

**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO**  
**FACULTAD DE DERECHO**

**EL ADULTERIO COMO CAUSAL DE DIVORCIO**

**T E S I S**  
**QUE PARA OBTENER**  
**EL TITULO DE:**  
**LICENCIADO EN DERECHO**  
**P R E S E N T A**  
**JORGE GUTIERREZ CRUZ**

**1 9 6 8**



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 esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

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

**A mi madre**

**Sra. Sara Cruz de Gutiérrez.**

**Amiga, consejera, motivo e  
inspiración de mi existencia.**

**A mi padre**

**Sr. Berzain Gutiérrez Zomoza.**

**Con cariño infinito, al hombre  
que con su energía, hizo posible  
la culminación de mi vida profesional.**

**A la memoria de mi hermano.**

**Francisco Gutiérrez Cruz.**

**A mi hermano,**

**Berzain Gutiérrez Cruz,**

**Amigo querido, compañero  
inseparable de mi vida.**

**A mis sobrinos,**

**Paco, Claudia y Griseldita**

**Pedazos de mi alma.**

**A mis amigos.**

**José Luis Morán  
Enrique Rodríguez y  
Samuel Cruz Lara.**

**Por la gran significación que  
representan en mi vida.**

**A Romeo Ortega López**

**Con gran afecto.**

**A Francisco Ramos Bejarano.**

**Amigo entrañable.**

## **CAPITULO PRIMERO**

### **CONCEPTOS SOCIOLOGICOS Y FILOSOFICOS DEL MATRIMONIO.**

**Sumario: 1.- La realidad social y la influencia de las causas en los hechos sociales. 2.- La situación que corresponde a la familia dentro del Estado, desde el punto de vista sociológico. 3.- Concepto-filosófico del matrimonio.**

## 1.- LA REALIDAD SOCIAL Y LA INFLUENCIA DE LAS CAUSAS EN LOS HECHOS SOCIALES.

La actividad humana genera hechos a los que los sociólogos (1) denominan la realidad social, la que viene a constituir el medio en el que el hombre vive y se desarrolla, revistiendo un carácter histórico y transitorio ya que el cambio es consustancial con la vida misma dado que en lo social nada es eterno e inmutable.

Por consiguiente, para explicar los hechos sociales, ya como proceso histórico del fenómeno, ya para el diario vivir y la repetición de hechos en la conducta, es absolutamente necesario estudiar las causas, mismas que han sido clasificadas así: a).- Causas constantes y causas variables; b).- Concurrentes, predisponentes y determinantes. Una categoría no excluye a la otra, sino que la clasificación corresponde a maneras de comportamiento (2).

¿Que son las causas constantes? Son aquellas con las que se debe contar de manera permanente, pues nunca faltarán en ningún proceso social o humano, lo que equivale a decir que son inherentes a la vida, y podría agregarse, a toda vida. Si nos preguntamos cuales son, nos hallamos ante lo que es universal -- exigencia de todo ser viviente: la conservación del individuo y de la especie. En términos de vida individual: el alimento y la procreación; y en términos de vida -- social: la economía y la familia.

Ninguna abstracción filosófica, científica o artística puede descontar cualquiera de esos dos elementos, so pena de caer en los más clamorosos errores de interpretación. ¿Pero serán ellos los que expliquen fundamentalmente y en cada caso el diario acontecer de los sucesos sociales y los hechos históricos? Esas -- causas que son concurrentes siempre, pueden no desempeñar el papel de predisponentes ni determinantes. Pero para explicar esto veamos que son las causas concurrentes, predisponentes y determinantes.

Se llama en Sociología causas concurrentes las que intervienen de un modo conjunto en la realización de un fenómeno; ya sean imprescindibles para esa categoría de fenómenos, ya sea que intervengan de modo ocasional o accidental. -- En ejemplo de la Química puede esclarecer bastante bien el concepto. Para producir agua no basta la concurrencia de hidrógeno y oxígeno, y ni aún que estén en -- presencia tales elementos en la proporción necesaria; hace falta un activador; la -- chispa eléctrica u otro. En toda combinación, además de los elementos que se ---

combinan, interviene un ambiente propicio y un estímulo. Las anteriores circunstancias, en conjunto, son causas concurrentes.

El término de un proceso de conciencia que induce a la acción, por importante que ésta sea, no siempre se debe a causas de gran magnitud, puede provocarlo un motivo mínimo. En el lenguaje ordinario se ha expresado por estas dos locuciones: "se ha colmado la medida"; "una gota de agua hace desbordarse el vaso". Hombres y pueblos pacientes por mucho tiempo, por motivos mínimos, sienten despertarse un furor incontrolable que los induce a los mayores excesos, sin relación alguna con el motivo actual.

Por consiguiente, toda clase de causas en lo social, pueden convertirse en concurrentes, predisponentes o determinantes; y en la potencia actual de su energía: en máximas, medias o mínimas. Así, no es raro ver sacrificar lo fundamental en aras de lo accesorio. El heroísmo no es en el hombre dice algún pensador, sino la supeditación de los primordiales instintos y necesidades, a una emoción actual que nos fanatiza; sea emoción religiosa o artística, sea pasión que nos subyuga como la ira o la venganza.

Puede comprenderse ya las enormes dificultades, casi invencibles -- para prever el hecho particular, aislado, en cualesquiera existencia colectiva. -- Por ello proclama el Doctor Angel Modesto Paredes: "En mi concepto interviene el azar, considerando a éste como la concurrencia de circunstancias accidentales e -- imprevisibles, que adicionándose de modo inesperado, son capaces de mudar el curso natural de los acontecimientos. El azar no es la falta de causa, sino la interposición e interferencia en los procesos normales de causas muy secundarias o pertenecientes a otro sistema de relación. Proclamo, en consecuencia, que ni lo económico, ni lo sexual, ni ambos juntos pueden explicar el panorama íntegro de la vida humana, ni las acciones políticas o de orden individual. Pero siendo como son los dos grandes resortes de la vida, las dos fuentes inexhaustas de la conciencia, los -- dos supremos soportes de la sociedad: contra todos y sobre todos los elementos sociales, se les debe atribuir el justo papel y se ha de intentar racionalizarlos, para la -- correcta marcha del Estado". (3)

Que hay una infraestructura y una superestructura social, como se afirma, nos parece indudable, empleando términos biológicos podríamos llamarlas -- la circulación vital orgánica y sus frutos. Y constituyen la primera tanto la economía como la vida de relación de los sexos, o sea, tanto la producción y distribución de la riqueza como la familia. Las demás instituciones sociales, (entendiendo por tales "Los usos reconocidos y fijados que gobiernan ciertas relaciones de los hombres (4), o bien "un modo fijo de pensamiento y conducta que puede ser comunicado, -- que goza de aceptación común o cuya infracción produce algún trastorno en el in--



dividuo o en el grupo" (5) con creaciones posteriores de la colaboración de la naturaleza y el hombre, para un desarrollo más pleno y excelente de la existencia humana.

En cierto sentido las otras instituciones se superponen, pero siendo como son nacidas de la substancia íntima del ser, refluyen sobre él y lo impresionan y lo determinan. Así como la hoja de la planta, nacida de la propia sustancia, devuelve en energía solar la vida que recibe de ella y da origen a los hidratos de carbono de que se nutrirá todo el organismo.

Instintivamente los pueblos desde la más remota antigüedad en la historia de las legislaciones, han tratado de reglamentar de manera fundamental el patrimonio y la familia. Y en el significado que se da al uno y a la otra, hemos de encontrar las características culturales y de civilización que corresponda a cada país. En consecuencia, para dibujar la fisonomía de los tiempos nuevos, debemos inquirir por las reformas a que aspiren los pueblos, en las que hemos llamado las causas permanentes del arreglo social.

## 2.- LA SITUACION QUE CORRESPONDE A LA FAMILIA DENTRO DEL ESTADO, DESDE EL PUNTO DE VISTA SOCIOLOGICO.

La organización social de la familia comprende tal conjunto de relaciones y riqueza tanta de contenido vital, que no rara vez sin salir de ella, sin traspasar sus límites, ha podido constituirse en estado político, como aconteció en las antiguas sociedades patriarcales. Pero, apartándonos de esos, su modelo ha permitido con frecuencia establecer el gobierno de los pueblos y formular la potestad de mando. Y es tan característica en la vida de los grupos humanos esa mutua interacción entre la familia y la patria, que la manera de concebirla ha llegado a sintetizar la naturaleza de las respectivas culturas. O la vida pública se aparta de la existencia familiar y mantiene frente a ella su independencia, y nos hallamos ante la cultura occidental, cuya aspiración máxima parece haber sido la de crear los Estados nacionales; o la vigorosa cohesión de la familia, bajo la sombra y el calor de los antepasados, da su fisonomía moral y política al pueblo, y nos hallamos ante la cultura oriental. Y es así, como en las civilizaciones romano cristianas, la vida familiar es sustancialmente individual y privada, sujeta a las iniciativas de sus componentes y regida por preceptos morales antes que jurídicos; en tanto que en los regímenes de oriente el interés público se concita en torno a la estirpe y a la descendencia. Pero puestas en íntimo contacto las dos culturas, desde hace algunas décadas, tienden a influirse y sobreponerse en la fantástica rueda giratoria del mundo moderno.

La crítica de las formas actuales de organización, apreciando sus -- resultados, el análisis del justo contenido de las varias instituciones, valorando en ellas lo que actualmente tienen de indebido, de excesivo o de insuficiente, es lo -- que nos traerá el porvenir que se avecina; si bien inquietudes y ensayos preceden-- tes vivieron anunciándolo

Ahora bien, para poder apreciar la exacta categoría que le corres-- ponde a la familia entre las demás formaciones sociales y el papel que se le deba -- atribuir, debemos estudiarla en sus componentes y los modos de actuar de éstos.

El comportamiento de los sexos para la procreación constituye, entre la complejidad de materias comprendidas en el sistema orgánico y funcional de la -- familia, la raíz y origen de todas las demás. Y se plantean entonces de inmediato problemas biológicos, de psicología y de moral.

El instinto sexual se vincula inmediatamente con el de la atracción-- de los sexos, que comprende un sinnúmero de misterios orgánicos que la ciencia se-- declara impotente para descifrar. Nada hay más obscuro que ese proceso de selec-- ción que inclina a un hombre hacia cierta mujer y a una mujer hacia determinado -- hombre; y es lo terrible que la constancia de un afecto dependa de ello, y de esa-- constancia la posibilidad de la vida en común y la posibilidad de la generación, -- fin supremo de la unión de los sexos.

Si las legislaciones desde tiempo inmemorial se han preocupado de-- este aspecto del problema matrimonial, ha sido de manera empírica y basta al pres-- cribir la nulidad del vínculo por causa de impotencia o esterilidad de cualquiera -- de los esposos, que en las rudas costumbres de la Edad Media condujo a la grosera prueba denominada del congreso.

No es sólo la impotencia o la esterilidad, considerada de modo ge-- nérico la que amenaza de inestabilidad las relaciones entre cónyuges. A la ana-- frodisia o incapacidad de toda descendencia, debe sumarse la anafrodisia relativa-- en una pareja determinada; y esto con un origen prematrimonial o por causas sub-- siguientes al matrimonio. El conflicto psicológico viene en seguida a determinar -- el alejamiento mutuo; como el completo acoplamiento espiritual vendría a permi-- tir la unidad de dos seres en comunidad de intención.

Son en fin, los deberes del hombre y de la mujer entre sí y para con sus hijos, los que establecen las obligaciones morales que han de regir este orden -- de la existencia.

Ahora si se aprecia sin dificultad por qué el Estado, a quien le corresponde vigilar la organización de la familia y su perfecto funcionamiento, se halla en el caso de dejar un extenso campo a las iniciativas privadas en orden a esas relaciones. Pero el Estado no puede permitir de ningún modo que la anárquica decisión de los particulares perturbe la primordial fase de las relaciones entre los hombres; naciendo de ahí la legitimidad o ilegitimidad del parentesco, según se hayan cumplido o no las formalidades prescritas para el matrimonio, con todas las consecuencias que prevén las leyes.

Poco debe importarle al Estado las ceremonias que acompañaron al establecimiento del vínculo conyugal, siéndole suficiente saber que es un vínculo estable para atribuirle consecuencias jurídicas permanentes. Pero si bien el ritual o práctica religiosa le será indiferente, pues su papel en este aspecto se concretaría al mero registro civil, en cambio lo que no puede permitir un legislador con conciencia de su misión, será la perpetuidad del vínculo, no obstante cualesquiera cambios sobrevinidos en la vida matrimonial, por el sin número de trastornos que de ahí se ocasionan.

Peró al lado del ceremonial y su comprobación, existe algo substancial que los poderes públicos no deben olvidar ni por un momento, en su papel de tutela y protección, nos referimos al importantísimo capítulo de los impedimentos que se relacionan con el campo extenso de la eugenesia, cuyo estudio integral está por hacerse. La salud de la prole, su robustez, su perfecta conformación física y espiritual, pertenecen a los más trascendentales fines del Estado.

Siendo en el Estado moderno el hombre y sus energías el elemento más apreciado, es de absoluto rigor el más vigilante cuidado por parte de los gobernantes para protegerlo e incrementarlo. La política demográfica para obtener una población suficiente, sana y fuerte, tiene que comenzar por el control de la familia y el matrimonio.

Por ende, la vigilancia Estatal respecto del vínculo del matrimonio comprende o debe comprender: la higiene, la política y la moral sociales.

Corresponde al campo de la higiene social todo lo relacionado con la salud de los esposos y sus consecuencias para sus descendientes: peligros de las enfermedades contagiosas, anteriores y subsiguientes al matrimonio, y vicios de formación de los cónyuges.

La política social en el orden matrimonial comprende: el incitar o-

no al aumento de población por medios gubernativos más o menos indirectos.

La ética social vinculada al matrimonio es la materia sobre la cual se han practicado las más amplias investigaciones y la preferida por los legisladores para sus disposiciones reglamentarias.

Saliéndonos un poco del tema central de nuestra tésis, queremos referirnos a un aspecto de la ética social en el que estimamos inaplazable una transformación más radical de la que se ha operado hasta el momento.

La unión durable o concubinato regular (si cabe la palabra) de un hombre y una mujer que tengan la apariencia correcta del matrimonio, debe suponer para los concubinos ciertos derechos y obligaciones garantizados por el Estado. En este sentido era mucho más amplio y comprensivo el derecho romano, como su matrimonio por usucapión, que las legislaciones modernas reconocen (excepto el Código Civil del Estado de Tamaulipas).

Justo es que no se les equipare a los legítimos esposos, porque quien no se somete a la ley civil no puede exigir de ella la misma amplitud de tutela que quien acata sus preceptos. Pero la realidad de los hechos ocurridos, la regularidad en la conducta que hemos supuesto y la consideración de que no siempre es mera rebeldía contra la ley la que ha obstado al matrimonio, debe hacer que se reconozcan, deberes y obligaciones, y los correlativos derechos, entre quienes por largo tiempo han convivido juntos como esposos.

### 3.- CONCEPTO FILOSOFICO DEL MATRIMONIO.

Sin pretender realizar un estudio filosófico exhaustivo del presente tema, sí creemos pertinente consignar algunas reflexiones filosóficas que nos han sugerido las doctrinas expuestas por dos grandes pensadores Max Scheler y Nicolai Hartman, todo ello con el propósito de realizar hasta donde nos sea posible un examen a fondo del tema central de la tésis.

Dentro del mundo que circunda al ser humano, descubrimos objetos reales, tanto físicos como psíquicos, objetos ideales, a los cuales pertenecen los valores y por último encontramos también objetos metafísicos.

