

308909

ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA

11
2y



Universidad Panamericana

Escuela de Derecho

Con Estudios Incorporados a la U.N.A.M.

EL DIVORCIO, RUPTURA DEL VINCULO FAMILIAR

T E S I S

Que para Optar el Título de:

LICENCIADO EN DERECHO

Presenta el Pasante

CARLOS ESPINOSA BERECHOEA

México, D. F.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

1987



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.

INDICE

INTRODUCCION.....	I
-------------------	---

CAPITULO I.- Evolución de la Familia Como Base de la Sociedad.....	1
---	---

1.- Las Hordas.....	2
2.- El Matriarcado.....	4
3.- El Patriarcado.....	7
4.- La Familia Romana.....	10
5.- La Familia en la Edad Media.....	13
6.- La Familia Moderna.....	18

CAPITULO II.- El Matrimonio Institución Jurídica.....	23
---	----

1.- Derecho Romano.....	24
1.1 Elementos.....	25
1.2 Clases.....	26
2.- Derecho Canónico.....	28
2.1 Evolución.....	28
2.2 Celebración.....	30
2.3 Impedimentos.....	32
3.- Derecho Mexicano.....	36
3.1 Naturaleza Jurídica.....	37
3.2 Elementos Esenciales y de Validez.....	41
3.3 Impedimentos para Contraer.....	43
3.4 Derechos y Obligaciones.....	46
4.- Otras Legislaciones.....	48

CAPITULO III.- El Divorcio, Disolución del Vínculo
Matrimonial..... 50

1.-	Derecho Romano.....	51
2.-	Derecho Canónico.....	55
2.1	Evolución.....	55
2.2	Clases de Separación.....	56
2.3	Anulabilidad del Matrimonio.....	60
3.-	Derecho Mexicano.....	62
3.1	Código Civil de 1870.....	62
3.2	Código Civil de 1884.....	64
3.3	Ley Sobre Relaciones Familiares... 65	
3.4	Código Civil de 1928.....	68
3.4.1	Naturaleza Jurídica.....	69
3.4.2	Clases.....	70
3.4.3	Causas.....	74
3.4.4	Efectos.....	86

CAPITULO IV.- El Divorcio, Causa de Desunión Familiar.. 90

1.-	Divorcio Unilateral Voluntario.....	91
1.1	Cónyuge Culpable.....	93
1.2	Problema Sicológico de los Hijos....	96
1.3	Tutela del Estado.....	105

CONCLUSIONES..... 113

BIBLIOGRAFIA..... 116

INTRODUCCION

Todas las instituciones sociales están relacionadas de modo directo con el avance cultural del hombre, y por tanto sujetas a una evolución conjunta con éste.

La familia no escapa a esta evolución y ha mostrado caracteres diferentes a lo largo del tiempo, al igual que lo han hecho el matrimonio y su disolución a través del divorcio.

Sin embargo, siempre se ha considerado a la familia como la base de la sociedad, como una célula integrante del organismo social, a pesar de haber revestido formas diferentes con el transcurso del tiempo.

El matrimonio es el medio idóneo de configurar a la familia, y así sucede en la inmensa mayoría de las veces, pero como las costumbres cambian con el devenir histórico, la legislación que ha regulado el matrimonio, ha sido modificada dando pie a abusos y atropellos en contra de la familia que por su trascendencia debiera ser cuidada y vigilada por el Estado, al considerarse que el matrimonio es la causa de la familia, ésta de la sociedad, y ésta parte integrante del Estado.

Uno de los mayores atentados perpetuados contra la familia, es la creación de la causal de divorcio contenida en la fracción XVIII del artículo 267 del Código Civil y que disuelve el vínculo conyugal, por la simple separación de los consortes por mas de dos años, dejando desamparados a los hijos y al cónyuge que no dio motivo a la separación.

No solo esta causal implica un atentado contra la familia pues en sí mismo considerado el divorcio, también lo es en la mayor parte de los casos, dando como resultado que las familias disueltas por causas divorcistas, aumentan en número día con día.

En virtud de la facilidad con la que actualmente se puede invocar el divorcio, también analizaremos que tan protegida está la familia en México por el Derecho, ya que en la realidad social, observamos que requiere mayor protección.

CAPITULO I

"EVOLUCION DE LA FAMILIA COMO BASE DE LA SOCIEDAD"

- 1.- LAS HORDAS
- 2.- EL MATRIARCADO
- 3.- EL PATRIARCADO
- 4.- LA FAMILIA ROMANA
- 5.- LA FAMILIA EN LA EDAD MEDIA
- 6.- LA FAMILIA MODERNA

1.- LAS HORDAS

Se considera a la horda como la forma más simple de unidad y convivencia social que ha existido. "Se entiende por sociedad simple aquella que, por constituir el protoplasma social no contiene otras mas sencillas, pues se descompone inmediatamente en individuos" (1).

Estaba compuesta de un número indeterminado de individuos, sin importar su sexo o número, siendo su única distinción dentro del grupo, la actividad que realizaban, pues había recolectores y consumidores.

En estos términos, este grupo social carecía de cohesión permanente, y sólo se encontraban todos juntos en determinadas empresas, que una vez realizadas traían como consecuencia la desunión de las pequeñas familias integrantes de la horda.

La autoridad dentro de este conglomerado, era ejercida por el más fuerte en un momento determinado y para una empresa concreta, ya que como dijimos anteriormente la dispersión del grupo ocurría cada vez que concluían una empresa. El parentesco tal y como lo conocemos ahora, resultaría imposible, ya que a los hijos se les consideraba como compañeros y la figura del padre o la madre se extendían a la comunidad y no al individuo.

Cuando se encontraban en un terreno árido, ocasionaba la disminución de los miembros de la horda debido a la escasez

(1) Agramonte, Roberto, Principios de Sociología, México, 1965, Editorial Porrúa, Pág. 77

de alimentos, pero cuando se situaban en terrenos fértiles, su desarrollo era notable y acontecía que temporalmente permanecían unidos y alejados de la guerra ya que las hordas no se mezclaban entre sí, mucho menos guerreaban y por lo general se mantenían aislados.

Debido a su escaso progreso y avance, el incesto y la promiscuidad estaban inmersos dentro del grupo ya que todos los hombres eran maridos de las mujeres y éstas esposas de aquéllos, consecuentemente los hijos eran del grupo y no de los individuos.

Con el paso del tiempo la horda evoluciona y tratan de controlar la promiscuidad por medio de la edad y el parentesco, ya que estos elementos se dan en el hombre de modo natural y no puede modificarlos, así solo los jóvenes y maduros tendrían por decirlo de un modo, capacidad de ejercicio en materia sexual, estableciéndose la primera división jerárquica en la horda; niños, jóvenes y viejos.

El parentesco, como lo apuntábamos anteriormente limita la promiscuidad en el sentido que las relaciones sexuales serán entre hermanos, de padre y madre, pues no se consideraban como tales a los medios hermanos de padre, así se casaban en un pequeño círculo y negando toda posibilidad a los extraños a la familia, naciendo así el matrimonio endogámico.

2.- EL MATRIARCADO

El origen mas remoto del matriarcado es el clan, donde la vida se hace sedentaria gracias al descubrimiento de la agricultura y la vida empezó a girar en torno de la mujer.

Así cuando la mujer primitiva tenía un hijo, ella era la conocida en el grupo social y no el hombre, que por su carácter transmigrante no se hacía cargo de la prole, y la mujer por tanto, debe satisfacer sus necesidades y las de sus vástagos, y ello hace que busque lugares fértiles donde sea factible la recolección de los frutos, y evitando los peligros que acarrea el trasladarse de un lugar a otro dentro de un ambiente errante, luego pues, la mujer siembra los frutos que aprendió a recolectar para su consumo, iniciando la agricultura y luego por resultado de su vida sedentaria el hilado, la alfarería, etc.

Con estas bases, la mujer adquiere un valor económico-social mucho más elevado que el del hombre Müeller-Lyer, atribuye al matriarcado influencias económicas que determina en 3 direcciones:

I.- La mujer se hizo sedentaria antes que el hombre;

II.- La mujer es la que inicia la agricultura;

III.- A esto hay que añadir el matrimonio de servidumbre. Siendo la mujer la primera en establecerse sedentariamente, mientras el hombre continuaba su vida móvil y vagabunda, el hombre, para casarse, hubo de trasladarse adonde

la mujer estaba, por que, siendo la mujer un valor económico mayor que el hombre, el clan prefería desprenderse del hombre que de la mujer, pues el interés del clan no puede ser trocar un elemento superior de trabajo por otro inferior". (2)

Claramente se observa el predominio femenino en esta época de la historia humana, al grado de que Pablo Krische considera el matriarcado como el que "Consistió principalmente, en que constituye una época clásica de valimiento femenino, no observada ni antes ni después" (3)

En esta época donde sólo la mujer era conocida, el parentesco se establecía por línea materna, así en el antiguo Egipto, los jeroglíficos decifrados por el francés Champollion solo referían el nombre de la madre.

Esta evolución se pudo dar gracias a los diversos cambios sociales ya comentados, además de la prohibición de relaciones incestuosas entre padres e hijos, a pesar de que subsistían entre hermanos.

Posteriormente y con el totemismo al que Mauro Lauri define como veneración tributada a un símbolo (animal, solar, mineral, etc.) "Constituyendo un vínculo religioso, una especie de alianza entre un grupo de hombres y una especie dada de seres

(2) Caso, Antonio, Sociología, México, 1964, Editorial Limusa, 13a. Edición, página 277

(3) Ibidem

o un ser dado" (4). El totem es un antepasado común a todos los miembros del clan, que se reconocen por descender de un mismo totem, apareciendo el matrimonio exogámico al buscar la pareja fuera del clan, ya que todos los miembros de un clan se consideraban con parentesco por su totem.

Originalmente, imperaba la comunidad de bienes, la producción de la riqueza y el consumo lo era también común, pero con el transcurso del tiempo y aunado al debilitamiento del matriarcado, aparece y toma fuerza la propiedad individual y con ella otra etapa en la evolución de la familia, que es, el patriarcado.

(4) Lauri, Mauricio, en Mitologías y Religiones, Enciclopedia UTHEA, Barcelona, 1956, Montaner y Simón, S.A. Editores, Vol. IX Pág. 450

3.- EL PATRIARCADO

Socialmente un grado más evolucionado que el matriarcado en cuanto a organización familiar, es el patriarcado que ahora nos ocupa y cuya principal característica se encuentra en que el poder se encuentra en manos del hombre, alrededor de él gira la organización económica, político, social, religiosa, etc., pues es tanto jefe, como padre y sacerdote a un mismo tiempo.

En términos generales se puede decir que la transición entre matriarcado y patriarcado se debió a razones económicas, así el hombre al morir no podía heredar a sus hijos ya que como el parentesco se establecía por línea materna, la herencia de éste pasaba a los hermanos y hermanas de su mujer y en la medida que fue aumentando la fortuna del hombre, por ser éste el que se apropiaba del ganado y los terrenos como recompensa de la guerra, vio la necesidad de suprimir el derecho materno para imponer el suyo propio.

Friedrich Engels, nos comenta que el cambio no fue difícil, ya que debido a la importancia económica que empezó a adquirir el hombre le valió para establecer "Que los descendientes de un miembro masculino permanecerían en la gens, pero los de un miembro femenino saldrían de ella, pasando a la gens de su padre" (5) vemos pues el nacimiento del Derecho Hereditario paterno.

(5) Engels, Friedrich, El Origen de la Familia la Propiedad Privada y el Estado, Madrid, 1983, Traducción cedida por Ediciones Progreso, Moscú a Editorial Sarpe, Pág. 109

Estos datos nos serían imposibles de conocer en la historia escrita dada su antigüedad, pero gracias a los datos reunidos por Bachofen, nos demuestra esa transformación social mediante los datos aportados por "Muchas tribus indias donde acaba de efectuarse o se esta efectuando, en parte por influjo del incremento de las riquezas y el cambio de género de vida" (6) también de ocho tribus pobladoras de la región del Missouri, dos de ellas tenían régimen matriarcal y seis de ellas evolucionan a régimen patriarcal y entre los Schannees, Miamies y Delaweres se ha introducido la costumbre de dar a los hijos un nombre de la "gens" paterna, comenta Bachofen.

Necesita el hombre asegurar la paternidad para con sus hijos y para ello deberá contar con la fidelidad absoluta e irrestricta de la mujer; en adelante ella estará sujeta al dominio del hombre, convirtiéndose en su esclava y en un instrumento de reproducción. El hombre llega a tener derecho de matarla así como a sus hijos, si es su parecer.

El hombre en este tiempo pretende el poder por medio de la apropiación de bienes incluyendo a la mujer, hijos y esclavos que valen por el esfuerzo de trabajo que puedan aportar para aumentar la propiedad y en consecuencia su poderío.

(6) Ibid Pág. 110

Igualmente importante es el aspecto religioso, Antonio Caso apunta que "El culto a los muertos, a los antepasados, es el soporte religioso del patriarcado, así como la propiedad su sostén económico" (7).

Todos los que están bajo la autoridad de un mismo jefe participan de un mismo culto, tiene 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 y por tanto considerabanse parientes entre sí los que tenían el culto al mismo dios o dioses en su caso.

Esta forma de organización familiar va ser la base de la familia romana, prototipo de la organización patriarcal.

(7) Caso, Antonio, Op. Cit. Pág. 281

4.- LA FAMILIA ROMANA

El concepto que de familia se habían formado los romanos, dista mucho de ser el actual, pues en aquella el patriarcado constituía un régimen artificial de parentesco, en tanto que, la familia actual se fundamenta en el matrimonio.

El parentesco patriarcal fue decreciendo en Roma y creciendo el consanguíneo debido a los pretores, los legisladores y los usos sociales, al grado de que a fines del imperio nos encontramos ya con que la familia consanguínea tenía más fuerza tanto jurídica como social que la patriarcal.

El romano entendía dos conceptos por el término familia;

A) "En el sentido propio se entiende por familia o domus la reunión de personas colocadas bajo la autoridad o manus de un jefe único" (8), así pues la familia constituida de esta manera se caracteriza por el régimen patriarcal dominante, "El padre o abuelo, es juez de su mujer y de sus hijos y tiene derecho de vida y muerte sobre ellos" (9), también podía excluir a sus descendientes por la emancipación, a modo contrario y con la adopción se hacía ingresar a extraños a la "domus".

(8) Petit, Eugene, Tratado Elemental de Derecho Romano, Madrid, 1924, Editorial Calleja, 9a. Edición, Pág. 96

(9) Guigieber, Charles, Historia Universal, Buenos Aires, 1956, Editorial Codex, S.A., Vol. I, Pág. 197

"Su poder también abarca hasta las cosas: todas sus adquisiciones y la de los miembros de su familia se concentran en un patrimonio único, sobre el cual ejerce él solo y durante toda su vida los derechos de propietario" (10). Asimismo el "paterfamilias" fungía como sacerdote de los dioses domésticos, donde las ceremonias del culto privado tenían por objeto asegurar a la familia la protección por parte de los ascendientes ya difuntos.

B) El otro sentido de familia para los romanos era "El paterfamilias y las personas colocadas bajo su autoridad paternal, o su manus, están unidos entre ellos por el parentesco civil llamado agnatio" (11)

Este parentesco subsistía aun con la muerte del "paterfamilias" y sus hijos convertidos en "sui iuris" a la muerte del padre se transformaban en jefes de sus propias familias.

El parentesco civil o agnaticio, donde las personas podían ocupar dos situaciones distintas: eran "paterfamilias" y por tanto "sui iuris", o si estaban bajo la autoridad de este eran "alieni iuris" y carecían de capacidad plena.

Además del parentesco civil, existía el natural o cognaticio basado en lazos de consanguinidad, pero siendo más restringido que el agnaticio, ya que este trae consigo la cognación, más sin embargo ésta, no podría originar por sí misma la agnación.

(10) Petit, Eugene, Op. Cit. Pág. 96

(11) Ibidem

Dentro de los llamados cognados se encontraba la madre con relación a sus hijos, pero lo podría ser agnada de ellos, si su matrimonio se realizaba "Cun Manus", y el efecto de ello era colocarla civilmente en el lugar de una hermana para con sus hijos del mismo modo eran cognados el padre con respecto a sus hijos y éstos con sus abuelos, es decir que el parentesco cognaticio se debía los vínculos naturales y el agnaticio a relaciones eminentemente jurídicas.

Con la evolución de Roma y el Derecho Pretoriano el parentesco cognaticio supera al civil, hasta triunfar en el imperio. La autoridad del "paterfamilias" disminuye y aumenta por tanto la de los "alieni iuris". La "manus" cae en desuso y se le concede valor jurídico al lazo que une a la madre e hijos con otros parientes consanguíneos y se les otorgan derechos sucesorios, exclusivos anteriormente a los agnados.

Es de este modo como gracias a una evolución lenta pero constante, llegamos al termino moderno de la familia, aunque siga sin tener las mismas características que nuestra familia actual.

5.- LA FAMILIA EN LA EDAD MEDIA

La Edad Media constituye un cambio radical en las costumbres, religión, familia, etc. La religión tuvo gran influencia en este cambio, gracias a que el cristianismo se había propagado velozmente en los pueblos del mediterráneo y desplazando a la religión pagana que predominaba en dichos pueblos.

La caída del imperio romano a causa de la invasión bárbara dá origen a la llamada Edad Media, dejando atrás a la Edad Antigua, Edad Media que se caracteriza tanto por el factor económico como el religioso.

En cuanto al factor religioso y en concreto al cristianismo con centro de acción en Roma, que es como ya dijimos que va ganando adeptos, ya que surge como algo distinto a lo conocido, no sólo por el aspecto monoteísta sino por los valores morales que encerraba, tales como la humildad, pobreza, abnegación, etc., muy diferentes a la riqueza y opulencia reinantes en el imperio.

Al hablar del económico, nos hemos de referir necesariamente al sistema feudal basado en la servidumbre, al efecto Antonio Caso comenta "La familia se convirtió en el feudo en donde, bajo la autoridad del señor y sus vasallos, vivían los siervos, los trabajadores rurales consagrados a la tierra que cultivaban... La servidumbre constituye el último grado de vasallaje" (12)

A pesar de la caída del imperio romano, el cristianismo no desapareció y lejos de ello adquirió tal fuerza que se llegó a convertir en la primera autoridad tanto política como social y moral.

