primera religión que no ha pretendido que el derecho dependiese de

ella. El derecho pudo desarrollarse con toda libertad, seguir los progresos de la moral, adaptarse a los intereses y a las necesidades sociales de cada generación.

La influencia del cristianismo se reconoce en la historia del derecho romano. Durante los siglos que precedieron al triunfo del cristianismo, el derecho romano se había esforzado ya por desligarse de la religión y aproximarse a la equidad y a la naturaleza; pero sólo procedió por rodeos que debilitaban su autoridad moral. La obra de regeneración del derecho, sólo pudo triunfar completamente con la independencia que la nueva religión dejó al derecho. A medida que el cristianismo se difundía en la sociedad, pudo verse que los códigos romanos admitían reglas nuevas, abiertamente y sin dudas. Terminados los penates domésticos y extinguidos los hogares, la antigua constitución de la familia desapareció por siempre, y con ella las reglas a que había dado origen. El padre perdió la autoridad absoluta que su sacerdocio le había dado antaño y sólo conservó la que la naturaleza misma le confería para atender a las necesidades del hijo. La mujer a la que el antiguo culto colocaba en una posición inferior a la del marido, llegó a ser moralmente igual a él. El derecho de propiedad se transformó en su esencia; desaparecieron los límites sagrados de los campos; la propiedad ya no se derivó de la religión, sino del trabajo; la adquisición se hizo más fácil y las formalidades del antiguo derecho se eliminaron definitivamente.

Así por el solo hecho de que la familia ya no poseía su religión doméstica, se transformaron su Constitución y su Derecho de igual manera que por el solo hecho de no poseer ya el Estado su religión oficial, cambiaron por siempre las reglas del gobierno de los hombres.

V.4 DIVORCIO EN EL CRISTIANISMO Y OTRAS RELIGIONES

En Roma en el Derecho primitivo realmente no hubo divorcios. Al fin de la República y en el Imperio como consecuencia del relajamiento de las costumbres aumentaron considerablemente los divorcios, produciéndose la desintegración de la familia, de allí que los emperadores cristianos sancionan normas para restringirlos y posteriormente abolirlos. Los emperadores cristianos de momento no suprimieron el divorcio que estaba ya profundamente arraigado en las costumbres, pero si buscaban el hacerlo mas difícil, obligando a precisar las causas legítimas de repudiación.

En el Cristianismo no fue sino hasta el siglo XIII cuando quedó debidamente establecido que el matrimonio consumado entre bautizados es decir, el matrimonio en donde ya hubo cópula carnal no podía disolverse ni aún por adulterio.

Consideramos que para hablar o juzgar el divorcio desde el punto de vista religioso, no debe hacerse en función de la religión que se profesa, porque entonces dependerá de la misma el condenar o admitir el divorcio y claro, si se profesa la religión católica evidentemente que dentro de los principios del creyente tendrá que respetar y habrá una contradicción con las normas jurídicas que admiten el divorcio vincular.

Existen religiones que admiten el divorcio. El protestantismo fue elaborado a través de ideas como sostuvo Lutero en las que pensó que el matrimonio resultaba una cosa profana, que no era verdad que fuera un sacramento ni un vínculo establecido

por Dios con carácter indisoluble.

La religión mahometana en su libro sagrado el Corán como conjunto de normas jurídico religiosas que se fundan en la revelación que hizo Alá a Mahoma, admite el divorcio y se puede mediante el juramento que ante Alá se hace, en ciertas causas de divorcio como el adulterio, obtener la disolución invocando al mismo Dios.

En una comunidad en la que pueden existir miembros de diferentes religiones, musulmanes, cristianos, budistas, etc.; no hay razón para que un derecho imponga un determinado criterio religioso y en función del mismo se establezca por ejemplo que el matrimonio es un vínculo indisoluble.

Nuestros Códigos anteriores admitieron el carácter indisoluble del vínculo pero no en función de un criterio religioso.

Para analizar nuestros Códigos más ampliamente pasaremos al último capítulo en el cual estudiaremos el divorcio y sus reformas a través de nuestra legislación.

C A P I T U L O S E X T O

EL DIVORCIO A TRAVES DE NUESTRA LEGISLACION Y SUS ACTUALES REFORMAS

- VI.1 GENERALIDADES Y ANTECEDENTES DEL DIVORCIO EN MEXICO
- VI.2 CODIGOS CIVILES DE 1870 Y 1884 (INTRODUCCION)
- VI.3 CODIGO CIVIL DE 1870
- VI.4 CODIGO CIVIL DE 1884
- VI.5 LEY DE 1914
- VI.6 LEY DE RELACIONES FAMILIARES
- VI.7 CODIGO CIVIL DE 1928
 - A) El Divorcio Voluntario
 - B) El Divorcio Con Causa
 - C) Efectos del Divorcio en Relación con los Hijos
 - D) Efectos del Divorcio en Relación con los Cónyuges
- VI.8 CUADRO SINOPTICO DE LAS CAUSAS DE DIVORCIO
- VI.9 CARACTERISTICAS DE LA ACCION DE DIVORCIO
- VI.10 ULTIMAS REFORMAS AL CODIGO CIVIL EN MATERIA DE DIVORCIO
- VI.11 JURISPRUDENCIA ESTABLECIDA POR LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA EN MATERIA DE DIVORCIO.

CAPITULO SEXTO

EL DIVORCIO A TRAVES DE NUESTRA LEGISLACION Y SUS DIVERSAS REFORMAS

VI.1 GENERALIDADES Y ANTECEDENTES DEL DIVORCIO

Antes de comenzar el estudio del divorcio, es necesaria una aclaración terminológica para evitar confusión. Existen legislaciones extranjeras y la misma legislación mexicana del siglo pasado así lo consideró, que entienden por divorcio la separación temporal o definitiva de los cónyuges sin romper el vínculo matrimonial. En cambio, lo que a principios de este siglo se denominó divorcio vincular y que ahora se denomina exclusivamente divorcio es la disolución del vínculo dejando a los cónyuges en posibilidad de contraer otro matrimonio legítimo.

El divorcio fue introducido en la legislación civil mexicana por decreto del 29 de diciembre de 1914 publicado el 2 de enero de 1915 en el Constitucionalista, periódico oficial de la Federación que se editaba en Veracruz sede entonces del Primer Jefe del Ejército Constitucionalista. En ese decreto se modificó la fracción IX del Art. 23 de la Ley de 14 de diciembre de 1874 reglamentaria de las adiciones y reformas de la Constitución Federal decretadas el 25 de diciembre de 1873.

La introducción del divorcio en México, no fue precedida de polémicas ni de discusiones de ningún tipo como ha sucedido recientemente en España o Italia, pues a nadie se consultó al respecto ya que se hizo en pleno período revolucionario sin que hubiera precedido ninguna declaración en tal sentido del Primer Jefe del Ejército Constitucionalista, ni éste hubiera incluido el tema en ninguna de sus proclamas o de sus discursos de carácter oficial.

No encontramos ningún rastro ni ninguna alusión al tema de divorcio, ni siquiera al tema de modificar revolucionariamente el entonces vigente derecho de familia, en el Plan de Guadalupe suscrito por Carranza, ni en el discurso ante el Congreso del Estado de Sonora del propio Carranza, en donde delineó las políticas de su futuro gobierno al triunfo de la revolución, ni en ninguna otra de las actuaciones que hasta entonces había tenido el que sólo era para esa época Primer Jefe del Ejército Constitucionalista. Este en virtud de las facultades que le concedía el Plan de Guadalupe, reformó la legislación y concretamente el Código Civil, introduciendo el divorcio vincular o sea, el divorcio que disuelve el vínculo del matrimonio lo cual fue una novedad trascendente en la legislación mexicana.

La reforma pasó inadvertida en aquel tiempo, ya que la época no era para discusiones sobre tales temas, ante la lucha armada a matar o morir que sostenían los carrancistas, villistas, zapatistas y demás facciones revolucionarias. El decreto que introdujo el divorcio, tiene una exposición de motivos de interés que resume muchos de los argumentos que entonces daban para fundamentar el divorcio.

La reforma de Carranza modificó la legislación anterior que sólo permitió un divorcio consistente en la separación de los cónyuges, sin romper el vínculo, y por tanto, sin autorizar un nuevo matrimonio de los separados.

Para continuar con el presente estudio pasaremos ahora a analizar los códigos antes mencionados como lo fueron el Código Civil de 1870, 1884, la Ley de 1914 y la Ley sobre Relaciones Familiares, para llegar al análisis de nuestro Código Civil vigente y sus actuales reformas en materia de divorcio.

VI.2 CODIGOS CIVILES DE 1870 y 1884 (INTRODUCCION)

En México, los Códigos de 1870 y 1884 no aceptaron el divorcio vincular reglamentando en cambio sólo el divorcio por separación de cuerpos. Entre el Código de 1870 y 1884 sólo existe una diferencia de grado es decir, el primero estatúa mayores requisitos, audiencias y plazos para que el juez decretara el divorcio por separación de cuerpos. El Código de 1884 redujo los trámites considerablemente. En ambos Códigos se regulan como causas de separación de cuerpos algunas de las que enumera el Código Civil Vigente como causas de divorcio vincular.

VI.3 CODIGO CIVIL DE 1870

El capítulo V regula lo relativo al divorcio. En éste Código se parte de la noción del matrimonio como unión indisoluble y como consecuencia lógica no se admite el divorcio vincular. Se señalaron seis causas de divorcio (separación de cuerpos) cuatro de las cuales constituían delitos, de los restantes la sevicia podía constituir delito pero aún en el supuesto de no llegar a este grado se le consideró como causa de divorcio.

El art. 239 del Código de 1870 disponía " El divorcio no disuelve el vínculo del matrimonio, suspende sólo algunas de las obligaciones civiles, que se expresarán en los artículos relativos de este código."

El art. 240 establecía " Son causas legítimas de divorcio: 1a. El adulterio de uno de los cónyuges

2a. La propuesta del marido para prostituir a su mujer no sólo cuando el mismo marido la haya hecho directamente -

sino cuando se prueba que ha recibido dinero o cualquier remuneración con el objeto expreso de permitir que otro tenga relaciones ilícitas con su mujer.

- 3a. La incitación o la violencia hecha por un cónyuge al otro -- para cometer algún delito aunque no sea de incontinencia -- carnal.
- 4a. El conato del marido o de la mujer para corromper a los hijos o la connivencia en su corrupción.
- 5a. El abandono sin causa justa del domicilio conyugal prolongado por mas de dos años.
- 6a. La sevicia del marido con su mujer o la de ésta con aquél.
- 7a. La acusación falsa hecha por un cónyuge al otro."