Los seres ideales que son los que nos interesan para los fines de este estudio, existen en sí, con absoluta independencia de que haya sujetos que los conozcan o desconozcan, los acepten o los rechacen, es por ello que tan objeto ideal

es el número y el triángulo como lo es lo justo o la bondad. Pero mientras que los números o las formas geométricas poseen una realización forzosa, las otras especies de seres ideales siendo existentes, pueden o no realizarse. En otras palabras, explica Luis Recasens Siches, "Hay estructuras ideales, como las matemáticas, que -- además de su consistencia ideal, constituyen forzosamente también una cierta dimensión, estructuras propias del ser real; por ejemplo:  $2 + 2 = 4$ . Algo forzosamente realizado. Más por el contrario, los valores constituyen calidades ideales frente a las cuales ocurre que las cosas o las conductas pueden ser indóciles". (6)

Aún con ser los valores objetos ideales independientes del sujeto que los realiza, siempre deben ser valores relativos a algo, y así las cosas tienen valor con relación a alguien o como proclama García Maynez (7), "En el ser de los bienes esta implícito el ser bienes para alguien". En el mundo de los valores algunos son relativos a las cosas, como por ejemplo los valores de utilidad, otros a los seres vivientes; sanidad, fuerza, etc., y los espirituales, en todas sus formas sólo son dados en los seres racionales. Las personas como únicos seres capaces de estimar, o lo que es lo mismo formar juicios de valor, mediante los cuales es posible determinar tanto los valores más elevados, como aquellos de menor jerarquía, al igual -- que sus límites cualitativos "Positivos y negativos" y sus correlativos antivalores. (8)

Empero, de un modo indirecto (valores útiles y vitales) o directamente (intelectuales, morales y estéticos) todos los valores son relativos a las personas, las cuales se hayan congregadas y en compañía de las cosas y de otras personas. -- Este enlace y comunicación es lo que en concepto de Nicolai Hartman (9), hace surgir la vinculación emocional "inmensamente más rica entre persona y persona... a las cosas y las relaciones entre ellas no hay, partiendo de nosotros, una vinculación de igual hondura e intimidad".

Ahora bien, el individuo es un ser que se propone fines y al encaminar sus esfuerzos y sus afanes a la consecución de tales fines, adecúa previa elección de medios su realidad a una idea, o lo que viene a ser lo mismo, tiende a realizar o realiza los valores, y este propósito o esta realización ya es de suyo un valor. Pero mientras que los objetos ideales "valiosos" permanecen inmutables, los sujetos que los realizan cambian entre sí en cuanto se proponen la realización de -- un determinado valor; y algunos preferirán unos valores y otros un diverso tipo de valores. Dicha preferencia puede manifestarse en forma intuitiva o bien de modo reflexivo, y aún cuando en ambos casos haya un acto de preferencia, el sujeto se da cuenta de que hay valores de diferente rango, puesto que prefiere unos a otros -- o algunos de ellos (10).

A virtud de este acto de conocimiento del valor, el sujeto conoce-

la superioridad o inferioridad de un determinado valor en la forma que hemos apuntado en líneas anteriores. Este es el momento de analizar el por qué de la superioridad de algunos valores sobre otros.

Para Max Scheler, "La altura", o sea la superioridad de los valores depende de su durabilidad, de su menor extensión o divisibilidad, de su menor fundamentación con otros valores, cuando menos relativa sea su perfección sentimental a la posición de depositarios concretos y por último la profundidad de su satisfacción (11).

La durabilidad de un valor depende de la esencia del mismo, de su idealidad, así, la lealtad, el amor o la justicia no tendrían sentido si por su propia índole no fueran llamados a participar de la característica de la permanencia; aún cuando en su realización haya individuos que no lleguen a adecuar su particular forma de conducta con el objeto ideal hacia el cual se encamina su finalidad.

La divisibilidad de un valor es una característica de los bienes materiales, los cuales son más valiosos en relación a otros bienes materiales, en tanto cuanto puedan ser mayormente repartidos entre el mayor número de depositarios materiales; precisamente lo contrario ocurre respecto a determinados valores estéticos, aún cuando sean simbólicamente materializados, y por lo mismo puede concluirse respecto a determinados valores de índole religioso, los que incluso no pueden ser materializados.

En cuanto a la fundamentación de un valor, ello depende de su particular dependencia con otro valor.

La altura de un valor se determina también por su menor relatividad sentimental, es decir, por la menor dependencia que el valor tenga con el depositario del mismo, con este criterio pues, los valores más elevados son los llamados por Scheler valores con carácter absoluto, o sea los valores independientes de los sentidos y de la vida biológica (12).

Finalmente sostiene que un valor es más "Alto" cuanto más profunda es su satisfacción y que debe entenderse como el cumplimiento de una intención teleológica.

Según Nicolai Hartman y Max Scheler hay valores de las personas y valores de las cosas; solo nos referiremos a los valores cuyos depositarios son las personas, por ser los que presentan interés para este estudio (13).

Pertencen a los valores de personas, tanto los valores que se depositan en sus actos, como en sus funciones biológicas y sus reacciones psicológicamente emotivas.

De estos tres, indudablemente que los valores más altos son precisamente los de los actos, tales como los de conocimiento, amor, bondad, etc.

Los principales depositarios de valor, como ya quedó consignado, --son las personas mismas; dentro de la comunidad de personas también es depositaria de valor la conexión en cuanto a la forma en que se encuentran vinculadas las personas e igualmente la relación vivida en sí.

El matrimonio, consecuentemente, es un valor de vinculación interhumana y de relación. Así, debe considerarse que en una relación interpersonal --de tipo matrimonial, son depositarios de valor las personas, el acto de amar a la persona que es depositaria del valor, ya es valor en sí y también las personas y su particular relación en su conjunto que es la vivencia, esta es así mismo un valor.

El amor y la amistad, como todo tipo de solidaridad son valores positivos. Sabiendo que los valores otorgan un especial sello de dignidad a las personas cuya conducta se adecúa dentro de los moldes de lo valioso, y que es más valioso aquello que por su esencia debe ser durable, indivisible, fundante, poco relativo y productor de satisfacción; habiendo analizado que el matrimonio es en sí un valor de vinculación humana y de vivencia, se caracteriza por ser un valor durable, indivisible, fundado en un valor del amor, relativo en cuanto a su realización y --por último de satisfacción, ya que se funda por consiguiente en otro valor, y teleológicamente se dirige como una conducta a cumplir. Por otra parte, el ser humano, el individuo de sexo contrario, es el objetivo de gran parte de sus actos conscientes y motor de sus decisiones, es entonces como una tabla de valores.

En suma, el matrimonio es una realización de valores individuales-- y un valor en sí mismo.

## NOTAS BIBLIOGRAFICAS DEL CAPITULO PRIMERO.

- (1) Antonio Caso. Sociología. E. Porrúa. Luis Recasens Siches. Vida Humana, Sociedad y Derecho. E. Porrúa. Daniel Cosío Villegas. Sociología Mexicana. Edit. Jus. México. Samuel Ramos. El perfil del hombre y la cultura en México. Edit. Robredo. 1938. México.
- (2) Angel Modesto Paredes. Los nuevos Signos de la Cultura en el Mundo de la-Post-Guerra. Revista Mexicana de Sociología, año IV, Vol. IV, No. 1, --- pág. 93.
- (3) Angel Modesto Paredes. Ob. Cit. págs. 96 y 97.
- (4) Hobhause, citado por S. F. Nadel. Fundamentos de Antropología Social. -- Pág. 124. Edit. F.C.E. México.
- (5) Kardiner, citado por S. F. Nadel. Ob. Cit. pág. 124.
- (6) Luis Recasens Siches. Filosofía del Derecho. Edit. Porrúa. México. En el mismo sentido Nicolai Hartman. Ontología, t. I, pág. 232. Edit. F.C.E.-México, 1955.
- (7) Eduardo García Maynez, Etica. pág. 221. Edit. Porrúa. México, 1953.
- (8) Jose Ortega y Gasset. Obras Completas. T. VI. Revista de Occidente. -- Madrid 1947.
- (9) Nicolai Hartman. Ob. Cit. pág. 234.
- (10) Eduardo García Maynez, ob. cit. pág. 229.
- (11) Max Scheler. Sociología. Pág. 133. Edit. Fondo de Cultura Económica.
- (12) Obra citada, página 142.
- (13) Nicolai Hartman, ob. cit. pág. 234.



## CAPITULO SEGUNDO.

### CONCEPCION Y NATURALEZA JURIDICA DEL MATRIMONIO.

Sumario: 4.- Concepto de matrimonio. 5.- Diversas especies doctrinales del -- matrimonio civil. 6.- Naturaleza jurídica del matrimonio: I.- Teorías contractuales; a).- El matrimonio es un contrato ordinario. b).- Es un contrato sui generis. c).- Es un contrato de adhesión. II.- El matrimonio como acto jurídico; -- a).- Teoría del acto condición. b).- El matrimonio como acto jurídico mixto. -- c).- El matrimonio es un acto de poder estatal. III.- El matrimonio es un estado-jurídico. IV.- El matrimonio considerado como institución jurídica.

#### 4o.- CONCEPTO DE MATRIMONIO:

"La palabra matrimonio está formada de las palabras latinas MATRIS-MUNIUM y significa oficio de madre, explicando los autores que no se llamó PA -- TRIMONIO, porque la madre contribuye más a la formación y crianza de los hijos -- en el tiempo de la preñez y de la lactancia" (14).

Modestino hacia el final de la época clásica definió el matrimonio -- en los siguientes términos: "Es la unión del hombre y de la mujer, implicando igualdad de condición y comunidad de derechos divinos y humanos" (15).

Factor de extraordinaria importancia en la estructuración inicial del matrimonio es sin duda la influencia religiosa. Antiguamente la familia se sostenía sobre la base de la religión doméstica; cada hogar adoraba a sus propios dioses, de -- este modo era la religión del hogar y el culto de los antepasados comunes lo que -- unía a los miembros de la familia antigua, cadena mucho más poderosa que el pro -- pio nacimiento y aún del mismo sentimiento afectuoso.

Refiriéndose a esta circunstancia Fustel de Coulanges asevera: "La -- institución del matrimonio sagrado debe ser tan antigua en la raza indoeuropea co -- mo la religión doméstica. Esta religión ha enseñado al hombre que la unión conyu -- gal es algo más que una relación de sexos y un afecto pasajero pues ha unido a dos -- esposas con los firmes lazos del mismo culto y de las mismas creencias" (16).

Al aparecer el cristianismo y extenderse su doctrina, el matrimonio -- que en los pueblos antiguos siempre estuvo asociado a la religión, a la solemnidad -- litúrgica y bajo la protección de los dioses, se espiritualizó, consolidándose los -- elementos esenciales constitutivos del mismo, unidad y perpetuidad, llevándose más -- allá cuando se proclamó dogmáticamente la indisolubilidad haciendo fluir esta con -- dición de los labios del propio Jesucristo: "Quod ergo deus coniuxit, homo non se -- parat" (Lo que dios unió, no lo separe el hombre).

Conquistado el poder temporal y espiritual por la Iglesia y encon -- trándose en pleno apogeo, el matrimonio fué elevado por el Derecho Canónico a la categoría de sacramento, es la cimentación sobre la que se levanta la estructura fa -- miliar; como sacramento es en si mismo un medio de obtención de gracia santifican -- te.

En otros términos la institución del matrimonio es para el Derecho -- Canónico la simbolización de la unión de Cristo y su Iglesia, por medio de la entrega generosa de la propia persona a otra, con las características de unidad e indisolubilidad "obteniendo una firmeza peculiar por razón del sacramento" (Canon 1013 -- del Código de Derecho Canónico).

En el Derecho Español antiguo la Ley de Partidas (17) define el matrimonio como sigue: "Ayuntamiento de marido et de mujer, fecho con tal intención -- de vivir siempre en uno et de non se departir, guardando lealtad cada uno de ellos -- al otro, et non se ayuntando el varon a otra mujer ni ella a otro varon viviendo ambos dos".

El Código Civil de Napoleón no define el matrimonio. Portalis en -- la exposición de motivos, dá la siguiente: "El matrimonio es la sociedad del hombre y la mujer, que se unen para perpetuar su especie, para ayudarse con socorros mutuos á llevar el peso de la vida, y para participar de su común destino" (18).

La anterior definición ha sido censurada y con justo título por M. -- Mourlon y F. Laurent (19), porque presenta la vida como un peso, como una carga, -- no pareciendo sino que el hombre ha nacido solamente para su desgracia, germen de un sistema filosófico tan falso como peligroso que desnaturaliza el concepto de la vida humana.

En el Código Civil mexicano del año de 1870, el artículo 159, re-- producido en el 155 del Código de 1884, preceptúa: "El matrimonio es la sociedad legítima de un solo hombre y de una sola mujer, que se unen con vínculo disoluble para perpetuar su especie y ayudarse a llevar el peso de la vida".

La Ley sobre Relaciones Familiares en su artículo 13 dispone: "El matrimonio es un contrato civil entre un solo hombre y una sola mujer, que se unen -- con vínculo disoluble para perpetuar su especie y ayudarse a llevar el peso de la vida".

Nuestro Código Civil de 1928 no define el matrimonio, empero el -- objeto del matrimonio se colige del artículo 147, según el cual "Cualquier condición contraria a la perpetuación de la especie o a la ayuda mutua que se deben los cónyuges, se tendrá por no puesta".

La falta de ayuda mutua da derecho a demandar alimentos (arts. -- 165, 166 y 302) y cuando tales derechos no pudieren hacerse efectivos, es posible -- demandar el divorcio atento lo dispuesto por el artículo 267 fracción XII.

Por otra parte, tanto nuestra ley como la doctrina admiten como uno de los fines primordiales del matrimonio la perpetuación de la especie, instituyendo el débito carnal y su correspondiente derecho sui generis de conducta intersubjetiva. Pero el objeto consistente en la perpetuación de la especie, en algunos casos se torna inaccesible sin que quepa sanción alguna; así también, el efecto antes mencionado, justificadamente se hace inejercible e inexigible.

Estas situaciones de excepción son el matrimonio en artículo de muerte y el matrimonio entre ancianos o personas no aptas para engendrar hijos. En el primer supuesto, la finalidad con que se contrae casi siempre es por motivos de legitimación. En el segundo y tercer supuesto, es lógico pensar que los individuos de avanzada edad o impotentes por cualesquier causa, están ciertos de que no van a unirse con finalidades de procreación, sino que lo que generalmente los induce a contraer matrimonio, es el deseo de allegarse compañía. ¿Podría argumentarse válidamente que ese matrimonio carece de objeto? Quizá sea en esos casos cuando más falta hace la ayuda material y espiritual. Por otra parte, no olvidemos que nuestra ley civil al señalar la edad núbil, marca la edad mínima para adquirir el derecho a contraer matrimonio, pero no fija un máximo en el que se extinga tal derecho.

En nuestro concepto el matrimonio civil es un acto jurídico solemne, realizado por un hombre y una mujer ante el funcionario que la ley señala, con las formalidades prescritas, para perturbar la especie, socorrerse mutuamente o para realizar cualquier otro fin lícito.

## 5o.- DIVERSAS ESPECIES DOCTRINALES DE MATRIMONIO CIVIL:

Doctrinalmente podemos sentar tres categorías de matrimonios civiles:

a).- Matrimonio civil subsidiario.- Para personas que no pueden obtener una bendición eclesiástica pura, como sería el caso de los matrimonios mixtos o de judíos y disidentes de la religión.

b).- Matrimonio civil facultativo.- Los interesados pueden casarse a su elección ante un ministro eclesiástico o ante el Oficial del Estado Civil.

c).- Matrimonio civil obligatorio.- "El matrimonio sólo puede contraerse ante los funcionarios del Estado; la intervención del eclesiástico carece de trascendencia jurídica" (20).

## 6o.- NATURALEZA JURIDICA DEL MATRIMONIO. I.- Teorías contractuales; -

a).- El matrimonio es un contrato ordinario. b).- Es un contrato sui generis. --  
c).- Es un contrato de adhesión.

I.- a).- El matrimonio es un contrato ordinario. La constitución --

francesa del año de 1791, en su título II, artículo 7o, proclamó: "La ley no considera el matrimonio sino como contrato civil".

En el proyecto del código civil francés había una disposición del tenor siguiente: "La ley no considera el matrimonio sino bajo sus relaciones civiles", la que fué suprimida ". . en vista de la proposición de Cambacérés; dijo que es evidente que el código civil no considera al matrimonio sino bajo sus relaciones civiles. Réal, relator de la sección de legislación, explicó los motivos por los cuales se había decidido reproducir esta declaración solemne: es que consagraba uno de los principios fundamentales de la sociedad francesa, tal como había salido de la revolución, la libertad religiosa, la secularización del orden civil. Como dijo la corte de París en sus observaciones al proyecto del código, el pacto social no excluye cuto ni reconoce ninguno" (21).