Al desaparecer el imperio romano, la única autoridad que quedaba era la del Papa, ya que la organización administrativa-política romana, si bien es cierto que no desaparece, también lo es que se discrecía tanto en autoridades locales, que ocasionan la concentración de las ciudades en sí mismas, al grado de convertirse en un núcleo tan cerrado que satisfacía sus propias necesidades y adquiriendo la tierra un valor económico inigualable, puesto que las gentes se arraigan a ella, y ahí nacen y mueren.

(12) Caso, Antonio, Op. Cit. Pág. 287

En consecuencia de lo anterior, la familia feudal vivía de la tierra, convirtiéndose en una pequeña sociedad rodeada de otras pequeñas sociedades o familias, bastándose a sí mismas. "La solidaridad doméstica se ciñe en torno del hogar; los límites de la casa son los límites de la comunidad" (13), los hombres se atienen a lo que les dá la tierra, ellos la cultivan y las mujeres se dedican a los quehaceres domésticos, apareciendo así la familia cognatica donde, los lazos consanguíneos ocuparon el primer plano, importando el parentesco natural y no el legal como entre los romanos.

Todos esos pequeños asentamientos humanos eran independientes entre sí, "Cada dominio tiene su ley especial, establecida por los usos tradicionales, el señor es, al mismo tiempo, menos y más que un propietario territorial, según la concepción romana o moderna del concepto; menos porque su derecho de propiedad está limitado por los derechos hereditarios de los terrazgueros a su tenore; más porque su acción sobre esos terrazgueros sobre pasan mucho la de un simple propietario de la tierra" (14).

Así pues la sociedad estaba dividida en clases: la primera compuesta por los señores y el clero, apoyados ambos en la segunda o sea los siervos; y dentro de éstos existían los paisanos y los siervos propiamente dichos. Los paisanos tenían un poco más de libertades que los siervos, como mudarse

(13) Ibid, Pág. 286

(14) Pirenne, Henri, Historia de Europa desde las Invasiones Hasta el Siglo XVI, México, 1981, Editorial Fondo de Cultura Económica, 4a. Reimpresión, Pág. 76

libremente de tierras, transmitir bienes a sus hijos, derechos éstos negados a los siervos, aunque tenían que pagar ciertos tributos, vender con la autorización del señor y estaban obligados a prestar servicio militar. En tanto que los siervos podían ser vendidos junto con la tierra que tenían dada en arrendamiento perpetuo, pagando tributo al señor y cultivando gratuitamente sus tierras.

Los señores no eran iguales todos ellos, pues según sus tierras y riqueza era su poderío, al igual que el clero empezó a incrementar su patrimonio notablemente con las donaciones raíces, otorgadas por los señores antes de morir, incrementando también la autoridad político social que tenían.

La religión había creado lazos muy estrechos en la familia, sólo se permitía un sólo matrimonio y se exhortaba a la fidelidad de los cónyuges, en especial de la mujer al hombre, puesto que éste era la cabeza de la familia.

La iglesia se transforma entonces en guía de la familia la cual estaba sometida a la autoridad eclesiástica que aconsejaba obediencia del hombre para con la iglesia y de la mujer al hombre, pero no como esclava sino como compañera, por último de los hijos a los padres.

En la familia feudal se da el nacimiento del mayorazgo o sea que el primogénito recibía los bienes de los padres al morir éstos, quedando excluidos los demás hermanos.

El jefe de familia era el encargado de decidir el futuro matrimonial de sus hijos, tanto en las familias de señores como en la plebe, predominando el interés de la familia

en adquirir poder, dinero, posición o cualquier otro bien con el matrimonio. "Por lo común la futura joven del príncipe es elegida por los padres de éste si aún viven o en caso contrario, por el mismo, aconsejado por los grandes feudatarios, cuya opinión en estos casos, tiene gran peso" (15).

Al paso del tiempo "La familia feudal comienza a decaer en su influencia social, a medida que se desintegra el elemento religioso que la sustenta" (16), posteriormente desaparece el mayorazgo, disolviéndose la vieja familia medieval.

(15) Engels, Friedrich, Op. Cit. Pág. 144

(16) Caso, Antonio, Op. Cit. Pág. 287

6.- LA FAMILIA MODERNA

El naciente régimen económico del renacimiento exige a gentes libres y capaces para contratar, como un sistema económico novedoso, que ocasiona un nuevo cambio en la familia y en sus costumbres.

Al desaparecer el mayorazgo todos los hijos tenían derecho a una parte alicuota de sus padres a la muerte de éstos, provocando también disolución familiar.

Las costumbres se relajan, la vida hogareña desaparece, confiando las madres a sus pequeños hijos a nodrizas, los hijos recibían la educación de las institutrices y posteriormente de las universidades y después se incorporaban a la sociedad, ajenos a la unión familiar.

Henri Pirenne nos comenta que fue una época de relajamiento de lazos conyugales e incremento de asesinatos y envenenamientos, en fin una crisis moral en todos los ámbitos de la sociedad, "Y sin embargo, se ve apuntar, en medio de este desorden, el sentimiento de la libertad individual, el de la dignidad del hombre, el de la belleza, el de la energía y el de la responsabilidad del individuo ante su propia conciencia" (17).

(17) Pirenne, Henri, Op. Cit. Pág. 376

En resumen podemos caracterizar al renacimiento como una época de exaltación del individualismo y de relajamiento en la moral que trae como consecuencia que las familias se desunan por razón de los intereses particulares de los individuos que lo componen.

Debemos atribuir a esta relajación de costumbres al movimiento de reforma que revive nuevamente la institución del divorcio en europa aunada a la corriente contractualista surgida en el siglo XVI, que consideraba a la voluntad como suprema autoridad en los contratos, y así al matrimonio se le consideró como contrato debido a que solo la voluntad de los contrayentes podía dar lugar a él, y como consecuencia también al divorcio y con esta desintegración familiar y un alejamiento de la iglesia, factor de cohesión en el época medieval.

La característica principal de la familia contemporánea y a diferencia de sus antecesoras es que los lazos familiares son muy elásticos, permitiendo que cada integrante del núcleo familiar busque su independencia económica, sin importar su sexo o cultura, y que vive rodeada de un régimen económico de capitalismo sustentado en el proletariado.

Este cambio se empieza a gestar con la Revolución Industrial del siglo XVIII, con la invención de las máquinas que trajo como consecuencia la aparición de las fábricas que mejoraban notablemente la calidad, cantidad y precio de los artículos laborados anteriormente en los talleres familiares.

Así mismo los recursos económicos de las familias cambiaron notablemente, pues derivado del maquinismo se generó un gran desempleo y salarios ínfimos en las grandes fábricas, por lo que, la mujer debe acudir también a ellas a solventar la penuria económica que agobiaba a la familia.

La familia se reduce notablemente en virtud del escaso salario que ingresa a ellas y se limita ésta a las posibilidades patrimoniales de la misma, ya no es la gran familia de antaño donde el jefe de familia era la máxima autoridad de hijos, hermanos, primos etc.

Del mismo modo las relaciones interpersonales de la familia dan un giro radical, en efecto, como la madre y los hijos deben trabajar para incrementar las posibilidades pecuniarias de la familia, se incrementa la libertad de los hijos con detrimento de la autoridad paterna.

Al paso del tiempo y con la llegada de la primera guerra mundial, la escasez de mano de obra produce que la mujer llegue a superar inclusive al hombre en las fábricas de armamentos, acentuando su independencia. La mujer entonces incurciona en campos antes excluidos a ella, y a consecuencia de su independencia económica acude a las universidades cultivándose en áreas de la medicina, arquitectura, leyes etc., logrando entonces la independencia ya no solo económica sino también social, los legisladores de la mayoría de los sistemas jurídicos en el mundo la equipararon jurídicamente al hombre.

Las relaciones familiares decíamos se transforman, los hijos van creándose su propia personalidad dentro del seno familiar, entre padres e hijos hay un trato afectivo y cordial,

desapareciendo el temor a los padres, por su autoritarismo para reemplazarlo por amistad y comprensión.

En consecuencia de todo lo anterior, la mujer que contrae matrimonio sabe valerse a si misma y que puede salir adelante con la tarea de sustentar a los hijos en caso de falta de padre o bien existiendo éste, no sean suficientes los recursos aportados a la familia.

"Estos desarrollos realzan la importancia de la familia como proveedora de una base emocional segura para la participación de sus miembros en sociedad" (18).

Talcott Parsons opina que debido al incremento de las tensiones fuera del hogar, ocasionadas por el trabajo, y la escuela "El proceso general ha sido de diferenciación enfocándose la familia nuclear (entendiéndose unitaria por nuclear) en el mantenimiento de patrones conectados con las personalidades de sus miembros" (19).

Joseph Hoffner citando a Wilhelm Heinrich opina que "La posibilidad de toda estructura orgánica de la sociedad civil se encuentra ya en germen en la familia como la encina se encuentra en la bellota". (20)

(18) Parsons, Talcott, El Sistema de las Sociedades Modernas, México, 1974, Editorial Trillas, Pág. 128

(19) Ibidem

(20) Hüffner, Joseph, Matrimonio y Familia, Madrid, 1966, Editorial Rialp, Pág. 81

Cabe señalar que aun y "Que la familia es el fundamento de la sociedad, el primer ámbito de toda educación y cultura" (21), no quiere con todo, decir que en ella se encuentre, como simplificaciones miniaturizadas las complejas relaciones sociales. Del mismo modo y siguiendo a Wilhelm Henrich, "El Estado presupone la familia, pero no es de ningún modo una familia ampliada" (22).

En resumen es válido afirmar que la familia es la célula de la sociedad, porque el complicado encabezamiento de la vida social no tendría consistencia en la familia.

(21) Ibid, Pág. 82

(22) Ibidem

CAPITULO II

"EL MATRIMONIO INSTITUCION JURIDICA"

- 1.- DERECHO ROMANO
 - 1.1 ELEMENTOS
 - 1.2 CLASES

- 2.- DERECHO CANONICO
 - 2.1 EVOLUCION
 - 2.2 CELEBRACION
 - 2.3 IMPEDIMENTOS

- 3.- DERECHO MEXICANO
 - 3.1 NATURALEZA JURIDICA
 - 3.2 ELEMENTOS ESENCIALES Y DE VALIDEZ
 - 3.3 IMPEDIMENTOS PARA CONTRAER
 - 3.4 DERECHOS Y OBLIGACIONES

- 4.- OTRAS LEGISLACIONES

I- DERECHO ROMANO

Roma en sus comienzos, era una ciudad aislada que no reconocía mas que sus leyes y que éstas, por tanto, sólo protegían a los romanos al grado de que los extranjeros que no se encontraban bajo la protección del rey o de un "pater", no podían alegar derechos en Roma.

Esta concepción tan estrecha de la ciudad se manifiesta también en la familia porque los romanos "Ven en la familia la base y sostén del Estado". (23), así cada familia es una pequeña comunidad política y religiosa, donde el "pater" es a una sola vez juez, sacerdote y soberano. Este poder lo adquiere por medio de la "manus" misma que realiza por excelencia la concepción de la idea de familia, y es la única forma de conservar su cohesión, y partiendo desde el punto que la "manus" se adquiere con el matrimonio, en un principio debiera confundirse ambos términos.

El matrimonio en Roma tenía gran importancia por su finalidad de procreación de los hijos, asimismo la mujer por el solo hecho del matrimonio participaba en el rango social del marido, de sus honores y culto, logrando la unión marital más profunda y duradera si se acompañaba con la "manus" al matrimonio, cosa que como dijimos antes era frecuente en los primeros siglos.

(23) Ramírez Mac Gregor, Carlos, El Matrimonio, Madrid, 1930, Editorial Reus, S.A., Pág. 15

1.1 ELEMENTOS

Las condiciones de validez en el matrimonio romano pueden considerarse:

A) Pubertad.- Se refiere a la edad física en que los contrayentes fueran capaces de procrear hijos, perpetuando las familias y finalidad del matrimonio.

B) Consentimiento de los esposos.- Durante mucho tiempo la autoridad del "pater" negó a los futuros esposos su libertad de aceptación del vínculo, pero en el imperio ya no poseían este derecho sobre los contrayentes.

C) Consentimiento del "pater".- Se requiere la autorización del pater por ser éste el "Sui Iuris" de la familia y por tanto el rector de la familia, y cabe mencionar que el consentimiento de la madre era intracendente por carecer ésta de autoridad.

D) "Connubium".- Es la facultad para contraer legalmente matrimonio sin embargo solo los ciudadanos romanos contaban con Connubium" por tanto solo podían celebrar matrimonio los ciudadanos romanos, siempre y cuando no tuvieran parentesco en línea recta hasta el infinito y en línea colateral solo se encontraba prohibido entre hermanos, tíos y sobrinos. Por último durante algún tiempo entre patricios y plebeyos.

El romano concebía al matrimonio con dos elementos indispensables; el primero un elemento físico que consistía en la comunidad de vida exteriorizado por la "manus" como dijimos anteriormente y el segundo en un elemento espiritual consistente

en la intención de vivir juntos o "Affectio Maritalis", se requería que se mantuviera ese deseo de vida en común no sólo al momento de celebrarse el matrimonio sino a lo largo de éste, pues en el momento que se extinguía la "Affectio Maritalis" se extinguía también el matrimonio.

1.2 CLASES

En cuanto a las formas matrimoniales, los documentos históricos, consagran tres diferentes maneras:

A) "Confarreatio".- Es el acto solemne verificado ante la presencia del gran pontífice, de la sacerdotiza de Júpiter y ante diez testigos que representaban a las curias de Roma. Se ofrendaba a Júpiter un pan hecho con harina de trigo que parece ser comían los cónyuges, significando la unión de vida y religión. "La mujer se desprendía de su gens y se asociaba al culto de su marido, tomaba su nombre y estaba con respecto a él en manu mariti". (24).

B) "Coemptio".- Era un acto meramente civil, diferenciado de la "confarreatio" por el carácter religioso de ésta. Era llevada a cabo por medio de una venta imaginaria a través de la emancipación. La forma era igual que para adquirir las cosas preciosas, ante el "Libre Pens" y los cinco testigos, solo que la fórmula que se invocaba, era diferente puesto que se "compraba" a la mujer para tener hijos y no esclavos como los de la concubina, preguntándole en el acto si quería ser "Mater Familias" y ésta a su vez al marido si quería ser "Pater Familias". La "manus" al igual que en la "confarreatio" surtía los mismos efectos por el acto matrimonial.

(24) Ibidem, Pág. 18

C) "Usus".- Era una adquisición por una especie de "Usucapio" y por tanto carecía totalmente de formas impuestas. Su origen eran relaciones sexuales fuera de matrimonio que pasado un año se transformaba en matrimonio "Cun Manus", sin ninguna ceremonia o requisito adicional.

En cuanto a los efectos del matrimonio, y con respecto a los esposos de "Vir" y "Uxor" participando la mujer según ya hemos visto de la condición social del marido. Los maridos se deben fidelidad a pesar de castigar mas severamente el adulterio de la mujer.

En cuanto a los bienes, éstos seguían la misma suerte de la mujer por efecto de la "manus", y salvo que el matrimonio se pactara "Sine Manus" el hombre podía disponer de ellos como propietario. Con respecto a los hijos, si nacían de matrimonio se consideraban legítimos y estaban bajo la autoridad del padre, o abuelo si el padre era "Alieni Iuris" teniendo una relación civil con éste de agnado y cognado con la madre.

Una vez revisado lo anterior, se desprende facilmente el interés del pueblo romano en la continuidad de la especie a través de mecanismos que aseguraran a la familia como base del Estado y la sociedad, por medio del matrimonio, incluso fue tal su celo por preservarlo y proteger a la familia, que lo redujeron a los ciudadanos romanos, evitando que los extranjeros o esclavos formaran parte de los matrimonios romanos.

C) "Usus".- Era una adquisición por una especie de "Usucapio" y por tanto carecía totalmente de formas impuestas. Su origen eran relaciones sexuales fuera de matrimonio que pasado un año se transformaba en matrimonio "Cun Manus", sin ninguna ceremonia o requisito adicional.

En cuanto a los efectos del matrimonio, y con respecto a los esposos de "Vir" y "Uxor" participando la mujer según ya hemos visto de la condición social del marido. Los maridos se deben fidelidad a pesar de castigar mas severamente el adulterio de la mujer.

En cuanto a los bienes, éstos seguían la misma suerte de la mujer por efecto de la "manus", y salvo que el matrimonio se pactara "Sine Manus" el hombre podía disponer de ellos como propietario. Con respecto a los hijos, si nacían de matrimonio se consideraban legítimos y estaban bajo la autoridad del padre, o abuelo si el padre era "Alieni Iuris" teniendo una relación civil con éste de agnado y cognado con la madre.

Una vez revisado lo anterior, se desprende facilmente el interés del pueblo romano en la continuidad de la especie a través de mecanismos que aseguraran a la familia como base del Estado y la sociedad, por medio del matrimonio, incluso fue tal su celo por preservarlo y proteger a la familia, que lo redujeron a los ciudadanos romanos, evitando que los extranjeros o esclavos formaran parte de los matrimonios romanos.

2.- DERECHO CANONICO

Es un hecho que una de las instituciones donde mas influencia ha tenido el Derecho Canónico, es evidentemente en la formación de la familia, y dentro de ésta, el matrimonio ocupa un lugar muy especial.

Ya analizamos como en la Roma primitiva el matrimonio tuvo un carácter eminentemente religioso con la "confarreatio", hasta que evolucionó a una forma meramente consensual, del mismo modo también ha evolucionado el matrimonio canónico aunque en otros términos.

2.1 EVOLUCION

El matrimonio canónico evoluciona principalmente después de la venida al mundo de Jesucristo y a consecuencia de los principios de la religión católica, cuya influencia se hace sentir en los emperadores romanos, al grado de convertirlos al cristianismo. Posteriormente y con la caída del imperio romano de occidente la iglesia sigue teniendo el mismo poder disciplinario reglamentado con los concilios, pero ahora ya no frente a las leyes del imperio romano sino a los reyes bárbaros y no es hasta el siglo X cuando la iglesia según Salvioli "Conquista plenamente la jurisdicción del matrimonio ... y en adelante no juzga sino en virtud de un derecho propio, y no aplica sino las leyes adoptadas por ella" (25)

(25) Ibid, Pág. 44

Para Lehmann, el matrimonio es "Intima comunidad de vida entre dos personas que con la propagación de la especie participan de la divina fuerza creadora, es por ello mismo también una vinculación de carácter religioso" (26).