Observamos que este ordenamiento se encuentra inspirado por un profundo proteccionismo al matrimonio, como institución indisoluble, debido a lo cual interpuso a la realización del divorcio una serie de trabas y formalidades. Al efecto, después de una serie de separaciones temporales en las cuales al finalizar-- el plazo de cada una de ellas el juez exhortaba a los cónyuges en conflicto para que diesen por terminado el juicio de divorcio, intentaba en la última audición su reconciliación antes de pronunciar la sentencia definitiva.

Asímismo se prohibía el divorcio por separación de --- cuerpos cuando el matrimonio llevaba veinte años o mas de constituido. Ahora bien, el Código Civil de 1870 señalaba como condición sine qua non para gestionar el divorcio por separación de cuerpos, el que hubieran transcurrido dos años como mínimo desde la celebración del matrimonio antes de los cuales la acción de divorcio era improcedente.

Es esta Ley la que será objeto de una reforma radical-

llevada a cabo en Veracruz por Don Venustiano Carranza el 29 de--
diciembre de 1914 como más adelante veremos.

VI. 4. CODIGO CIVIL DE 1884

El legislador de 1884 no queriendo traicionar a la --
tradición jurídica o porque quizá se dió cuenta de que el pueblo--
repugnaba la institución del divorcio como la disolución del vín--
culo matrimonial o mas bien por respeto a los sentimientos reli--
giosos del mismo pueblo, instituyó al igual que el legislador del
70, el divorcio como separación de cuerpos. "Las causas que dan --
motivo en este Código a la separación de cuerpos son equiparables
a las establecidas por el legislador del 70 y sólo en cuanto se -
refiere al divorcio voluntario los plazos se redujeron." 46

De su art. 226 se desprende que el único divorcio que
admitía era la separación de cuerpos en el cual ya hemos dicho --
subsistía el vínculo matrimonial suspendiéndose sólo algunas de -
las obligaciones civiles que imponía el matrimonio. Como causas -
de divorcio señalaba dicho Código:

- El adulterio de uno de los cónyuges.
- El hecho de dar a luz durante el matrimonio un hijo concebido --
antes del contrato de matrimonio y que judicialmente se declara--
ilegítimo.
- La propuesta del marido para prostituir a la mujer o permitir de
alguna manera dicha prostitución.
- La violencia hecha por uno de los cónyuges para que el otro co--
metiera algún delito.
- El conato de alguno de los cónyuges para tolerar o corromper a -
los hijos.

(46) Pacheco Alberto, op.cit., p.147.

- El abandono del domicilio conyugal sin causa justificada.
- La sevicia.
- La acusación falsa hecha por un cónyuge contra el otro.
- El hecho de negarse a administrar alimentos conforme a la ley.
- Los vicios incorregibles de juego y embriaguez.
- La enfermedad crónica e incurable que fuera contagiosa o hereditaria anterior al matrimonio.
- La infracción a las capitulaciones matrimoniales.
- El mutuo consentimiento.

En el caso de que ambos consortes de común acuerdo desearan separarse de lecho y habitación deberían acudir ante el juez para que éste la decretara no siendo bastante el simple hecho de la separación para considerarse como efectuado el divorcio, sino que éste debía ser decretado por la autoridad judicial competente.

El Código Civil de 1884 en forma general reprodujo los preceptos del Código anterior en cuanto a la naturaleza del divorcio, sus efectos y sus formalidades, sin embargo nos encontramos ante el hecho indiscutible de haber reducido notablemente los trámites necesarios para la consecución del divorcio ya que sin abolir por completo la serie de trabas que señalaba el Código de 1870 se hizo más fácil la separación de cuerpos.

Posteriormente por el año de 1886 en el mes de noviembre fue presentada una proposición a la Cámara de Diputados con la finalidad de que al divorcio se le diera el carácter vincular y no como simple separación de cuerpos; pero no tuvo éxito y fue rechazada.

Así continuaron las cosas firmes en esta situación hasta el año de 1914 en que se dió en Veracruz la Ley de Divorcio de esta fecha, en la cual se consideraba al divorcio como la disolu-

ción del vínculo, esta ley fue dada por Don Venustiano Carranza - quien se había levantado en Guadalupe, Coahuila contra la usurpación de Victoriano Huerta, teniendo como bandera el Plan de Guadalupe. Al triunfo de la revolución se disgrega un grupo, el del General Francisco Villa y entonces va Don Venustiano Carranza a Veracruz a establecer el gobierno Constitucionalista. Es allí donde se dan las leyes mas interesantes que dictó la revolución estando entre ellas la Ley Agraria y la de Divorcio que se consideran conjuntamente con las otras que se dictaron como partes integrantes de las adiciones y reformas al Plan de Guadalupe.

VI. 5 LEY DE 1914

La Ley de 1914 ya no hace una enumeración de causas y de acuerdo con su exposición de motivos se ve el propósito evidente de terminar con los matrimonios desavenidos. Al efecto su artículo primero dispuso:

art.1o. "El matrimonio podrá disolverse en cuanto al vínculo ya sea por mutuo y libre consentimiento de los cónyuges, cuando el matrimonio tenga más de tres años de celebrado o en cualquier tiempo por causas que hagan imposible o indebida la realización de los fines del matrimonio, o por faltas graves de alguno de los cónyuges que hagan irreparable la desavenencia conyugal. Disuelto el matrimonio los cónyuges pueden contraer una nueva unión legítima." 47

En esta forma tan amplia en que la Ley de 1914 reconoció el divorcio vincular necesario, se comprendían dentro de la primera serie de causas es decir, las que hacían imposible o indebida la realización de los fines del matrimonio, las siguientes:

(47) Rojina Villegas Rafael, op.cit., p.353.

- a) impotencia incurable para la cópula, en cuanto que impedía la perpetuación de la especie.
- b) enfermedades crónicas e incurables que fuesen contagiosas o hereditarias.
- c) situaciones contrarias al estado matrimonial por abandono de la casa conyugal o por ausencia, pues al no realizarse la vida en común ya no se podían cumplir los fines matrimoniales.

En la segunda serie de causas podían considerarse a su vez las siguientes:

- a) faltas graves de alguno de los cónyuges que hicieran irreparable la desavenencia conyugal, es decir, se incluían los delitos de un cónyuge contra el otro, de un cónyuge contra los hijos y de un cónyuge contra terceras personas.
- b) los graves hechos inmorales de prostitución de la mujer, de tolerancia del marido para prostituirla o de la ejecución de actos directos para su prostitución así como la corrupción de los hijos.
- c) El incumplimiento de obligaciones conyugales en cuanto a alimentos y a abandono de hogar en condiciones aflictivas de un cónyuge o de los hijos.

Cuando el Gobierno Constitucionalista llega ya a establecerse en México se dictan Leyes con respecto a las relaciones familiares y que no sólo se refieren al matrimonio y al divorcio sino que en un concepto mas amplio se relacionan con la familia en su integridad. Es entonces cuando por la Ley de Relaciones Familiares se reforma el libro correspondiente del Código de 84.-- Don Venustiano Carranza había establecido ya tanto en las adicio-

nes al Plan de Guadalupe como en el informe de su gestión preconstitucional que dictaría dicha ley que es la del 12 de Abril de -- 1917.

VI.6 LEY DE RELACIONES FAMILIARES

A partir de esta ley expedida en 1917 por Venustiano Carranza se logró el paso definitivo en materia de divorcio al estatuir que el matrimonio es un vínculo disoluble, y que por lo tanto el divorcio sí daba término a dicho vínculo permitiendo a los divorciados celebrar nuevas nupcias. La primera ley sobre el divorcio vincular fue expedida por Carranza en el mes de diciembre de 1914 como ya antes dijimos.

El art. 75 de aquella ley estatufa; "El divorcio disuelve el vínculo de matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro."

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

El art. 140 estatufa: "La mujer no puede contraer segundo matrimonio sino hasta pasados 300 días después de la disolución del primero. En los casos de nulidad o de divorcio puede contarse ese tiempo desde que se interrumpió la cohabitación."

En la Ley de Relaciones Familiares se distinguen dos clases de divorcio; el necesario y el de mutuo consentimiento. En el primero median algunas de las causas señaladas en el art. 75.

Llámase forzoso porque cualquiera de los cónyuges se ve en la imperiosa necesidad de pedir por existir algunas de las causas que hacen imposible la vida en común y necesario porque se hace con el fin de solucionar una desavenencia conyugal.

Las causas que dan origen al divorcio necesario en la ley sobre relaciones familiares en su art. 76 son las mismas que establece el Código de 84 para la separación de cuerpos, sólo el criterio del legislador cambia en algunas de ellas: Ejemplo: La fracción IV del art. 76 de la Ley de Relaciones Familiares está en relación con la fracción XI del art. 227 del Código de 1884, pues las mismas palabras contenidas en esta fracción están contenidas en la fracción IV de la Ley de Relaciones Familiares, agregando el de 84, "anterior al matrimonio y de que no haya tenido conocimiento el otro cónyuge." Las fracciones V y VI de la misma ley que comentamos está en relación con la VI del art. 227 del Código de 84, también las fracciones VIII, IX y XI de la ley de referencia están en relación con la fracción VIII del art. 227 del Código mencionado.

En cuanto se refiere al divorcio por mutuo consentimiento en el Código de 84 no podía pedirse sino pasado dos años después de haberse realizado el matrimonio, en los términos siguientes: Una vez que se presentaba la solicitud, el juez citaba para una audiencia, en ella se procedía a establecer la concordia; si no se lograba transcurrido un mes a petición de uno de los cónyuges citaba para otra junta, y si tampoco en ella lograba su objeto se decretaba de plano el divorcio.

No es así en la Ley de Relaciones Familiares pues en esta se podía pedir el divorcio después de un año de celebrado el matrimonio, art. 82. El juez citaba para tres juntas mediando entre una y otra cuando menos un mes, y si los cónyuges estaban -

en su dicho, se decretaba el divorcio.

VI.7 CODIGO CIVIL DE 1928

Nuestro país no siguió el proceso histórico que ha sido frecuente en otras naciones. Entró de lleno en una legislación -- plenamente divorcista que admitió el divorcio sanción, el divorcio remedio y el divorcio por mutuo consentimiento. Nuestra legislación divorcista fue desde el primer momento especialmente -- amplia y liberal para las causas de divorcio.

Nuestro Código Vigente no queriendo cambiar la definición que nos da la Ley de Relaciones Familiares sobre el tema de divorcio, define al mismo en los siguientes términos: "El divorcio disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro." Art. 266 del Código Civil. Al leer la definición nos damos cuenta de que este Código aceptó la tesis que estableció la Ley de Relaciones Familiares, tesis que el Código de 84 jamás aceptó.