Explica Portalis en la Exposición de Motivos: "Necesitábase una revolución para enseñar a los hombres que es preciso permitir todo lo que la Providencia permite, y que la ley, que no puede forzar las opiniones religiosas de los ciudadanos, no debe ver más que franceses, como la naturaleza no ve más que hombres" (22).

"De ahí el principio de la secularización del matrimonio proclamado por la Asamblea Constituyente. La Asamblea legislativa lo organizó, instituyendo oficiales civiles para celebrar la unión de todos los ciudadanos, sin distinción de culto. Nada más legítimo; fuerza es decir que esa es la Ley de la naturaleza. Los ciudadanos pertenecen a la patria, independientemente de toda religión; de consiguiente, la ley civil es la que debe comprobar su estado. Estando colocados en la misma línea todos los cultos, sería contrario a la igualdad religiosa dejar a los ministros de la Iglesia católica el poder de celebrar el matrimonio de aquellos que son extraños ú hostiles á su religión. Esto era despojar a la Iglesia de un medio de influencia de que había abusado. De ahí una ardiente oposición contra el principio que al secularizar el matrimonio parecía secularizar un sacramento" (23).

De lo expuesto se colige que al redactarse tanto la Constitución como el Código Civil francés el legislador pugnó por la separación total de los conceptos religiosos y jurídicos, y al proclamar la tesis contractualista del matrimonio se privó a la Iglesia de la hegemonía que había tenido en las relaciones sociales, reservándose al Estado a través del Derecho Civil, la facultad de regular todo lo relativo al matrimonio y al estado civil de las personas.

Autores tan eminentes como Portalis, Pothier, Laurent, Josserand, - Colin et Capitant, prohicaron el punto de vista del legislador, asignando al matrimonio el carácter de contrato.

Así Laurent, en su obra Principios de Derecho Civil Francés (24), -- nos explica, después de transcribir la definición de Portalis de matrimonio, "El orador del gobierno no dice que el matrimonio es un contrato, pero si la palabra no está en su definición, si está la esencia; al calificar el matrimonio de sociedad, lo -- considera por ese mismo hecho como un contrato. Esta es la doctrina tradicional; -- Pothier se hace el órgano de ella y se expresa enérgicamente, denominando a la -- unión del hombre y la mujer contrato de matrimonio. Si el código no se sirve de es -- ta expresión, es porque de ordinario esa frase designa los convenios matrimoniales -- concernientes a los bienes. De todas maneras, en el espíritu de nuestra legislación, el matrimonio es un contrato, en el sentido de que se forma por concurso de consen -- timiento. Nada más expresivo que el art. 146: "No existe el matrimonio sin el -- consentimiento".

Por su parte Colin y Capitant puntualizan: "El matrimonio es un con -- trato civil y solemne por el cual el hombre y la mujer se unen para vivir en común y prestarse mutua asistencia y socorro, bajo la dirección del marido, jefe de la fami -- lia y del hogar. Decimos que el matrimonio es un contrato. En efecto, de una par -- te es el resultado de una concordia de voluntades; por otro, produce obligaciones. -- ¿No es esto, precisamente la concepción clásica del contrato; sin embargo, se ha -- negado la noción tradicional del matrimonio-contrato, afirmando que el matrimonio constituye un estado reglamentado por la Ley. Si se quiere decir con esto que el -- matrimonio no es un contrato como los demás que la voluntad autónoma de las par -- tes no puede regular libremente sus efectos, como puede hacerlo en los contratos re -- ferentes al patrimonio, ni decidir la disolución del mismo, o introducir en él modali -- dades, no tenemos inconveniente en suscribir estas afirmaciones de evidencia absolu -- ta. No puede negarse que el matrimonio presenta una importancia infinitamente ma -- yor que la de los contratos corrientes de la vida jurídica, como el arrendamiento o -- una sociedad" (25).

Entre los impugnadores de la teoría contractualista, podemos invocar la autoridad de Roberto de Ruggiero, quien proclama: "Hay que reaccionar contra -- esa tendencia negando al matrimonio el carácter de contrato. No basta que se dé -- en aquél un acuerdo de voluntades para afirmar sin más que sea un contrato, ni es -- cierto tampoco que todo negocio bilateral sea contrato, aunque los contratos consti -- tuyan la categoría más amplia de tales negocios. Las normas que no sólo limitan, -- sino aniquilan toda autonomía de voluntad, demuestran la radical diferencia que -- media entre el contrato y el matrimonio. Contra lo que sucede en los contratos, las partes no pueden en el matrimonio estipular condiciones ni términos, ni adicionar -- cláusulas o modalidades, de modo contrario a lo establecido por la Ley. Opuesta a la idea del contrato e inconciliable con ella es la absoluta inaplicabilidad del mu -- tuo disenso; en cambio, no hay contrato que no pueda resolverse si las partes no quieren que el vínculo subsista".

"Lo que patentiza sobre todo la inexactitud de la doctrina contractualista, es la impotencia de los esposos para crear por sí sólo el vínculo conyugal; el consentimiento de los esposos es absolutamente ineficaz si no interviene la declaración solemne del Oficial del Estado Civil, cuya función es esencialmente constitutiva" (26).

Nos adherimos plenamente al pensamiento de tan distinguido jurista, con la salvedad de que estimamos, que en el párrafo anterior debería abstenerse de emplear la palabra esposos y en todo caso aludir a los presuntos esposos, ya que en el supuesto que plantea, la voluntad es ineficaz para generar el vínculo matrimonial.

Por otra parte, entre el contrato ordinario y el matrimonio, podemos apuntar las siguientes divergencias. En los primeros el consentimiento se integra -- por una proposición u oferta que una parte formula a la otra, y la consiguiente aceptación, y esto es bastante para que el contrato quede perfeccionado, salvo el requisito exigido por el legislador de que ese consentimiento se haga constar en escrito -- privado o público, en el concepto de que en éste último caso el Notario no hace -- más que dar fe del acto.

En el matrimonio existe desde luego proposición y aceptación que demuestra el consentimiento de los pretendientes para contraer matrimonio, pero esto no es suficiente, es menester en todo caso que esas dos voluntades se manifiesten ante el funcionario estatal encargado de celebrar el matrimonio, y así en nuestro derecho el artículo 102, segundo párrafo de nuestra Ley Civil, dispone: "Acto continuo, el Oficial del Registro Civil leerá en voz alta la solicitud del matrimonio, los documentos que con ella se hayan presentado y las diligencias practicadas, e interrogará a los testigos acerca de si los pretendientes son las mismas personas a que se refiere la solicitud. En caso afirmativo, preguntará a cada uno de los pretendientes si es su voluntad unirse en matrimonio, y si están conformes, los declarará unidos en nombre de la ley y de la sociedad".

En otras palabras, en el matrimonio los interesados no intercambian libremente sus voluntades entre sí para integrar el consentimiento, sino a través del Oficial del Registro Civil, quien no sólo constata el acto, sino que interviene en el mismo, declarando consumada la unión matrimonial. Tal papel del aludido funcionario es esencialísimo, ya que con su mediación le confiere validez al acto, el que sin su presencia no puede celebrarse.

Desde otro punto de vista, los contratos puede invalidarse por encontrarse viciado el consentimiento por error, violencia, dolo o mala fe. En cambio, en el matrimonio "la acción de nulidad que nace del error, sólo puede deducirse -- por el cónyuge engañado; pero si éste no denuncia el error inmediatamente que lo advierte, se tiene por ratificado el consentimiento queda subsistente el matrimo --

a no ser que exista algún otro impedimento que lo anule" (C.C. de 1928 art. 236); en cuanto al miedo y la violencia se reconoce que anulan el matrimonio, pero para ello es preciso que concurren circunstancias muy especiales, las que no se exige en materia contractual, así por ejemplo en el matrimonio es indispensable que el miedo o la violencia "hayan subsistido al tiempo de celebrarse el matrimonio", (Art. 245-fracción III del c.c.v.), en tanto que todos los contratos pueden anularse por violencia, aun cuando esta haya sido ejercida con anterioridad al acto mismo de otorgamiento del contrato, además de que los términos para demandar la nulidad en uno y otro caso son diversos, muy corto en el matrimonio, sesenta días (art. 245) y seis meses tratándose de un contrato (art. 2237).

La capacidad entre el contrato y el matrimonio, también es diversa. La capacidad general para contratar y obligarse se establece a los veintiun años -- (arts. 646, 647 y 1798 del c.c. de 1928), excepcionalmente, mediante la emancipación, a los dieciocho años (arts. 642 y 643 c.c.v.). En materia matrimonial, -- hay dos incapacidades, absoluta antes de llegar a la edad núbil y relativa una vez que se tiene la edad fijada por la ley, catorce años en la mujer y dieciseis en el varón (art. 148 c.c. de 1928).

Por otra parte, los contratos se celebran por un representante del incapacitado, mientras que el matrimonio lo celebra el propio incapacitado con autorización.

Finalmente existe otra distinción entre contrato y matrimonio, fincada en la diferente manera de extinguirse o terminarse uno y otro. El primero puede concluir por voluntad de las partes; por rescisión derivada del incumplimiento de -- uno de los contratantes; por haberse vuelto imposible el objeto del contrato, o por estar éste plenamente realizado, etc., en oposición al matrimonio legalmente celebrado, solamente puede concluir: por muerte de alguno de los cónyuges o por divorcio.

No queremos concluir este apartado sin consignar la conclusión a -- que llega Ruggiero, de gran relevancia para nuestro estudio: ".si abandonamos la concepción contractualista tendremos que considerar el matrimonio como un negocio jurídico completo; que no es un acto meramente privado resulta de la ineficacia del simple acuerdo de los esposos, pero tampoco un acto administrativo o un acto público, ya que es indispensable la concurrencia del acuerdo de los cónyuges con la declaración del funcionario público representante del Estado. Así se explica por que siendo suficiente el consentimiento inicial, no basta la simple voluntad de los esposos para disolver el vínculo. La irrevocabilidad e inmutabilidad del matrimonio deriva de que concurriendo la voluntad de los esposos con la del Estado, no puede después la primera actuar eficazmente por sí sola. La indisolubilidad del vínculo que -- pasó del Derecho Canónico al Derecho francés, ha cambiado de fundamento porque



ya no se basa en el carácter sacramental del matrimonio: tal indisolubilidad es consecuencia de que constituida la relación y estimando necesario en consideración a un elevado interés, atribuirle el carácter de perpetuidad, la subtrae a la libre disposición de los esposos, como subtrae otros vínculos y poderes familiares" (27).

1 - b).- El matrimonio es un contrato sui-géneris. Valverde y Valverde cita esta doctrina de carácter contractual, atribuyéndola a Cimbali, y al efecto, puntualiza: "El escritor italiano Cimbali al afirmar que el matrimonio es un contrato sui-géneris, da al menos la idea de que algo tiene el matrimonio que no se observa en el contrato ordinario; y si el mismo reconoce que de aquella institución depende la organización de la familia y que tanto tiene de institución política como privada, pues si su origen es contractual cumple fines propiamente sociales, es claro que implícitamente admite que el matrimonio no es un contrato, puesto que de común con éste no tiene más que la forma" (28).

A nuestro modo de ver esta doctrina carece totalmente de trascendencia, decir que el matrimonio es un contrato sui-géneris, que no se parece a ningún otro contrato, si bien es dar un paso fuera de la tesis contractualista pura, pero con denominarlo así no precisa de ningún modo la naturaleza jurídica del matrimonio.

En efecto todos los contratos tienen algo de sui-géneris, la promesa de contrato porque sirve de medio para asegurar en el futuro la celebración de un contrato definitivo (art. 2243 del c.c. de 1928); la compraventa por su efecto traslativo de dominio a virtud del cual la propiedad de la cosa o la titularidad del derecho objeto del contrato, pasa del patrimonio del vendedor al del comprador, a cambio de un precio cierto y en dinero (art. 2248 c.c.v.); la permuta porque crea una obligación de dar, traslativa de dominio a cargo de cada uno de los permutantes (art. 2327); la donación porque sólo puede recaer sobre bienes presentes (arts. 2332 y 2333 del c.c. que nos rige); el arrendamiento y el comodato que crean obligaciones temporales de dar traslativas de uso (arts. 2398 y 2497 del c.c. de 1928, respectivamente); el depósito, el mandato, el contrato de prestación de servicios profesionales, el contrato de obra, que tienen como característica el generar una obligación de hacer a cargo de alguna de las partes, en fin podríamos citar el contrato de asociación y el de sociedad que dan lugar al nacimiento de una persona jurídica, moral o colectiva distinta de los asociados (art. 25 del c.c.v., fracciones III, IV, V y VI), y así podríamos multiplicar los ejemplos para demostrar que todos los contratos tienen elementos propios; típicos de cada uno de ellos, por lo que se puede decir que tienen algo de sui-géneris.

Señalar que el matrimonio no encuadra perfectamente dentro del marco de la figura contractual, ya lo habían advertido los propios sostenedores de esta doctrina, y así en la cita que hicimos de Colin y Capitant, estos juristas apuntan con toda certeza: "...Si se quiere decir con esto que el matrimonio no es un con--

trato como los demás, que la voluntad autónoma de las partes no puede libremente regular sus efectos, como puede hacerlo en los contratos referentes al patrimonio, ni decidir la disolución del mismo, o introducir en él modalidades, no tenemos inconveniente en suscribir estas afirmaciones de evidencia absoluta..."

I - c).- El matrimonio es un contrato de adhesión. Enseña el insigne maestro D. Manuel Borja Soriano que: "Se pueden distinguir en los autores seis particularidades del contrato de adhesión: "La oferta se hace a una colectividad: el convenio es obra exclusiva de una de las partes; la reglamentación del contrato es compleja; la situación del que ofrece es preponderante; la oferta no puede ser discutida; el contrato oculta un servicio privado de utilidad pública" (Sallé, L'evolution technique du contrat, núm. 15, páginas 48-49) (29).

"Parece que la preponderancia de la voluntad de uno de los contratantes, imponiéndose hasta cierto punto a la otra, es lo que caracteriza verdaderamente al contrato de adhesión (Sallé, núm. 15, página 51)" (30).

Entre nosotros el maestro Rafael Rojina Villegas consigna como una modalidad de la doctrina contractual del matrimonio, la que lo reputa como un contrato de adhesión, y al efecto afirma: "En ocasiones el Estado reglamenta determinadas cláusulas o elementos de ciertos contratos de prestación de servicios públicos y en estos casos, las partes ya no son libres de determinar el contenido de tales cláusulas. Tal cosa ocurre en los contratos de transportes y en el suministro de energía eléctrica. En el caso del 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 sólo para el efecto de ponerlo en movimiento y aplicarlo, por lo tanto, a sujetos determinados" (31).

Esta postura doctrinal admite todos los reproches señalados a la teoría contractualista. Así por ejemplo, en el contrato de suministro de energía eléctrica, la empresa y el usuario pueden legalmente dar por terminado tal contrato por mutuo disenso; cualquiera de las partes puede demandar la rescisión del mismo por el incumplimiento de la otra; en cambio en el matrimonio ello no es admisible.

Por otra parte esta postura doctrinal no explica el papel que juega el Oficial del Registro Civil cuya intervención es esencial y constitutiva del matrimonio.

II.- El matrimonio como acto jurídico: a).- Teoría del acto condición; Según Leon Duguit (32) el acto condición "es el acto jurídico que tiene por objeto determinar la aplicación permanente de todo un estatuto de derecho a un individuo o a un conjunto de individuos, para crear situaciones jurídicas concretas que constituyen un verdadero estado, por cuanto que no se agotan por la realización de las mismas, sino que permiten su renovación continua".

En el campo del Derecho Público, no explica el propio jurista, los - actos-condición que permiten aplicar diferentes estatutos del Derecho Administrativo a los distintos funcionarios por el hecho de la aceptación y protesta del cargo. - En el Derecho Privado, las situaciones objetivas nacidas a consecuencia de un acto-condición, son también extremadamente numerosas. El estado de las personas casadas es determinado y regulado por la Ley; sin embargo no nace sino después del matrimonio. No es este acto el que dá nacimiento a la situación que aparece enseguida de él, ella es creada y regulada por la Ley, pero la aplicación de ésta se encuentra subordinada a la condición del matrimonio.