La iglesia reivindica exclusivamente su jurisdicción, en virtud de considerarlo institución divina y sacramento, entendiéndolo por tal "Signo sensible instituido por Cristo para conferir la gracia que significa" (27), reconociendo su aspecto civil en cuanto a registro y efectos patrimoniales.

Struve considera que Jesucristo elevó a sacramento el matrimonio natural, es decir el llevado a cabo fuera de la doctrina católica "Como prolongación de la obra de Cristo" (28).

La definición clásica del matrimonio para el Derecho Canónico la da Pedro Lombardo en los siguientes términos:

- (26) Lehmann, Henrich, Derecho de Familia, Madrid, 1953, Editorial Revista de Derecho Privado, Pág. 43
- (27) González Lobato, Juan Antonio, Razones de la Fe, Madrid, 1980, Editorial E.M.E.S.A., Pág. 15
- (28) Struve Haker, Ricardo, Las Causales Canónicas del Divorcio Bogotá, 1944, Editorial Lumen Christi, Pág. 3

"SUNT NUPTIAE VEL MATRIMONIUM VIRI MULIERIS QUE CONJUNCTIO MARITALIS INTER LEGITIMAS PERSONAS, INDIVIDUAM VITAE CONSUECUDINEM RETINENS" (29) que no es otra cosa que "El matrimonio es la unión marital de un hombre y una mujer, contraída entre personas legítimas, formando una inseparable unidad de vida" (30).

De esta definición de matrimonio es importante destacar dos elementos esenciales para la iglesia católica en cuanto al matrimonio; la unidad y la indisolubilidad.

La indisolubilidad implica la certeza, estabilidad y firmeza a la unión conyugal, que no es simple unión física, sino espiritual para toda la vida. Sobre la unidad debe entenderse la plena posesión recíproca entre los cónyuges que tiene por efecto la certidumbre de la prole para el varón y la situación de compañera de la mujer en lugar de sierva.

2.2 CELEBRACION

Ante todo es necesaria la constancia de que nada se opone a la celebración válida del matrimonio. Al efecto se comunica a los feligreses por medio de proclamas y amonestaciones para que éstos hagan saber si conocen de algún impedimento para la celebración del acto. La oposición, dice Branca, "Suspende la celebración hasta que sobre ella recaiga sentencia del tribunal eclesiástico" (31).

(29) Ibidem

(30) González Lobato, Juan Antonio, Op. Cit. Pág. 189

(31) Lehmann, Heinrich, Op. Cit. Pág. 59

Del mismo modo, con vista a la partida de nacimiento se cerciora del estado civil de los contrayentes, y si no resulta ningún impedimento se procede a la celebración del matrimonio, y cabe mencionar que lo esencial del matrimonio no es la bendición por el sacerdote sino el consentimiento marital de los contrayentes. Ello deriva de la naturaleza sacramental del matrimonio, según la cual los ministros del sacramento son los propios cónyuges y no el sacerdote.

Trasladado el acto fundamental del matrimonio al consentimiento, dio como resultado que pudieran celebrarse matrimonios clandestinos.

Hasta que el concilio de Trento por medio del "Decretum Tametsi" que se estableció, para evitar estos inconvenientes y garantizar la publicidad de la conclusión del matrimonio, la cooperación del sacerdote y de dos testigos para la celebración del mismo. Sin embargo esta disposición solo regía en países donde se había promulgado el "Decretum Tametsi" y por lo tanto países no católicos o de religión mixta como Gran Bretaña, Estados Nórdicos y gran parte de Alemania y Suiza entre otros, no podían hacer suyo el "Decretum Tametsi" aceptándose por válida canónicamente la forma civil del matrimonio. No es sino hasta 1906 que el Papa Pio X, con su bula "Provida" quien resuelve este conflicto, preceptuando en general la forma tridentina para el matrimonio. Posteriormente en el decreto "Ne Temere" de 1907, se establece la obligación del párroco de su asistencia activa y no pasiva como originalmente se redactó en el "Decretum Tametsi" en el concilio de Trento.

2.3 IMPEDIMENTOS

Los impedimentos que se oponen a la celebración del matrimonio, según su distinción fundamental, son; impedimentos impeditivos aquéllos que no obstante de contener una grave prohibición de contraer matrimonio, no anulan el matrimonio contraído y por otro lado impedimentos dirimentes los que no contienen solamente dicha prohibición, sino que invalidan el matrimonio celebrado, dejando nulo y sin efectos.

Los impedimentos impeditivos se encuentran reducidos a dos: (32)

A) Voto simple. Los votos que constituyen este impedimento son:

- a) Virginidad.
- b) Castidad perfecta.
- c) De no casarse.
- d) Recibir órdenes sagradas
- e) Por abrazar estado religioso.

Por tales votos puede acordarse dispensa.

B) Mixta religión. Se prohíbe por este impedimento que dos bautizados en la fé católica contraigan matrimonio si uno de ellos se encuentra afiliado a una secta sismática. La dispensa solo puede acordarse en caso grave, quedando el cónyuge fiel obligado a tratar de convertir al otro.

(32) Ramírez Mac Gregor, Carlos, Op. Cit. Pág. 47

Los impedimentos dirimentes son los siguientes: (33)

A) Edad. El Código Canónico admite catorce años para la mujer y dieciséis para el hombre, so pena de nulidad, el romano pontífice puede dispensar la edad hasta doce años para la mujer y catorce años para el hombre.

B) Impotencia. Consiste en imposibilidad de verificar la cópula, apta de suyo para la generación. Dirime el matrimonio siempre que sea incurable, absoluta y anterior a la celebración de aquél. Por ser de Derecho Natural no puede ser dispensado.

C) Bigamia. Como consecuencia del principio de la monogamia y de la indisolubilidad del vínculo matrimonial, toda persona casada validamente es incapaz de contraer nuevas nupcias salvo que su matrimonio haya sido declarado nulo. En caso de presunción de muerte, si se celebra matrimonio y el cónyuge que se presumía muerto, vive, el nuevo matrimonio es nulo.

D) Voto solemne. El Derecho Canónico fiel a las tendencias del cristianismo que proclaman la virtud de la continencia y la castidad, las somete a ciertas formalidades y crea de ellas impedimento dirimente cuando se dán por medio de voto solemne, acompañadas de continencia y de la entrada en religión. Es dispensable, y actualmente la Santa Sede puede aplicar la fuerza del impedimento dirimente al voto simple de castidad.

(33) Branca, Giuseppe, Instituciones de Derecho Privado, México, 1978, Editorial Porrúa, Pág. 125

E) Disparidad de cultos. Dirime el matrimonio entre los no bautizados y los bautizados que lo fueran en la Iglesia Católica o a que a ella se hayan convertido de la herejía. Se puede conceder dispensa.

F) Ordenes sagradas. Al ser la Iglesia una sociedad, y dentro de ella el clero, se planteó el problema de que si las órdenes sagradas debían dirimir o no el matrimonio. El concilio de Letran estableció la nulidad de matrimonio contraído por los que han recibido órdenes sagradas o sea el presbiterado y diaconado. En virtud de ser Derecho Eclesiástico, la iglesia puede dispensarlo en la orden de diaconado, y muy difícilmente en el presbiterado.

G) Parentesco. Es impedimento dirimente por parentesco en los siguientes casos:

a) Consanguinidad. Hasta el tercer grado en línea colateral y recta.

b) Espiritual. Entre el bautizado y bautizante, existe impedimento pero existe la posibilidad de dispensa.

c) Adopción. En este punto, el Derecho Canónico solo considera que hay impedimento cuando la ley civil lo considere de ese modo, en el caso de México el adoptante no puede contraer matrimonio con el adoptado.

d) Afinidad. Solo cuando hay matrimonio legítimo, y es dirimente en línea colateral hasta el segundo grado y línea recta cualquier grado. Es dispensable entre colaterales y línea recta solo cuando el matrimonio no ha sido consumado.

H) Rapto. Es dirimente salvo que la mujer haya prestado su consentimiento y además que no se encuentre en poder del raptor en el acto de contraer matrimonio.

I) Honestidad pública. Se origina del matrimonio inválido, sea o no consumado, y del concubinato público y notorio, dirime el matrimonio en primero y segundo grado de la línea recta y entre el varón y los consanguíneos de la mujer, o viceversa.

J) Crimen. Se extiende a los que durante un mismo matrimonio legítimo cometieran entre sí adulterio y se dieron promesa de contraer matrimonio aunque solo sea civilmente, y entre el cónyuge y el asesino del otro siempre que hubieran cometido adulterio.

3.- DERECHO MEXICANO

En el momento de la proclamación de independencia, siguieron rigiendo las mismas leyes de la Colonia, por ello el matrimonio era considerado exclusivamente como sacramento siendo la autoridad competente para celebrarlo la Iglesia.

Hacia 1859 y con motivo de la separación entre el Estado y la Iglesia, se dicta el 23 de julio una ley donde se consideró al matrimonio como contrato civil. Esta Ley del Matrimonio Civil, prohibió el divorcio, permitiendo únicamente la separación de cuerpos, asimismo también proscribió la bigamia y la poligamia.

El primer Código Civil para el D.F. de 1870, sigue los mismos lineamientos en materia de matrimonio, que la ley anterior. "Tanto es el respeto que merece ese vínculo como uno de los principios fundamentales sobre que reposa la sociedad, que no solo se ha declarado su indisolubilidad por los artículos 155 y 226 del Código Civil, sino que éste se ha elevado a la categoría de precepto constitucional en la fracción IX del artículo 23 Constitucional del 14 de diciembre de 1884" (34).

1884 es el año del segundo Código Civil para el D.F. sustituto del primero con las mismas características del Derecho de Familia que contenía el primer Código declarando al matrimonio como una sociedad legítima de carácter indisoluble.

(34) Sánchez Medal, Ramón, El Divorcio Opcional, México, 1974
Editorial Fuentes Impresores, S.A., Pág. 18

A consecuencia de la Revolución de 1910, se operó un cambio radical en la concepción legislativa del matrimonio, ya que en 1917 Venustiano Carranza, promulga la Ley de Relaciones Familiares y a partir de entonces se podía disolver el vínculo matrimonial dejando a los esposos divorciados en la aptitud de contraer nuevo matrimonio.

Finalmente en 1928 aparece nuestro Código Civil vigente abrogó la Ley de Relaciones Familiares, pero mantuvo el divorcio al igual que la ley abrogada y le otorgó la patria potestad a la madre conjuntamente con el padre.

3.1 NATURALEZA JURIDICA

Existen diferentes posiciones doctrinales en torno a la naturaleza jurídica del matrimonio, siendo las más importantes:

A) Como institución. En este sentido significa el conjunto de normas jurídicas que rigen al matrimonio. "El matrimonio constituye una verdadera institución por cuanto que los diferentes preceptos que regulan tanto el acto de su celebración al establecer elementos esenciales y de validez, como los que fijan derechos y obligaciones de los consortes, persiguen la misma finalidad al crear un estado permanente de vida que será la fuente de una gran variedad de relaciones jurídicas" (35).

(35) Rojina Villegas, Rafael, Derecho Civil Mexicano, México, 1975, 4a. Edición, Vol. II, Pág. 210

Desde este punto de vista se estudia al matrimonio, tomando únicamente en cuenta su aspecto normativo y se prescinde del acto jurídico que le dá origen así como del estado que crea entre los consortes, es decir, se toma en cuenta solo su aspecto legal.

El tratadista francés Hauriou, opina que la institución es "Una idea de obra que se realiza y dura jurídicamente en un medio social, en virtud de la realización de esta idea se organiza un poder que requiere órganos; por otra parte, entre los miembros del grupo social interesado en la realización de esta idea, se producen manifestaciones comunes, dirigidas por los órganos del poder y regidas por los procedimientos" (36).

El matrimonio como idea de obra significa la común finalidad que persiguen los consortes para constituir una familia y realizar un estado de vida permanente entre los cónyuges.

B) Como acto jurídico. León Duguit, tratadista constitucional francés, definió como acto jurídico condición al matrimonio, afirmando que "El estado de las personas casadas, es determinado y regulado por la ley pero no nace sino después del matrimonio. No es este acto el que dá nacimiento a la situación

(36) Ibid, Pág. 211

que se aparece en seguida de él; ella es creada y regulada por la ley, pero la aplicación de ésta se cuenta subordinada a la del matrimonio" (37).

De acuerdo a lo expuesto podemos encontrar en la definición todos los elementos que caracterizan al acto condición, ya que implica una manifestación plurilateral de voluntades (La de los futuros cónyuges y la del Juez del Registro Civil) con el objeto de crear un estado permanente de vida entre los cónyuges para originar derechos y obligaciones recíprocos y relaciones permanentes que no se agoten con el cumplimiento de las mismas, sino que se renueven constantemente.

Bajo este punto de vista dice Rojina Villegas, "Se logran conjugar a la vez tanto el aspecto del matrimonio como acto jurídico y su carácter de institución" (38).

C) Como contrato ordinario. La concepción del matrimonio contrato, frente al matrimonio sacramento, aparece tan pronto se separó del matrimonio civil del religioso pues tanto en el Derecho Positivo como en la doctrina se le ha considerado fundamental y tradicionalmente como contrato.

Los argumentos a favor de esta teoría son el hecho de que los contrayentes deben manifestar su consentimiento frente al Juez del Registro Civil, por ello se considera esencial el acuerdo entre las partes, asimismo la capacidad y que su

(37) De Pina, Rafael, Elementos de Derecho Civil Mexicano, México, 1975, Editorial Porrúa, 7a. Edición, Vol. I, Pág. 321.

(38) Rojina Villegas, Rafael, Op. Cit. Pág. 213

voluntad no esté viciada, en fin, bajo este aspecto se aplican al matrimonio todas las reglas con respecto a los elementos de validez que deben observarse en los contratos, como capacidad, ausencia de vicios en la voluntad, y licitud en el objeto, motivo y fin del acto.

Sin embargo, de este contrato no surge la posibilidad de rescisión voluntaria de los cónyuges, pues en el caso de un divorcio en el cual los cónyuges no garanticen a satisfacción del Juez los alimentos no se podrá rescindir el contrato de matrimonio. Además en cuanto al objeto no nacen prestaciones o servicios determinados, sino la entrega recíproca de los cónyuges. En cuanto a la causa, ésta no puede ser otra que la atracción entre los cónyuges para cumplir los fines del matrimonio.

Planiol y Ripert "Reconocen que aun cuando el matrimonio es una institución y constituye un acto complejo, tiene también carácter contractual. Sin embargo admiten que en el matrimonio existe una naturaleza mixta" (39).

El legislador mexicano ha denominado al matrimonio como contrato incluso en la Constitución de 1917, donde su artículo 130 tercer párrafo a la letra dice: "El matrimonio es un contrato civil. Este y los demás actos del estado civil de las personas son de la exclusiva competencia de los funcionarios y autoridades del orden civil..." (40).

(39) Ibid, Pág. 215

(40) Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, -
Editorial Porrúa, 80a. Edición

Ninguna tesis sobre la naturaleza jurídica del matrimonio ha comprendido satisfactoriamente todos sus aspectos, por lo que siendo a Rafael de Pina que cita a Ahrens, pudieramos definir la naturaleza del matrimonio, como "Una comunidad de vida fundada en el amor y constituida con arreglo a las normas legales dirigidas al cumplimiento de los fines que se desprende naturalmente de la relación permanente entre dos personas de distinto sexo" (41).

3.2 ELEMENTOS ESENCIALES Y DE VALIDEZ

Tomando en consideración la doctrina general del acto jurídico, pues la naturaleza del matrimonio no impide que se tomen en cuenta las disposiciones del Código Civil en materia de Contratos, que son aplicables a los demás actos jurídicos en tanto no se opongan a la naturaleza de los mismos o a las disposiciones de la ley según el artículo 1859 del Código Civil que a la letra dice: "Las disposiciones legales sobre contratos serán aplicables a todos los convenios y a otros actos jurídicos, en lo que no se opongan a la naturaleza de éstos o a disposiciones especiales de la ley sobre los mismos" (42).

De acuerdo a los artículos 2224 y 1794 en correlación, son elementos esenciales del acto jurídico:

- A) Manifestación de la voluntad.
- B) Objeto jurídica y físicamente posible.

(41) De Pina, Rafael, Op. Cit. Pág. 322

(42) Rojina Villegas, Rafael, Op. Cit. Págs. 229 a 258

En cuanto a la validez, de conformidad con los artículos 1795, 1798, 1812 a 1834 y 2225 a 2231, son:

- A) Capacidad.
- B) Ausencia de vicios en la voluntad.
- C) Licitud en el objeto, fin o condición del acto.
- D) Forma, cuando sea requerida por la ley.

Aplicando lo anterior al matrimonio, son elementos esenciales, es decir aquellos sin los cuales no puede existir los siguientes:

A) Consentimiento. Implica la manifestación acorde de los contrayentes en unirse en matrimonio y la exteriorización del Juez del Registro Civil al declararlos legalmente unidos en matrimonio.

B) Objeto posible. La creación de obligaciones y derechos entre los cónyuges derivados del matrimonio como vida en común, ayuda recíproca, débito carnal, etc. como posibilidad jurídica y como posibilidad física requiere el que los contrayentes sean de sexos opuestos, ya que de lo contrario no se podrían cumplir los fines del matrimonio.

C) Solemnidades. Son esenciales para la existencia misma de este acto jurídico, el otorgar el acta matrimonial donde constan los nombres y apellidos de los contrayentes y su consentimiento de contraer matrimonio así como la declaración del Juez del Registro Civil considerándolos así.

Dentro de los elementos de validez, es decir, aquellos que no son necesarios para la existencia del acto, pero cuya inobservancia trae consigo la nulidad absoluta o relativa según lo marque la ley, y encontramos:

A) Capacidad de los contrayentes. El hombre debe haber cumplido dieciséis años y la mujer catorce, aunque cabe mencionar que por causas graves se puede otorgar dispensa.