Durante la vigencia de nuestro Código que lleva algunos lustros de vida, se ha hecho uso del divorcio en forma sorprendente, si antes eran sólo las clases privilegiadas económicamente las que hacían uso de él, ahora observamos que nuestra clase media y aún la humilde están utilizando el último recurso que les queda que en muchos casos es el divorcio.

"Podemos dividir los diferentes divorcios que admite la legislación civil mexicana según diversos criterios?"⁴⁸

1.- Desde el punto de vista de la autoridad ante la cual se tramitan puede haber: divorcio judicial, o divorcio administrativo.

(48) Pacheco Alberto, op.cit., p.158.

2.- Desde el punto de vista de las causas que lo originan puede haber: divorcio necesario o divorcio voluntario.

Como el divorcio administrativo siempre es voluntario -- éste a su vez podemos subdividirlo en judicial y administrativo, -- siendo siempre judicial el necesario.

Sólo es posible el divorcio administrativo, "Cuando ambos consortes convengan en divorciarse y sean mayores de edad, no tengan hijos y de común acuerdo hubieren liquidado la sociedad conyugal si bajo ese régimen se casaron." (art. 272) Cuando se reúnan todos los supuestos expresados, los cónyuges pueden obtener el divorcio presentándose ante el Juez del Registro Civil que no obstante su nombre no es un Juez sino un Oficial administrativo y éste previa identificación de los consortes "levantará un acta en que haga constar la solicitud de divorcio y citará a los cónyuges para que se presenten a ratificarla a los quince días. Si los consortes hacen la ratificación el Juez del Registro Civil los declarará divorciados." El último párrafo del art. 272 orienta a los cónyuges para que si no se encuentran en ninguno de los casos previstos en éste, no pierdan la esperanza del divorcio y que acudan ante el Poder Judicial. El divorcio judicial puede ser según dijimos voluntario, o con causa (necesario).

A) EL DIVORCIO VOLUNTARIO

El divorcio voluntario necesita del común acuerdo de los divorciantes, los cuales deben estar conformes no sólo en el hecho del divorcio sino en la formulación del convenio a que se refiere el art. 273 o sea, los divorciantes deben de común acuerdo resolver:

1. La custodia y alimentación de los hijos durante el procedimien-

to de divorcio y después. (Frac. I y II)

2. El domicilio de ambos durante el proceso, pues desde la presentación de la demanda, no quedan obligados a vivir juntos. (Frac. III)
3. La forma en que cubrirán la pensión alimenticia de uno de ellos si procede. (Frac. IV)
4. La administración de la sociedad conyugal y su liquidación si - llega a obtenerse el divorcio. (Frac. V)

Si no hay acuerdo sobre todos estos puntos, no procede el divorcio voluntario. Este tipo de divorcio, llamado también divorcio sin causa pues ninguna debe aducirse para solicitarlo, no puede pedirse sino transcurrido un año de celebrado el matrimonio. --- (art. 274)

Observamos que es generalmente en relación con la custodia de los hijos el punto en que los cónyuges no llegan a un acuerdo - estrictamente legal para definir la situación de los hijos porque en realidad pretende alguno de ellos excluir al otro de la patria potestad. Es decir concede el divorcio siempre y cuando se le entregue la custodia de sus hijos menores y además que el otro cónyuge renuncie de hecho a la patria potestad. Ahora bien, como la patria potestad no es renunciable, se trata de buscar una manera de burlar a la ley, redactando el convenio de divorcio de tal manera que sin emplear la expresión categórica de que un cónyuge renuncia a la patria potestad sobre sus hijos, de hecho hace esa renuncia - porque se obliga a no visitarlos, a no intervenir en su educación - ni en su representación jurídica. En una palabra a no volver a tener trato alguno con sus hijos menores.

Cuando hay esa condición indebida impuesta por un cónyuge - al otro, a fin de que el divorcio se tramite de común acuerdo, no debe de ser aprobada por el juez. En dicho formato no se emplea el término renuncia de la patria potestad sin embargo existe de hecho

una verdadera renuncia si en algún sentido se impide el ejercicio de la patria potestad, que no puede perderse jamás en el divorcio voluntario.

La pérdida de la patria potestad, es sólo una sanción en el divorcio necesario contra el cónyuge culpable, y es el único caso en que el cónyuge inocente sí la ejerce exclusivamente. En el divorcio voluntario, la ley parte de que no hay causa imputable a ninguno de los consortes sino simplemente que es voluntad de ellos disolver el vínculo. Entonces no hay razón jurídica que justifique la pérdida de la patria potestad, pues el art. 448 del Código Civil dice: La patria potestad no es renunciable."

En cuestión de alimentos por lo que toca a los hijos, el convenio no sólo debe señalar los alimentos necesarios según las posibilidades de los padres en función de sus bienes, de sus recursos, de sus ingresos y de la condición social de los hijos para satisfacer estas necesidades, sino que además debe asegurarse debidamente el cumplimiento de la pensión alimenticia mediante la garantía o la forma que el juez considere suficiente. En la fracción II del art. 273 simplemente se dice que el convenio deberá precisar el modo de subvenir las necesidades de los hijos, tanto durante el procedimiento como después de ejecutoriado el divorcio; pero no se determina la garantía que debe otorgarse. Esto lo precisa el art. 275 en su parte final al mencionar: "Mientras que se decreta el divorcio el juez autorizará la separación de los cónyuges de una manera provisional, y dictará las medidas necesarias para asegurar la subsistencia de los hijos a quienes habrá la obligación de dar alimentos."

En cuanto a la obligación de dar alimentos en el divorcio voluntario a uno de los cónyuges, el art. 273 no habla del marido como obligado a dar alimentos a la esposa durante el procedimien-

to de divorcio, sino que la fracción IV se refiere al cónyuge deudor que deberá otorgar alimentos al cónyuge acreedor sin decirnos quien puede ser deudor y quien puede ser acreedor. Según las reglas generales podrá haber cónyuge deudor y cónyuge acreedor, y un cónyuge estar necesitado por carecer de bienes y de trabajo y el otro estar en condiciones por tener bienes o por recibir ingresos en virtud de su trabajo, de dar alimentos y entonces podrá ser el hombre o podrá ser la mujer quien respectivamente asuma la calidad de cónyuge deudor o cónyuge acreedor.

Tratándose de divorcio voluntario observamos que ninguno de los cónyuges una vez pronunciada la sentencia de divorcio tenía derecho a exigir alimentos al otro. (Posteriormente hablaremos de las reformas al respecto,) Sólo en el divorcio necesario el cónyuge culpable está obligado a dar alimentos al inocente pero es potestativo y por consiguiente lícito que en el convenio de divorcio voluntario se pacten alimentos de un cónyuge para otro, pero sin ser un requisito, por lo que no lo menciona el art. 273 que sólo limita a la obligación de estipular alimentos de un cónyuge para el otro, durante el procedimiento de divorcio. "En el divorcio por mutuo consentimiento salvo pacto en contrario los cónyuges no tienen derecho a la pensión alimenticia, ni a la indemnización que concede este artículo." (art. 288)

De acuerdo al art. 287 del Código Civil una vez ejecutoriado el divorcio, los alimentos que conforme a este artículo se imponen a ambos padres en el divorcio voluntario, y también en el necesario se limitan indebidamente por lo que toca a los hijos varones, hasta que lleguen a su mayoría de edad y por lo que toca a las hijas hasta que se casen siempre y cuando vivan honestamente.

B) DIVORCIO CON CAUSA (NECESARIO)

El divorcio con causa debe fundarse en alguna de las fracciones del art. 267 (con excepción de la frac. XVII) o en el supuesto del art. 268. Estas son las llamadas causales de divorcio.

Observamos que en el divorcio con causa sólo uno de los cónyuges quiere divorciarse pues de otra forma los divorciantes recurrirían al divorcio por mutuo consentimiento; sin embargo la sola voluntad de uno de los cónyuges no es eficaz para producir este tipo de divorcio. Nuestro Derecho no ha llegado aún al repudio unilateral para disolver el matrimonio. Normalmente la voluntad divorcista es la del cónyuge inocente pero hay casos en que el solicitante del divorcio es el culpable.

Ahora pasaremos a mencionar las diversas voluntades de los cónyuges divorcistas. Estas pueden ser:

1.- La voluntad divorcista del inocente.- Es el caso en que uno de los cónyuges comete un ilícito que la ley considera lo suficiente grave como para trastornar seriamente la vida conyugal, dando al inocente la facultad si lo desea de acabar con el matrimonio. Estas causales implican siempre un acto ilícito voluntario en uno de los cónyuges; en algunos casos ese ilícito va directamente contra los deberes conyugales: adulterio (art. 267 Frac I) propuesta de prostitución (Frac. III), corrupción de los hijos (Frac. V), abandono de hogar (Frac. VIII), sevicias (Frac. XI) amenazas o injurias graves (Frac. XI) negativa a cubrir la pensión alimenticia (Frac. XII), y en otros son faltas cometidas contra otras personas que el legislador ha considerado que en forma indirecta trastorna seriamente la vida conyugal tales como dar a luz un hijo ilegítimo (Frac. II), la incitación a cometer un --

delito (Frac. III, XVI, y la acusación calumniosa (Frac. XIII).- En todos estos casos como decimos, el autor del ilícito no está legitimado para solicitar el divorcio; - éste sólo se producirá si el inocente lo solicita.

2. La voluntad divorcista del cónyuge culpable.- En este caso -- la ley se ha mostrado especialmente liberal a favor del di -- vorcio, pues el autor del ilícito es quien puede pedir el divorcio. Es el caso de la Frac. IX del art. 267 que autoriza al culpable de un ilícito como legitimado para pedir el divorcio al permitirle -- solicitarlo si su cónyuge se separa de él por más de un año con -- causa suficiente para pedirlo y no lo pide. Podría pensarse que el cónyuge inocente cometió la falta de separarse por un año y no haber pedido el divorcio, cuando podía haberlo hecho. Las razones -- que pueden haber llevado al legislador a otorgar esta causal son -- quizá que después de un año de separación, la familia ha fracasado y es mejor terminar de una vez con esta situación.

Es esta una causal de divorcio cercana al repudio unilateral aunque no lo es completamente, pues se necesita la causa objetiva de la separación y la negativa del inocente a pedir el divorcio. - Como se ve, coloca al cónyuge inocente en la posibilidad de volver a unirse y perdonar antes de un año, o solicitar el divorcio -- pues si no su cónyuge culpable quedará legitimado para hacerlo.