Bonnard prohijando las ideas de Duguit acepta la noción del acto -- condición aseverando que "el acto condición parte de la naturaleza del acto subjetivo en cuanto que es en sí mismo un acto de alcance individual o especial, pero difiere de sus características por no establecer, modificar ni suprimir ninguna situación jurídica. No hace sino atribuir o retirar, a un individuo determinado una situación general o impersonal ya establecida por un acto regla" (33).

En otros términos para este tratadista el acto condición no fija ni de derechos ni obligaciones, pues tanto uno como otras ya están establecidos de antemano por el acto regla, es decir, su efecto es exclusivamente atributivo. "Viene a -- condicionar la posesión de una situación general o impersonal, de ahí el nombre -- que se la ha dado" (34).

Como ejemplos de actos-condición, enumera el matrimonio, la admisión de un nuevo miembro a una asociación y todos los actos de autorización.

Esta tésis del matrimonio como acto jurídico-condición encuadra perfectamente en las soluciones legislativas. El contraer el matrimonio, este acto no crea la situación jurídica de que va a ser investido el individuo, esa situación ya existe con antelación pues han sido las leyes las que la han creado y reconocido, y los cónyuges no agregan nada, el acto del matrimonio se encamina a la atribución a los cónyuges de los derechos y obligaciones preestablecidas.

Cabe aclarar que la denominación genérica de matrimonio abarca a la vez un acto jurídico que es la causa eficiente u originaria del vínculo conyugal, y el estado resultante de ese vínculo que ha nacido de la libre manifestación de los contrayentes y que se caracteriza por atribuir un status uniforme.

Nuestra H. Suprema Corte de Justicia de la Nación en diversas ejecutorias a admitido la tésis del matrimonio como acto condición (35).

II.- b).- El matrimonio como acto jurídico mixto. En Derecho Civil francés han sido Marcel Planiol y George Ripert los que han opinado que el ma-

rimonio es un acto jurídico complejo que tiene caracteres de institución y de contrato, y al efecto aseveran: "Durante cerca de un siglo la cuestión de la naturaleza del matrimonio no se planteó, porque la respuesta era casi unánime e indiscutida; se consideraba al matrimonio civil como un contrato. Pero desde principios del siglo XX se ha criticado muy severamente esa concepción y muchos autores han renunciado a ella para sustituirla por otras ideas la más extendida de las cuales consiste en considerar al matrimonio como una institución. Se quiere expresar con ello que constituye un conjunto de reglas impuestas por el Estado, que forma un todo y al cual las partes no tienen mas que adherirse; una vez dada su adhesión, su voluntad es ya impotente y los efectos de la institución se producen automáticamente. Esta nueva doctrina tiene la ventaja de arrojar una luz viva sobre las condiciones, los efectos y las causas de nulidad del matrimonio. Pero no hay que exagerar, la parte de verdad que contenga, ya que si bien es cierto que el matrimonio es algo más que un contrato, no hay que olvidar que tiene también la naturaleza de contrato" (36).

"El matrimonio es una institución, natural y de orden público, pero no por ello deja de ser un contrato, ¿cómo explicar, si el matrimonio no es un contrato el papel preponderante atribuido al consentimiento, a tal extremo que si no hay consentimiento no hay matrimonio? ¿Cómo explicar que por lo menos una parte de la teoría de los vicios del consentimiento se haya introducido en esta materia? ¿Cómo explicar que en una institución de orden público no sean todas las nulidades absolutas? La única concepción que responde a la realidad de las cosas es la concepción mixta; el matrimonio es un acto complejo, a la vez contrato e institución, del mismo modo que en nuestro antiguo Derecho, era considerado por nuestros antiguos autores como un contrato y un sacramento a la vez" (37).

Esta concepción del matrimonio es original de Rouast quien ingeniosamente la concibió y la dió a conocer en su obra "La Familia", publicada en el año de 1926, aduciendo que en cuanto a su regulación externa, el matrimonio es una institución organizada por el derecho objetivo; pero en cuanto al acto que la pone en movimiento, es un contrato (38).

Entre nosotros, Rafael Rojina Villegas expone esta doctrina, expresando lo siguiente: "Se distinguen en el Derecho los actos jurídicos privados, los actos jurídicos públicos y los actos jurídicos mixtos. Los primeros se realizan por la intervención exclusiva de los particulares. Los segundos por la intervención de los órganos estatales y los terceros por la concurrencia tanto de particulares como de funcionarios públicos en el mismo acto, haciendo sus respectivas manifestaciones de voluntad. El matrimonio es un acto jurídico mixto debido a que se constituye no sólo por el consentimiento de los consortes, sino también por la intervención que tiene el Oficial del Registro Civil. Este organo del Estado desempeña un papel constitutivo y no simplemente declarativo, pues podemos decir que si se omitiese en el acta respectiva hacer constar la declaración que debe hacer el citado funcionario, considerando unidos a los consortes en legítimo matrimonio, éste no existiría desde -

el punto de vista jurídico" (39).

II - c).- El matrimonio es un acto de poder estatal. El ilustre jurista italiano Antonio Cicu, estructuró esta brillante tesis, declarando que la constitución del matrimonio se verifica por un acto de pronunciamiento hecho por el Estado, por medio del Oficial del Estado Civil, reduciendo la importancia que para este acto tiene el consentimiento de los cónyuges, y al efecto testifica: "El matrimonio no es formalmente contrato. De una manera mucho más radical nosotros creemos poder atacar la concepción contractual del matrimonio, negando también la forma del contrato. Es indudable que en nuestro derecho no se tiene matrimonio sin la intervención del Oficial del Estado Civil. Indudablemente tal intervención no tiene exclusivamente finalidad de declaración pública de la constitución de la relación. La evolución histórica no deja duda sobre el valor que ha de atribuirse a aquella intervención; la misma es hoy en día intervención activa y no meramente certificada. -- Puesto que el Oficial ha de examinar si nada obsta a la celebración del matrimonio, su pronunciamiento vale como consentimiento para el matrimonio.

La figura de la autorización o de la aprobación administrativa es -- aquella que parece adaptarse más al caso. En cuanto a la autorización se podría decir aquí, según la conocida definición de Ranalleti, que la autoridad pública, reservándose comprobar si no obstan impedimentos, interviene caso por caso remover el límite, puesto por aquella finalidad, al ejercicio de la facultad de unirse en matrimonio. Sin embargo, la doctrina de Derecho Público no está dispuesta a aplicar al caso nuestro concepto de autorización. Y con razón. Se podría ante todo observar que mientras en el caso de la autorización del progenitor, el contrato existe aún -- sin la autorización y es solamente anulable, en el caso del matrimonio es existente. Si se objetase que esto deriva del hecho de que la autorización hace posible el ejercicio legítimo de la facultad, de modo que antes de ella no se puede tener otra cosa que un comportamiento no reconocido por la Ley, se puede contraponer que precisamente en el caso del matrimonio, el pronunciamiento del Oficial no procede sino que sigue y debe seguir a la manifestación de voluntad de los esposos y que la misma no hace posible el ejercicio de la facultad en el sentido de que ésta pueda después ejercitarse o no. Esto podría aconsejar a substituir la figura de la autorización de la aprobación o del visto de la legitimidad; ésta, en efecto, más bien que aquella -- funciona como conditio juris.

El matrimonio es un acto de poder estatal. Estas consideraciones ponen en claro la especial importancia que tiene el hecho de que la declaración de -- voluntad de los esposos debe ser dada al Oficial y por él recogida personalmente en el momento en que se preparan para el pronunciamiento y que toda declaración o -- contrato realizado entre los esposos no tiene ningún valor jurídico. Nosotros deducimos de esto que la Ley no considera el matrimonio como contrato, tampoco formalmente y que la concorde voluntad de los esposos no es más que condición para el -- pronunciamiento; éste y solo éste es constitutivo del matrimonio.

Lo que más contribuye a mantener la firme concepción contractual - es la consideración de que existe libertad de unirse o no en matrimonio y que sin la concorde voluntad de los esposos el matrimonio no es concebible; que incluso el consentimiento es aquí más simple, más vinculante. Pero no se advierte que esto nada tiene que ver con la valoración jurídica; es siempre el punto de vista privatístico el que altera la visión; y así el mismo no puede explicar por qué en casos en los que el consentimiento es pleno y el propósito es precisamente aquél que sustancialmente se atribuye al matrimonio, por ejemplo, el matrimonio religioso, jurídicamente no se tenga nada; especialmente no puede dar razón de la perpetuidad e indisolubilidad de vínculo. No se advierte que mientras el contrato limita la libertad de un contratante frente al otro, el matrimonio no limita, sino que excluye la libertad y pone por eso necesariamente a los esposos frente a un poder superior (Divinidad o Estado). Por eso el Estado no interviene como extraño. Se tiene interés familiar elevado a interés estatal.

Una vez admitido que el interés en la constitución de relaciones familiares sea también interés del Estado, no se puede tener dificultad en considerar al matrimonio como constituido formalmente por acto del poder público. Y no es dudosa que ésta fuese la meta de la evolución histórica; es el Estado el que une en matrimonio" (40).

En forma enteramente absurda ha sido criticada esta doctrina, por el señor Licenciado Julio Perez Visuet, el que en su tesis profesional, sostiene: "Tampoco explica esta teoría, porqué el consentimiento privado del concubinario y la concubina producen efectos jurídicos en determinadas situaciones, no obstante que jamás hayan manifestado su voluntad ante el Oficial del Registro Civil, ni mucho menos de éste en el sentido de declararlos unidos legalmente. Como se puede observar, el solo consentimiento de un hombre y una mujer fueron potentes para crear una situación de hecho que produce consecuencias de Derecho" (41).

Es claro que la tesis de Cicu que pretende explicar la naturaleza jurídica del matrimonio, no aluda al concubinato que es otra forma diversa de constituir la familia, y por ende, no tiene porque explicar los efectos o consecuencias jurídicas que puedan dimanar del concubinato. Por otra parte, es cierto que la voluntad de un hombre y una mujer, es bastante para concertar el concubinato, pero es absolutamente insuficiente para generar el vínculo matrimonial. Finalmente, ese acuerdo de voluntades puede establecer una situación de hecho a la que el legislador atribuye ciertas consecuencias jurídicas, pero no es menos cierto, que las mismas no pueden ser idénticas a las que se reconocen a la unión matrimonial.

A nuestro modo de ver, la censura más trascendental que puede hacerse a esta tesis, es la siguiente: Si el matrimonio es un acto de poder público y por ende su naturaleza es de orden público, "Los actos ejecutados contra el tenor de las leyes prohibitivas o de interés público serán nulos, excepto en los casos en

que la Ley ordene lo contrario" (Cód. Civ. de 1928 art. 8o.), nulidad que por contrariar un precepto de orden público deberá tener el carácter de absoluta (art. 226 del C. C. de 1928), y sin embargo un gran número de nulidades del matrimonio -- (Arts. 236, 238, 239, 240, 241, 242, 244, 245, 246, 247, 250 y 251 del código civil que nos rige), son estimadas como relativas, puesto que la acción es prescriptible, sólo se otorga a determinadas personas, y la causa de nulidad puede desaparecer por la convalidación o ratificación del acto (Art. 2227 del c. c. v.).

III.- El matrimonio es un estado jurídico: Según Rafael Rojina Villegas "El matrimonio se presenta como una doble consecuencia de la institución matrimonial y el acto jurídico que celebran las partes en unión con el Oficial del Registro Civil, pues constituye a la vez una situación jurídica permanente que rige la vida de los consortes y un acto jurídico mixto desde el momento de su celebración. -- Los estados jurídicos se distinguen de los hechos y de los actos jurídicos, en virtud de que producen situaciones jurídicas permanentes, permitiendo la aplicabilidad de todo un estatuto legal a situaciones determinadas que continúan renovándose en forma indefinida. En este sentido, el matrimonio evidentemente constituye un estado jurídico entre los consortes. Además el matrimonio se presenta como un estado de Derecho en oposición a los simples estados de hecho" (42).

Informa el propio catedrático que el estado matrimonial tiene secuelas trascendentales respecto a la vigencia del matrimonio, sus consecuencias y a su disolución, pues si bien se inicia por un acto jurídico, en realidad se afina o perfecciona al través de la vida en común; sin el estado matrimonial no puede cumplirse el deber de convivencia que existe entre los cónyuges. Por ende, faltando ese estado puede darse el caso de disolución del matrimonio, atento lo preceptuado por el artículo 267 fracciones VIII y IX del código civil que nos rige, conforme a los cuales son causas de divorcio: "VIII.- La separación del hogar conyugal por más de seis meses sin causa justificada. IX.- La separación del hogar conyugal originada por una causa que sea bastante para pedir el divorcio, si se prolonga por más de un año, sin que el cónyuge que se separó entable la demanda de divorcio". De estos textos se colige que el legislador optó por consagrar una doble causa de divorcio, a tolerar una separación indefinida entre los esposos que atentaría contra el estado natural de marido y mujer.

A nuestro modo de ver, esta teoría puede asimilarse a la del matrimonio reputado como acto condición anteriormente expuesta, excepto que en aquella se alude al estatuto aplicable a los casados y en ésta se cita un estado jurídico, pero coincidiendo ambas a pesar de la diversidad de denominaciones.

IV.- El matrimonio considerado como institución jurídica. Reitera José D'Aguano que "La familia como fenómeno natural tiene su origen en la unión de los sexos y como institución jurídica en el matrimonio que es la unión sancionada por la ley. El matrimonio no es un simple contrato, porque mediante él se originan

relaciones jurídicas permanentes que interesan no solamente a los individuos que lo contraen, sino también a la sociedad entera" (43).

Precisamente una de las teorías que se oponen a la concepción contractualista del matrimonio, es la institución jurídica, creada por Maurice Hauriou, que se ha aplicado al derecho de familia, al administrativo y particularmente en el derecho laboral en lo que concierne al contrato colectivo de trabajo.

Tan eminente jurista define a la Institución, puntualizando: "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 procedimientos" (44).

De esta definición, el elemento más importante es la idea de obra que se va a realizar en una agrupación social o para beneficio de la misma.

Hauriou afirma la independencia absoluta de la institución frente a cualquier elemento contractual "Es preciso acentuarlo, no es la persona moral que se supone existe en el interior de la institución quien decreta el acto complejo o el "status", sino un procedimiento objetivo que funcionando lo realiza a nombre de la institución"(45).

"Las instituciones nacen, viven y mueren jurídicamente al igual que los seres vivientes de la naturaleza. -Sigue diciendo Hauriou- Nacen por una operación de fundación y viven una vida objetiva y subjetiva merced a dos operaciones jurídicas, de organización y administración, y por último, mueren por virtud de actos de disolución o de abrogación".

Rojina Villegas expone su parecer del modo siguiente: "El matrimonio constituye una verdadera institución por cuanto que los diferentes preceptos que regulan tanto el acto de su celebración, al establecer elementos de existencia y de validez, como los que fijan los derechos y obligaciones de los consortes, persiguen la misma finalidad al crear un estado permanente de vida que será la fuente de gran variedad de relaciones jurídicas. Desde este punto de vista se estudia el matrimonio tomando en cuenta sólo su aspecto de sistema normativo y se prescinde del acto jurídico que le da origen, así como del estado que crea entre los consortes. Exclusivamente se atiende al aspecto normativo externo que organiza el Derecho objetivo en razón de las finalidades del matrimonio" (46).

Aplicando esta doctrina al matrimonio, es factible concluir:

a).- El matrimonio es una idea de obra que se realiza y tiene per--



manencia jurídica dentro de un medio social determinado.

b).- Por virtud del matrimonio se organiza un poder que requiere órganos, como son los consortes, o uno de ellos, según se estableció en la regulación romana del pater-familias.

c).- Los miembros de la institución matrimonial persiguen fines comunes, para cuyo efecto se fijan actividades recíprocas.

d).- Tanto la idea de obra como la organización, su finalidad y sus relaciones entre los consortes se encuentran regulados por un procedimiento determinado.

La teoría que estima el matrimonio como una institución, tiene el -- merecimiento de conjugar la naturaleza del acto jurídico inicial, el estado de esposos, el funcionamiento y poder que requieren los órganos necesarios de la misma, el procedimiento que regula su existencia y disolución, razón por la cual debe reputarse el matrimonio como una institución de carácter público.