B) Ausencia de vicios en el consentimiento. Es requisito de validez sancionado con nulidad el error en la persona con quien se contrae matrimonio o el miedo y la violencia si concurren al matrimonio.

C) Formalidades legales. La celebración del matrimonio exige que se cumpla con formalidades como asentar el lugar día y hora en el acta matrimonial, el consentimiento de los padres, abuelos, tutores o el de las autoridades que deba sustituirlos con sus nombres, apellidos, ocupación etc.

3.3 IMPEDIMENTOS PARA CONTRAER

El artículo 156 del Código Civil, enumera diez impedimentos para contraer matrimonio, con la prevención del artículo 235 fracción II que se declarará nulo el matrimonio celebrado con la concurrencia de los citados impedimentos, que son:

I "La falta de edad requerida por la ley, cuando no haya sido dispensada". (43)

(43) Código Civil para el Distrito Federal, Editorial Porrúa
53a. Edición

II "La falta de consentimiento del que, o los que ejerzan la patria potestad, el tutor o el juez en sus respectivos casos" (44). La citada nulidad solo podrá intentarse por los que ejerzan la patria potestad, dentro de treinta días de celebrado el matrimonio siempre que no haya habido consentimiento expreso o tácito después del acto.

III "El parentesco de consanguinidad legítima o natural, sin limitación de grado en línea recta, ascendiente o descendiente. En línea colateral igual, el impedimento se extiende a los hermanos y medios hermanos. En la colateral desigual, impedimento se extiende solamente a los tíos y sobrinos, siempre que estén en el tercer grado y no hayan obtenido dispensa". (45) Es dispensable en el caso de parentesco consanguíneo en línea colateral desigual.

IV "El parentesco de afinidad en línea recta, sin limitación alguna" (46). La ley supone que el parentesco por afinidad continúa aun disuelto el vínculo matrimonial solo para efecto de constituir impedimento entre un excónyuge y los ascendientes o descendientes del otro.

V "El adulterio habido entre las personas que pretenden contraer matrimonio, cuando ese adulterio haya sido judicialmente comprobado" (47). Constituye impedimento por razones de orden moral y en vista de la violación a las buenas costumbres por parte de los adúlteros.

(44) Ibidem

(45) Idem

(46) Ibidem

(47) Idem

VI "El atentado contra la vida de alguno de los casados para contraer matrimonio con el que quede libre" (48). Pueden solicitar la nulidad los hijos del cónyuge víctima del atentado o el Ministerio Público.

VII "La fuerza o miedo graves en caso de raptó, subsiste el impedimento entre el raptor y la raptada, mientras ésta no sea restituida al lugar seguro, donde libremente pueda manifestar su voluntad" (49). Para que el miedo y la violencia sean causa de nulidad de matrimonio, se requiere que implique peligro de perder la vida, honra, libertad... que se realicen al celebrarse el matrimonio pues implica un vicio del consentimiento.

VIII "La embriaguez habitual, la morfinomanía, la eteromanía y el uso indebido y persistente de las demás drogas enervantes. La impotencia incurable para la cópula; la sífilis, la locura y las enfermedades crónicas e incurables, que son, además, contagiosas o hereditarias" (50).

IX "El idiotismo y la imbecilidad" (51). La nulidad la puede hacer valer el otro cónyuge o el tutor del incapacitado en cualquier tiempo.

(48) Ibidem

(49) Idem

(50) Ibidem

(51) Idem

X "El matrimonio subsistente con persona distinta de aquella con quien se pretenda contraer" (52). Este impedimento es clara consecuencia del régimen monogámico, que puede ser invocado en cualquier tiempo por el cónyuge del primer matrimonio, sus hijos o herederos, el cónyuge del segundo matrimonio o el Ministerio Público

3.4 DERECHOS Y OBLIGACIONES

Varios son los derechos y obligaciones que nacen del matrimonio, siendo recíprocos entre los cónyuges. En primer término éstos están obligados a contribuir, cada uno por su parte, a los fines del matrimonio y a socorrerse mutuamente.

Respecto al derecho y obligación de recíproca fidelidad, si bien el Código Civil no lo consigna expresamente en un artículo determinado, sanciona su incumplimiento con el divorcio, tratándose de adulterio debidamente comprobado de uno de los cónyuges.

El Código reconoce en el hogar, tanto al marido como a la mujer autoridad y consideraciones iguales para determinar la educación, número y establecimiento de los hijos.

(52) Ibidem

Otro deber que impone el matrimonio es el de socorro y ayuda mutua, manifestada en el derecho - obligación de prestar alimentos pero no se agota exclusivamente en el plano material, sino que supone "La asistencia recíproca en los casos de enfermedad y sobre todo, el auxilio espiritual que mutuamente deben dispensarse los cónyuges" (53).

Ambos cónyuges deben contribuir económicamente al sostenimiento del hogar entendiendo a éste con los hijos, y por tanto incluye su alimentación, vestido y educación.

En cuanto a los hijos, el matrimonio atribuye la calidad de hijos legítimos a los concebidos durante el mismo, por lo tanto legitima a los hijos naturales con el subsecuente matrimonio de los padres.

En cuanto a los bienes se persigue como fin principal el de realizar la seguridad jurídica entre los consortes, de tal manera que deben celebrar un convenio sobre sus bienes junto con el acto de matrimonio, ya sea de separación de bienes o de sociedad conyugal.

(53) Rojina Villegas, Rafael, Op. Cit. Pág. 319

4. OTRAS LEGISLACIONES

A pesar en que los tiempos actuales el matrimonio religioso y con carácter sacramental, tiene importancia secundaria en la mayoría de las legislaciones, hay países que aún lo conservan como fundamental y relegan al matrimonio civil a una posición subsidiaria, tal es el caso de Noruega, Portugal e Italia.

Otros mas mantienen un matrimonio facultativo, tomando en cuenta que los cónyuges pueden elegir entre el Oficial del Estado o algún Ministro de Culto como Inglaterra, Suecia y Finlandia.

Por otro lado, existen matrimonios exclusivamente civiles y solemnes ante el Oficial del Estado, excluidos totalmente de formalidades religiosas en México, Francia, Holanda Alemania y Suiza.

También existen países cuya legislación mantiene un matrimonio estrictamente contractual sin ninguna solemnidad donde impera el consentimiento de los contrayentes y la prueba del acuerdo de voluntades como en Rusia y Escocia.

Aunque es cierto que la mayoría de las legislaciones consideran al matrimonio como contrato civil, debe reconocerse que existe la tendencia a considerar al matrimonio civil, subsidiario o no como institución, y de esta forma lo regulan las diferentes legislaciones.

Así se explica porqué casi todas las legislaciones regulan las relaciones entre los cónyuges sin que la voluntad de éstos pueda modificar lo establecido por la ley, y todavía mas, la ley extiende su protección a las relaciones patrimoniales, donde los cónyuges tienen que adoptar un régimen económico determinado por la ley, ni que decir de consecuencias de matrimonio como la filiación, patria potestad, sucesiones, que son reguladas por el Derecho como meras instituciones.

CAPITULO III

EL DIVORCIO, DISOLUCION DEL VINCULO MATRIMONIAL

1.- DERECHO ROMANO

2.- DERECHO CANONICO

2.1 EVOLUCION

2.2 CLASES DE SEPARACION

2.3 ANULABILIDAD DEL MATRIMONIO

3.- DERECHO MEXICANO

3.1 CODIGO CIVIL DE 1870

3.2 CODIGO CIVIL DE 1884

3.3 LEY SOBRE RELACIONES FAMILIARES

3.4 CODIGO CIVIL DE 1928

3.4.1 NATURALEZA JURIDICA

3.4.2 CLASES

3.4.3 CAUSAS

3.4.4 EFECTOS

1.- DERECHO ROMANO

Al parecer el divorcio en cuanto al vínculo existió desde la época mas remota y que en un principio fue suficiente con la simple voluntad del marido o de la mujer.

"Divortium deriva de divertere, irse cada uno por su lado" (54), así en el Derecho Romano donde el matrimonio se encontraba basado en la "Affectio Maritalis", al desaparecer ésta, también lo hacía el matrimonio.

En la época clásica del Derecho Romano, el matrimonio era disuelto por un procedimiento opuesto al cual le dio origen, así los que habían contraído matrimonio por medio de la "confarreatio" lo disolvían gracias a la "disfarreatio", en tanto quienes lo habían hecho por la "coemptio" o el "usus", les correspondía disolverlo a través de la "remancipatio".

Excepcionalmente como lo comenta Eugene Petit "En los matrimonios sin manus (por cierto, muy raros) donde en esta materia tenían los dos esposos los derechos iguales" (55), así generalizado el divorcio podía efectuarse de dos maneras durante el imperio.

(54) Galindo Garfias, Ignacio, Derecho Civil, México, 1980, -
Editorial Porrúa, 4a. Edición, Pág. 575

(55) Petit, Eugene, Op. Cit., Pág. 111

A) "Bona Gratia".- Por la mutua voluntad de los esposos sin requerirse ninguna formalidad, en virtud que el desacuerdo de los esposos disolvía el vínculo que su consentimiento había creado. y

B) Repudiación.- Es decir por la voluntad de uno de los esposos, aunque fuera sin causa. tanto el marido como la mujer tenían este derecho, salvo la "liberta" que contraía matrimonio con su patrón, que para divorciarse requería su consentimiento, en virtud de la "Ley Julia de Maritandis Ordinibus".

Como resultado de la extrema facilidad de obtener el divorcio, las clases poderosas abusaron de dicha figura para hacer perder al matrimonio su estabilidad, dignidad moral y religiosa que antes tenía, al extremo que Séneca el filósofo pudo decir "¿Qué mujer se sonroja actualmente de divorciarse, desde que ciertas damas ilustres no cuentan su edad por el número de los cónsules, sino por el número de sus maridos? se divorcian para volverse a casar, se casan para divorciarse" (56)

Posteriormente, los emperadores cristianos no suprimieron el divorcio, por estar sumamente arraigado en las costumbres romanas, pero sin embargo buscaron el hacerlo mas difícil, así "Constantino solo permitió el divorcio cuando existiera una causa justa para obtenerlo" (57).

(56) Pallares, Eduardo, El Divorcio en México, México, 1979 - Editorial Porrúa, 2a. Edición, Pág. 12

(57) Ibidem

El emperador Justiniano estableció las siguientes causas legales para que el marido solicitará el divorcio.

A) Que la mujer le hubiese encubierto maquinaciones contra el Estado.

B) Adulterio probado de la mujer.

C) Atentado contra la vida del marido.

D) Tratos con otros hombres contra la voluntad del marido o haberse bañado con ellos.

E) Alejamiento de la casa marital sin voluntad del esposo.

F) Asistencia de la mujer a espectáculos públicos sin licencia.

Así mismo, la mujer podía obtener el divorcio, invocando alguna de las siguientes causas:

A) La alta traición oculta del marido.

B) Atentado contra la vida de la mujer.

C) Intento de prostituirla.

D) Falsa acusación de adulterio.

E) Que el marido tuviera su amante en la propia casa conyugal o fuera de ella, de un modo ostensible con persistencia, no obstante las admoniciones de la mujer a sus parientes.

Posteriormente, Honorio impone penas a la parte que diera motivo a la disolución del matrimonio, así si se consideraba a la mujer culpable, el marido se apropiaba de la dote y quedaba en libertad de contraer nuevas nupcias, sin embargo si la mujer llegaba a probar su inocencia, tendría derecho de apropiarse de los bienes del marido e incluso de la dote de la segunda esposa.

Con ésto queda de manifiesto que la legislación romana, a pesar de estar en claro desacuerdo con el divorcio no era aun capaz de declarar la indisolubilidad matrimonial, debido a la fuerte carga costumbrista de considerarlo disoluble.

Con la caída del imperio y de las invasiones bárbaras hacen que los avances del cristianismo en materia familiar se desvanezcan al permitir aquellos, por su escaso avance cultural el incesto, la poligamia y el divorcio.

2.- DERECHO CANONICO

El Derecho Canónico no acepta el divorcio vincular, es decir aquel que implica disolución del vínculo conyugal, en virtud de que considera al matrimonio como sacramento instituido por Jesucristo, y que al efecto San Mateo comenta:

"5.- Por tanto dejará el hombre a su padre y a su madre, y unirse ha con su mujer, y serán dos en una sola carne. 6.- Así que ya no son dos, sino una sola carne, y lo que Dios pues ha unido, no lo desuna el hombre" (58).

2.1 EVOLUCION

Durante los primeros ocho siglos de nuestra era y siguiendo la interpretación del mismo San Mateo "Así pues os declaro que cualquiera que despidiere a su mujer, (Sino en caso de adulterio) y se casare con otra, éste tal comete adulterio y quien se casare con la divorciada también lo comete" (59). Se pensó que el adulterio constituía una exclusiva forma de disolución del vínculo matrimonial. Posteriormente se discutió si la interpretación de San Lucas y San Marcos en el sentido de la indisolubilidad del vínculo era la exacta interpretación de la palabra de Dios.

(58) Sagrada Biblia, México, 1953, Editorial Unión Tipográfica Editorial Hispanoamericana, Mateo XIX, 5 y 6

(59) Ibidem, Mateo XIX, 9

No es sino hasta el siglo XIII cuando queda establecido que jamás podría haber disolución del vínculo matrimonial para los matrimonios ratos y consumados entre bautizados, lo cual lo podemos observar en el canon 1141 del Código de Derecho Canónico vigente, que a la letra dice:

"El matrimonio rato y consumado no puede ser disuelto por ningún poder humano, ni por ninguna causa fuera de la muerte" (60). Con lo que queda de manifiesto que el matrimonio tiene una finalidad muy superior a la voluntad de los contrayentes ya que como base de la familia, ésta es con mucho, mas importante que el interés individual.

2.2 CLASES DE SEPARACION

Como quedó asentado claramente en el inciso anterior, el Derecho Canónico no acepta y es mas reprobado al divorcio que disuelve el vínculo conyugal del matrimonio rato y consumado, es decir de aquella unión matrimonial válida desde su nacimiento en el que los cónyuges bautizados han realizado la cópula carnal.

Sin embargo, la iglesia prevee el caso del matrimonio que siendo válido no ha sido consumado, es decir que entre los cónyuges no ha habido el acto sexual y que por lo tanto no se ha llegado a la plenitud del sacramento y puede disolverse de conformidad con el canon 1142, que a la letra dice:

(60) Código de Derecho Canónico, México, 1983, Editorial Ediciones Paulinas, Pág. 691

"El matrimonio no consumado entre bautizados, o entre parte bautizada y parte no bautizada puede ser disuelto con causa justa por el romano pontífice, a petición de ambas partes o de una de ellas, aunque la otra se oponga" (61).

Es importante mencionar que el precitado canon 1142 recoge el contenido del canon 1119 del Código de 1917, suprimiendo la disolución ipso iure por profesión religiosa solemne. La causa justa es necesaria para la validez del acto de disolución, porque el papa ejerce una potestad cuyo ejercicio está sometido a este requisito por su propia índole.

También como excepción la iglesia concede el Privilegio Paulino por medio del cual un cónyuge no bautizado y casado con otro no bautizado, se hace bautizar; si el esposo no bautizado abandona al ya bautizado, este último podrá contraer válidamente matrimonio con persona bautizada distinta quedando automáticamente disuelto el matrimonio anterior, para que este Privilegio Paulino en favor de la fé de la parte que ha recibido el bautismo pueda aplicarse, se requiere:

A) Que se trate de matrimonio celebrado entre no bautizados, bautizándose solo una parte y quedando la otra sin hacerlo. y

B) Que la parte no bautizada se niegue a cohabitar o, queriendo cohabitar, no esté dispuesta a hacerlo sin ofensa del creador, entendiéndose por ésta el peligro de pecado para la parte bautizada o para la prole y situaciones contrarias a la

(61) Ibidem

honestidad del matrimonio, no dejar en libertad a la parte bautizada para practicar la religión, vida conyugal deshonestas, impedir la educación cristiana de los hijos etc.

No hay que olvidar que tanto el Privilegio Paulino, como la causa de disolución del vínculo consagrada en el canon 1142 son verdaderas y muy raras excepciones al principio general de que el matrimonio es uno e indisoluble.

Teniendo en consideración lo anterior, es válido afirmar que el divorcio vincular es al Derecho Civil lo que la separación de cuerpos es para el Derecho Canónico.

Al tenor del canon 1151:

"Los cónyuges tienen el deber y el derecho de mantener la convivencia conyugal a no ser que les excuse una causa legítima" (62).

Por lo que nos encontramos con el problema de determinar ¿Cuáles son las causas justas de separación? en el matrimonio además de los derechos y deberes conyugales en sentido estricto, existen los principios informadores de la vida matrimonial, o sea las directrices generales del comportamiento de los cónyuges. Estos principios son cinco:

A) Los cónyuges deben guardarse fidelidad.

B) Debe tenderse al mutuo perfeccionamiento material o corporal.

(62) Ibid, Pág. 696

C) Debe tenderse al mutuo perfeccionamiento espiritual.

D) Los cónyuges deben vivir juntos.

E) Debe tenderse al bien espiritual y material de los hijos habidos.

Pues bien debido a lo anterior, son causas de separación aquellas que lesionan gravemente algunos de estos principios, por consiguiente pueden resumirse en adulterio, grave detrimento corporal del cónyuge o de los hijos, grave detrimento espiritual del cónyuge o de los hijos y abandono malicioso, consignados estos en los siguientes canones:

1152 "Aunque se recomienda encarecidamente que el cónyuge, movido por la caridad cristiana, y teniendo presente el bien de la familia, no niegue el perdón a la comparte adúltera ni interrumpa la vida matrimonial, si a pesar de todo no perdonare expresa o tacitamente esa culpa, tiene derecho a romper la convivencia conyugal, a no ser que hubiera consentido el adulterio, o hubiera sido causa del mismo, o él también hubiera cometido adulterio" (63).

Esta causa de separación es perpetua, ya que siendo el acto conyugal el modo típico por el que los cónyuges se expresan como una sola carne, el adulterio supone un atentado directo contra el cónyuge inocente, equivaliendo a negarle como cónyuge.