3.- La voluntad divorcista de cualquiera de los cónyuges mediando una causa objetiva.- En estos supuestos no hay acto ilícito que de lugar al divorcio, sino causas objetivas, consideradas por el legislador como constitutivas de grave trastorno para la vida conyugal. Esas causas objetivas, pueden haberse provocado por el azar -

o con intervención de la voluntad de alguno de los cónyuges, pero que en este caso no fue una voluntad dirigida directamente contra el matrimonio o contra el otro cónyuge.

Es el caso de los divorcios por enfermedad de uno de los cónyuges (Fracs. VI y VII); la declaración de ausencia o presunción de muerte (Frac. X); la prisión por más de dos años (Frac. XIV); o los hábitos de juego, embriaguez o drogadicción (Frac. XV).

En relación con estas causales casi todos los autores señalan que el cónyuge sano es quien puede pedir el divorcio, pero la ley no distingue y no encontramos razones de peso para negar la legitimación al enfermo cuando el sano no desee el divorcio.

El art. 277 señala que el cónyuge sano si no quiere pedir el divorcio puede solicitar la separación en los casos de enfermedad siendo éste el único caso de separación sin rotura del vínculo que autoriza nuestra ley. Lo señalado en el art. 278 no es aplicable al caso, pues en estas hipótesis ninguno de los cónyuges ha dado causa al divorcio. "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." (art. 278)

4. La voluntad divorcista de cualquiera de los cónyuges sin mediar acto ilícito ni causa objetiva.- Es el caso de la Frac. XVIII del art. 267 que autoriza a cualquiera de los cónyuges a pedir el divorcio cuando han estado separados más de dos años, "independientemente del motivo que haya originado la separación."

La razón de esta causal parece ser la misma que la de la fracción IX: se presupone que el matrimonio de hecho ya no existe y es mejor acabar con él. El hecho de la separación por ejemplo, por causa de trabajo o por la educación de los hijos hecha de co-

mún acuerdo por los cónyuges, a los dos años se convierte en causal de divorcio.

C) EFECTOS DEL DIVORCIO EN RELACION CON LOS HIJOS

Durante el procedimiento de divorcio, los hijos quedan bajo la custodia de la persona que los divorciantes hayan acordado, o de quien señale el juez (art. 282 Frac.VI). Si los hijos -- son menores de siete años quedarán al cuidado de la madre, salvo peligro grave para los hijos, según señala el segundo párrafo de la Frac. VI del art. 282.

La sentencia de divorcio fijará la situación de los hijos conforme a lo que indica el art. 263, el cual en la nueva redacción de 1984 otorga facultades al juez para resolver todo lo relativo a la situación jurídica de los hijos: puede condenarse a uno o a ambos de los divorciantes a perder la patria potestad, o quedar esta suspendida sin que ello implique que se les dispensa de la obligación de alimentarlos, pues ésta deriva de la filiación y no del matrimonio que ya no existe. La obligación alimentaria-- termina con la mayoría de edad del hijo, a menos que éste se encuentre en estado de necesidad (art. 287 y 311).

D) EFECTOS DEL DIVORCIO EN RELACION CON LOS CONYUGES

Los efectos patrimoniales mas importantes del divorcio son que el culpable cuando lo hay, pierde lo dado o prometido por su consorte o por otra persona en consideración a éste.(art.286); debe liquidarse la sociedad conyugal si la había(art. 197) y en los casos de divorcios voluntarios la mujer tendrá derecho a una pensión por un tiempo igual a la duración del matrimonio mientras

permanezca divorciada (art. 288).

Estas pensiones derivadas del divorcio no son realmente pensiones de alimentos, pues se deben independientemente de la necesidad del acreedor o de la posibilidad del deudor; se deben por la sentencia y en el caso de divorcios causales más bien parece una indemnización a cargo del culpable. En el caso de divorcios voluntarios no puede decretarse una pensión a favor del esposo, a menos que se encuentre en estado de necesidad.

"En virtud del divorcio, los cónyuges recobrarán su entera capacidad para contraer nuevo matrimonio." (art. 289) estableciéndose una serie de limitaciones temporales a esta "entera capacidad."

Los divorciados tienen el estado civil de divorciado, sin que vuelvan a ser solteros por haber terminado con su matrimonio, pues soltero es quien no ha contraído matrimonio y equivale a célibe, que según el Diccionario de la Real Academia "dícese de la persona que no ha tomado estado de matrimonio."⁴⁹

VI.8 CUADRO SINOPTICO DE LAS CAUSAS DE DIVORCIO

El art. 267 del Código Civil enumera las causas de divorcio que ya hemos tratado en algunos casos anteriormente.

A continuación presentamos un cuadro sinóptico sobre las mismas, partiendo del Código Civil Vigente que es el ordenamiento que admite el mayor número de ellas, señalando las causas correspondientes en cada legislación anterior, y sin llegar a las últimas reformas que sobre el divorcio nuestra ley ha sufrido.⁵⁰

(49) Diccionario de la Lengua Española, Real Academia de España, p.288, Editorial Espasa-Calpe, S.A., 19a.Edición, Tomo II, Madrid, 1970.

(50) Rojina Villegas Rafael, op.cit., pp. 366-9.

CODIGO CIVIL VIGENTE	L.R.F.	C.C. de 1884	C.C. de 1870
ADULTERIO	Adulterio	Adulterio	Adulterio
Dar a luz un hijo ilegítimo	sí	sí	no
Propuesta del marido para prostituir a la mujer	sí	sí	sí
Incitación de un cónyuge al otro para cometer un delito	sí	sí	sí
Corrupción de los hijos	sí	sí	sí
Enfermedad hereditaria o contagiosa, crónica e incurable. Impotencia	sí	sí	no
Enajenación mental	sí	no	no
Abandono del domicilio conyugal (6 meses)	sí (6 meses)	(con justa causa un año) sí	(2 años) sí
Separación del domicilio conyugal con justa causa por más de un año	no	sí	no
Declaración de ausencia	no	no	no
Sevicias o injurias graves	Sevicias o injurias graves que hagan imposible la vida en común.	sí	Sevicia de un cónyuge para con otro.

CODIGO CIVIL VIGENTE	L.R.F.	C.C. de 1870	C.C. de 1884
Negarse a dar alimentos el cónyuge obligado a ello.	Ausencia del marido abandonando obligaciones inherentes al matrimonio, más de un año.	sí	no
Acusación calumniosa en delito que merezca más de dos años de prisión.	sí	sí sin limite de penalidad.	sí sin limite de penalidad.
Cometer un delito no político, que sea infamante, con pena mayor de dos años.	sí No requiere que sea infamante	no	no
Hábitos de juego o de embriaguez, uso de drogas enervantes	Embriaguez	no	no
Delito de un cónyuge contra el otro en cuanto a los bienes, o su persona.	sí	no	no
El mutuo consentimiento.	sí	sí	sí

Una vez enumeradas las causas del divorcio en el Código - Vigente, así como en los anteriores, pasaremos a hacer un breve - estudio de las mismas. Para el efecto habrá que distinguir deli- - tos de un cónyuge contra el otro, que comprenden las fracciones - I, III, IV, XIII y XIV; delitos de un cónyuge contra los hijos -- enumerados en la fracción V y delitos contra terceras personas -- previstos en la fracción XVI.

Observamos la situación de que si estos delitos para lle- - gar a ser causa de divorcio deben ser declarados así en una sen- - tencia pronunciada por un juez penal, y sólo hasta que se cumpla - este requisito, se pudiera proceder al divorcio fundándose preci- - samente en esa causa, lo que a su vez entraña otro problema: la - sustanciación del proceso penal trae consigo generalmente pase el - término de seis meses que dá la ley, para hacer valer la causa de - divorcio. No puede correr el término de seis meses sino hasta que - esté tipificada ya la causa de divorcio, en virtud de que el di- - vorcio 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 funda la demanda. El conocimiento de estos hechos mientras que no estén classifica- - dos como delitos no basta cuando sea necesario que una sentencía - penal lo declare así.

DEL ADULTERIO.- La primera causa que implica un delito de - un cónyuge contra el otro, es el adulterio debidamente probado. En - este caso no se requiere que exista sentencia en el orden penal - para tipificar el delito de adulterio. El juez civil puede apre- - ciar libremente las pruebas que se le presenten para acreditar el - adulterio que se le imputa al demandado, y ésto por la razón fun- - damental de que el adulterio es un delito que sólo se persigue a-

instancia o querrela del cónyuge ofendido, que puede simplemente ejercitar la acción de divorcio sin presentar querrela para que se sancione penalmente ese acto.

Como la jurisdicción civil es autónoma, y en el juicio de divorcio se pueden rendir pruebas distintas de aquellas que se presentaron en la causa penal, podrá el juez del divorcio considerar probado el adulterio para los efectos de disolver el matrimonio, justamente porque está operando sobre pruebas distintas de aquellas que haya tomado en cuenta el juez penal.

Con respecto al adulterio observamos un cambio en el Código Civil Vigente con respecto a los anteriores, exceptuando a la Ley de 1914 que no menciona causas específicas; pero el Código de 1870 y en el de 1884 y en la Ley de Relaciones Familiares, se hacía una distinción entre el adulterio del hombre y el de la mujer. El adulterio de la mujer siempre fue causa de divorcio en esos ordenamientos, en cambio el adulterio del hombre no fue siempre causa de divorcio; se requería bajo esos códigos de 1870 y 1884 y en la Ley de Relaciones Familiares, que además hubiera escándalo por virtud del adulterio, bien cuando el marido ofendía a su mujer, o cuando la adúltera ofendía de palabra o de obra a la esposa, o cuando el adulterio se realizaba en la casa conyugal, o era como consecuencia de un concubinato, de una relación continua con otra mujer. El Código Civil Vigente lleva a cabo la equiparación en el adulterio del hombre y el de la mujer. Por eso dice el precepto que será causa de divorcio, el adulterio debidamente probado de uno de los cónyuges, sin exigir ningún otro requisito.--- Además el art. 269 complementando al 267 agrega que cualquiera de los esposos puede pedir el divorcio por adulterio de su cónyuge. Esta acción dura seis meses contados desde que se tuvo conocimiento del adulterio, sin necesidad por lo tanto de que haya una sentencia del orden penal.