## NOTAS BIBLIOGRAFICAS DEL CAPITULO SEGUNDO.

- (14) Joaquín Escriche. Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia. -- Nueva Edición. Madrid. 1880.
- (15) Eugene Petit. Tratado Elemental de Derecho Romano. Traducción de la novena edición francesa por José Ferrández González. Edit. Nacional. México, 1958, pág. 103.
- (16) Fustel de Coulanges. La Ciudad Antigua, pág. , Edit. Nueva España, -- S.A., México. 1944.
- (17) Joaquín Escriche, obra citada.
- (18) Citado por F. Laurent. Principios de Derecho Civil Francés. T. II, pág. -- 383. Edit. Joaquín Guerra y Valle. Puebla, México, 1890.
- (19) F. Laurent, obra citada, T. II, pág. 384. No. 260.
- (20) Ennecerus, Kip y Wolff. Tratado de Derecho Civil, Vol. I, Págs. 15-16. - Edit. Bosh. 1941.
- (21) Laurent, obra citada, t. II, pág. 385. No. 261.
- (22) Citado por Laurent, obra citada, t. II, No. 265, Pág. 390.
- (23) Laurent, obra citada, t. II, No. 265, págs. 390-391.
- (24) Obra citada, T. II, No. 260, págs. 283-284.
- (25) Curso Elemental de Derecho Civil Francés. T. I, pág. 285. Edit. Reus. -- Madrid. Tercera Edición.
- (26) Instituciones de Derecho Civil. T. II, Vol. II, pág. 68. Edit. Reus. -- Madrid.
- (27) Obra citada, T. II, Vol. II, pág. 68.

- (28) Calixto Valverde y Valverde. Tratado de Derecho Civil Español. Segunda--edición. Valladolid. Tomo IV, pág. 159.
- (29) Teoría General de las Obligaciones. T. I. No. 136, págs. 152-153. Edit. Porrúa, S.A. Tercera Edición. México. 1959.
- (30) Manuel Borja Soriano, obra citada mismo lugar.
- (31) Derecho de Familia. T. II. Vol. I, pág. 335. Edit. Antigua Librería Ro--bredo. México. 1949.
- (32) Tratado de Derecho Constitucional. T. I. pág. 95. Libr. Fontemoing. Pa--ris, 1927.
- (33) Citado por Coste-Floret. Pág. 104 y siguientes. La Nature Juridique du --Mariage. Paris. 1935.
- (34) Obra citada, mismo lugar.
- (35) Semanario Judicial de la Federación, T. XLVIII, pág. 3296. Amparo promo--vido por Jesus Hernández Ricardi. 25 de junio de 1936.
- (36) Planiol y Ripert. Tratado de Derecho Civil Francés. T. II, 57, Edit. Jose M. Cajiga.. Puebla. 1946.
- (37) Marcel Planiol. Tratado Elemental de Derecho Civil. T. II. pág. 46.
- (38) Citado por Alfred Coste-Floret. "La Nature Juridique du Mariage" pág. 89. Edit. Recueil Sirey. Paris. 1935.
- (39) Obra citada, Tomo II, Vol. I, pág. 334.
- (40) Citado por Rafael Rojina Villegas, obra citada, Vol. II, T. I, Pág. 345 y s--gtes.
- (41) El Divorcio, Estudio y Crítica. Tesis Profesional. Facultad de Derecho. --México. 1962.
- (42) Obra citada, pág. 348.
- (43) D'Aguanno José. "La Génesis y Evolución del Derecho Civil según los resul--tados de las Ciencias Antropológicas e Histórico-Sociales. Pág. 333.

(44) Citado por Rafael Rojina Villegas. Ob. cit. pág. 331.

(45) Citado por Alfred Coste-Floret. ob. cit. pág. 92.

(46) Obra citada, pág. 330.

### **CAPITULO TERCERO**

#### **LA ORGANIZACION FAMILIAR Y LA UNION MATRIMONIAL EN LA ANTIGUEDAD.**

**Sumario: 7.- Derecho Hebreo.. 8.- Influencia de las normas religiosas en la organización de la familia. 9.- Fundamento de la familia antigua. 10.- Principio y naturaleza del poder paterno. 11.- Derecho Romano: a).- El usus. b).- La confarreatio. c).- La coemptio. 12.- Formas de disolución del vínculo matrimonial en Derecho Romano.**

## 7.- DERECHO HEBREO.-

En la sociedad hebrea constituída bajo la forma patriarcal o sea la institución en la que el hombre, en oposición a la mujer, tiene una preponderancia económica y en la que la ley y la costumbre adscriben los hijos al padre, se admitían la poligamia de modo que cada hebreo podía tener al mismo tiempo las mujeres que quisiera a condición de que pudiera mantenerlas, vestir las y prestarles el débito conyugal, y el concubinato.

Cuando una esposa cometía una falta grave, el marido estaba facultado para despedirla expidiéndole una carta de repudio en la que consignaba las razones que le asistían para tomar tal determinación. Tal solución podía igualmente ser adoptada por el esposo cuando la mujer no reunía las cualidades que el varón había creído que tenía al desposarse con ella; porque la mujer gatara bromas con un joven o porque se negase a consumar el matrimonio.

Al efecto las leyes mosaicas disponen lo siguiente: "Cuando alguno tomare mujer y se casare con ella, si no le agradare por haber hallado en ella alguna cosa torpe, le escribirá carta de repudio y se la entregará en su mano y despedirla de su casa".

"2.- Y salida de su casa, podrá ir y casarse con otro hombre".

"3.- Y si la aborreciese aqueste último, y escribiere carta de repudio, y se la entregare en la mano y la despidiere de su casa; o si se muriere el postrer hombre que la tomó para sí por mujer."

"4.- No podrá su primer marido, que la despidió, volverla a tomar para que sea su mujer, después que fué mancillada; porque es abominación delante de Jehová, y no has de pervertir la tierra que Jehová tu Dios da por heredad" (47).

Las propias leyes hebraicas, eran más severas cuando la falta era tan grave como el adulterio o la falta de virginidad de la mujer al casarse, disponiendo:

"13.- Cuando alguno tomare mujer, después de haber entrado en ella la aborreciese.

14.- Y la pusiere algunas faltas, u esparciere sobre ella mala fama y dijere: ésta tomé por mujer y llegué a ella, y no la hallé virgen.

20.- Más si este negocio fue verdad, que no se hubiere hallado virginidad en la moza.

21.- Entonces sacarán a la puerta de la casa de su padre, y la apedrearán con piedras los hombres de su ciudad y morirá; por cuanto hizo vileza en Israel fornicando en casa de su padre; así quitará el mal en medio de ti.

22.- Quando se sorprendiere alguno echado con mujer casada con marido, entreambos morirán, el hombre que se acostó con ella, y la mujer; así quitarás el mal de Israel" (48).

Del último versículo transcrito se colige que el adulterio dentro del pueblo de Israel se sancionaba con la muerte de los adúlteros, estimándose una falta gravísima la infelicidad conyugal.

## 8.- INFLUENCIA DE LAS NORMAS RELIGIOSAS EN LA ORGANIZACION FAMILIAR.

"El hombre de los primeros tiempos estaba continuamente en presencia de la naturaleza; las costumbres de la vida civilizada aún no ponían un velo entre ella y él. Sus ojos se encantaban con su belleza, o se deslumbraban con su inmensidad. Gozaba de la luz, se asustaba de la noche, y cuando veía reaparecer "la santa claridad de los cielos" sentía agradecimiento. Su vida estaba en manos de la naturaleza; esperaba la nube bienhechora de que dependía su cosecha; temía al huracán que podía destruir el trabajo y la esperanza de todo un año. Sentía a todas horas su propia debilidad y fuerza incomparable de cuanto lo rodeaba. Experimentaba perpetuamente una mezcla de veneración, de amor y de terror por esta poderosa naturaleza" (49).

Es lógico pues que el hombre se haya representado el mundo conforme a sí mismo, viendo en la tierra, en la luz, en la nube, en el agua, en el sol, otros seres semejantes a él, pero percibiéndolos poderosos y sufriendo su imperio, confesando su dependencia, los adoró, haciendo de ellos sus dioses.

De este modo la idea religiosa se presentó bajo dos aspectos diversos. De un lado, el hombre asoció el atributo divino al principio invisible, a la inteligencia, a lo que se entreveía del alma. De otro, aplicó su idea de lo divino a los objetos y fenómenos exteriores que contemplaba, a los que temía porque eran dueños de su dicha y de su vida.

Estos dos órdenes de ideas dieron nacimiento a dos religiones, explica Fustel de Coulanges, "que se dividieron el imperio sobre el hombre, y las que incluso convivieron en armonía, pese a tener dogmas totalmente disímboles— y prácticas diversas. El culto de los dioses del Olimpo y el de los héroes y manes, nunca tuvieron nada en común" (50).

El culto de los muertos ha sido fijado en una época antiquísima, — sin que sea posible precisar fechas, porque en la historia de las sociedades antiguas las épocas pueden determinarse por la sucesión de las ideas y de las instituciones, más fácilmente que por la de los años.

Afirma el propio Fustel de Coulanges que "Quizás en presencia — de la muerte tuvo el hombre por primera vez idea de lo sobrenatural y quiso poner su esperanza más allá de lo que veía. La muerte fué el primer misterio y — enseñó a los hombres el camino de los demás misterios. Ella elevó su pensamiento de lo visible a lo invisible, de lo transitorio a lo eterno, de lo humano a lo divino" (51).

Esto condujo al hombre al culto del fuego sagrado del hogar, reputado por griegos y romanos como la providencia de la familia, "es una especie de ser moral. Es cierto que calienta, que cuece el alimento sagrado, pero al mismo tiempo tiene un pensamiento, una conciencia; concibe deberes y vela para que se realicen... Puede decirse que conserva la vida humana en la doble serie de sus manifestaciones. Es a la vez fuente de la riqueza, de la salud, — de la virtud. Es en verdad, el Dios de la naturaleza humana. Más tarde, — cuando este culto ha quedado relegado a segundo término por Brahma o Zeus, — el fuego del hogar ha persistido, en lo que tiene de divino, más accesible al — hombre, ha sido su intermediario con los dioses de la naturaleza física; se ha — encargado de conducir al cielo la oración y la ofrenda del hombre y de aportar al hombre los favores divinos" (52).

Al culto del fuego sagrado se unió el culto a los muertos. Ambos son de la misma antigüedad. Tan estrechamente estaban asociados, que la creencia de los antiguos, no hacía de ellos más que una sola religión. Hogar, demonios, héroes, dioses lares, todo esto se confundía.

Explican los autores que los llamados lares o héroes, eran las — almas de los muertos, a las que el hombre atribuía un poder divino. El recuerdo de esos muertos se ligaba siempre al hogar, y adorando a uno no podía olvidarse al otro, estaban vinculados en el respeto de los hombres y en sus oraciones.

"Una de las primeras reglas de aquel culto era que cada familia—



sólo podía rendirlo a los muertos que le pertenecían por la sangre. Los funerales sólo debían celebrarse religiosamente por el pariente más próximo. En cuanto a la comida fúnebre, que se renovaba en épocas determinadas, sólo la familia tenía derecho de asistir a ellas, y toda persona extraña quedaba severamente excluida. Se creía que el muerto solo aceptaba la ofrenda de manos de los suyos, sólo quería el culto de sus descendientes... El culto de los muertos era verdaderamente el culto de los antepasados" (53).

De lo anterior resulta que el culto de los muertos tenía como nota esencial el pertenecer exclusivamente a cada familia, y nada tenía de común con el de la familia vecina. En otras palabras, la religión estaba encerrada en los muros de la casa. El culto no era público, cada cual tenía sus dioses y cada dios sólo protegía a una familia. Por ende, "Esta religión sólo podía propagarse por la generación. El padre dando la vida a su hijo, le daba al mismo tiempo su creencia, su culto, el derecho de alimentar el hogar, de ofrecer la comida fúnebre, de pronunciar las fórmulas de la oración. La generación establecía un lazo entre el hijo que nacía a la vida y todos los dioses de la familia" (54).

Del hecho de que la religión doméstica sólo se propagara de varón a varón, resultaba que la mujer sólo participaba en él de soltera, por mediación de su padre, casada por medio de su marido, y de ello surgieron consecuencias de importancia en la integración de la familia.

## 9o.- FUNDAMENTO DE LA FAMILIA ANTIGUA.

Observan los autores, que ni el nacimiento, ni el afecto natural, constituyeron el fundamento de la familia antigua. Y si bien algunos "creyeron que este fundamento debía encontrarse en el poder paternal o marital. De este poder forman una especie de institución primordial, aunque no explican como fue formado, a menos que lo sea por la superioridad de fuerza del marido sobre la mujer, del padre sobre los hijos. Ahora bien, colocar así la fuerza en el origen del derecho, es cometer una grave equivocación. Más adelante veremos que la autoridad paternal o marital, lejos de haber sido una causa primera, ha sido un efecto; se ha derivado de la religión y por ella se ha establecido; no es, pues el principio constitutivo de la familia.

Lo que une a los miembros de la familia antigua es algo más poderoso que el nacimiento, que el sentimiento, que la fuerza física; es la religión del hogar y de los antepasados. Ella hace que la familia forme un cuerpo en esta vida y en la otra. La familia es una asociación religiosa más que una asociación natural" (55).

Lógicamente la primera institución que concibió la religión doméstica fué el matrimonio. Este era un acto de gran trascendencia para la mujer, la que habiendo sido iniciada y educada en la religión de su padre, desde el momento mismo del matrimonio, su esposo la va a hacer partícipe de las ceremonias misteriosas de su culto, le revelará los ritos y las fórmulas que son patrimonio de su familia. Esto explica el porque el matrimonio se realizaba siempre en la casa y la presidía el dios doméstico. "Es que la mujer ha entrado a participar de la religión del marido; los mismos dioses, como dice Platón la han introducido a la casa. La mujer así casada sigue profesando el culto de los muertos, pero ya no lleva a sus propios antepasados la comida fúnebre, ya no tiene tal derecho. El matrimonio la ha desligado completamente de la familia de su padre y ha roto todas sus relaciones religiosas con ella. Ahora lleva la ofrenda a los antepasados de su marido; pertenece a su familia; ellos se han convertido en sus antepasados. El matrimonio le ha creado una segunda existencia. En lo sucesivo es la hija de su marido....." (56).

El matrimonio a su vez era obligatorio, puesto que su objeto no consistía en el placer, sino en la unión de dos seres en un mismo culto doméstico, para hacer nacer a otro ser, apto para ese culto.

En efecto, sostiene Fustel de Coulanges "el hombre no se pertenecía, pertenecía a la familia. Era un miembro de una serie y no convenía que la serie se detuviese en él. No había nacido por casualidad, se le había introducido en la vida para que prosiguiese un culto; no debía abandonar la vida, sin estar seguro de que ese culto se continuaría después de él" (57). Por ende, el nacimiento de una hija no llenaba el fin del matrimonio, puesto que al casarse renunciaba a la familia y al culto de su padre. La familia sólo se continuaba al igual que el culto, por los varones. El derecho de hacer los sacrificios sólo se transmitía de varón a varón.

Precisamente este deber de perpetuar el culto condujo a la institución del derecho de adopción. Adoptar un hijo era velar por la prosperidad de la religión doméstica.

"A la adopción correspondía como correlativa la emancipación. Para que un hijo pudiera entrar en una nueva familia, era necesario precisamente que hubiese podido salir de la antigua, es decir, que le hubiesen mancipado de su religión".

Por otra parte, el parentesco se definía por Platón como la comunidad de los mismos dioses domésticos, o en otras palabras la religión doméstica era la que constituía el parentesco. Dos hombres podían llamarse parientes cuando tenían los mismos dioses, el mismo hogar, la misma comida fúnebre. Pero como el culto de los muertos se dedicaba únicamente a los ascendientes, en

línea masculina. De esta norma religiosa resultaba que no se podía ser pariente por parte de las mujeres.

Desde otro punto de vista, los hombres de las antiguas edades -- veían una relación misteriosa entre sus dioses y el suelo. "Tomemos primero el hogar: este altar es el símbolo de la vida sedentaria; su mismo nombre lo indica. Debe asentársele en el suelo; una vez colocado no se le debe mudar de sitio. El dios de la familia quiere tener una morada fija; materialmente, es difícil transportar la piedra donde brilla; religiosamente, aún es más difícil y solo se le permite al hombre si la dura necesidad le obliga, si un enemigo le arroja o si la tierra no puede sustentarle. Cuando se sitúa el hogar se hace con el pensamiento y la esperanza de que persistirá siempre en el mismo sitio. El dios se instala ahí, no para un día, ni siquiera para la vida de un hombre, sino para todo el tiempo que esta familia dure y de ella quede alguien que alimente su llama con el sacrificio. Así, el hogar toma posesión del suelo; esta porción de tierra la hace suya, es su propiedad.