(63) Ibid, Pág. 697

1153 "Si uno de los cónyuges pone en grave peligro espiritual o corporal al otro o a la prole, o de otro modo hace demasiado dura la vida en común, proporciona al otro un motivo legítimo para separarse, con autorización del ordinario del lugar y, si la demora implica un peligro, también por autoridad propia" (64).

Estas causales a diferencia del adulterio, son temporales, es decir únicamente duran el mismo tiempo que dura la causa que les dá origen.

El Derecho Canónico no esta ajeno a que por regla general el matrimonio esta acompañado por los hijos y para ellos establece que una vez realizada la separación de los cónyuges, hay que proveer siempre de modo oportuno a la debida sustentación y educación de los hijos.

2.3 ANULABILIDAD DEL MATRIMONIO

"Sosteniendo la iglesia, por mandato de su divino fundador, que el matrimonio es uno e indisoluble puede en algunos casos declarar la nulidad de un matrimonio cuando, en el momento de su celebración, hubo un vicio que impidió que existiera un verdadero matrimonio, aun cuando todo sucedió, aparentemente, con acuerdo a derecho" (65).

(64) Ibid, Pág. 698

(65) Vives E., Francisco, Nociones de Derecho Canónico, Santiago de Chile, 1959, Editorial Jurídica de Chile, Pag. 92

La nulidad de un acto o contrato nace como ya vimos en el capítulo anterior, de la falta de algún requisito que la ley prescribe, para su existencia o validez.

El matrimonio esta sometido a un conjunto de condiciones y requisitos para que tenga valor en páginas anteriores establecimos que, para que el matrimonio fuera validamente contraído se requería que los esposos:

A) Carecieran de todo impedimento, o éste fuera dispensado.

B) Que consientan libremente en contraer el matrimonio cristiano.

C) Que contraigan nupcias ante el testigo autorizado por la iglesia.

Por lo anterior es fácil notar la distinción entre disolución de un matrimonio válido y la anulación de un matrimonio inválido, que es tramitada mediante un proceso canónico muy riguroso.

Sin embargo frecuentemente se habla de disolución del matrimonio eclesiástico, cuando en realidad se trata de nulidad derivada de que el matrimonio se celebró existiendo algún impedimento y quedando el mismo afectado de nulidad desde su nacimiento.

2.- MEXICO, REALIDAD

Al igual que las costumbres, las normas jurídicas cambian con el transcurso del tiempo, adaptándose a las necesidades que surgen, es así como el divorcio ha evolucionado en nuestro país, siendo únicamente en un principio separación de cuerpos y alianza, iniciada por la simple voluntad de un cónyuge se disuelve el vínculo, sin importar la voluntad del otro y pasando por esta la responsabilidad o inocencia del cónyuge solicitante del divorcio.

Es reprensible que una sociedad permita jurídicamente la ruptura familiar por el simple capricho de alguno de los involucrados, haciendo a un lado la protección y desarrollo integral de los hijos, creyendo la ley, ingenuamente por cierto, que los seres humanos requieren únicamente para desarrollarse plenamente, una cuota económica al mes para su subsistencia física.

3.1. CÓDIGO CIVIL DE 1870

El capítulo V del citado Código, regula materia del divorcio, refiriéndose éste únicamente a la separación de cuerpos, pero de la indisolubilidad matrimonial y, Francesco Massimo, al referirse a esta separación opina que "...Es el medio para dispensarse del deber de la convivencia, o sea de uno de los efectos personales del matrimonio; en verdad debiéndose por los cónyuges observar las restantes obligaciones (fidelidad y asistencia), los deberes personales que nacen del matrimonio no encuentran otra atenuación" (66).

(66) Massimo (citado), *loc. cit.*, pág. 309

Las causales que estableció el Código para la separación fueron las siguientes:

A) El adulterio de uno de los cónyuges.

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

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

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

E) El abandono sin causa justa del domicilio conyugal, prolongado por mas de dos años.

F) La sevicia del marido con su mujer o la de ésta con aquél. Y

G) La acusación falsa de un cónyuge al otro.

H) El mutuo consentimiento.

Este ordenamiento altamente protector del matrimonio y de la familia impuso grandes trabas para la obtención de la separación, tales como la condición "Sine Qua Non" del

transcurso de dos años de matrimonio para gestionarlo, siendo prohibido éste cuando el matrimonio llevaba veinte años o mas de constituido.

Procesalmente para obtener la sentencia declaratoria del divorcio se requería después de una serie de separaciones temporales, en las cuales, al finalizar el plazo de cada una de ella, el juez exhortaba a los cónyuges en conflicto, para que diesen por terminado el juicio de divorcio, intentaba en la última audiencia su reconciliación antes de pronunciar la sentencia definitiva de separación.

Por último y como una prueba mas del interés del legislador de 1870 en evitar la desunión matrimonial, se reconocía que la reconciliación entre los cónyuges dejaba sin efecto ulterior la ejecutoria que había declarado el divorcio y obviamente ponía termino al juicio si aun se estaba instruyendo. La simple cohabitación de los cónyuges se presuponia su reconciliación.

3.2. CODIGO CIVIL DE 1884

Este Código reproduce en términos generales los conceptos del Código en cuanto a la naturaleza del divorcio, efectos y formalidades, sin embargo aumenta las causales de divorcio y reduce los trámites para la obtención del divorcio, éste claro, únicamente como separación de cuerpos.

Las nuevas causales que impuso el Código fueron, las siguientes:

A) El hecho de que la mujer dé a luz durante el matrimonio un hijo concebido antes de celebrarse el contrato, y que judicialmente sea declarado ilegítimo.

B) La negativa de uno de los cónyuges a suministrar al otro alimentos conforme a la ley.

C) Los vicios incorregibles de juego o embriaguez, y

D) Una enfermedad crónica e incurable, que sea también contagiosa o hereditaria anterior a la celebración del matrimonio, siendo desconocida por el otro cónyuge.

La diversidad de juntas o audiencias mencionadas por el Código de 1870, quedan reducidas únicamente a dos por el ordenamiento de 1884, mismo que sin abolir por completo las trabas de su antecesor sí agilizó los trámites para la separación.

3.3. LEY SOBRE RELACIONES FAMILIARES

Antecedente de esta ley, encontramos en pleno auge de la Revolución Mexicana. Dos decretos reformaron radicalmente la estabilidad matrimonial, en efecto, el primero de ellos a cargo del grupo armado jefaturado por Carranza, publicó el 2 de enero de 1915 en "El Constitucionalista" un decreto del 29 de diciembre de 1914 "Que inopinadamente y de una plumada reformó la fracción IX del artículo 23 de la ley del 14 de diciembre de 1873" (67).

(67) Sánchez Medal, Ramón, Op. Cit. Pág. 389

Mediante dicha reforma se estableció por primera vez en México el divorcio en cuanto al vínculo, por mutuo consentimiento pero siempre y cuando tuviera mas de tres años de celebrado, o en cualquier tiempo si existen causas que hicieren imposible la realización de los fines del matrimonio o por irreparable desaveniencia conyugal.

Venustiano Carranza adujo que la separación de cuerpos permitida anteriormente, so'lo provocaba discordia entre padres e hijos existiendo la desmoralización. Sin embargo pienso que se incurre en mayores discordias con el divorcio vincular cuando el padre o la madre se casan dos o tres veces. ¿A caso el hijo y la sociedad misma considera muy moral que el padre o la madre contraigan matrimonio, tantas veces como su capricho se los indique?.

A pesar de que Carranza expone razones muy pobres para fundamentar sus decretos, también afirma que "...Debe tenerse en cuenta que solo se trata de un caso excepcional, y no de un estado que sea la condición general de los hombres en la sociedad..." (68).

Mas tarde el 12 de febrero de 1915, el mismo periódico "El Constitucionalista" publicó otro decreto de fecha 29 de enero del mismo año mediante el cual se modificaron diversos artículos del Código Civil, referentes al divorcio, para que pudiera hacerse efectiva la reforma propuesta por Carranza.

Posteriormente y a petición del Ing. Félix Falavicini, Subsecretario de Instrucción Pública y Bellas Artes, dirigida al Lic. Luis Cabrera, Secretario de Hacienda al que le solicitó una nueva publicación del decreto, corrigiendo errores de redacción, ofreciendo las enmiendas relativas, sin necesidad de un nuevo decreto, lo cual se hizo el 4 de marzo de 1915, "Así anticiparon estos dos ministros de Carranza su interés personal en la cuestión, como lo confirmaron después sucesivamente a través de sus respectivos divorcios" (69).

Al paso del tiempo y con los antecedentes, Venustiano Carranza expide el 9 de abril de 1917 la Ley de Relaciones Familiares de la cual escribe poco tiempo después de implantarse, Eduardo Pallares al decir:

"Solo son comparables a esta ley, para su importancia política y social, los artículos 3o. 123 y 130 de la flamante Constitución; pero mientras estas normas han provocado intensas discusiones, comentarios periodísticos, conferencias y críticas de todo género, la Ley sobre Relaciones Familiares ha pasado inadvertida, se ha deslizado suavemente; algunos la han recibido con cierta sonrisa irónica. La verdad es que lleva un virus destructor de primer orden" (70).

Asimismo, comentó: "La nueva Ley Sobre Relaciones Familiares es profundamente revolucionaria, y destructora del núcleo familiar. Sacude el edificio social en sus cimientos y anuncia la agonía de un mundo..." (71).

(69) Ibid, Pág. 28

(70) Pallares, Eduardo, Op. Cit. Pág. 35

(71) Ibidem

A partir de esta ley se dió el paso definitivo en materia de divorcio, basándose en los decretos de 1914 y 1915, estableciendo en su Artículo 75 lo siguiente:

"El divorcio disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro" (72).

El divorcio por separación de cuerpos quedó relegado a segundo término, como excepción relativa a la causal señalada en la fracción IV de Artículo 76, es decir, las enfermedades crónicas e incurables, contagiosas o hereditarias dejaban a la voluntad del cónyuge sano pedir la separación de cuerpos o el divorcio vincular, según el Artículo 87.

Al ser ejecutoriado el divorcio, se procedía a disolver la sociedad conyugal y aportar los cónyuges lo necesario que por concepto de alimentos requerían los hijos.

Así mismo, se exigía, para que el divorcio se consumara, que fuera decretado por autoridad judicial competente, no bastando la separación del hogar conyugal por mutuo acuerdo.

3.4 CODIGO CIVIL DE 1928.

Este nuevo Código que nos rige actualmente, reprodujo la disolubilidad del vínculo matrimonial de la Ley de Relaciones Familiares, y puesto a discusión de la opinión pública, sus preceptos no fueron objetados en lo relativo al divorcio al ser

(72) Rojina Villegas, Rafael, Op. Cit. Pág. 392

sometido a estudio en diversas comisiones de la Barra Mexicana de Abogados.

Sánchez Medal, reproduciendo el comentario de George Ripert, enuncia que la razón de este silencio es debida a que "Nadie discute los males que engendra; nadie se permitiría, sin embargo, pedir una modificación de las leyes existentes, o una restricción de la práctica. Sería dar pruebas de un espíritu antidemocrático" (73).

El actual Código, establece como novedoso en relación a la Ley de Relaciones Familiares, el divorcio administrativo, es decir, aquel por el cual una autoridad administrativa declara disuelto el vínculo conyugal, además, también establece nuevas causales de divorcio que serán analizadas con posterioridad.

3.4.1 NATURALEZA JURIDICA

El divorcio es un acto jurisdiccional o administrativo por medio del cual se disuelve el vínculo conyugal, y concluye el matrimonio con respecto a los cónyuges y de terceros.

Lo anterior se deriva del Artículo 266 del Código Civil, que es del tenor siguiente:

Art. 266 "El divorcio disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro." (74).

(73) Sánchez Medal, Ramón, Op. Cit. Pág. 30

(74) Código Civil, Op. Cit.

Por ello, el divorcio en sí mismo considerado, implica la ruptura del vínculo matrimonial, pero, sin embargo, ésta sólo se obtiene mediante las formas y requisitos que la propia Ley determina.

En consecuencia, produce dos efectos primordiales:

A) Ruptura del vínculo.

B) Faculta a los cónyuges a contraer nuevo matrimonio con persona distinta.

Ninguno de ellos existió en México, con anterioridad a la Ley de Relaciones Familiares, que como ya hemos dicho fue la primera en instituir el divorcio vincular, que en opinión del Lic. Sánchez Medal "Permitir a los esposos un nuevo matrimonio para que no cometan adulterio y para que los hijos puedan educarse en otro hogar legítimo, equivale a sostener que cuando los hombres hacen algo inmoral, hay que declararlo moral y así ya no habrá desorden" (75).

3.4.2 CLASES

Primeramente, existen dos clases de divorcio; en cuanto a la separación física de los cónyuges, llamado divorcio-separación y como la disolución del vínculo matrimonial, llamado divorcio vincular.

(75) Sánchez Medal, Ramón, Op. Cit. Pág. 56

A) El divorcio-separación consiste en el derecho que se les concede judicialmente a los cónyuges para suspender temporal o definitivamente la cohabitación con el consorte, dejando subsistente el vínculo matrimonial y las demás obligaciones que derivan de él.

En un principio, fue el único divorcio aceptado en México, sin embargo, ahora sólo queda recluído como excepción en el Artículo 277 del Código Civil vigente, para el cónyuge que no quiera pedir el divorcio por causas de enfermedades crónicas incurables, impotencia incurable o enajenación mental también incurable del otro cónyuge.

Así pues, al cónyuge sano se le puede dispensar la obligación de cohabitar, subsistiendo las demás obligaciones del matrimonio.

B) El divorcio vincular, ya comentado anteriormente, se subdivide a su vez en:

a) Divorcio voluntario. Existe un acuerdo de voluntad entre los consortes para disolver el vínculo sin que implique controversia entre ellos. De acuerdo al Código Civil puede ser administrativo y judicial:

a.1) Divorcio voluntario administrativo. Simplemente se requiere el consentimiento de los cónyuges, siempre y cuando sean mayores de edad, se haya liquidado la sociedad conyugal en su caso, carezcan de hijos y que tenga mas de un año de celebrado el matrimonio. Cumpliendo estos requisitos y acudiendo con el Juez del Registro Civil, se levantará el acta respectiva previa identificación de los cónyuges.

a.2) Divorcio voluntario judicial. Se diferencia del anterior, porque los cónyuges o bien tienen hijos, o son menores de edad o no han disuelto la sociedad conyugal si bajo este régimen se casaron. Este divorcio lo decreta el Juez de lo Familiar por medio de sentencia, siempre y cuando se convenga en; cual de los cónyuges tendrá la patria potestad y la custodia de los hijos y el modo de cubrir sus necesidades.

b) Divorcio necesario. "Es la disolución del vínculo matrimonial a petición de un cónyuge, decretado por autoridad judicial competente y en base a causa expresamente señalada en la ley. Este divorcio se llama también contencioso por ser demandado por un cónyuge en contra del otro, en oposición al voluntario en que ambos se ponen de acuerdo y no establecen controversia entre ellos" (76).

A su vez esta clase de divorcio se subdivide por la doctrina en:

b.1) Divorcio necesidad. Implica el surgimiento de alguna causa, ajena a la voluntad de los cónyuges, que hiciera imposible la realización de los fines del matrimonio como lo sería una enfermedad crónica incurable o la demencia.

b.2) Divorcio sanción. Es el relativo a la conducta culpable de alguno de los cónyuges que se transforma en imposibilidad de llevar a cabo vida en común con el otro cónyuge como sería el caso del adulterio, consumo indebido y persistente de enervantes, etc.

(76) Instituto de Investigaciones Jurídicas de la U.N.A.M., Diccionario Jurídico Mexicano, México, 1983, Vol. III

C) Por último existe a partir de 1983 una nueva clase de divorcio, en la fracción XVIII del artículo 267 que a la letra dice:

"La separación de los cónyuges por más de dos años independientemente del motivo que haya originado la separación, la cual podrá ser invocada por cualquiera de ellos" (77).

Esta nueva causal que implica un divorcio unilateral voluntario, rompe violentamente con la institución matrimonial y familiar, dejando al cónyuge que dio causa al divorcio legitimado para solicitarlo y desligándolo así de sus obligaciones derivadas del matrimonio y por otro lado, deja al cónyuge que no dio motivo al divorcio totalmente indefenso.

Así mismo esta causal se encuentra en notoria contradicción con el artículo 278 del Código Civil, que faculta únicamente al cónyuge que no haya dado motivo al divorcio, para poder demandarlo.

También cabe argumentar que el legislador, haciendo caso omiso del principio jurídico de que "Nadie puede alegar y ser oído cuando invoca su propio dolo", deja que el cónyuge culpable premeditadamente incumpla sus obligaciones y posteriormente la ley lo premia eximiéndolo de las mismas, al autorizarlo a solicitar la disolución del vínculo matrimonial.

(77) Código Civil, Op. Cit.

3.4.3 CAUSAS

Las causas de divorcio pueden resultar a consecuencia de la culpa de un cónyuge o de ambos, o por razones no imputables a ninguno de ellos y por último también por causas aunque imputable a alguno de los consortes sea irrelevante su culpa.

El artículo 267 del Código Civil enumera las causas que puedan originar el divorcio, siempre y cuando se apliquen restrictivamente, así lo menciona el Dr. Galindo Garfias al transcribir la resolución de la Suprema Corte de Justicia de la Nación al amparo directo 3536/1955, Emigdio Torres Urich. "Divorcio. Interpretación restrictiva de las disposiciones legales que lo establecen. Siendo el matrimonio la base de la familia que a su vez es de la sociedad, el Estado preocupándose por ello mismo, por la estabilidad de la institución, solo permite su disolución por divorcio en caso verdaderamente graves, expresamente señalados por la ley. De allí que todas las disposiciones legales que establecen tal disolución, son de interpretación restrictiva y que únicamente es procedente decretar aquel solo por las causas específicamente enumeradas en la ley" (78).

Con lo anterior se desprende claramente que el legislador aunque permita el divorcio lo sitúa en el lugar de una solución irremediable y solo por causas graves debido a su atentado contra la familia.

(78) Galindo Garfias, Ignacio, Op. Cit. Pág. 597

Así las causales de divorcio que establece nuestro Código son las siguientes, de acuerdo a su artículo 267:

I "El adulterio debidamente probado de uno de los cónyuges" (79).