ACTOS DEL MARIDO PARA PROSTITUIR A SU ESPOSA.- La causa de divorcio que se hace consistir en el hecho de que el marido prostituya 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 art. 267 del Código Civil, puede ir más allá del 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. Dice textualmente la fracción III del artículo 267 del Código Civil: "Es causa de divorcio la propuesta del marido para prostituir a su mujer, no sólo cuando el mismo marido la haya hecho directamente sino cuando se pruebe que ha recibido dinero o cualquiera remuneración con el objeto expreso de permitir que otro tenga relaciones carnales con su mujer." A su vez el artículo 207 del Código Penal dispone. "Comete el delito de lenocinio I) Toda persona que habitual o accidentalmente explote el cuerpo de otra por medio del comercio carnal, se mantenga de éste, obtenga de él un lucro cualquiera. II) Al que induzca o solicite una persona para que contra comercie sexualmente con su cuerpo o le facilite los medios para que se entregue a la prostitución."

La idea de ilicitud que existe en ambos preceptos coincide en su aspecto esencial, pero para que se pruebe la causa de divorcio no exigirá el juez civil que se acrediten todos los elementos que para el delito de lenocinio requiere el Código Penal, y cuyos elementos deben justificarse plenamente para probar la existencia del cuerpo del delito. En tanto que el Código Penal comprende este comercio carnal indebido por la explotación del cuerpo de ---

otra persona, que podrá llevar a cabo un tercero, el Código Civil se refiere, sólo al marido frente a la esposa, pero no sólo cuando directamente la explote, sino también cuando le proponga prostituirla.

INCITACION O VIOLENCIA HECHAS POR UN CONYUGE AL OTRO PARA COMETER ALGUN DELITO.- En la fracción IV del mismo artículo 267-se declara que es causa de divorcio la incitación o la violencia-hecha por el cónyuge al otro para cometer algún delito, aunque no sea de incontinencia carnal. Aquí observamos que esta incitación-puede tipificar el delito previsto por el art. 209 del Código Penal, que textualmente dice: "Al que provoque públicamente a cometer un delito, o haga apología de éste o de algún vicio, se le -- aplicará prisión de tres días a seis meses y multa de cinco a cincuenta pesos, si el delito no se ejecutare. En caso contrario, -- se aplicará al provocador la sanción que le corresponde por su participación en el delito cometido."

Conforme al artículo 209 del Código Penal, se requiere que - alguien provoque públicamente a otro para cometer un delito, o bien, que haga la apología de éste o de un vicio, en cambio, la fracción-IV del artículo 267 del Código Civil, no requiere que esa provoca--ción sea pública, basta con que uno de los cónyuges incite al otro a cometer un delito, aún cuando no sea de incontinencia carnal o bien, que lleve a cabo violencia bien física, a través de fuerza, de tortura o moral para que se cometa el delito. Penalmente no se necesita que el delito se realice; pero si se ejecutare entonces habrá una coparti--cipación, serán responsables del delito respectivamente el que in--dujo, incitó o provocó para que se cometiera y el que lo realizó.--

ACTOS INMORALES DE UN CONYUGE PARA CORROMPER A SUS HIJOS.- La---
fracción V del artículo 267 comprende como causas de divorcio tan
to 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.--
Podrá darse el caso específico de corrupción de menores de dieci--
ocho años de edad, pero podrán ser los hijos mayores, y entonces--
ya no estamos ante ese delito, pero si ante el acto inmoral del--
padre o la madre que inducen o llegan a corromper al hijo o a la--
hija mayor de dieciocho años. Además por lo que toca al delito--
de corrupción de menores, que podrá realizar un tercero o cualquier
ra de los padres, se necesitan los requisitos que estatuye el ar--
tículo 201 del Código Penal, que dice: "Se aplicará prisión de--
seis meses a dos años y multa de cincuenta a mil pesos, al que---
procure o facilite la corrupción de un menor de dieciocho años,--
o lo induzca a la mendicidad". O bien que se incurra en los ca--
sos previstos por el artículo 202 al exigir que se empleen a me--
nores de dieciocho años en cantinas, tabernas y centros de vicio.
Incurrirán en el mismo delito los padres o tutores que aceptan---
que sus hijos menores, se empleen en dichos establecimientos.

SEVICIA, AMENAZAS E INJURIAS GRAVES.- En la fracción XI--
del artículo 267 se comprenden las causas de divorcio que con más
frecuencia se invocan ante nuestros tribunales. La jurispruden--
cia ha hecho aplicación amplísima de estas causas que consisten--
en la sevicia, las amenazas o las injurias graves de un cónyuge--
para el otro. Estas pueden llegar a tipificar o el delito de ame--
nazas, de injurias, o bien, constituir sólo desde el punto de vis--
ta civil una causa de divorcio independientemente de que se esta--
blezca por sentencia la existencia o comisión de esos delitos. --

Debemos entender la sevicia en función de su finalidad; que haga imposible la vida conyugal; que los malos tratos de palabra o de obra que la constituyen, den como resultado que rompa definitivamente la armonía entre los cónyuges, aunque no sean continuos. -- Según Jurisprudencia establecida en México, nuestra Suprema Corte ha considerado que la gravedad se tendrá que entender por el Juez, en función de hacer imposible la vida conyugal.

ACUSACION CALUMNIOSA HECHA POR UN CONYUGE CONTRA EL OTRO.--
La fracción XIII del artículo 267 estatuye como causa de divorcio la acusación calumniosa hecha por un cónyuge contra el otro, por el delito que merezca pena mayor de dos años. En el Código Civil de 1884 también se reconoció esta causa de divorcio, pero bastaba con que hubiera una acusación calumniosa de un cónyuge contra el otro, aun cuando fuera por un delito que tuviera cualquier pena. En cambio, el Código Civil vigente exige que la acusación --- sea grave, por imputar calumniosamente un cónyuge al otro, un delito que merezca una pena mayor de dos años de prisión.

Observamos que ésta es una causal que sí requiere previamente que se siga el juicio penal, se pronuncie sentencia y se -- declare inocente al cónyuge acusado por el delito que le imputó - al otro cónyuge. Si en esa sentencia se establece que el acusado es inocente de un delito que merecía una pena de prisión mayor de dos años, entonces el cónyuge calumniado tendrá plenamente comprobada su causa de divorcio; pero se requiere que la sentencia penal que declare su inocencia, cause ejecutoria.

DELITO COMETIDO POR UN CONYUGE EN CONTRA DE TERCERO. --
En la fracción XIV del artículo 267 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 sufrir una pena de prisión mayor de dos años. Observamos --- también en esta causa, que hasta en tanto no haya sentencia ejecu toriada que imponga al cónyuge que cometiere el delito una pena-- mayor de dos años de prisión, no se podrá configurar la causa de divorcio que la ley otorga al otro cónyuge, pero siempre y cuando el delito no sea político y resulte infamante.

COMETER UN CONYUGE CONTRA EL OTRO UN ACTO QUE SERIA DELITO SI SE TRATARA DE UN EXTRAÑO.- La fracción XVI señala como causa de divorcio, cometer un cónyuge contra la persona o los bienes de 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 refiere al caso--- previsto por el Código Penal de 1871, en el que no se sancionaba el delito de robo entre consortes y aun cuando penalmente no hu-- biera 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, si constituía una causa de divorcio,--- por lo que evidentemente estaba demostrando el propio legislador, cuando elaboró esta causal en 1928, fecha en que se promulgó el-- Código Civil vigente, que el delito debería apreciarse por el---- juez civil, para los efectos exclusivamente del divorcio, por---- cuanto que no había conforme al Código Penal el delito de robo--- entre consortes. En los demás casos, por ejemplo, lesiones entre cónyuges, sí implicaban un delito para los efectos del Código Pe-- nal, y, por consiguiente, ya no estaban regulados por esa fracción XVI sino por la XIV, en la actualidad, ya el Código Penal vigente no exceptúa el caso que sí admitía el de 1871, o sea el de que no había robo entre consortes y como conforme a este Código, sí hay-

delito si el ofendido se querrela.

DAR A LUZ UN HIJO CONCEBIDO ANTES DEL MATRIMONIO.- La fracción II del artículo 267 comprende como causa de divorcio el hecho de que la mujer dá a luz durante el matrimonio, un hijo concebido antes de celebrarse ese acto y que judicialmente sea declarado ilegítimo. 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 sí 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, implica además una injuria, que es la que se sanciona como causa de divorcio.

SEPARACION INJUSTIFICADA DE LA CASA CONYUGAL.- La fracción VIII del artículo 267 comprende la separación de la casa conyugal por más de seis meses, sin causa justificada. Esta separación no significa necesariamente abandono de todas las obligaciones conyugales.

Los artículos 336 y 337 del Código Penal establecen:

336.- "Al que sin motivo justificado abandone a sus hijos, o a su cónyuge, sin recursos para atender a sus necesidades de subsistencia, se le aplicarán de uno a seis meses de prisión y privación de los derechos de familia."

337.- "El delito de abandono de hogar sólo se perseguirá a petición del cónyuge ofendido o de los legítimos representantes de los hijos; a falta de representantes de los menores, la acción se iniciará por el Ministerio Público, a reserva de que el juez de la causa designe un tutor especial para los efectos de este artículo."

SEPARACION JUSTIFICADA DE LA CASA CONYUGAL POR MAS DE UN AÑO.- La fracción VIII del artículo 267, simplemente requiere que se demuestre el hecho objetivo de la separación de la casa conyugal y que no se pruebe por el demandado a quien se señala como -- cónyuge culpable, que tuvo motivo justificado para separarse.

Es motivo justificado para separarse, el que otro cónyu--- ge hubiere dado causa de divorcio; pero entonces, en relación con la fracción IX, debe entablarse la demanda de divorcio dentro del año, a partir de la separación, porque de lo contrario, es jurídico interpretar que, al pasar los seis primeros meses, quedó per--- donada la causa de divorcio que se tuvo para separarse y comienza a correr el término de seis meses de separación injustificada. De ahí la posibilidad de que el cónyuge que dió causa para que el -- otro se separara, si éste se separa y no entabla su demanda dentro del año, pueda el que motivó aquella causa, presentar a su vez demanda de divorcio.

VI.9 CARACTERISTICAS DE LA ACCION DE DIVORCIO

Las características de la acción de divorcio, son las -- siguientes: Es una acción sujeta a caducidad. Es personalísima. Se extingue por reconciliación o perdón. Es susceptible de renuncia y de desistimiento. Se extingue por la muerte de cualquiera-- de los cónyuges, antes de ser ejercitada o durante el juicio.

CADUCIDAD DE LA ACCION DE DIVORCIO.- Por caducidad se -- entiende en el derecho la extinción de una acción, de una facultad jurídica o de una obligación, por el transcurso del tiempo --, que determine la ley, sin que pueda evitar esa extinción, inte -- rrumpiendo el plazo o suspendiéndolo. La caducidad se caracteri-- za, por la extinción necesaria o inevitable de la acción, del de-

recho o de la obligación, por el solo transcurso del tiempo, de tal manera que para evitar que se extinga la situación jurídica sujeta a caducidad, no queda otra posibilidad que hacer valer respectivamente el derecho o la acción.