Y la familia, que por deber y por religión permanece siempre -- agrupada alrededor de su altar, se fija al suelo como el altar mismo. La idea del domicilio surge naturalmente. La familia está ligada al hogar; el hogar al suelo; una estrecha relación se establece pues, entre el suelo y la familia. -- Allí ha de estar su morada permanente, que no intentará abandonar, a menos -- que una fuerza superior lo obligue a ello. Como el hogar, también ella ocupará por siempre este sitio" (58).

Igualmente la religión nos explica la naturaleza y principio del derecho de sucesión. A la muerte del individuo, el culto persiste, y al proseguir la religión doméstica, el derecho de propiedad debe continuar con ella.

Siendo hereditaria la religión doméstica de varón a varón, la propiedad lo es igualmente; el hijo es el continuado natural y obligado del culto, -- asimismo hereda los bienes. En otros términos, la herencia no es el resultado de la voluntad personal del padre, sino que deriva de sus creencias, de su religión. Por ende, el padre no precisa de otorgar testamento, el hijo hereda de pleno derecho, ipso jure. "Para forjarse exacta idea de la herencia entre los antiguos, conviene no representarse una fortuna pasando de una mano a otra. -- La fortuna es inmóvil, como el hogar y la tumba a que está asociada. Es el hombre quien pasa. Es el hombre quien, a medida que la familia se desenvuelve en sus continuas generaciones, llega a la hora marcada para proseguir el -- culto y tomar posesión del dominio" (59).

En el derecho romano, la hija no hereda del padre, si se casa, --

y en el derecho griego, no hereda en ningún caso. Esta regla injusta a primera vista se funda en que la hija no es parte para continuar la religión paterna, dado que al casarse abandonará el culto paterno para adoptar el de su esposo; no posee pues ningún título que la faculte a heredar.

## 10o.- PRINCIPIO Y NATURALEZA DEL PODER PATERNO.

El derecho de familia no fué obra de un legislador, sino que por el contrario se impuso al legislador. Nació en el seno de la familia espontáneamente, basado en las creencias religiosas que estaban universalmente admitidas-- en la primitiva edad de estos pueblos.

En el padre reposa el culto doméstico, es el primero junto al hogar; el enciende el fuego y lo conserva, el es el pontífice que en todos los actos religiosos realiza la más alta función. Cuando la muerte llegue, será un dios que sus descendientes invocarán. Por ende, es la religión la que instituye la jerarquía familiar.

Para expresar el poder del marido sobre la mujer, los romanos empleaban la expresión "manus" que significaba la fuerza material, como si la mujer estuviese colocada bajo la mano del esposo. La manus -que solo podía establecerse dentro del matrimonio - era una potestad organizada por el Derecho civil y propia de los ciudadanos romanos, en virtud de la cual la mujer casada quedaba sometida a la autoridad del marido, en el caso de que éste fuera sui iuris, o bien a la autoridad del jefe de familia del marido si éste era alieni iuris. En los primeros siglos de Roma la manus fué inseparable del matrimonio, al grado que los procedimientos que servían para crearla eran al mismo tiempo los modos necesarios para la formación del matrimonio. (60)

Las leyes griegas y romanas otorgaron al padre una autoridad limitada, misma de la que la religión le había revestido con antelación. Esa autoridad supone que el padre es el jefe supremo de la religión doméstica; le correspondía el usufructo de la propiedad familiar y finalmente la justicia pública sólo existía para él, pero a su vez, era él quien la impartía en el seno de la familia.

Finalmente llaman la atención los autores sobre la estrecha relación entre la religión doméstica y la moral. "Sin pretender que esa antigua religión haya creado los sentimientos morales en el corazón del hombre, puede creerse al menos que se ha asociado para fortalecerlos, para darles mayor autoridad, para asegurar su imperio y su derecho de dirección en la conducta del hombre...." (61).

Es natural que la idea moral haya tenido su inicio y sus progresos como la idea religiosa. "Complacía dar al hogar el epíteto de casto y se creía que ordenaba a los hombres la castidad. Ningún acto material o moralmente --impuro debía cometerse en su presencia. Las primeras ideas de culpa, de castigo, de expiación deben proceder de aquí. El hombre que se siente culpable no puede acercarse ya a su propio hogar; su dios le rechaza. Para quien ha derramado sangre, ya no hay sacrificio permitido, ni libación, ni oración, ni comida sagrada..... La mano manchada de sangre ya no puede tocar los objetos sagrados" (62).

La religión vela pues por la pureza de la familia, de ahí que la más grave falta que pueda cometerse es el adulterio. A su lado la moral doméstica prescribe otros deberes, obediencia y respeto de la mujer hacia el esposo. Los dioses vivían en el interior de cada casa, de este modo todos los miembros de la familia unidos por un lazo poderoso, aprendían a amarse y respetarse mutuamente.

## 11o.- DERECHO ROMANO.

Trazado el cuadro cabal de la primitiva familia griega y romana, creemos que estamos ya en posibilidad de comprender el matrimonio y el divorcio en Roma.

Coincidiendo con las ideas expuestas con antelación, José Santa-Cruz Tejeiro (63), nos enseña que el primitivo derecho romano consideró al --- "justum matrimonium" como "La unión del hombre y la mujer, implicando igualdad de condición y comunidad de derechos divinos y humanos" definición hecha por Modestino. En concepto de Santa Cruz Tejeiro "Es un acto o hecho jurídico por virtud del cual una mujer sui o alieni juris, sale de la familia originaria, ingresando en otra distinta en condición de sometida al poder del marido y con la función de procrear para el jefe de la nueva "Domus" o para una persona libre sometida a la potestad de ésta, una descendencia legítima".

Ya quedó aclarado que la manus fué inicialmente inseparable -- del matrimonio, pero desde la ley de las XII tablas, se admite que el matrimonio pueda celebrarse con manus y sin manus.

En los matrimonios "sine manus" la mujer ya no está bajo el poder de su marido, sino que permanece sin salir de la patria potestad de sus padres o de los familiares que ejerzan la tutela. Ningún parentesco civil de agnación la une a los hijos que dá a su marido; sus hijos pertenecen a la familia agnática de éste, pues ella sigue unida a la de su padre.

En este tipo de matrimonio la mujer adquiere una conformación ju como compañera de su cónyuge y participa en la dirección de la casa se exigen los usos sociales, pero lo más importante es que no sufre "capit<sup>u</sup>o". Si con antelación al matrimonio era "sui juris", porque su padre hu<sup>o</sup> muerto, continúa siéndolo después de casada, y si por el contrario estaba a patria potestad, continúa sometida a ella.

En cuanto a los bienes aportados por la mujer, esta conserva la ad sobre los mismos, y las deudas y obligaciones que contraiga sólo a ella umben. Tiene la misma capacidad que el marido para contratar, adminis- disponer de su patrimonio, incluso puede encomendar a su propio cónyuge ministración de sus bienes, los que se denominan "parafernales", en cuyo el esposo es un mandatario con las obligaciones propias de este. Si la mu cargaba a un extraño la administración de sus bienes, el marido no tenía o alguno para exigir que se le diese a él tal administración (64).

En cambio en el matrimonio legítimo la manus hacía adquirir o var en su caso el carácter de alieni juris a la mujer casada, que quedaba da a la autoridad de su marido, en una condición similar a una hija de oso, si éste era sui juris, o una condición igual a la de una nieta del je la familia del esposo, en el caso de que éste estuviese sometido a la po paterna.

Por otra parte, en los matrimonios "con manus" regía el sistema- onial propio de los hijos, de modo que todos los bienes aportados por la y, pasaban, por necesidad jurídica, a ser del marido, así como todos los a mujer adquiriese durante el matrimonio, ya fuese por herencia, donación, o o cualquier otro medio. El marido por su parte, responde de las deudas promisos contraídos por su mujer durante el matrimonio (65).

En conclusión podemos sentar que en los matrimonios con manus a una subordinación de la mujer al marido, en tanto que en los matrimonios manus llamados también libres, la relación conyugal es de coordinación e quiere de comunidad. (66)

a).- EL USUS.- Es el modo más antiguo de establecer la manus. u existencia se requiere esencialmente que el marido tenga la posesión pública como ininterrumpida de su mujer por lo menos durante un año, en orma era lógico suponer una tranquila convivencia de los consortes, con ntaja para la mujer que, en el momento del casamiento, tenía la posibili- e eludir la manus marital. "Según una disposición de las XII tablas, la que quisiera escapar tenía que interrumpir esta posesión pasando tres no- cada año fuera del techo conyugal" (67).

b).- LA CONFARREATIO.- Es una ceremonia de carácter religioso que consiste en ofrecer a Júpiter el "panem farreaunm" (pan de harina), en presencia del gran pontífice, el flamen Dialis y diez testigos, pronunciándose — palabras sacramentales (68).

Esta institución era de origen etrusco, "y constituye en Roma una forma aristocrática, reservada únicamente a los patricios. Los plebejos, por ende, no podían contraer matrimonio confarreado porque no tenían derecho de religión, ni conocían las fórmulas sacramentales". (69)

Posteriormente, "la Ley Canuleia autorizando los matrimonios entre patricios y plebeyos, hizo más rara la aplicación de la confarreatio. Muy poco practicada durante la época de Tiberio, existía aún en tiempo de Cayo y en el de Ulpiano. Sólo fué útil desde el punto de vista religioso y cayó después paulatinamente en desuso". (70)

c).- LA COEMPTIO.- Es de origen plebeyo y mediante ella el — hombre adquiere a la mujer y la somete a su potestad o sea el matrimonio con — manus, se asegura que fué ideada con posterioridad a la Ley de las XII tablas, — para permitir a los plebeyos que no podían utilizar la confarreatio, que se casa — ran, instituyendo la manus en el momento mismo de celebrar el matrimonio. --- "Consistía en una ceremonia en la que intervenía el "Libripens" o "portabalan-- za". La tradición simbólica de la adquisición de la mujer por medio de la ven-- ta se refleja en esta forma de matrimonio, sólo que ya con un concepto de reci-- proidad. Es una aplicación derivada de la "mancipatio". Es una venta ficti-- cia, imaginaria venditio, de la mujer al marido, con asistencia del jefe de la-- familia si es alieni juris, o la autoritas del tutor si es sui juris. Las palabras-- de la mancipatio estaban modificadas para que produjesen la manus y no el man-- cipium (71).

Como efectos del matrimonio en cuanto a los esposos, nos indican los tratadistas, que la mujer participa de la condición social del marido, pero — sin que ingrese a la familia civil del esposo, toda vez que este efecto sólo es-- producido por la manus.

"Los esposos se deben fidelidad, aunque el adulterio de la mujer está castigado con más severidad que el del marido, por poder introducir en la familia hijos de sangre extraña. Constantino lo castigó de muerte. Este rigor-- se suavizó en el derecho de Justiniano" (72).

## 12.- FORMAS DE DISOLUCION DEL VINCULO MATRIMONIAL EN DERECHO ROMANO.

En primer término el matrimonio se disolvía por la muerte de ---

cualquiera de los cónyuges.

Pero además se admitía el divorcio (del latín *divortium*) con un significado sumamente amplio, dado que abarca lo mismo la ruptura total del vínculo matrimonial, como la sola separación personal de los consortes.

Al parecer el divorcio fué admitido legalmente desde el origen de Roma, empero, algunos juristas proclamán que los antiguos romanos no disfrutaban de esta libertad, que sin duda alguna, no era compatible con la severidad de las costumbres primitivas.

Como en el matrimonio con manus la mujer era como una hija sometida a la autoridad paterna, la facultad de divorciar en estas uniones, se reconoce sólo al marido que mediante un acto unilateral puede repudiar a la mujer. "La voluntad de la mujer es ajena al acto, no puede provocar el divorcio, ni impedirlo".

Cuentan los historiadores y los tratadistas que se abusó grandemente del repudio, sobre todo a partir del siglo VI y principios del Imperio, a grado tal que según Foignet "las mujeres no contaban ya los años por los nombres de los Cónsules, como antes, sino por los nombres de sus maridos" (73).

El régimen de divorcio por medio del repudio fué incierto y no-reglamentado, y el uso inmoderado del mismo obligó a los Emperadores a hacer lo más difícil, obligando a precisar las causas legítimas de repudiación (74).

El Emperador Constantino fijó las siguientes causas de repudio: — a).- Por lo que concierne al marido: el adulterio de la mujer; cometer delito de envenenamiento, o ejercer artes mágicas. La mujer podía repudiar al marido, reo de homicidio, de envenenamiento y de violación de sepulcros. Justinia no agregó a estas causales la impotencia del marido.

En los matrimonios "sine manus" (por cierto sumamente raros) como se reconocían derechos iguales a los esposos, los divorcios eran contados, pero el relajamiento de las costumbres, y siendo cada vez menos frecuente la manus, se dispensa a la mujer al igual que al marido, el derecho de provocar el divorcio, "hasta el extremo que antiguamente los historiadores y los poetas se pusieron de acuerdo para criticar la facilidad con que se rompían los matrimonios" (75).

Según se hubiere celebrado el matrimonio se aplicaban diversos procedimientos para disolver el vínculo matrimonial. Si la manus que ataba a la mujer al marido se había establecido por *confaeratio*, para romperle era ne



cesaría una ceremonia contraria llamada *diffarreatio*, la que tiene como principio la aplicación del "*contrarius actus*", y consistía en una nueva solemnidad — que en forma de ofrenda se le hacía a Júpiter, dios tutelar del matrimonio. El sacerdote que presidía el acto, estaba facultado para rehusarse a officiar cuando las causales para el divorcio no fuesen de las reconocidas por el derecho sacro. ... (76).

En los matrimonios por *comeptio* y *usus*, la disolución del vínculo matrimonial tiene lugar mediante el negocio jurídico de la "*remancipatio*", o sea la venta aparente o efectiva de la mujer, entregándola "*in mancipium*". La "*remancipatio*" de la mujer casada equivale exactamente a la "*mancipatio*" de una hija.

Generalizado, el divorcio podía efectuarse de dos maneras: "a).- *Bona gratia*, es decir, por la mutua voluntad de los esposos, no siendo requerida de este modo ninguna formalidad, pues el desacuerdo disuelve lo que el consentimiento había unido; b).- Por repudiación, es decir por la voluntad de uno de los esposos, aunque sea sin causa. La mujer tiene este derecho lo mismo — que el marido, excepto la mujer manumitida y casada con su patrono. Bajo Augusto y para facilitar la prueba de la repudiación, la ley Julia de adulteriis exige que el que intente el divorcio notifique al otro esposo su voluntad en presencia de siete testigos, oralmente o por una acta escrita, que le era entregada por un manumitido" (77).

Los efectos del divorcio eran con respecto a los consortes, el que el marido pudiese casarse inmediatamente, en tanto que la mujer tenía que esperar un año, para poder contraer nuevas nupcias, ello a fin de evitar confusión de parto, es decir, la incertidumbre, en cuanto a la paternidad del hijo que pudiera nacer durante este período. La violación de esta prohibición arrastraba la infamia para el segundo marido, para los ascendientes que teniendo autoridad sobre los esposos habían consentido el matrimonio y finalmente para la misma mujer.

En cuanto a los hijos, disuelto el matrimonio quedaban bajo la patria potestad del cónyuge inocente, siendo los gastos que demandara su educación y manutención a cargo del padre y subsidiariamente de la madre.

Respecto de los bienes dotales, debemos aclarar lo siguiente: la dote, que en Roma se estimaba plenamente justificada, tuvo una evolución que la hizo ofrecer varias facetas en el transcurso del tiempo. Inicialmente, los bienes que la constituían pasaban a ser propiedad del marido de manera definitiva, pero más tarde, debido precisamente al incremento de los divorcios y como una medida tutelar de la mujer, se generalizó la costumbre de pactar en el mo

mento mismo de la constitución dotal, la obligación para el marido, y aún para sus herederos, de devolver al estipulante o sus herederos, en caso de disolución del vínculo conyugal, una parte o la totalidad de la dote. (78)

Más tarde, se instituyó en favor de la mujer viuda o divorciada y en favor del padre de la esposa, en el supuesto de que el matrimonio se disolviera por la muerte de su hija y la dote fuera profecticia, una acción especial denominada rei uxorias, en virtud de la cual el titular de la acción podía obtener la devolución total o parcial de la dote.