Como adulterio debe entenderse a la unión carnal de un hombre y una mujer, sin que exista entre ellos matrimonio civil pero existiendo éste con una tercera persona.

El adulterio para que se convierta en causal de divorcio debe ser debidamente probado, sin embargo por la naturaleza del mismo la Suprema Corte de Justicia de la Nación admite presunciones para su prueba, como la salida del cónyuge demandado de un motel en compañía de una persona del sexo opuesto.

Se considera causal por la falta de fidelidad debida entre los cónyuges y puede ser demandado por el cónyuge inocente dentro de los seis meses siguientes a que tuvo conocimiento de los hechos.

II "El hecho que la mujer dé a luz, durante el matrimonio, un hijo concebido antes de celebrarse este contrato, y que judicialmente sea declarado ilegítimo" (80).

Para que opere esta causal se requiere que la mujer dé a luz un hijo dentro de los ciento ochenta días posteriores a la celebración del matrimonio y el supuesto padre al desconocer al

(79) Código Civil, Op. Cit.

(80) Ibidem

hijo impugne la paternidad, obteniendo al efecto sentencia ejecutoriada que declare la ilegitimidad del hijo.

El motivo de esta causal es la falta de sinceridad y de lealtad de la mujer con respecto al marido.

El marido puede intentar esta acción en un término de seis meses contados a partir de la fecha en que cause ejecutoria la sentencia que declare ilegítimo al hijo.

III "La propuesta del marido para prostituir a su mujer, no solo cuando el mismo marido lo haya hecho directamente, sino cuando se pruebe que ha recibido dinero o cualquiera remuneración con el objeto expreso de permitirle que otro tenga relaciones carnales con su mujer" (81).

Esta causal implica la propuesta directa del marido a la mujer o bien la tolerancia del marido a que la mujer tenga relaciones con un tercero, siempre y cuando obtenga él, un lucro por tal conducta.

Se considera como causal por la ausencia de fidelidad entre los cónyuges y la inmoralidad que implican el comercio carnal.

Puede la mujer demandar el divorcio por esta causal, dentro del término de seis meses contados a partir de la propuesta del marido o a partir de que la mujer conozca que su consorte obtuvo dinero con ese fin.

(81) Ibidem

IV "La incitación o la violencia hecha por cónyuge al otro para cometer algún delito, aunque no sea de incontinencia carnal" (82).

Esta causal se traduce en actos positivos de un cónyuge con el fin de que su pareja cometa algún delito.

Implica la falta de rectitud entre los cónyuges y puede ser invocada por cualesquiera de ellos siempre y cuando sean víctimas de la provocación o violencia y no hayan dado lugar a ellas. El término es de seis meses a partir del cese de la violencia o a partir de la incitación.

V "Los actos inmorales ejecutados por el marido o por la mujer con el fin de corromper a los hijos así como en la tolerancia en su corrupción" (83).

Esta causal encaminada netamente a la protección de la familia se dá cuando se presentan los actos inmorales aunados a la intención de corromper.

Puede consistir en actos que produzcan la corrupción en los hijos, o bien que toleren un estado de inmoralidad o corrupción en que vivan los hijos, por medio de actos positivos concretos y no simples omisiones que pudieran confundirse con falta de carácter de los padres.

(82) Ibidem

(83) Idem

Los hijos a que se refiere esta causal pueden ser de ambos cónyuges o de uno solo de ellos y la puede invocar el cónyuge que no haya dado lugar a ella en el término de seis meses, a partir del último acto que haya implicado la corrupción o la tolerancia de ésta.

VI "Padecer sífilis, tuberculosis o cualquiera otra enfermedad crónica o incurable que sea además, contagiosa o hereditaria y la impotencia incurable que sobrevenga después de celebrado el matrimonio" (84).

A excepción de las causales anteriores, aquí no se requiere el elemento culpable de los cónyuges, ni su voluntad, sino que se persigue evitar el contagio de estas enfermedades, impedir el nacimiento de hijos enfermos salvaguardando así a la especie humana.

Esta causal se refiere no solo a la sífilis o a la tuberculosis sino a cualquier enfermedad que por sus características sea incurable o crónica además de contagiosa o hereditaria, por ello en el momento que la enfermedad deja tener la característica del contagio o sea susceptible de curación dejará ser causal de divorcio.

En relación a la segunda parte de la causal aludida, es decir a la impotencia, debe ser según lo establecido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la imposibilidad física de realizar el acto sexual y no en esterilidad para la generación.

(84) Ibidem

Los supuestos de esta causal son de tracto sucesivo, por lo que no existe término para demandarla por parte del cónyuge sano.

VII "Padecer enajenación mental incurable, previa declaración de interdicción que se haga respecto del cónyuge demente" (85).

Al igual que la causal anterior, nos encontramos con una causal de tracto sucesivo sin culpa de los cónyuges y ajena a su voluntad.

Se requiere de la sentencia que declara la interdicción del cónyuge enajenado, ya que al no ser responsable ni consciente de sus actos no podrá cumplir con los fines del matrimonio. Esta causal solo la puede intentar el cónyuge que se encuentre en cabal juicio.

VIII "La separación de la casa conyugal por más de seis meses sin causa justificada" (86).

El Código Civil del Distrito Federal únicamente utiliza "Separación" y no "Abandono" como lo hacen otros Códigos mexicanos, por ello no implica que el cónyuge que realizó la separación se vea privado del cumplimiento de sus demás obligaciones derivadas del matrimonio, ésto es solo atenta contra la obligación que tienen los cónyuges de vivir juntos.

(85) *Ibidem*

(86) *Idem*

La Suprema Corte de Justicia de la Nación establece como causa justificada de separación la salvaguarda de la integridad personal, salud o dignidad del cónyuge que realice la separación.

Esta acción la puede intentar el cónyuge que no ha dado lugar a ella en cualquier tiempo, siempre y cuando subsistan los hechos que la motivaron en el momento de ejercitarse.

IX "La separación del hogar conyugal originada por una causa que sea bastante para pedir el divorcio, si se prolonga por mas de un año sin que el cónyuge que se separó entable la demanda de divorcio" (87).

Es indispensable la falta de vida en común de los cónyuges, operando cuando uno de ellos se separa del hogar conyugal porque su pareja incurrió en alguna de las causales de divorcio previstas por la ley, y posteriormente pasados los doce meses consecutivos sin que el cónyuge que se separa demande el divorcio al culpable, quedando éste legitimado para pedírselo al cónyuge inocente.

Con esta causal se trata de forzar al cónyuge que se separa, de pedirle el divorcio al cónyuge que incurrió en una falta prevista por la ley.

Esta acción se puede ejercer en cualquier tiempo, siempre que los hechos constitutivos que la motivaron subsistan cuando se demande el divorcio.

(87) Ibidem

X "La declaración de ausencia legalmente hecha, o la de presunción de muerte, en los casos de excepción en que no se necesita para que se haga que proceda la declaración de ausencia" (88).

Esta causal es aplicable cuando un cónyuge desaparece y se desconoce su paradero o representante, entonces, previo procedimiento legal, el Juez puede dictar formalmente la declaración de ausencia o presunción de muerte. En este caso basta la declaración judicial para que el otro cónyuge pueda demandar el divorcio.

Lo anterior responde a que el cónyuge ausente, culpable o no, incumple con todas las obligaciones derivadas del matrimonio y hace imposible la consecución de sus fines.

Al ser de tracto sucesivo se puede ejercitar en cualquier momento posterior a la declaración legal de ausencia o presunción de muerte.

XI "La sevicia, las amenazas o las injurias graves de un cónyuge para el otro" (89).

Por sevicia se entiende a la crueldad excesiva que haga imposible la vida en común, por lo que puede tratarse de un maltrato continuo o siendo incontinuo que por su crueldad impidan la armoniosa vida en común de los cónyuges, pero se requiere la intención de hacer daño o de herir.

(88) Ibidem

(89) Idem

Amenaza se aplica a la expresión de los cónyuges que impliquen el deseo de inferir al otro un daño tanto en su persona, bienes o en las personas o patrimonios de sus parientes o quienes de un modo sentimental se encuentren ligados a él.

Las injurias graves se refiere a la conducta encaminada a manifestar el desprecio hacia una persona.

Para que se considere causal de divorcio deben ser de tal gravedad que imposibiliten la vida en común de los cónyuges.

Se pueden invocar por el cónyuge que no ha proferido las injurias, no ha amenazado o no ha cometido la sevicia, dentro de los seis meses siguientes a que sufra alguna de éstas.

XII "La negativa injustificada de los cónyuges a cumplir las obligaciones señaladas en el artículo 164; sin que sea necesario agotar previamente los procedimientos tendientes a su cumplimiento, así como el incumplimiento, sin justa causa, por alguno de los cónyuges de la sentencia ejecutoriada en el caso del artículo 168" (90).

Esta causal contempla dos situaciones diferentes, la primera del artículo 164, relativa a la obligación de los cónyuges de contribuir económicamente al sostenimiento del hogar a su alimentación y a la de sus hijos y educación de éstos.

El artículo 168 se refiere a que el hombre y la mujer tiene la misma autoridad en el hogar y por tanto decidirán de

(90) Ibidem

común acuerdo lo relativo a la formación de los hijos y a la administración de los bienes de éstos.

Así pues, esta causal lo que castiga es la falta de auxilio y ayuda que se deben los cónyuges entre sí y la que se debe a los hijos.

Por ser de tracto sucesivo podrá el cónyuge inocente ejercitarla mientras existan los elementos constitutivos de la causal.

XIII "La acusación calumniosa hecha por un cónyuge contra el otro, por delito que merezca pena mayor de dos años de prisión" (91).

Se entiende por calumnia el hecho de imputar a persona determinada la comisión de un delito, sabiendo la inocencia de la persona a quien se le imputa o que no ha sido cometido el delito.

Se requiere una sentencia absolutoria en favor del cónyuge calumniado para determinar su inocencia, y éste podrá ejercer la acción contra el cónyuge calumniante por falta de respeto y de consideración de éste con aquél.

XIV "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" (92).

(91) Ibidem

(92) Idem

La infamia se entiende como un descrédito en el honor, reputación o en el buen nombre de una persona, y se requiere además que el delito cometido implique una pena de más de dos años.

La causal de divorcio aquí contemplada obedece al descrédito y a la deshonra que existe para el cónyuge inocente y sus hijos y no en la ruptura de la vida conyugal por dos años.

Solamente el cónyuge inocente puede invocar esta causal.

XV "Los hábitos de juego o embriaguez o el uso indebido y persistente de drogas enervantes, cuando amenazan causar la ruina de la familia o constituyen un continuo motivo de desaveniencia conyugal" (93).

Esta causal contempla al juego siempre y cuando le implique pérdidas económicas a la familia y sea constante motivo de desaveniencia conyugal. Cuando menciona las drogas enervantes implica que debiliten al organismo y se consuman con fines no curativos.

Cuando estos vicios son tolerados y por tanto no constituyen motivo de desaveniencia conyugal, ni amenazan la ruina de la familia, no constituyen causal de divorcio mismo que trata de salvaguardar la seguridad y estabilidad del matrimonio y por ende de la familia.

(93) Ibidem

XVI "Cometer un cónyuge contra la persona o bienes del otro un acto que sería punible si se tratase de persona extraña, siempre que tal acto tenga señalada en la ley una pena que pase de un año de prisión" (94).

Mediante esta causal se sanciona civilmente conductas que penalmente no se castigan con la finalidad de proteger y asegurar el respeto, ayuda y colaboración que se deben brindar los cónyuges.

El cónyuge inocente puede ejercer esta causal, corriendo la caducidad a partir de que tiene conocimiento de los hechos.

XVII "El mutuo consentimiento." y por último.

XVIII "La separación de los cónyuges por mas de dos años, independientemente del motivo que haya originado la separación, la cual podrá ser invocada por cualesquiera de ellos" (95).

Asombrosamente la ley únicamente exige, la separación de los cónyuges por un tiempo determinado para ser causa de disolución del matrimonio, sin considerar la conducta de los cónyuges ni mucho menos su culpabilidad o inocencia, es más, le dá derecho al cónyuge culpable de ejecutar la acción de divorcio mediante esta causal.

(94) Ibidem

(95) Idem

El artículo 268 del Código Civil enumera una causal mas de divorcio, que es del tenor siguiente:

"Cuando un cónyuge haya pedido el divorcio o la nulidad del matrimonio por causa que no haya justificado o se hubiere desistido de la demanda o de la acción sin la conformidad del demandado, éste tiene a su vez derecho de pedir el divorcio pero no podrá hacerlo sino pasados tres meses de la notificación de la última sentencia o del auto que recayó al desistimiento. Durante estos tres meses los cónyuges no están obligados a vivir juntos" (96).

Se requiere para ejercitar esta causal una sentencia ejecutoriada absolviendo al demandado o un acuerdo que tenga por desistido al actor de la acción.

Esta causal pudiera equipararse en algunas demandas de divorcio a una injuria, por el hecho de demandar el divorcio o la nulidad, sin embargo en ocasiones no encierra injuria. En esta causal el legislador toma en cuenta el distanciamiento de los cónyuges que los orilla a demandarse el divorcio.

3.4.4 EFECTOS

Dentro del renglón relativo a los efectos que trae como consecuencia el divorcio, debemos distinguir entre los efectos provisionales y los definitivos:

(96) Ibidem

A) Provisionales.- Son aquellos efectos que se producen durante la tramitación del juicio de divorcio.

Al admitirse la demanda de divorcio o incluso antes si existiere urgencia se tomarán las siguientes providencias, de acuerdo con el artículo 282 del Código Civil.

a) Separación de los cónyuges.

b) Asegurar los alimentos que le correspondan a los hijos y al cónyuge en caso que lo marque la ley.

c) Medidas encaminadas a la protección de los bienes de los cónyuges o de la sociedad conyugal en su caso.

d) Medidas precautorias con respecto a la mujer que está en cinta.

e) Designar la persona cuyo bajo cuidado quedarán los hijos, pudiendo ser algún cónyuge.

B) Definitivos.- Son aquellos efectos de "Mayor trascendencia porque se van a referir ya a la situación permanente en que quedarán los divorciados, sus hijos y sus bienes, una vez ejecutoriada la sentencia de divorcio" (97).

(97) Rojina Villegas, Rafael, Op. Cít. Pág. 520

a) Los cónyuges quedan en aptitud de contraer nuevo matrimonio. Este efecto se debe al divorcio vincular establecido en la Ley de Relaciones Familiares pues como ya hemos dicho en repetidas ocasiones, anteriormente el divorcio solo implicaba la separación de cuerpos y no disolvía el vínculo.

Sin embargo se deben cumplir con ciertos plazos que exige la ley, así el cónyuge que dio motivo al divorcio solo puede contraer matrimonio pasados dos años desde que éste se decretó, en tanto que el cónyuge inocente puede contraer matrimonio inmediatamente después de ejecutoriada la sentencia de divorcio en tratándose del hombre, pues la mujer tendrá que esperar trescientos días a partir de la separación judicial, salvo que nazca un hijo en ese término. Si se trata de divorcio voluntario se requiere que transcurra un año desde que se obtuvo éste.

Cabe comentar que la ley solo califica de ilícito, mas no nulo el matrimonio celebrado en contra de las disposiciones anteriores.

b) Patria potestad.- El Juez gozará con las más amplias facultades para determinar a quien se le encargará la patria potestad de los hijos y su custodia, entendiéndose que a pesar de que algún cónyuge pierda la patria potestad sobre los hijos, ello no le exime del cumplimiento de las demás obligaciones que tiene con ellos, hasta la mayor edad de éstos.

c) En cuanto a los bienes, el cónyuge culpable perderá lo dado por el cónyuge inocente o por un tercero en atención a éste.

d) División de los bienes comunes.

e) El cónyuge culpable deberá pagar alimentos al cónyuge inocente en caso de divorcio necesario. Si éste es por mutuo consentimiento la mujer tendrá derecho a percibir alimentos por un lapso igual al del matrimonio, siempre y cuando carezca de bienes o se una en nuevo matrimonio o concubinato. Mismo derecho tendrá el varón incapacitado.

f) Si por el divorcio se originan daños y/o perjuicios en contra del cónyuge inocente, el culpable responderá de ellos como autor de un hecho ilícito.

CAPITULO IV

EL DIVORCIO, CAUSA DE DESUNION FAMILIAR

1.- EL DIVORCIO UNILATERAL VOLUNTARIO

1.1 CONYUGE CULPABLE

1.2 PROBLEMAS SICOLOGICOS DE LOS HIJOS

1.3 TUTELA DEL ESTADO

1.- DIVORCIO UNILATERAL VOLUNTARIO

En el capítulo que ahora nos ocupa, nos ceñiremos básicamente a la fracción XVIII del artículo 267 del Código Civil, que a la letra dice:

"La separación de los cónyuges por mas de dos años, independientemente del motivo que haya originado la separación, la cual podrá ser invocada por cualquiera de ellos" (98).

La razón por la cual me abstengo de analizar las demás causales de divorcio, como trasgresión al orden familiar es muy sencilla, se dice que "El divorcio sacrifica a los hijos en interés de los padres" (99). Pero afirmar semejante aseveración sería adoptar una postura demasiado radical y por tanto alejada de nuestra realidad social.

Existen casos, aunque si bien es cierto que lo son la minoría, que el divorcio sobreviene como un remedio a una situación que causa tal perjuicio a la familia, que llega a convertirse en un mal necesario, tal es el caso donde el padre o la madre ejecuta actos inmorales de tal magnitud, que quizá llegue a ser mas recomendable la disolución de ese matrimonio y que los hijos crezcan separados de sus padres, cuando lo natural y lo mas deseable es que se desarrollen a su lado para poder alcanzar así un óptimo crecimiento y desarrollo físico y emocional.

(98) Código Civil, Op. Cit.

(99) Rojina Villegas, Rafael, Op. Cit. Pág. 582

Otro caso en que el divorcio propiamente dicho, no rompe con la unión familiar, es el previsto en la fracción X del artículo 267 del Código Civil, relativa a invocar la causal divorcista por la declaración de ausencia o presunción de muerte de alguno de los cónyuges, pues implica al ejercitar esta acción que ya ha transcurrido un lapso de tiempo considerable, sin la convivencia conyugal y familiar, por tanto no es el divorcio, sino la causa que originó la ausencia, la que alteró el orden familiar.