La prescripción es una forma de extinguir acciones, derechos u obligaciones por el transcurso del tiempo; pero se pueden interrumpir o en su caso suspender los plazos de prescripción que señale la ley. La prescripción no traerá consigo de manera fatal la extinción de las situaciones jurídicas, porque habrá siempre la posibilidad de interrumpir los plazos señalados por la ley o de suspenderlos en ciertos casos.

Cuando la causa es de tracto sucesivo, quiere decir que día a día se comete el acto que dá motivo al divorcio y, por lo tanto, no puede correr un término de seis meses tomando en cuenta los primeros actos que originaron esa causa supuesto que vienen en seguida otros en los que se reincide en la misma falta que dá origen al divorcio.

Son causas de tracto sucesivo el abandono injustificado del domicilio conyugal por más de seis meses, la ausencia, las enfermedades contagiosas, la locura incurable y la impotencia para la cópula. Las causas de realización momentánea, que no implican un estado, una situación que se prolonga en el tiempo, sino que se realizan en un momento dado, por ejemplo, injurias, adulterio, la propuesta del marido para prostituir a la mujer, o la corrupción de los hijos, sí pueden definirse en el tiempo. Pero se toma en cuenta no el momento en que realmente sucedieron los hechos, sino el momento en que el cónyuge inocente tenga conocimiento de los mismos. Podrá transcurrir un largo plazo para conocer el adulterio, pero a partir del momento en que se conozca, corre el término de seis meses de caducidad.

CARACTER PERSONALISIMO DE LA ACCION DE DIVORCIO.- Se entien-- de por acción personalísima aquella que sólo puede intentarse ex-- clusivamente por la persona facultada por la ley. En cambio, las acciones que no son personalísimas, pueden intentarse por los he-- rrederos y en ciertos casos por los acreedores, siendo susceptibles de una representación cuando exista incapacidad por minoría de --- edad o por enajenación mental. La acción de divorcio es persona-- lísima, por lo que no puede ser intentada por los herederos.

Tampoco los acreedores podrán substituirse al cónyuge inocen-- te por el interés pecuniario que tuvieren para intentar la acción. En el derecho se permite en ciertos casos, cuando un deudor no --- ejercita sus acciones y ello perjudica a sus acreedores, cuando--- las mismas puedan extinguirse, debido a su inactividad, que el---- acreedor se substituya a su deudor para hacer valer las acciones-- respectivas.

Frente a la consideración de que la decisión del divorcio de-- be ser personal y estrictamente subjetiva, en nuestro sistema ha-- prevalecido la idea de proteger al cónyuge inocente incapacitado,- y la protección jurídica se entiende en el sentido de que si con-- forme a la ley ha habido una causa de divorcio, por ejemplo que -- sea injuriado, ultrajado, que se cometan delitos en su contra que-- haya adulterio, abandono injustificado etc., la manera de proteger lo será ejercitando las acciones que la ley confiere.

LA ACCION DE DIVORCIO SE EXTINGUE POR RECONCILIACION O POR --- PERDON EXPRESO O TACITO.- Los artículos 279 y 280 del Código Ci-- vil vigente, respectivamente estatuyen: "Ninguna de las causas enu-- meradas en el artículo 267 puede alegarse para pedir el divorcio-- cuando haya mediado perdón expreso o tácito". "La reconciliación-- de los cónyuges pone fin al juicio de divorcio en cualquier estado

en que se encuentre, si aún no hubiera sentencia ejecutoria. En este caso, los interesados deberán denunciar la reconciliación al juez, sin que la omisión de esta denuncia destruya los efectos --- producidos por la reconciliación". En la Ley de Relaciones Familiares lo mismo en el Código de 1884 se contenían los dos preceptos transcritos y, además, el siguiente, que en la citada ley lleva el número 91: "La ley presume la reconciliación cuando después de presentada la demanda de divorcio ha habido cohabitación entre los cónyuges". Aun cuando el Código en vigor ya no reproduce este precepto, es evidente una presunción de reconciliación para los--- efectos de dar por terminado el juicio de divorcio.

Es esencial que haya una causa susceptible de perdón, y que el cónyuge inocente sea ante la misma el que está conforme en no--- intentar su acción de divorcio para reanudar la vida conyugal en todas sus manifestaciones externas y sobre todo, íntimas.

La reconciliación debe distinguirse del perdón. En la reconciliación no hay una causa definida que permita hablar de cónyuge culpable e inocente. Ante una disputa en la que el cónyuge al que se le considera culpable no admita la culpa, y tampoco existan --- pruebas evidentes de ella, puede el otro cónyuge que se estima subjetivamente inocente, reanudar la vida en común con todas sus manifestaciones y entonces, a pesar de que está planteada la controversia, de que la demanda de divorcio haya sido negada, de que no---- existan pruebas que permitiesen al juez concluir sobre la existencia de la causal, siempre y cuando aun no se hubiere dictado sentencia, por ejemplo aun en el período de alegatos, pueden los cónyuges reconciliarse, reanudando así la vida en común, y por esto--- decía el Código de 1884 y lo repite la Ley de Relaciones Familiares, que la cohabitación hace presumir la reconciliación.

LA ACCION DE DIVORCIO PUEDE SER OBJETO DE RENUNCIA O DE---
DESISTIMIENTO.- Por lo que toca a la renuncia, solamente pueden --
renunciarse las causas de divorcio ya consumadas; es imposible ju-
rídicamente renunciar causas de divorcio que pudieren ocurrir en -
el futuro; son susceptibles de renuncia todas las causas enumera -
das en el artículo 267, exceptuando la locura incurable, las en --
fermedades crónicas e incurables que sean además contagiosas o he-
reditarias, y la impotencia incurable que sobrevenga después de --
celebrado el matrimonio.

Puede también la acción de divorcio ser objeto de desisti--
miento, lo que implica una renuncia pero de la acción ya intenta --
da. Es decir, la renuncia puede presentar dos formas: antes de que
se intente la acción o una vez intentada. Pero en ambos casos la --
causa de divorcio ya está consumada. Si una vez conocida la causa-
de divorcio se manifiesta por el cónyuge inocente que la renuncia,-
no hay propiamente ni perdón ni reconciliación, simplemente no se -
ejercita el derecho de exigir el divorcio. Se prescinde de inten -
tar la demanda.

Puede la demanda ya haberse formulado, y estando en trámite
el juicio de divorcio es posible que el cónyuge actor se desista --
de la acción intentada.

Se extingue y se dá por terminado el juicio en el caso de -
muerte de cualesquiera de los cónyuges.

Se parte de la consideración de que la acción de divorcio--
tiene por objeto la disolución del vínculo matrimonial. De tal ----
manera que si por la muerte de uno de los cónyuges durante el jui --
cio, ya quedó disuelto el matrimonio, necesariamente el procedimien-
to debe terminar, porque ya no habrá materia para la sentencia.

El art. 290 en el Código Civil Vigente declara "La muerte-
de uno de los cónyuges pone fin al juicio de divorcio, y los here--

deros del muerto tienen los mismos derechos y obligaciones que tuvieran si no hubiera existido dicho juicio."

En el caso de muerte de un cónyuge, el otro, cuyo matrimonio quedó disuelto, si podrá heredar como cónyuge supérstite. Es de decir, para los fines de la herencia, es importante que no se haya fallado el divorcio, en virtud de que todo cónyuge supérstite tiene derecho a heredar en la sucesión legítima, como si fuese un hijo. Los hijos y el cónyuge supérstite heredan por partes iguales sólo que la porción del cónyuge se reduce en la medida de que tenga bienes, para igualar las porciones de los hijos.

Muriendo antes el cónyuge culpable, el inocente lo hereda, porque no se disolvió el matrimonio por divorcio. Pero si el cónyuge culpable muriese después de pronunciada la sentencia de divorcio, ya el inocente no podría heredar porque su matrimonio había quedado disuelto antes de la muerte.

LA ACCION DE DIVORCIO SOLO SE OTORGA AL CONYUGE QUE NO DIO CAUSA AL MISMO.- Otra característica de la acción de divorcio-- consiste en que sólo se otorga al cónyuge inocente, o en su caso, al cónyuge sano. Es decir, a quien no ha dado causa al divorcio.- Sólo puede pedir el divorcio el cónyuge que no hubiere dado causa a él, lo que equivale a decir que será el inocente o bien el cónyuge sano en los casos de enfermedades.

El artículo 275 dispone "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."

VI. 10 ULTIMAS REFORMAS AL CODIGO CIVIL EN MATERIA DE DIVORCIO.

Como lo establece el Plan Nacional de Desarrollo 1953 - 1955, -

en nuestro país el derecho se concibe y actúa como un instrumento de transformación social. Por lo tanto, la reforma jurídica, esto es, las tareas de actualización y modernización legislativas, se encuentran entre las prioridades del país.

Por lo que toca concretamente a la materia civil y familiar, profunda repercusión técnica y práctica tiene el decreto que reforma y deroga diversas disposiciones contenidas en el Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal y en el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal publicado en el Diario Oficial de la Federación de 27 de diciembre de 1983 y que entró en vigor el 26 de marzo de 1984.

El espíritu de la iniciativa y desde luego del ya aludido decreto del Congreso de la Unión, fue y es el fortalecimiento de la familia como núcleo básico de nuestra sociedad, la obtención de una igualdad real entre los cónyuges ante la ley y la protección efectiva y dinámica de los acreedores alimentarios, específicamente de los menores.

El Código civil ha sido objeto de diversas reformas a partir de su promulgación el 30 de agosto de 1928.

A continuación mencionaremos las reformas que sobre la materia jurídica del divorcio nuestra legislación ha recientemente sufrido.

A) DIVORCIO

Sobre esta figura jurídica, se introdujeron lo que consideramos positivos cambios, siempre inspirados en la equidad y respeto que deben prevalecer en el ámbito de las relaciones conyugales.

En nuestro derecho, primero se dió cabida al llamado divorcio por separación de cuerpos, que mantenía vigente el vínculo

matrimonial con subsistencia de las obligaciones de fidelidad y ministración de alimentos e imposibilidad de contraer nuevas nupcias (Códigos de 1870 y 1874).