Justiniano mediante una amplia reglamentación, suprimió la acción rei uxorige y dispuso que en todos aquellos casos en que la persona que había constituido la dote no hubiese estipulado expresamente su restitución, se debería presumir que la mujer había hecho una estipulación por la cual en todos los casos de disolución del matrimonio y cualquiera que hubiera sido la causa, la dote debía restituírsele a ella o a sus herederos.

Finalmente, la Ley Julia de adulteriis, complementada posteriormente por Justiniano, dió importantes restricciones al derecho del marido sobre la dote, tendientes a conservarla protegiéndola de la disipación de éste, llegando a prohibir definitivamente al marido enajenar o hipotecar los bienes dotales de carácter inmueble (salvo aquellos que hubiere recibido con estimación) — con lo cual el esposo ya no adquiriría la dote como en un principio, de un modo absoluto.

## NOTAS BIBLIOGRAFICAS DEL CAPITULO TERCERO .

- (47) La Santa Biblia. Antiguo y Nuevo Testamento. Versión de Casimiro de Reina de 1569. Pág. 214. Sociedades Bíblicas Unidas. Londres. 1954.
- (48) La Santa Biblia, Obra citada, pág.
- (49) Fustel de Coulanges. La Ciudad Antigua, pág. 161. Editorial Iberia, S.A. Barcelona. 1961. En el mismo sentido Luis Recassens Siches, Vida Humana, Sociedad y Derecho, pág. 122.
- (50) Obra citada, pág. 23 y siguientes.
- (51) Obra citada, página 27.
- (52) La Ciudad Antigua, pág. 35.
- (53) Fustel de Coulanges, ob. cit. págs. 38 y 39.
- (54) Numa Dionisio Fustel de Coulanges, ob. cit. pág. 43. En igual sentido-- Eugene Petit, obra citada, No. 80, pág. 97.
- (55) Fustel de Coulanges, obra citada, pág. 54. En igual sentido Eugene Petit, obra citada, No. 84, pág. 103.
- (56) Fustel de Coulanges, obra citada, págs. 60-61. Petit, obra citada, Nos.- 97 y 98, págs. 121 a 123.
- (57) Eugene Petit, obra citada, No. 100, págs. 123-124. Fustel de Coulanges, obra citada, pág. 70.
- (58) Fustel de Coulanges, obra citada, pág. 76-77. Sobre el origen y desarrollo de la propiedad puede verse Petit, obra citada, Nos. 150 a 158, --- págs. 231 a 236.
- (59) Fustel de Coulanges, ob. cit. pág. 89. Petit, obra citada, Nos. 532 y 534, págs. 511 a 513.

- (60) Eugene Petit, obra citada, Nos. 98 y 99, pág. 121-123.
- (61) Fustel de Coulanges, obra citada, pág. 114; Ferrara, Teoría del Negocio-Ilícito en el Derecho Civil Italiano, No. 5, págs. 5 y 6; George Ripert La regla Moral en las Obligaciones Civiles, pág. 6.
- (62) Fustel de Coulanges, obra citada, pág. 115.
- (63) José Santa Cruz Tejeiro. Instituciones de Derecho Romano, pág. 25.
- (64) Eugene Petit, obra citada, Nos. 432 - 2, pág. 440-441.
- (65) Eugene Petit, obra citada, No. 98-2, pág. 123.
- (66) Rodolfo Sohm. Derecho Privado Romano, pág. 466.
- (67) Sohm, obra citada, mismo lugar.
- (68) Eugene Petit, obra citada, No. 98, 1, inciso a, pág. 122.
- (69) Eugene Petit, obra citada, mismo lugar inciso b. José Santa Cruz Tejeiro, Instituciones de Derecho Romano, pág. 26.
- (70) Eugene Petit, obra citada, No. 98, 1, inciso b, pág. 123.
- (71) Eugene Petit, ob. cit. No. 98, 1, inciso c, pág. 123. José Santa Tejeiro, obra citada, pág. 26.
- (72) Eugene Petit, obra citada, No. 88, II, pág. 107.
- (73) R. Foignet, Derecho Romano, pág. 56.
- (74) E. Petit, Tratado Elemental de Derecho Romano, No. 90, III, 3, pág.-110.
- (75) E. Petit mismo lugar, pág. 110.
- (76) Sohm, obra citada, pág. 484. E. Petit, obra citada, No. 98, 3 pág. 123.
- (77) E. Petit, obra citada, No. 90, 3, pág. 110.
- (78) E. Petit, obra citada, No. 432, págs. 440-446.

## CAPITULO CUARTO

### LA INDISOLUBILIDAD DEL MATRIMONIO PROCLAMADA POR EL DERECHO CANONICO.

Sumario: 13.- Generalidades. 14.- Esencia del matrimonio en el Derecho Canónico. 15.- El predominio del cristianismo en Europa. 16.- La reforma religiosa.- 17.- Promulgación del Edicto de Nantes.- 18.- Revocación del Edicto de Nantes..

### 13.- GENERALIDADES.

La religión católica siguiendo las costumbres propias de la religión hebrea, dispuso que el matrimonio fuese bendecido por un hombre consagrado al culto religioso, estableciendo las solemnidades de transmisión de las arras, la velación de la mujer y las relativas a la ceremonia misal.

Se rompe de este modo con la tradición romana, de efectuar el matrimonio sin ritual, sin ceremonia de ninguna especie, ya que se consideraba el único requisito esencial y necesario para celebrarlo era la sola voluntad de ambos consortes.

Afirma José D'Aguanno que "El cristianismo encontró en el corrompido Imperio Romano toda una civilización, que después de haber sido guía inspiradora de los demás pueblos, por efecto de una labor de disolución, realizada por diversas circunstancias, internas y externas, iba declinando. La familia romana, en un principio constituida en forma rudimentaria, pero austera, al pasar a la segunda etapa, por el desarrollo y progreso de la sociedad y del derecho, no se apoyaba en el derecho inflexible que mantuvo unidos a los miembros de la misma, tuvo que transformarse en una tercera época, después de la llegada de los bárbaros, junto a los trastornos de la guerra, que aportó otras ideas a aquella corrompida civilización. La corrupción que se producía en la familia primitiva había sido profunda, y no bastaban las leyes - estímulos para el matrimonio, castigos a los célibes, a los adúlteros y a los que se divorciaban - para rehabilitarla. Eran necesarias y urgentes medidas morales y estas se las dió el cristianismo, elevando la condición de la mujer, oponiéndose a las malas costumbres, y condenando el adulterio del esposo. La autoridad de la esposa en la familia aumenta notablemente con la proclamación de la igualdad de sexos e interviene como madre en la elección del esposo para su hija, y lo más importante, puede ser tutora legal de sus hijos ejerciendo ella sola la patria potestad cuando el marido la haya repudiado injustamente o bien si el marido haya sido culpable en el divorcio" (79).

El hecho de que el cristianismo proclamase la igualdad de los hombres determinó que su doctrina se extendiese, y de este modo el matrimonio se espiritualizó, consolidándose los elementos esenciales constitutivos de esta institución, unidad y perpetuidad, llevándose aún más allá cuando se proclamó dogmáticamente la indisolubilidad haciendo fluir esta última condición de los labios del propio Jesucristo: "Quos Ergo Deus Coniuxit, Homo Non Separet" - (Lo que Dios unió, no lo separe el hombre).

Puntualiza D. Miguel Macedo que "Así el derecho en manos de los emperadores cristianos se transformó hasta culminar en el Derecho canónico.- Durante la edad media el trabajo del derecho canónico fué introducir en las legislaciones bárbaras el elemento cristiano y tiene el honor de haber dado vida a las legislaciones modernas, sirviendo de lazo a dos elementos: El derecho Bárbaro y la Ley Romana.

Las principales leyes bárbaras fueron las de los franco salios (ley-sálica), de los borgoñeses, de los francos ripuarios, de los alemanes, de los bárbaros, de los lombardos, de los turingios, de los frisones, de los sajones y de los anglosajones, así como las capitulares de los reyes francos de las dos primeras dinastías. En ellas no se encuentra el elemento bárbaro en toda su pureza y mientras más modificado aparece por el Derecho Romano que se encuentra vigente para los vencidos y por las instituciones canónicas, que gradualmente van realizando la transformación del Derecho Bárbaro" (80).

De este modo el matrimonio se fué unificando toda vez que el Derecho Canónico fué nulificando las otras formas de matrimonio que había, y se generalizó entre las familias cristianas el que un sacerdote presidiese la unión matrimonial, concluyendo por hacerse necesario este rito para la validez del matrimonio, según el Emperador León IV, hacia el siglo IX.

#### 14.- ESENCIA DEL MATRIMONIO EN EL DERECHO CANONICO:

El matrimonio es definido por el catecismo del Concilio de Trento, en los siguientes términos: "El matrimonio es la unión conyugal del hombre y la mujer, contraída entre dos personas capaces según las leyes y que los obligan a vivir inseparadamente".

La esencia del matrimonio se expresa mediante tres palabras latinas: conjugium, nuptiae et matrimonium. Por conjugium se entiende un empeño mutuo. Nuptiae o bodas viene de nubere, que significa velarse, como en efecto, según la antigua práctica de la Iglesia, las mujeres llevaban velos cuando recibían la bendición nupcial. Finalmente, matrimonium se refiere a la procreación de los hijos.

La introducción del principio de la indisolubilidad del matrimonio, se debe a la Iglesia Católica que luchó contra las leyes romanas y las costumbres germánicas que autorizaban el divorcio y logró poco a poco obtener su su-  
presión.

Empero, como no era posible mantener ciertos matrimonios profundamente desunidos, la Iglesia creó la separación de cuerpos que no es otra cosa

que "el estado de dos esposos que han sido dispensados por los tribunales de la obligación de vivir juntos; difiere del divorcio en que los lazos del matrimonio se debilitan sin romperse, y suprimiendo la obligación relativa a la vida en común" y conservó la misma palabra de divorcio, pero puntualizando que se reducía a una simple separación de habitación. Por supuesto que los esposos separados no podían volver a casarse; "manet enim vinculum conjugale inter eos".

Otro cambio que produjo el Derecho Canónico fué el siguiente: - "Mientras que el divorcio antiguo resultaba de la sola voluntad de los esposos, - la separación tenía que ser pronunciada por la Iglesia en justicia. Esta regla se fundaba en la necesidad de comprobar la existencia de una causa suficiente de separación, y ha sido mantenida en la legislación moderna del divorcio y de la separación de cuerpos, con la variante de que la competencia corresponde a los tribunales civiles" (81).

## 15.- EL PREDOMINIO DEL CRISTIANISMO EN EUROPA.

Las razones históricas que explican el predominio del cristianismo en Europa, son las siguientes:

1a.- La adopción oficial de la religión de cristo por el Emperador Constantino en una época en la que el Imperio Romano abarcaba la mayor parte de Europa.

2a.- La unificación religiosa, especialmente católica que en su Imperio se propuso realizar Carlo Magno, empresa que afectó particularmente a muchos de los pueblos germánicos que no habían formado parte en cierto modo de la obra de Constantino.

3a.- El poderío material, el ascendiente político y el gran prestigio de que disfrutaron los Papas sobre la Europa Occidental antes de la Reforma

## 16.- LA REFORMA RELIGIOSA:

La Historia nos enseña que como resultado de determinadas vicisitudes acaecidas en el seno de las grandes confesiones religiosas y especialmente de los monoteísmo, actos de rebeldía o nuevas interpretaciones teológicas de los dogmas religiosos, o para defender ciertas ambiciones personales, surgieron diversas divisiones denominadas por la Iglesia Católica ismas, sectas o heregías. Así el isma oriental produjo las Iglesias Nacionales de Rusia y de Grecia en Europa, de Armenia en Asia y de Abisinia en Africa.

Por otra parte Lutero en Alemania y Calvino en Francia promovieron un movimiento de Reforma que tuvo como consecuencia la ruptura de la un-



dad cristiana en Europa Occidental y la creación, al lado de la Iglesia Católica Romana, de otras Iglesias cristianas: la Luterana, Calvinista y Anglicana.

La Iglesia católica a su vez procedió a una reforma y precisó en el gran Concilio de Trento, sus dogmas y sus disciplinas.

"Lutero atacaba los dogmas y proclamaba que el Evangelio debía ser la única ley, que bastaba para salvarse teniendo fe en Jesucristo y que las obras, es decir, los ayunos, las mortificaciones, no servían para nada para la salvación eterna y solamente admitía tres sacramentos, el bautismo, la comunión y la penitencia. El Papa lo excomulgó" (82). Una gran parte de Alemania y los reinos escandinavos adoptaron la reforma de Lutero.

"Como Lutero, Calvino, el francés, predicaba una reforma más radical, aplicándose por primera vez en Ginebra. Al igual que Lutero, Calvino no reconocía más autoridad que la de la Santa Escritura; lo mismo que Lutero en señalaba que el sólo puede salvarse por su fe, y admitía sólo dos sacramentos; el bautismo y la comunión. Suprimía las ceremonias del culto, el altar, el crucifijo y la jerarquía de los sacerdotes, él los llamaba Pastores o Ministros, elegidos por los fieles y encargados de decir las oraciones y predicarlas" (83).

En Alemania y Francia por consiguiente, la reforma la realizaron los particulares, en tanto que en Inglaterra fué obra del soberano. "La voluntad o más bien el capricho del Rey Enrique VIII determinó (1509-1647) la ruptura con el Papa. En 1533, este rey, casado desde hacía ocho años con Catalina de Aragón, quiso divorciarse para casarse con Ana Bolena, dama de honor de la reina y como el Papa no quiso anular el primer matrimonio, Enrique VIII hizo que el parlamento votara el ACTA DE SUPREMACIA (1534) que proclama al rey "UNICO Y SUPREMO JEFE DE LA IGLESIA DE INGLATERRA". Este fué el deshonroso origen del sisma Anglicano. Y aún cuando no reconocía ya la autoridad del Papa, pretendía conservar la doctrina católica fundado en esta pretensión, quería quemar a los protestantes como herejes y ahorcar a los verdaderos católicos como traidores. Después de su muerte, su reforma pasó por singulares vicisitudes. Dejaba tres hijos que reinaron sucesivamente y cuya política fué diferente.

Inglaterra Calvinista durante el reinado de Eduardo VI (1547-1553) volvió a ser católica en tiempo de María Tudor (1553-1558). Por último, Isabel (1558-1603) organizó definitivamente el anglicanismo, es decir la Iglesia inglesa (1562). Esta organización fué una mezcla de catolicismo y calvinismo. Del catolicismo, Isabel era partidaria de la pompa y la ostentación, conservó el aparato, las ceremonias del culto, la liturgia, es decir, las oraciones, traducidas al inglés, las vestiduras de los sacerdotes y la jerarquía de los obispos; pero el dogma fué calvinista y reducido a dos sacramentos; bautismo y la comunión.-

Ella no se adjudicó el título de jefe supremo de la Iglesia que había tenido su padre; no obstante, conservó el gobierno de la Iglesia e impuso, a fuerza de sus plios a los verdaderos católicos y a los verdaderos calvinistas, la adhesión a la Iglesia establecida por la ley" (84).

#### 17.- PROMULGACION DEL EDICTO DE NANTES:

En el año de 1598, Enrique IV Rey de Francia y Felipe II Rey de España, firmaron el tratado de VERVINS, y al mismo tiempo Enrique IV, quiso consolidar definitivamente la paz interior del reino, dando solución, por último, a la cuestión religiosa.

Menos de un mes antes de que se firmara la paz de Vervins, había promulgado en Nantes un Edicto que garantizaba a los PROTESTANTES LA LIBERTAD DE CONCIENCIA en todo el reino, la LIBERTAD DE CULTO casi en todas partes; igualdad absoluta con los católicos y la accesibilidad a todos los empleos. El Edicto les dejaba, además el derecho de celebrar asambleas generales para deliberar sobre sus intereses. Por último los protestantes debían conservar, durante varios años, unas cien plazas fuertes, como plazas de seguridad. (85).