Siguiendo la casuística, tampoco la causal de la fracción VII del citado artículo 267 consistente en la declaración de interdicción a un cónyuge por demencia incurable, se puede contar como atentatoria a la familia, pues en un momento dado y dependiendo de las circunstancias, podría ser un riesgo a la integridad física y moral de los integrantes de la familia, la convivencia con una persona que ha perdido el uso de sus facultades mentales y que por ende es irresponsable de su actuar, por tanto le será imposible cumplir con los fines del matrimonio para con su cónyuge, mucho menos será capaz de proporcionar a los hijos una sana y correcta educación.

En atención a las citadas consideraciones me limitaré a cuestionar el por qué la ya mencionada causal de divorcio contenida en la fracción XVIII del artículo 267 del ordenamiento civil constituye un claro atentado a la institución familiar y cómo deja el cónyuge inocente que no dio motivo al divorcio, en un claro y eminente estado de indefensión que el Derecho debiera proteger y que sin embargo en este caso sirve a mezquinos intereses, en clara contraposición con la exposición de motivos del Código Civil vigente que al justificar el divorcio vincular, dice:

"Es cierto que hay interés social en que los matrimonios no se disuelvan fácilmente; pero también esta interesada la sociedad en que los hogares no sean focos constantes de disgusto y en que, cuando no están en juego los sagrados intereses de los hijos o de terceros, no se dificulte innecesariamente la disolución de los matrimonios, cuando los cónyuges manifiestan su decidida voluntad de no permanecer unidos" (100).

Por lo anterior es claro entender, que la voluntad del legislador es permitir el divorcio cuando ocurre la voluntad de los cónyuges y cuando no concurren los intereses de los hijos, cosa muy diferente la que sucede con la multicitada causal del artículo 267 fracción XVIII, del Código Civil, la cual no contempla la voluntad de ambos cónyuges, sino la de uno solo de ellos, que incluso puede ser la de aquel que dio origen al divorcio y así tampoco considera los intereses de los hijos, pues la ley considera, erróneamente por cierto, que sus intereses están salvaguardados con el simple hecho de que un cónyuge o ambos les otorguen una cantidad determinada de dinero, que por concepto de pensión alimenticia les corresponda, y que incluso en las más de las veces es insuficiente.

1.1. CONYUGE CULPABLE

Tradicionalmente y con acierto, el legislador distinguía perfectamente entre cónyuge culpable y cónyuge inocente, cuando se trataban casos de divorcio.

(100) Sánchez Medal, Ramón, Op. Cit. Pág. 31

Tal era su diferenciación, que toda legislación relativa al divorcio necesario giraba en torno a este concepto de culpa, trayendo diferentes consecuencias jurídicas dependiendo de la culpabilidad o ausencia de ella en los consortes.

La ley condena al cónyuge culpable, al imponerle ciertas obligaciones, algunas en favor del cónyuge inocente como; la de perder todo lo que se le hubiere dado por su consorte, el pago de alimentos al cónyuge inocente, asimismo si por consecuencia del divorcio se ocasionan daños y/o perjuicios en contra del cónyuge inocente, el culpable responderá de ellos de igual forma que si se tratara del autor de un hecho ilícito y por ende deberán cuantificarse en dinero y ser cubiertos por el cónyuge que resulte culpable en la sentencia de divorcio.

Sin embargo, la distinción de la ley no se agota aquí ya que al cónyuge culpable lo imposibilita para contraer nuevo matrimonio, sino hasta pasados dos años desde que se decretó el divorcio anterior.

Con los elementos anteriores, queda claramente demostrado que el legislador a pesar de permitir el divorcio vincular, tiene como último deseo el no concederlo, y por ello, impone una serie de sanciones al cónyuge que dio motivo al divorcio por una conducta culposa de su parte, en tanto que exime de las mismas, al cónyuge que resulta inocente en la sentencia de divorcio.

Acorde a esta técnica jurídica se encuentra redactado el actual artículo 278 de nuestro Código Civil, que es del tenor siguiente:

"El divorcio solo puede ser demandado por el cónyuge que no haya dado lugar a él, y dentro de los seis meses siguientes al día en que haya llegado a su noticia los hechos en que se funde la demanda" (101).

El citado artículo 278, se encuentra seriamente violado con la causal de divorcio enumerada con la fracción XVIII del artículo 267 del Código, es decir con la causal relativa al divorcio unilateral voluntario, pues ésta no requiere para su ejercicio una conducta culpable de algún cónyuge, sino únicamente la separación de ambos por dos años o más.

Resulta incomprensible, como el legislador le otorga la acción de divorcio a un cónyuge que no contento con incumplir los deberes del matrimonio, ahora solicita su disolución dejando desamparados a los hijos y al cónyuge que sí cumplía con los deberes matrimoniales.

Es por otro lado, notoria la claridad con la que esta causal atenta contra la familia y la institución misma del matrimonio, pues a pesar de que el cónyuge inocente y por tanto celoso de su deber para con su familia, no le demanda al cónyuge culpable el divorcio por su irresponsable abandono, cuando ya ha transcurrido un lapso de año y medio por ejemplo, cuando, que solo necesita el cónyuge culpable un poco mas de tiempo para ser él quien ejercite la causal divorcista, sin importar lo culpable de su conducta, ni mucho menos la voluntad del otro cónyuge, que teniendo motivos para ejercer la causal de divorcio, se abstiene de ellos en beneficio de su familia.

(101) Código Civil, Op. Cit.

Siguiendo este orden de ideas es perfectamente permitido por la ley, que un cónyuge que se casó con el otro irreflexivamente, o con la mera intención de satisfacer sus pasiones, obtenga el divorcio sin ser declarado culpable de incumplir los fines del matrimonio, con la simple separación por dos años del cónyuge que no dio motivo a tal separación.

Asimismo puede darse el caso que un cónyuge contraiga matrimonio con el otro por intereses económicos, estableciendo un régimen de sociedad conyugal, y al paso del tiempo sin que un cónyuge dé motivos lo abandone y tiempo después obtenga el divorcio, premiándose al cónyuge abandonante con la impunidad y con la mitad de la fortuna del cónyuge que no demandó el divorcio por abandono injustificado del hogar conyugal, al considerar éste superiores los fines del matrimonio que la falta cometida por su consorte.

Es clara también, la injusticia de la causal de divorcio en estudio, ya que deja al cónyuge que no da motivo a él, en un estado de indefensión total ante el cónyuge que invoca la causal, pues al cónyuge víctima de la acción divorcista no le valió de nada entregarse íntegramente a las obligaciones del matrimonio y la familia, puesto que con la voluntad del otro cónyuge se verá impedida ésta de su realización última.

1.2. PROBLEMAS SICOLOGICOS DE LOS HIJOS

Desgraciadamente nuestra legislación al tratar la problemática del divorcio, ignora en muchos aspectos a los hijos quienes sufren las consecuencias de los errores de los padres, pues una vez decretado el divorcio la ley prácticamente limita las obligaciones de los cónyuges con respecto a los hijos desde

el punto de vista material, es decir económico, en cuanto a una cuota dineraria que les permita a los hijos sufragar sus necesidades mas elementales hasta que alcanzan éstos la mayor edad. Sin embargo el desarrollo y crecimiento de los hijos no puede en ningún caso circunscribirse a un aspecto meramente económico, ya que también requieren afecto, comprensión, un ambiente sano, etc. para que pueda darse en ellos un desarrollo armónico de su persona.

Es bien sabido que el crecimiento de los hijos, cuando falta en el hogar la figura del padre o la madre, se torna en muchos trastornos para los hijos, máxime si se trata de la ausencia de uno de los padres en el caso de divorcio, pues así los hijos resentirán más la falta de apoyo y cariño del cónyuge ausente, que en el caso de la muerte de uno de ellos, ya que en estos términos los hijos comprenden que la separación fue ocasionada por razones que aparte de naturales fueron ajenas a la voluntad del cónyuge difunto, en tanto que no se puede decir lo mismo del niño que sabiéndose hijo de padres divorciados, siempre guardará en su interior sentimientos negativos hacia sus padres, impidiéndole un crecimiento sano y armónico.

En estas condiciones puede afirmarse que debido al ejemplo que reciben los hijos de divorciados que éstos inseguros de sí mismos vean al matrimonio como una institución frágil y predestinada al fracaso como fue el caso de sus padres, originándose así un "Círculo vicioso de padres inseguros que originan hijos inseguros que dan lugar a una sociedad insegura" (102). Como opina Margaret Mead.

(102) García Villegas, Pilar, Trastornos en el Comportamiento de los Hijos, Madrid, 1966, Editorial Rialp, S.A., Pág 145

De acuerdo con las consideraciones anteriores, "El niño necesita que quienes se toman la tarea de cuidarlo y educarlo sigan, paso a paso, el proceso de su vida; necesita que sepan descubrir los intereses que, puestos en juego, son los que facilitan el fluir de este proceso y, finalmente necesita ser escuchado cuando expresa, directa o indirectamente, que su desarrollo lleva o no, buena marcha". (103).

Todos estos requerimientos del niño, indispensables para un crecimiento óptimo y armónico se le pueden dar de un modo natural, aunque no por ello fácil dentro del mundo familiar, es así como una familia bien avenida, soportada bajo la responsabilidad y amor de los cónyuges, cabeza de la misma, pueden originar hijos sanos y psicológicamente maduros, capaces de enfrentarse a los retos que la sociedad, cada día mas difícil exige a los hijos.

Lo anterior sería lo ideal para toda sociedad humana, sin embargo vemos con mucho pesar que actualmente el divorcio gana terreno, en contra del que pierde la indisolubilidad matrimonial, infundiéndose así una serie de características en la personalidad de los hijos a causa del divorcio de los padres, que traen como consecuencia la imposibilidad en la mayoría de los casos de una evolución normal en el crecimiento de los hijos.

El psicólogo Piaget afirma que "El desarrollo afectivo y la socialización, en mutua dependencia ayudan, a insertarse y a tomar postura en el mundo, a afirmar el carácter, a enriquecer

la personalidad, contribuyendo de este modo a la formación de un carácter sano, equilibrado, que, a su vez, apoye el libre despliegue de todas las posibilidades de la inteligencia" (104).

La conducta de los padres, cambia radicalmente al sobrevenir el divorcio, y los hijos resienten ese cambio de conducta y lo manifiestan de maneras muy diferentes, dependiendo de la dirección que adopte la conducta de los padres hacia ellos, y así en términos generales, cabe decir que los padres pueden tomar cuatro tipos de conducta diferentes, que por sus efectos se manifestarán en otras tantas conductas en los hijos.

Estos tipos de conducta son los siguientes:

A) Superprotección afectiva univalente:

Bajo este tipo de conducta de los padres, los hijos superprotegidos por cualquiera de los cónyuges divorciados, se encuentran privados de la libertad que requieren para una sana evolución psicológica. Son criados en un clima de cariño asfixiante, supervigilados, que trae como consecuencia que vivan forzosamente infantilizados y que por esa razón se vuelvan incapaces para responder a las exigencias escolares o laborales que se les plantean, en pocas palabras, no han madurado lo suficiente para poder enfrentarse con la responsabilidad que les va implicando su edad.

Con el pasar del tiempo y a su madurez fisiológica, ocurre un desequilibrio interno en los hijos que ocasiona un

deseo urgente de maduración y de independencia prematura, sin embargo la inmadurez de los padres bloquea la maduración a su propio ritmo de los hijos, surgiendo así una ansia casi insuperable de huir del hogar.

Los rasgos comunes en los hijos con este tipo de problemas se traducen en cobardía, indolencia, inhibición y en muchos casos pereza e improductividad.

Generalmente es el cónyuge que obtiene la custodia del hijo por medio de la sentencia de divorcio, o en su caso el cónyuge que tiene viviendo consigo en su domicilio al hijo, el que le proporciona esta superprotección, por considerar al niño como lo único que le queda del anterior matrimonio, olvidando que "El niño no es un hombre en miniatura, ni un ser opuesto al adulto, ni una sucesión de edades. El niño es un devenir, una plenitud de posibilidades, una incógnita abierta a su propio futuro" (105).

B) Superprotección afectiva ambivalente:

Con esta actitud de los padres, que implican grietas en su cariño, provocan las defensas del niño al descubrir el juego de sus padres de "Premio o castigo" o "Dar o no dar" y surge el forcejeo del niño a liberarse de este yugo, estableciéndose así un doble juego de amor y rechazo por parte del chico hacia sus padres, al no poder entender aquellos "El cariño absorbente y la severidad excesiva, el mimo y las exigencias planteadas con dureza, el pan y el palo que vienen de la misma mano" (106).

(105) Ibid, Pág. 32

(106) Ibid, Pág. 71

En consecuencia de lo anterior dan comienzo los comportamientos difíciles y rebeldes de los hijos, alternando con las actitudes mimosas, con el fin de acaparar el cariño de los padres, cariño que se les escapa cuando creen poseerlo.

Otros rasgos comunes en los hijos que sufren este problema, son una improductividad notoria, conflictos con los hermanos y un afán desmedido por ser mayores, ya que consideran los hijos en estas circunstancias, que una vez creciendo ya no tendrán el cariño intermitente de los padres, sino fijo.

Los padres toman estas actitudes tan irregulares con los hijos porque consideran a éstos, a un mismo tiempo reflejo del cónyuge culpable de la disolución matrimonial, y víctimas de tal separación.

C) Protección afectiva ambivalente:

Este modo de actuar de los padres, implica que los hijos recientan la deficiencia de amor de los progenitores, pero el principal problema es que éstos quieren y no a sus hijos, a quienes mantienen siempre en un estado de incertidumbre, un valvén afectivo, que llega incluso a crear un sentimiento de culpa muy arraigado en los hijos.

En consecuencia de lo anterior los hijos están sometidos a una tensión constante que fatiga su ánimo e incluso lo derrumba, después se aíslan para evitar más frustraciones y no exponerse a un rechazo por parte de los padres, "Terminando por justificar, con su comportamiento y los resultados

escolares, una animosidad que refuerza su sensación de ser rechazado" (107).

Por otra parte, estos hijos se encuentran con tres sentimientos para con sus semejantes; agresividad contra los padres, es decir contra la primera autoridad, también agresividad en contra de los maestros, segunda autoridad social y por último una fantaseada agresividad contra la sociedad misma.

Al hablar de la responsabilidad de los cónyuges, en este caso es en general culpable, aquél que dio lugar al divorcio quien siente la falta de cariño que da a los hijos y por tanto falla en su autoridad, al faltarle fuerza moral, entonces sucede lo peor, consiente en todo a los hijos tratando así de acallar su conciencia y les cumplen todos sus caprichos, y pretenden con dinero sustituir su falta de amor.

Los hijos por su parte, ante esta actitud de los padres, reciben el dinero a cambio del desamor, convirtiéndose un círculo vicioso de chantaje sentimental, invocado tanto por el hijo como por los padres.

(107) Bastin, Georges, Por Qué Fracasan Nuestros Hijos en los Estudios, Madrid, 1971, Editorial Magisterio Español, S.A., Pág. 111

D) Protección responsable, carente de afecto:

Mediante esta conducta, la carencia de afecto hacia los hijos es total, y por ello, ni siquiera se sienten culpables los padres y por ende no se ven obligados a darles dinero a los hijos o cumplimentarles sus caprichos, siendo tan intensa y persistente la falta de cariño y motivación a los hijos, que éstos como recurso contra el sufrimiento se despersonalizan y tratan de perder todo contacto con la realidad, "El sufrimiento soportable aísla al hombre de todo lo que no tiene relación con su pena" (108).

El hecho de que ningún lazo afectivo les una a nadie, les lleva a desdoblarse para poder estar con alguien, comienzan a ser, lo que los demás quieren que sean, a condición de sentirse un poco queridos por alguien.

Este pobre ser, se encuentra tan despersonalizado y marginado de cualquier afecto por parte de sus padres, que termina sentado frente al espejo contemplándose varias horas al día, inmersos en el profundo pozo de su soledad y amargura.

Frecuentemente, los progenitores que ocasionan estas características en los hijos, son aquellos que no deseaban ni el embarazo de la mujer, ni mucho menos comprendieron la importancia y significado de la maternidad o paternidad. Se agrava este problema al sobrevenir el divorcio, pues al ya serle desagradable a los cónyuges la idea del embarazo materno, mas incómodo les resulta esta situación después de divorciados, pues el único sentimiento que le tendrán al hijo es el de indiferencia y rechazo absoluto.

(108) García Villegas, Pilar, Op. Cit. Pág. 122

"La familia es el crisol en el que se forja la personalidad. Padres y educadores saben que para comprender a un niño, para tener la clave de su comportamiento, de sus actitudes, es indispensable conocer bien el medio familiar. La unión de la pareja, el grado de equilibrio personal en cada uno de los cónyuges, el contenido cultural de la familia, su buena integración en la sociedad, la estabilidad de su sistema de valores, constituyen las mejores garantías de una infancia feliz y de un desarrollo armonioso de la personalidad. Por estas razones es casi imposible disociar las deficiencias caracteriales de los hijos de sus raíces familiares" (109).

"Se puede decir que uno de los fines principales de la educación de los hijos es conseguir una buena adaptación al medio. Esta adaptación dependerá, en gran parte, de las cualidades de los padres y, ante todo, de la calidad de unión de los padres. Les es necesaria una cierta madurez, unida a un sentido de la responsabilidad, de entrega, de resistencia a las frustraciones, a una integración adecuada al medio y a un espíritu de comprensión" (110).

Es importante destacar que no es lo que los padres dicen, sus instrucciones, órdenes o castigos lo que mas influye en los hijos. Son los padres mismos con su carácter, su conducta, sus actitudes, su testimonio y su relación de pareja, quienes ejercen una influencia mas definitiva.

(109) Bastin, Georges, Op. Cit. Pág. 98

(110) Rassekh-Ardjomand, Mehry, El Niño Problema y su Reeducación, Madrid, 1965, Editorial Rialp, S.A., Página 159

Es por tanto indispensable que los cónyuges se formen a sí mismos antes de pretender fundar una familia, puesto que el problema no es que nazcan los hijos, sino educarlos, y unos cónyuges que no tienen clara la idea del matrimonio o de la paternidad o de sus fines, no debieran comprometerse a algo tan serio y delicado como lo es la familia, ya que por negligencia, falta de preparación, pueden ocasionar la ruina y desgracia de los hijos y del cónyuge permanentemente, e incluso quizá irreversiblemente.