El divorcio vincular se introdujo en México con los decretos del Presidente Carranza el 29 de diciembre de 1914 y 29 de enero de 1915. Por considerarla importante transcribiremos una parte de la exposición de motivos de los decretos antes mencionados:

"El divorcio que disuelve el vínculo es un poderoso factor de moralidad, porque facilitando la formación de nuevas uniones -- legítimas, evita la multiplicidad de los concubinatos, y, por lo tanto, ejerce en las costumbres públicas; da mayor número de familias y no tiene el inconveniente grave, de obligar a los que, por error o ligereza fueron al matrimonio, a pagar su falta con exclusividad de toda su vida." 51

El Código de 1928 consigna básicamente dos clases de divorcio el llamado voluntario y el conocido como necesario. La primera figura presenta dos posibilidades, a saber, el procedimiento que podemos calificar de judicial, previsto en la fracción XVII del artículo 267, y el artículo 272 último párrafo del Código Civil y el de trámite que se ha venido conociendo como divorcio administrativo. La segunda institución, o sea, el divorcio necesario, tiene su origen en las previsiones contenidas en las fracciones I a XVI y XVIII del antes mencionado artículo 267.

El artículo 267 del Código Civil fue objeto de reforma en sus fracciones VII y XII, habiéndosele adicionado asimismo la fracción XVIII.

Existen infinidad de ocasiones en que se debe hacer frente a demandas de divorcio por causales materialmente inventadas, artificiosas o vanales. El acudir en forma temeraria o irresponsable en demanda de un divorcio necesario no sólo resulta problemático y en ocasiones hasta infamemente desprestigio para los cónyuges, sino una

(51) Pacheco Alberto, op.cit., p.147.

pesada carga para la administración de justicia de lo familiar,.- Precisamente, pensamos que en un afán de desalentar la interposición de demandas de divorcio sin causa justa y suficiente, es que se reformó la fracción VII del artículo 267, previniendo que para utilizar la causal relativa a "padecer enajenación mental incurable", resulta preciso que exista previamente la declaración de interdicción que se haga del cónyuge demente

Se modificó el contenido de la fracción XII del artículo 267 especificando que la negativa injustificada de los cónyuges a cumplir con sus obligaciones alimentarias es causal de divorcio, sin que sea necesario agotar previamente los procedimientos tendientes a su cumplimiento.

No resultaba justa, la tesis antes prevaleciente, en el sentido de que para apoyar una demanda en la causal de que se trata, era necesario demostrar que no había sido posible hacer efectivos los derechos derivados del artículo 164 (derechos alimentarios) puesto que tal demostración implicaba la tramitación, muchas veces dilatada y costosa de toda controversia del orden familiar. Parece --- absurdo que quien tiene derecho a recibir alimentos y precisamente no le son satisfechos, esté en condiciones por tiempo y recursos - de llevar un juicio, previo a su demanda de divorcio, cuando en - éste puede solicitar, asimismo, el pago de las prestaciones alimentarias que le corresponden.

Una nueva causa se adicionó a las ya existentes consignándose en la fracción XVIII del artículo 267, misma que a la letra dice: "La separación de los cónyuges por más de dos años, independiente- mente del motivo que haya originado la separación, la cual podrá - ser invocada por cualesquiera de ellos."

Nuestra realidad social requería de una solución a la proble- mática derivada de la indefinición o indecisión de cónyuges cuya --

vida en común ya no resulta posible y que de hecho se encuentran-- separados por lapsos muy prolongados.

Con el mismo propósito de desalentar la formulación de deman-- das temerarias u ofensivas, el Poder Legislativo aprobó la reforma al artículo 268 del Código Civil previniéndose que el desistimiento de la demanda o de la acción sin la conformidad del demandado, da a éste derecho de pedir el divorcio. Antes de las Reformas resul-- taba hasta fácil iniciar un juicio con base en una causal inexis-- tente, discurrida o trivial. Si por ejemplo, al notificarse al-- demandado y producir éste su contestación, se veía que las cosas no iban como las había planeado o como las esperaba el actor, pues--- simplemente se desistía de la demanda o de la acción y el problema terminaba. Como se puede ver era fácil desprestigiar a una perso-- na enderezando en su contra una demanda temeraria y después gozar-- de plena impunidad. Con la reforma introducida se pone fin a la-- problemática que se expuso.

La derogación decretada respecto del artículo 271 es conse--- cuencia lógica de la reforma que sufrió la fracción VII del artícu-- lo 267.

Para evitar la interpretación errónea de que la suscripción-- de una demanda o promoción para un divorcio voluntario (por mutuo consentimiento), implica el perdón tácito de una o más causales en que un cónyuge pudiese fundar un divorcio necesario, se reformó el artículo 279 del Código Civil precisando que no se considera per-- dón tácito la mera suscripción de una solicitud de divorcio volun-- tario, ni los actos procesales posteriores.

Considerando la modificación propuesta y en su oportunidad de-- cretada al artículo 268 resultaba necesario adecuar el texto del-- artículo 251 suprimiendo la posibilidad de que el cónyuge que no haya dado causa al divorcio, "Prescinda de sus derechos" y sin mas obligue al otro a reunirse con él. Se reitera la necesidad del---

otorgamiento del perdón respectivo confirmándose asimismo la exigencia de recabar la conformidad del demandado para que proceda el desistimiento de la demanda o de la acción.

Con lo anterior se impiden además indebidas maniobras encaminadas a prolongar la indefinición matrimonial, que redundan en perjuicio de los cónyuges, sus hijos y de la sociedad misma. Por otra parte se mantiene abierta la opción para que los cónyuges puedan reconciliarse en cualquier momento.

El nuevo texto de la fracción VI del artículo 282 establece que salvo peligro grave para el normal desarrollo de los hijos, los menores de siete años deberán quedar al cuidado de la madre. La naturaleza misma de los cuidados maternales a los infantes justifica plenamente el contenido de la reforma.

El Código Civil Vigente contiene las reformas publicadas en el Diario Oficial de la Federación del 27 de diciembre de 1983. Dicha reforma aparece en los decretos, de los cuales se mencionan a continuación los artículos que se refieren al Código Civil.

Decreto que reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones del Código Civil para el D.F. en Materia Común y para toda la República en materia Federal y del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

Este ordenamiento entró en vigor el día 10. de Octubre de 1984, reformando los artículos 163, 172, 188, 194, 216, 232, 233, 267, -- 268, 273, 279, 281, 282, 283, 288, 302, 311, 317, 734, 1602, y 1635. Se derogó el artículo 271.

VI. 11 JURISPRUDENCIA ESTABLECIDA POR LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA EN MATERIA DE DIVORCIO.

DIVORCIO, NEGATIVA A DAR ALIMENTOS COMO CAUSA DE.-

Para que proceda la causal de divorcio por la negativa de uno de los cónyuges a dar alimentos al otro, es indispensable que el acreedor alimentista pida el aseguramiento de bienes o el embargo del sueldo del deudor alimentista, ya que no basta la simple negativa de dar alimentos, siempre que éstos puedan hacerse efectivos en la forma prescrita por la ley a menos de que, careciendo de bienes el deudor, no perciba sueldo o salario del que pueda descontarse la cantidad de dinero suficiente a cubrir la pensión alimenticia.*

*Jurisprudencia 175 (séptima época) Pág. 531, volumen 3a. Sala Cuarta parte Apéndice 1917 - 1975.

DIVORCIO, INJURIAS GRAVES COMO CAUSAL, DE. DEBEN DE EXPRESARSE EN LA DEMANDA LOS HECHOS EN QUE CONSISTEN Y EL LUGAR Y TIEMPO EN QUE ACONTECIERON.

Para que proceda la causal de divorcio por injurias graves, es indispensable que se expongan en la demanda los hechos en que consisten y el lugar y tiempo en que acontecieron, para que el demandado pueda defenderse y el juzgador pueda hacer la calificación de su gravedad, la que deberá ser de tal naturaleza, que haya imposible la vida conyugal.*

*Jurisprudencia 173 (sexta época), pág. 525, Vol 3a. SALA Cuarta Parte Apéndice 1917 - 1975; anterior Apéndice 1917 - 1965, Jurisprudencia 164, Pág. 515.

DIVORCIO, SEVICIA COMO CAUSAL DE.

La sevicia como causal de divorcio es la crueldad excesiva que hace imposible la vida en común, y no un simple altercado o un golpe aislado que pueden ser tolerados. Por lo tanto, quien invoca esta causal, debe detallar la naturaleza y las modalidades de los malos tratamientos, tanto para que la otra parte pueda defenderse, como para que el juez esté en aptitud de calificar su gravedad y si en realidad configuran la causal.*

* Jurisprudencia 177 (sexta epoca), Pág. 538, Volumen 3a. SALA - Cuarta Parte, Apéndice 1917 - 1975; anterior apéndice 1917- 1965,- Jurisprudencia 167, Pág. 520.

DIVORCIO, ABANDONO DEL DOMICILIO CONYUGAL COMO CAUSAL DE.

La causal de abandono del domicilio conyugal requiere la comprobación plena de los hechos o supuestos que la integran, y que son: a) la existencia del matrimonio b) la existencia del domicilio conyugal, y c) la separación de uno de los cónyuges de la morada conyugal por más de seis meses sin motivo justificado.*

*Jorge Fuentes Manriquez. Unanimidad de 4 votos. Séptima epoca, - Vol.38. Cuarta Parte. Pág. 53.

DIVORCIO, ABANDONO DE DOMICILIO CONYUGAL COMO CAUSAL DE.

La causal de divorcio consistente en el abandono o separación de la casa conyugal por más de seis meses sin causa justificada, se refiere a un lapso continuo y es de tracto sucesivo o de realización continua, por lo que la acción no caduca y puede ejercitarse cualquiera que sea el tiempo por el cual se prolongue el abandono, si los hechos que la motiva subsisten cuando se ejercita.*

* Jurisprudencia 154 (Sexta Epoca), Pág. 476, Volumen 3a. SALA cuarta parte Apéndice 1917 - 1965. Jurisprudencia, 148, Pág. 450.

DIVORCIO, ABANDONO DE HOGAR, ACUERDO DE SEPARACION.

Tanto en el abandono del domicilio conyugal sin causa justificada por más de seis meses, como cuando la causal se funda en la separación justificada por más de un año, en ambas situaciones, si la separación fue motivada por acuerdo mutuo entre los cónyuges-- para vivir separados, y posteriormente no se ha requerido al culpable para reintegrarse al domicilio conyugal no existe abandono de hogar y ninguna de las dos causales puede configurarse"

*Jurisprudencia 152 (sexta epoca), Pág. 471, volumen 3a. SALA---- Cuarta Parte, Apéndice 1917 - 1975; anterior Apéndice 1917 - 1965 Jurisprudencia 146, Pág. 476.

C O N C L U S I O N E S

- 1) La familia es una institución que ha existido desde los orígenes del hombre.
- 2) La familia no es una institución jurídica, pero entre sus miembros nacen derechos y obligaciones y éstas sí son materia del Derecho.
- 3) La Teoría Jurídica del matrimonio como contrato, es insuficiente. Nos adherimos a la idea de que debe considerarse al matrimonio como una institución de orden público.
- 4) Las instituciones familiares son de interés público. Esto no quiere decir que pertenezcan al Derecho Público. Caen totalmente dentro del campo del Derecho Privado pero el interés público que llevan en sí mismas hace que estas instituciones deban de ser organizadas por el Estado, que no las puedan modificar los interesados, que sus derechos sean irrenunciables a menos que la renuncia beneficie a la familia, que no sean negociables y que no prescriban.
- 5) Como ya lo habíamos mencionado con anterioridad, los esponsales no eran aceptados en los Códigos Civiles de 1870 y 1884, pues no reconocían esponsales de futuro. La Ley sobre Relaciones Familiares de 1917 volvió a dar cierta vida a la institución al otorgar una acción de daños y perjuicios a la parte ofendida ante una promesa de matrimonio otorgada por escrito y no cumplida por la contraparte. El Código Civil de 1928 amplía los efectos y por tanto subsiste aún en nuestro Derecho Civil el contrato de esponsales, o sea

la promesa de matrimonio. (artículo 139 Código Civil). Observamos que los esponsales no surten más efectos que el pago de daños y perjuicios y reparación del daño moral el cual lo establece el Juez en dinero en el caso de su incumplimiento. No es posible que surta mayores efectos el rompimiento de los esponsales por su propia naturaleza. Si la promesa de matrimonio obligara a contraer matrimonio, los esponsales estarían sustituyendo al matrimonio pues ya sería un real y verdadero contrato de matrimonio el que se estaría contrayendo bajo el nombre de promesa.

Consideramos que ésta es en verdad una institución poco usual en los tiempos actuales y que debería ser suprimida de nuestra legislación por su poca utilidad práctica en la actualidad.

- 6) Debemos de partir de la base de que una gran mayoría considera al divorcio como un arreglo no del todo positivo, nadie hasta la fecha ha pensado que el divorcio sea bueno ni que deba de promoverse por parte del legislador. Al contrario consideramos que lo mejor es que el matrimonio subsista, que las familias sean estables y que los cónyuges mantengan la situación conyugal sobre todo porque es la mejor forma de salvaguardar los derechos de los hijos.
- 7) Preferimos llamar "con causa" al divorcio que normalmente se llama "necesario" porque consideramos como impropia ésta denominación, ya que ningún divorcio es necesario si los cónyuges no lo quieren, no obstante que el texto legal usa esa terminología. (artículo 285 Código Civil).
- 8) Consideramos que el estado ideal de la vida humana legalmente es el del matrimonio monogámico, fundado para la ayuda mutua, la -

conservación de la especie, búsqueda del entendimiento y de la --
felicidad. Sin embargo es preciso reconocer que a veces el matri-
monio no cumple su misión por diversas causas en cuyo caso es de-
acceptarse el divorcio como un remedio para situaciones graves y -
justificadas.

Tanto el hombre como la mujer contraen matrimonio en uso de --
su libertad, pero si el transcurso del tiempo les demuestra la --
imposibilidad de una vida en común no debe existir poder que exi-
ja la subsistencia de un matrimonio que no se desea, ya que no --
habría resultados positivos de dos vidas unidas por la fuerza.

En caso de que haya hijos, éstos serían los más afectados --
por una situación así; sin embargo, si este problema es solucio-
nado con la garantía que el interés público reclama todo será --
satisfactorio; en caso contrario su incumplimiento debe sancionar-
se severamente e incluso perder la patria potestad, siendo ésta -
absorbida por los ascendientes paternos o maternos o en último --
caso por el Estado.

- 9) Hasta antes de 1917 nuestra legislación sólo reglamentó la separa-
ción de cuerpos. A partir de la Ley sobre Relaciones Familiares --
promulgada por Don Venustiano Carranza se operó un cambio radical-
en nuestro Derecho al aceptarse el divorcio vincular. Actualmente-
se acepta en forma muy restringida la separación de cuerpos, sola-
mente en el caso previsto por el artículo 277 del Código Civil;és-
to es, que uno de los cónyuges padezca sífilis, tuberculosis o --
cualquiera otra enfermedad crónica o incurable que sobrevenga des-
pués de celebrado el matrimonio o enajenación mental también incur-
rable.
- 10) Si comparamos la separación de cuerpos con la institución del di-
vorcio vincular, nos declaramos partidarios de éste último que ---
permite a los excónyuges volver a contraer matrimonio, ya que de -
otra manera consideramos que se propician uniones ilegítimas.

- 11) Es necesario que se reglamente la situación de la mujer que tenga hijos y recursos económicos, cuando ésta contraiga segundo matrimonio, en el sentido de que en estos casos el matrimonio lo realicen por régimen de separación de bienes a manera de protección para los hijos del primer matrimonio.
- 12) En el artículo 267 del Código Civil que señala las causas de divorcio, consideramos que varias de éstas resultan actualmente de poca utilidad práctica y podrían quedar comprendidas en una amplia interpretación de la injuria.

La causal I que menciona el adulterio de uno de los cónyuges casi nunca se aplica por la imposibilidad de su comprobación.

Las fracciones II - III - IV - V - XIII - XIV - XVI - representan una grave injuria de un cónyuge para el otro.

Por estas razones consideramos que únicamente deben de reglamentarse las siguientes causas de divorcio en el artículo 267 del Código Civil. La fracción VI - VII - VIII - IX - X - XI - XII - XV XVII y XVIII.

- 13) Con respecto a la fracción XVIII del artículo 267 del Código Civil que autoriza a cualquiera de los cónyuges a pedir el divorcio cuando han estado separados más de dos años, independientemente del motivo que la haya originado, consideramos que la Ley está presuponiendo que el matrimonio de hecho ya no existe y de esta manera nos acercamos al "repudio", pues no es necesario para que el divorcio se produzca ni la común voluntad de divorciarse, ni algún ilícito de los consortes, ni una causa objetiva y grave que trastorne la vida matrimonial; es suficiente comprobar el sólo hecho de la separación para que el divorcio proceda; separación que pudo haber sido provocada por el cónyuge que deseaba divorciarse, o aún puede proceder de una causa legítima y autorizada por el otro cónyuge. El hecho de la separación por ejemplo por causa de trabajo o por la educación de los hijos hecha de común acuerdo por los cónyuges, a los dos años se convierte en causal de divorcio.

B I B L I O G R A F I A

LIBROS

- 1) AGRAMONTE ROBERTO
Estudios de Sociología Contemporánea
Editorial Porrúa, S.A., 6a. Edición
México, 1963.
- 2) BONFANTE PEDRO
Instituciones de Derecho Romano
Traducción por Luis Rocci y Andres Larrosa
Ediciones Ariel, 3a. Edición
Madrid, 1 75.
- 3) CHIBLY - ABOUHAMAD - HOBAICA
Anotaciones y Comentarios de Derecho Romano I
Editorial Jurídica Venezolana, 3a. Edición, Tomo I
Caracas, 1978.
- 4) DE COULANGES FUSTEL
La Ciudad Antigua
Editorial Porrúa, S.A., 5a. Edición
México, 1983.
- 5) DE IBARROLA ANTONIO
Derecho de Familia
Editorial Porrúa, S.A., 1a. Edición
México, 1978.
- 6) D'ORS A., HERNANDEZ TEJERO, M.GARECA GARRIDO Y J. BURILLO
El Digesto
Editorial Aranzadi, 6a. Edición
Pamplona, 1972.
- 7) GUZMAN LEAL ROBERTO
Sociología
Editorial Porrúa, 11a. Edición
México, 1983.
- 8) IGLESIAS JUAN
Derecho Romano, Instituciones de Derecho Privado
Ediciones Ariel, 6a. Edición
Barcelona, 1972.

- 9) MARGADANT GUILLERMO
Derecho Romano
Editorial Esfinge, S.A. 5a. Edición
México, 1974
- 10) MATEOS MUÑOZ AGUSTIN
Gramática Latina
Editorial Esfinge S.A., 21a. Edición
México, 1983.
- 11) MAZEAUD HENRI LEON
Derecho Civil "La Familia"
Ediciones Jurídicas, 2a. Edición, V. IV
Buenos Aires, 1976.
- 12) OTORLAN M.
Instituciones de Justiniano
Traducción por Pérez Rivas
Editorial Bibliográfica, 5a. Edición
Argentina, Buenos Aires, 1960.
- 13) PACHECO ALBERTO
La Familia en el Derecho Civil Mexicano
Editorial Panorama, 1a. Edición
México, 1984.
- 14) PETIT EUGENE
Tratado Elemental de Derecho Romano
Editorial Nacional, 9a. Edición
México, 1976.
- 15) RECASENS SICHES LUIS
Tratado General de Sociología
Editorial Porrúa, S.A., 14a. Edición
México, 1976.
- 16) RODRIGUEZ DE FONSECA BARTOLOME AGUSTIN
El Digesto
Imprenta de Ramón Fernández, Tomo II
Madrid, 1872.
- 17) ROJINA VILLEGAS RAFAEL
Compendio de Derecho Civil "Personas y Familia"
Editorial Porrúa, S.A., 11a. Edición
México, 1976.

LEGISLACIONES

- 1) CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS
Libreria Teocalli, Imprenta Fernández
México, 1986.
- 2) ACTUALIZACION Y MODERNIZACION DEL DERECHO CIVIL Y MERCANTIL
Ortega Padilla Jose Ma.
Serie Legislación Mexicana, 1a. Edición
México, 1984.
- 3) CODIGO CIVIL PARA EL D.F. EN MATERIA COMUN Y PARA TODA LA
REPUBLICA EN MATERIA FEDERAL
Libreria Teocalli, Imprenta Fernández
México, 1986.
- 4) CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES
Editorial Porrúa, S.A. Trigesima sexta Edición
México, 1985.
- 5) CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL
Editorial Porrúa, S.A. Trigesima Edición
México, 1977.

OTRAS FUENTES

- 1) DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA
Real Academia de España
Editorial Espasa - Calpe S.A., Decimonovena Edición, Tomo II
Madrid, 1970.
- 2) ENCICLOPEDIA "EL HOMBRE",
Itálicos, Origen y Misterios
Editorial Uteha, S.A. de C.V., 1a. Edición Completa, V.6
España, 1983.