Ni que decir del atentado que implica para la familia, la causal de divorcio contenida en el artículo 267 fracción XVIII, pues con el hecho de que cualquier cónyuge puede solicitar el divorcio al otro, siempre y cuando se cumpla el plazo exigido por la ley, traerá como consecuencia que el cónyuge irresponsable se separe del hogar conyugal, con la intención de solicitar posteriormente el divorcio y por ende la ruptura de la familia y con ésta los padres actuarán de acuerdo a los tipos de conducta ya descritos anteriormente, en detrimento del sano crecimiento de los hijos, cuyos daños algunas veces irreparables he comentado páginas anteriores.

1.3 TUTELA DEL ESTADO.

Se dice en relación a los fines del Estado, que "El bien público, en el orden específicamente temporal es el fin esencial al que debe ordenarse el Estado. Es la misión que está obligado a cumplir" (111).

(111) González Uribe, Héctor, Teoría Política, México, 1982, Editorial Porrúa, 4a. Edición, Pág. 497

Para poder cumplir adecuadamente el Estado con esta finalidad, debe tutelar ciertas instituciones que hagan posible el sano crecimiento de la sociedad.

Una de estas instituciones es sin duda, el matrimonio, matrimonio como base de la familia, y ésta a su vez de la sociedad misma.

Ya observamos anteriormente, que los principales fines del matrimonio son la procreación de los hijos y la ayuda mutua entre los cónyuges. Asimismo es claro entender la importancia de una institución cuyos fines están encaminados a la preservación de la especie y a la superación espiritual de los individuos, y con ésta al crecimiento y engrandecimiento de la estructura social.

El divorcio entonces rompe no solo con el matrimonio, sino también con la familia y con la sociedad, de la cual es su base. Es importante aclarar que estos efectos producidos por el divorcio no ocurren únicamente en el campo de la religión o en países con costumbres moralistas, sino que entrañan un problema para todo el género humano sin distinción de razas o ideologías.

Para confirmar lo anterior, baste señalar la experiencia que tuvo Rusia con el divorcio, tomando en cuenta, lo antireligioso del país comunista en cuestión.

Los primeros momentos de la Revolución Rusa, exigieron a los jefes bolcheviques adoptar una conducta sin disciplina, para oponerse al antiguo régimen.

En materia de divorcio se siguieron estos postulados, con un procedimiento que carente de seriedad, produjo abusos en el campo de la disolución matrimonial, y "Llegó entonces a extremos tan graves la fragilidad del vínculo matrimonial, que como si se tratara de un arrendamiento por tiempo voluntario que termina a voluntad de cualquiera de las dos partes, podía también concluirse la duración del matrimonio soviético por la simple manifestación de uno de los cónyuges ante el funcionario del Registro Civil" (112).

Con el tiempo los soviéticos se dieron cuenta que debían restringir la libertad divorcista, y en efecto por medio de un decreto del 27 de junio de 1936 que se expidió para luchar "Contra el comportamiento ligero hacia la familia y los deberes familiares" (113), y se obligaba a los cónyuges a pagar fuertes sumas de dinero para obtener el divorcio, por concepto de gastos de registro, además de establecer la citación de las partes con la autoridad para efectos reconciliatorios.

Posteriormente y viendo como la familia y la sociedad misma no respondía a los ideales de unidad, solidaridad y superación que todo Estado pretende para sus habitantes, establece la autoridad mediante decreto de fecha 8 de julio de 1944 "Que el matrimonio puede ser disuelto solamente por la vía legal en aquellos casos en los que el Tribunal reconozca que es necesario" (114).

(112) Sánchez Medal, Ramón, Op. Cit. Pág. 64

(113) Ibidem

(114) Academia de Ciencias de la U.R.S.S., Fundamentos de Derecho Soviético, Moscú, 1962, Ediciones en Lenguas Extranjeras, Pág. 439

Con esto el Estado interviene de manera directa en el caso del divorcio y él será el que establezca la necesidad del divorcio, desde un punto de vista de la voluntad del Estado en proteger a la familia y no de la voluntad de los cónyuges.

"El sistema del divorcio, antes existente creaba tal situación en la que la facilidad de la disolución del matrimonio estaba cada vez mas en pugna con la tarea del robustecimiento de la familia" (115).

En resumen la libertad de divorcio en Rusia, existe actualmente en teoría, ya que en la práctica se requieren un sin fin de trámites burocráticos, aunados a fuertes sumas de dinero que deben pagar los cónyuges durante el procedimiento, lo anterior sin tomar en cuenta que en última instancia resolverá el tribunal si es acorde la separación con los ideales del partido o no.

Con lo anterior queda de manifiesto que la protección del matrimonio como principal factor de origen de la familia actual, no es exclusivo de regímenes conservadores o católicos.

El Estado debe reconocer en la familia una institución natural en el hombre, que tiene fines mas altos e importantes que la voluntad de sus fundadores.

De acuerdo con lo anterior, el Estado debe procurar la preservación de la institución matrimonial, para asegurar la creación y desarrollo de familias susceptibles de hacer crecer y

engrandecer al mismo Estado, pues no olvidemos que un elemento del Estado es la población, y ésta se agrupa en pequeños núcleos familiares.

En consecuencia, el Estado tiene que ver al matrimonio como una figura que dá origen a la familia, y con ello a la creación de uno de sus propios elementos de existencia, la población.

Es así inconcebible como el legislador mexicano que siempre ha pretendido la protección del indefenso y del inocente, dicte en materia de divorcio, medidas tan apartadas y contrarias a estos ideales, elementales en todo sistema jurídico, como lo es la fracción XVIII del artículo 267 del Código Civil, que vuelvo a reproducir para mayor comprensión a mis palabras:

"Art. 267 Son causas de divorcio:

XVIII. La separación de los cónyuges por mas de dos años, independientemente del motivo que haya originado la separación, la cual podrá ser invocada por cualquiera de ellos" (116).

Con esta causal de divorcio el legislador mexicano, olvida la importancia que debe tener el matrimonio en cualesquiera sociedad actual, y es más, es contradictorio a la regulación de éste.

(116) Código Civil, Op. Cit.

Para ejemplo de lo anterior, podemos decir que el Estado mexicano considera el matrimonio como una figura, que si bien es cierto depende de la voluntad de los contrayentes para su celebración, el legislador negó a los cónyuges la posibilidad de pactar voluntariamente entre ellos, sobre ciertas cuestiones fundamentales del matrimonio.

Es así como el legislador considera como no puesta, cualquier condición que sea contraria a la perpetuación de la especie o a la ayuda mutua que se deben los cónyuges en el matrimonio. Asimismo la ley establece que solo puede celebrarse éste ante los funcionarios y formalidades que la ley establece. En el campo patrimonial la ley obliga a que los cónyuges adopten en el momento de celebrarse el matrimonio un régimen de sociedad conyugal o de separación de bienes, sin que la voluntad de los contrayentes pueda superar a la de la ley.

De lo anterior se desprende que "En el caso de matrimonio se estima que por razones de interés público, el Estado impone el régimen legal del mismo, de tal manera que los consortes simplemente se adhieren a ese estatuto, funcionando su voluntad solo para el efecto de ponerlo en movimiento y aplicarlo, por tanto a sujetos determinados" (117).

En consecuencia, la ley considera de orden público al matrimonio debido a su importancia, asimismo considera a la familia, y el artículo cuarto constitucional establece que la ley protegerá tanto a la organización y desarrollo de ésta.

(117) Rojina Villegas, Rafael, Op. Cit. Pág. 222

Sin embargo el 27 de diciembre de 1983 aparece la causal XVIII del artículo 267 del Código Civil, misma que entró en vigor noventa días después de su publicación en el Diario Oficial de la Federación, es decir el 26 de marzo de 1984. Esta multicitada causal es un atentado directo al matrimonio, que antes veíamos que protegido por el Estado por considerarlo de orden público ahora lo deja en una situación de fragilidad tal, que basta la separación de los cónyuges por más de dos años, para que se considere que exista causal de divorcio, sin importar que pueda ser el mismo cónyuge que dio origen a la separación o que incluso haya abandonado al otro para incumplir deliberadamente con las obligaciones derivadas de la unión marital, el que pueda invocar esta causal de divorcio.

Es también atentatoria la causal contra la familia, por la facilidad con la que puede destruir la base de ésta, es decir al matrimonio, a pesar de que como dijimos antes la ley la pretenda proteger desde su origen hasta su desarrollo.

No debe el legislador que la simple voluntad de uno de los consortes sea suficiente para romper con el matrimonio y por consiguiente rompa con la estructura familiar.

Por otra parte, es justo reconocer que en el matrimonio no solo se pactan derechos y obligaciones para los consortes, como quisieran que fuera los adeptos del divorcio, sino que en razón de los fines de la institución matrimonial, se establecen derechos en favor de terceros, que son nada menos que los hijos y la sociedad en general, por lo que es inadmisibles aplicar al régimen del matrimonio la teoría general de los contratos, y no se pueden privar a los hijos de sus derechos por

algún convenio celebrado entre los cónyuges y menos aún por el incumplimiento de uno de ellos a sus respectivos deberes.

El Estado entonces, debe procurar en todo momento la protección del matrimonio y de la familia, y en concreto de los hijos, quienes en la inmensa mayoría de los casos son las víctimas inocentes del comportamiento irresponsable de sus progenitores, y la ley paradójicamente le otorga mayores consideraciones al cónyuge culpable en el caso de la causal de divorcio de la fracción XVIII del artículo 267 del Código Civil, que a los indefensos hijos.

El valor social del matrimonio indisoluble deriva de que la posibilidad de romper el vínculo matrimonial tiende a hacerlo mas frágil, puesto que el matrimonio será tratado con menos seriedad si se sabe que puede ser disuelto, incluso con actitudes totalmente unilaterales como es el caso de la ya citada causal de divorcio contenida en el artículo 267 fracción XVIII del Código Civil, y es absurdo querer limitar el divorcio a casos excepcionales y aislados, como la intención del legislador al momento de establecer el divorcio vincular en México, si la ley que empieza a dar pie a la disolución del matrimonio, día a día aumenta los motivos por los que puede ser disuelto éste.

Por último, la ley debe de una vez por todas, y con carácter firme proteger al matrimonio y a los hijos, restringiendo severamente el divorcio, tomando en cuenta el daño que causa a los hijos a la familia misma, pues no olvidemos que ésta es la base de la sociedad.

CONCLUSIONES

La familia como elemento constitutivo de la sociedad, no es estacionaria, se transforma y evoluciona junto con ella.

La institución jurídica del matrimonio para el Derecho Civil se consideró como situación de facto en el Derecho Romano, posteriormente como sacramento, luego como contrato y actualmente como simple institución jurídica.

El matrimonio para el Derecho Canónico se considera como sacramento, a partir de su institución por Jesucristo.

Actualmente el matrimonio es la pieza angular dentro de la estructura familiar.

El divorcio ha evolucionado haciendo cada día mas fácil la disolución del matrimonio.

De 1915, fecha de instauración del divorcio vincular, se han incrementado notablemente las causas para pedir el divorcio.

El Estado no debe perder de vista que el incremento en el número de causales de divorcio sólo implica que éste se dé en mayor proporción dentro del contexto social, aumentando así el número de familias desunidas.

El cumplimiento de las obligaciones derivadas del matrimonio y la familia no deben ser incumplidas por la voluntad unilateral de los consortes.

La causal XVIII del artículo 267 del Código Civil implica este incumplimiento, sin que se declare culpable al cónyuge que lo realiza.

La ley pasa por alto el principio de que "Nadie podrá invocar su propio dolo" (Nemo auditor, propiam turpitudinem allegans), y legitima al cónyuge que lleva a cabo la separación a demandar el divorcio.

El sano crecimiento de la familia, requiere de la convivencia armónica de todos sus miembros.

Un hogar donde falta la figura del padre o la madre a consecuencia del divorcio, provoca un crecimiento lleno de rencor y amargura en los hijos.

El interés de conservar la unión de la familia es de orden público, por ello el Estado debe dictar normas encaminadas a su unión y protección, y no que facilite su disolución.

El Estado debe reconocer que la familia constituye un interés mucho mas importante para la sociedad, que la voluntad de sus fundadores.

El Estado para cumplir adecuadamente el fin de bien común de la sociedad, debe derogar, en especial la causal contenida en el artículo 267 fracción XVIII del Código Civil, por atentar contra la familia.

BIBLIOGRAFIA

Academia de Ciencias de la U.R.S.S., Fundamentos de Derecho Soviético, Moscú, 1962, Ediciones en Lenguas Extranjeras, 676 Págs.

Agramonte, Roberto, Principios de Sociología, México, 1965, Editorial Porrúa, 624 Págs.

Albaladejo, Manuel, Estudios de Derecho Civil, Barcelona, 1955, Bosch, Casa Editorial, 487 Págs.

Bastin, Georges, Por Qué Fracasan Nuestros Hijos en los Estudios, Madrid, 1971, Editorial Magisterio, S.A., 223 Págs.

Branca, Giuseppe, Instituciones de Derecho Privado, México, 1978, Editorial Porrúa, 674 Págs.

Buen, Demofilo de, Introducción al Estudio de Derecho Civil, México, 1977, Editorial Porrúa, 2a. Edición, 413 Págs.

Calva, Esteban, Instituciones de Derecho Civil, México, 1875, Impresión de Díaz de León, 380 Págs.

Caso, Antonio, Sociología, México, 1964, Editorial Limusa, 13a. Edición, 360 Págs.

De Pina, Rafael, Elementos de Derecho Civil Mexicano, México, 1975, Editorial Porrúa, 7a. Edición, Vol. I, 404 Págs.

Della Rocca, Fernando, Manual de Derecho Canónico, Madrid, 1962, Ediciones Guadarrama, 455 Págs.

Diez Picaso, Luis, Sistema de Derecho Civil, Madrid, 1978, Editorial Tecnos, Vol. IV, 859 Págs.

Engels, Friedrich, El Origen de la Familia, La Propiedad Privada y el Estado, Madrid, 1983, Traducción cedida por Ediciones Progreso, Moscú, a Editorial Sarpe, 304 Págs.

Galindo Garfias, Ignacio, Derecho Civil, México, 1980, Editorial Porrúa, 4a. Edición, 575 Págs.

García Villegas, Pilar, Trastornos en el Comportamiento de los Hijos, Madrid, 1966, Ediciones Rialp, S.A., 353 Págs.

Gomis Soler, José, Elementos de Derecho Civil Mexicano, México, 1942, S.E., 412 Págs.

González Lobato, Juan Antonio, Razones de la Fe, Madrid, 1980, Editorial E.M.E.S.A., 207 Págs.

González Uribe, Héctor, Teoría Política, México, 1982, Editorial Porrúa, 4a. Edición, 670 Págs.

Guigibert, Charles, Historia Universal, Buenos Aires, 1956, Editorial Codex, S.A., 780 Págs.

Höffner, Joseph, Matrimonio y Familia, Madrid, 1966, Editorial Rialp, 115 Págs.

Instituto de Investigaciones Jurídicas de la U.N.A.M.,
Diccionario Jurídico Mexicano, México, 1983, Vol. III.

Lauri, Mauricio, Mitologías y Religiones, en Enciclopedia
U.T.H.E.A., Barcelona, 1956, Montaner y Simón, S.A., Editores,
Vol. IX, 805 Págs.

Lehmann, Henrich, Derecho de Familia, Madrid, 1953, Editorial
Revista de Derecho Privado, 503 Págs.

López Azpitarte, Eduardo, Sexualidad y Matrimonio Hoy,
Santander, 1980, Editorial Sal Terrae, 3a. Edición, 371 Págs.

Macedo, Pablo, Evolución del Derecho Civil, México, 1942,
Editorial Stylo, 107 Págs.

Martín, Marisol, El Divorcio en México, México, 1979, Editorial
Cía. General de Ediciones, S.A., 131 Págs.

Moto Salazar, Efraín, Elementos de Derecho, México, 1977,
Editorial Porrúa, 21a. Edición. 452 Págs.

Pallares, Eduardo, El Divorcio en México, México, 1979,
Editorial Porrúa, 2a. Edición, 250 Págs.

Parsons, Talcott, El Sistema de las Sociedades Modernas, México,
1974, Editorial Trillas, 350 Págs.

Petit, Eugene, Tratado Elemental de Derecho Romano, Madrid,
1924, Editorial Calleja, 9a. Edición, 524 Págs.

Pirenne, Henri, Historia de Europa Desde las Invasiones Hasta el Siglo XVI, México, 1981, Editorial Fondo de Cultura Económica, 4a. Reimpresión, 471 Págs.

Ramírez Mac Gregor, Carlos, El Matrimonio, Madrid, 1930, Editorial Reus, S.A., 115 Págs.

Rassekh-Ardjomand, Mehry, El Niño Problema y su Reeducción, Madrid, 1965, Ediciones Rialp, S.A., 601 Págs.

Rojina Villegas, Rafael, Derecho Civil Mexicano, México, 1975, 4a. Edición, Vol. II, 803 Págs.

Sagrada Biblia, México, 1953, Editorial Unión Tipográfica Editorial Hispanoamericana, 1858 Págs.

Sánchez Medal, Ramón, El Divorcio Opcional, México, 1974, Editorial Porrúa, 100 Págs.

Struve Haker, Ricardo, Las Causales Canónicas del Divorcio, Bogotá, 1944, Editorial Lumen Christi, 171 Págs.

Verdugo, Agustín, Principios de Derecho Civil Mexicano, México, 1890, Tipografía de Gonzalo A. Esteva, Vol. II, 363 Págs.

Vives E., Francisco, Nociones de Derecho Canónico, Santiago de Chile, 1959, Editorial Jurídica de Chile, 171 Págs.

Westermark, Edward, Historia del Matrimonio, Madrid, 1932, Editorial España, 306 Págs.

Código Civil para el Distrito Federal, México, 1984, Editorial Porrúa 53a. Edición, 681 Págs.

Código de Derecho Canónico, México, 1983, Editorial Ediciones Paulinas, 1149 Págs.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, México, 1986, Editorial Porrúa, 80a. Edición, 127 Págs.