Se ha dicho del Edicto de Nantes, "que merecía ser principio de una época en la historia del mundo" porque inauguraba la era de la tolerancia. Para comprender bien su importancia, es preciso recordar la situación religiosa en los demás estados de Europa, en la fecha misma en que se promulgó el Edicto. En todas partes, en Alemania, en Inglaterra y en España, los súbditos estaban obligados, bajo pena de destierro, cuando no de muerte, a practicar la religión de su soberano. FRANCIA FUE LA PRIMERA NACION QUE ADOPTO EL REGIMEN DE LA LIBERTAD RELIGIOSA.

Por desgracia, la intolerancia debía tomar satisfacción un siglo más tarde y obtener la revocación del Edicto de Nantes, pues el protestantismo con esto se extendía más y más y terminó por convertirse en un partido político.

#### 18.- REVOCACION DEL EDICTO DE NANTES:

Revelan los historiadores que un siglo más tarde de la promulgación de este edicto, Luis XIV totalmente ensoberbecido no dió oídos a los consejos dictados por la prudencia y la moderación, y revocó el Edicto de Nantes, cometiendo así uno de los actos más funestos de su reinado.

"Persuadido de que "ocupaba el puesto de Dios" y que era el partícipe de sus designios para lo cual el Espíritu Santo le hacía la merced de ilu

minarlo, no podía admitir que algunos de sus súbditos tuviesen creencias distintas a las suyas. Desde el comienzo de su reinado tuvo el firme propósito de acabar con la herejía y hacer que entrara en el seno de la Iglesia Católica el millón y doscientos mil protestantes de su reino. En un principio se limitó a perseguirlos solapadamente y a dictar contra ellos algunas medidas vejatorias. Poco a poco les prohibió desempeñar cargos públicos y ejercer profesiones liberales. Más tarde recurrió a todos los medios, aún los más odiosos para obtener que se convirtieran; se creó una caja de conversiones para pagar primas a los que se convirtieran. En edicto autorizó la conversión de los niños protestantes a pesar de sus padres, a partir de los siete años. Por último, para que los más reacios abrazaran el catolicismo, los obligaron a dar alojamiento a los dragones que estaban de guarnición, a quienes les era permitido cometer toda clase de excesos, incluso el saqueo de las casas y la tortura de sus moradores. Para escapar de los horrores de los dragones los protestantes abjuraron por millares.

En el año de 1685 Luis XIV estimando que ya no quedaban en Francia sino algunos centenares de "obstinados", se decidió a firmar EL EDICTO DE REVOCACION. Todos los templos protestantes debían destruirse y los pastores debían abandonar el reino en el término de quince días so pena de ser condenados a galeras. Los protestantes no convertidos todavía no debían ser objeto de extorsiones de ningún género; pero no sólo incurrían en la pena de galeras si trataban de emigrar, sino que sus hijos, además, serían educados en la religión católica. A partir de 1687, la emigración fué castigada con la pena de muerte. Los protestantes eran mucho más numerosos de lo que había supuesto el Rey, y a pesar de la estricta vigilancia que hubo en las fronteras y en las costas, fueron millares los que partieron. Doscientos mil probablemente o quizá más, renunciaron a todo, fortuna, hogar, patria y arriesgaron libertad y vida para salvar su fe. Hombres capaces de semejantes sacrificios y energía eran la flor de aquellas regiones, cuya desaparición debilitó singularmente a Francia. Ellos fueron un elemento de fuerza y prosperidad en los países que les dieron asilo: Inglaterra, Holanda y sobre todo Bradenburgo, donde fueron a establecerse más de veinte mil; Berlín, su capital, futura metrópoli de Prusia, cambió de tal manera, gracias a los emigrados franceses, que parecía fundada de nuevo.

La idea de que él era el representante de Dios, infundió a Luis XIV el más prodigioso orgullo. Tomó por emblema un sol resplandeciente y de ahí el sobrenombre de REY SOL. "Cuando la muerte de este monarca fué conocida, sus pueblos se estremecieron de alegría" y, dice un contemporáneo, dieron gracias a Dios por aquella redención que deseaban tan ardientemente" (86).

Con la revocación del Edicto de Nantes, además de los problemas que hemos mencionado, surge otro sumamente grave, en virtud de que los protestantes o bien reniegan de su fe o se casan por la Iglesia Católica o permanecen en un estado de hecho, como concubinos y reputándose a sus hijos como ilegítimos.

Esto lo vino a solucionar Luis XVI mediante el Edicto de 1786, que les dió el Estado Civil e instituyó el Registro, con lo que se concluyó que no era necesaria la bendición del sacerdote para la legitimidad del matrimonio. En tal virtud, quedaron instituidos, por decirlo así, dos clases de matrimonio: el Civil y el religioso. El primero quedó definitivamente establecido en Francia, por el Artículo 7o. de la Constitución de 1791 en esta forma: "La ley no considera el matrimonio sino como un contrato civil. El Poder Legislativo, establecerá para todos los habitantes sin distinción, el modo por el cual los nacimientos, matrimonios y defunciones constarán; y designará las oficinas públicas que recibirán y conservarán las actas".

En suma la Constitución Francesa consagró la reivindicación de los derechos del hombre frente al Estado, que hasta entonces había alcanzado su máximo de absolutismo, con la célebre frase de Luis XIV, el Rey Sol, "le était se moi" y además frente al viejo poderío de la Iglesia, debilitado por el Estado.

Reputado el matrimonio como un contrato de naturaleza civil, cuya regulación compete al Estado, el principio de libertad que inspiró la Revolución francesa se invocó para consagrar el principio de la disolubilidad del matrimonio en cualquier momento. Por otra parte se niega todo valor legal al matrimonio religioso.

Empero, como los matrimonios religiosos continuaron efectuándose, el Estado dispuso que con antelación al matrimonio religioso debería celebrarse el civil, preceptuándose que la inobservancia de esta norma determinaba el que se considerase el solo matrimonio religioso como concubinato, independientemente de las sanciones de tipo económico aplicables a la Iglesia y las que podían llegar incluso a la clausura del templo.

Incuestionablemente que la influencia del Derecho Canónico, como tendremos oportunidad de comprobarlo en los capítulos subsecuentes, ha sido decisiva en algunas legislaciones, y así en países como España, Italia, Argentina y algunos otros, la legislación civil y la canónica marchan parejas, consagrando la indisolubilidad del matrimonio y concediendo tan sólo la separación de cuerpos.

## NOTAS BIBLIOGRAFICAS DEL CAPITULO CUARTO.

- (79) José D'Aguanno. La Génesis y Evolución del Derecho Civil, según los - resultados de las Ciencias Antropológicas e Histórico-Sociales, págs. 307- y 308.
- (80) Macedo S. Miguel. Apuntes para la Historia del Derecho Penal Mexica- no. Edit. Guevara. México. 1931.
- (81) Marcel Planiol y Jorge Ripert. Tratado Práctico de Derecho Civil Fran- cés. T. II, No. 487, pág. 369. Traducción española de Mario Díaz -- Cruz. Edit. Cultural, S. A. Habana. 1946.
- (82) Malet Alberto y Julio Isaac. Curso Completo de Historia. Los Tiempos - Modernos. Versión castellana de Lucas T. Gibbes. Ediciones españolas - Hachette, pág. 51.
- (83) Malet Alberto y Julio Isaac, ob. cit. pág. 58.
- (84) Malet e Isac, obra citada, pág. 60-61.
- (85) A. Malet y J. Isaac, obra citada, pág. 106.
- (86) Alberto Malet y Julio Isaac, ob. cit. pág. 152-153.

## **CAPITULO QUINTO.**

### **EL DIVORCIO EN EL DERECHO CIVIL FRANCES.**

**Sumario: 19.- Antiguo Derecho Civil.- 20.- El Código Civil de Napoleón. --  
21.- Causales de divorcio en el Código Civil francés.**

## 19.- ANTIGUO DERECHO CIVIL:

Según Pothier (87) en el antiguo derecho francés, " la mujer podía pedir la separación de cuerpos, sin que las causas de su demanda fuesen limitativamente determinadas, pues se dejaban al arbitrio y prudencia de los jueces. - El motivo más frecuente era el mal trato del marido hacia la mujer. En cuanto al marido sólo podía demandar la separación por adulterio de su mujer."

El principio de la indisolubilidad del matrimonio contrario a las tendencias individualistas, había sido abandonado por la Reforma, que había instituido el divorcio en los países protestantes desde el siglo XVI, había sido condenado en Francia en el siglo XVIII por varios filósofos.

El legislador de la Revolución, que no consideraba el matrimonio si no exclusivamente como un contrato de naturaleza civil, no vaciló en instaurar el divorcio al mismo tiempo que abolió la separación de cuerpos, mediante la ley de 20 de septiembre de 1792.

En este ordenamiento "El divorcio era admitido por causas numerosas tales como la emigración, la locura, la desaparición de uno de los esposos por cinco años; era también aceptado por consentimiento mutuo y por incompatibilidad de caracteres. El procedimiento se redujo hasta una extrema facilidad por el decreto del 4 floreal, año II. Los resultados de esta legislación fueron abrir la puerta a abusos tales que el legislador se espantó; un Decreto del 15 Thermidor año III volvió a la ley de 1792. No fué sin embargo suficiente para "atajar el torrente de inmoralidad que producían esas desastrosas leyes" (88).

## 20.- EL CODIGO CIVIL DE NAPOLEON:

Explica Bonnacase que el Legislador francés transigió entre los principios antiguos y las nuevas ideas, no suprimió el divorcio, pues la influencia de Napoleón, que ansiaba romper su unión con Josefina, quien no le daba el heredero que precisaba para consolidar su Imperio, fué factor decisivo en su conservación. Pero se tomaron precauciones para poner coto a los abusos, las causas de divorcio fueron menos numerosas, el divorcio por incompatibilidad de caracteres fué suprimido; se hizo más difícil el divorcio por mutuo consentimiento, en fin el lograr la disolución del vínculo matrimonial se tornó menos fácil, mediante un procedimiento largo y complicado. Estas medidas tuvieron un efecto saludable. El promedio de divorcios en París bajó a cincuenta por año y el máximo a setenta y cinco. (89).

La separación de cuerpos que había desaparecido con la ley de 1792, fué restablecida a petición del Consejo de Estado, para dar satisfacción a los católicos, ofreciéndoles un remedio compatible con los principios del derecho canónico.

En el año de 1841 se restableció el catolicismo como religión del Estado. Se sostiene la indisolubilidad del matrimonio y de este modo el divorcio quedó condenado. "Preciso es, dice Portalis, que las leyes pongan un saludable freno a las pasiones; preciso es que impidan que el más santo de los contratos no venga a ser el juguete del capricho y de la inconstancia" (90).

La Carta del año de 1830 quitó al catolicismo su carácter de religión del Estado. "La consecuencia pudo haber sido el restablecimiento del divorcio, y en efecto, la Cámara de Diputados, en los primeros años del reinado de Luis Felipe, lo votó varias veces, pero siempre fué rechazado por la Cámara de los Pares. En 1848, la Constituyente lo rechazó a su vez, y fué solamente 68 años después de su supresión que se restableció, por una ley de 1884, a consecuencia de una larga campaña emprendida por A. Naquet" (91).

Los graves inconvenientes de la separación de cuerpos condujeron al legislador francés a adoptar el divorcio. Así Treillard (92) dice, "que la única y verdadera cuestión es si el divorcio debe preferirse a la separación de cuerpos. Nadie pone en duda que el legislador tiene el derecho de poner término a la vida común de los esposos, cuando su unión no es más que un manantial de desórdenes. Solo hay disentimiento respecto a los efectos que conviene derivar de la separación. ¿Hay que permitir a los esposos que rompan definitivamente los vínculos que los unen? El divorcio es lo que disuelve el matrimonio. ¿O basta con dar a los esposos el derecho de vivir separadamente? La separación de cuerpos es lo que mantiene el vínculo del matrimonio. ¿Es ésta una ventaja, que la simple separación tiene sobre el divorcio? La separación de cuerpos sólo mantiene el matrimonio en apariencia. ¿Qué otra cosa, en efecto es el matrimonio la vida en común? Pues bien, la separación quebranta esta comunidad de existencia, tanto como el divorcio. En realidad el marido ya no tiene mujer, ni la mujer tiene ya marido. ¿Qué importa que el vínculo subsista, cuando este vínculo ya no produce ningún efecto? El vínculo es una pura ficción. ¿Esta ficción produce para los esposos, para los hijos, para la sociedad, los beneficios que constituyen la santidad del matrimonio?

Los esposos quedan condenados al celibato forzado, es decir, que se les coloca en un estado en que la inmoralidad es casi fatal. Los más frecuentes, el adulterio de uno de los esposos, a veces el de los dos, es lo que hace pronunciar la separación de cuerpos. ¿Y porqué los esposos quedan separados van acaso a renunciar a sus relaciones culpables? El esposo inocente sufrirá los desórdenes de su cónyuge, porque continúa llevando su nombre, porque es -



su marido o su mujer quien lo cubre de deshonra. ¿Es ese el objeto del matrimonio? ¿Así es como los esposos se perfeccionan, es así como cumplirán su destino?

Se compadecen, y con razón, los infortunados hijos cuyos padres están divorciados. ¿Serán acaso menos desgraciados si sus padres están separados de cuerpo? Ya para ellos no hay familia".

En opinión de Laurent "Si el divorcio responde mejor que la separación de cuerpo al derecho y al interés de los esposos, debe decirse que la sociedad está interesada en que se disuelva el matrimonio. El matrimonio es el fundamento de la sociedad, y ¿hay todavía matrimonio cuando los esposos, llevando el nombre de tales, viven separados? El legislador favorece el matrimonio como condición de la propagación de la especie humana. ¿Y la separación de cuerpos llena ese objeto? ¿No es preferible que el divorcio permita que los esposos constituyan una familia legítima?" (93).

Asimismo, se argumentó que la unidad de sentimientos que constituyen la esencia del matrimonio, se manifiesta por deberes que el legislador ha consagrado y que han venido a ser obligaciones jurídicas. Conforme a los términos del artículo 212, los casados se deben mutuamente fidelidad, auxilio, asistencia. El artículo 213 agrega que el marido debe protección a su mujer, y ésta obediencia al marido. Y el artículo 214 dispone que la mujer está obligada a habitar con el marido; por su parte, el marido está obligado a recibirla. He aquí la misión traducida en obligaciones jurídicas. Si uno de los esposos infringe estas disposiciones, la unión queda turbada y ya no alcanza el objeto para el cual se contrajo, se vuelve, por el contrario, un obstáculo que impide a los esposos cumplir con su destino, y desde entonces el esposo lesionado debe tener derecho para pedir la disolución del matrimonio. ¿Qué cosa es pues, el divorcio? Es la ruptura legal del matrimonio, pero esta ruptura legal no hace otra cosa que patentizar la ruptura moral; este es el verdadero fundamento del divorcio.

## 21.- CAUSALES DE DIVORCIO EN EL CODIGO CIVIL FRANCES:

**ADULTERIO.-** Artículo 229.- "El marido podrá pedir el divorcio por causa de adulterio de su mujer".

Artículo 230.- "La mujer podrá pedir el divorcio por causa de adulterio de su marido".

La duplicidad de textos que sitúan en una posición de igualdad al hombre y a la mujer, tiene su origen en la redacción primitiva del Código -

de Napoleón, en el que el adulterio cometido por la mujer daba lugar desde luego al divorcio, en tanto que el realizado por el marido, sólo era causa de divorcio cuando el adulterio del marido fuese acompañado de una doble circunstancia agravante, el mantenimiento regular de una concubina y dicho mantenimiento en la casa común.

Explica Pothier que "El adulterio que comete la mujer es infinitamente más contrario al buen orden de la sociedad civil que tiende a despojar a las familias, haciendo pasar los bienes a hijos adulterinos extraños a ellos" (94).

En concepto de Jossierand "el adulterio que comete el marido es mucho menos peligroso que el de la mujer, porque, no envuelve el peligro de introducir a la familia legítima hijos de procedencia extraña" (95).

Afirma Laurent que el hombre casado "no es ya libre, ha comprometido su fe ¿hay para él un deber de fidelidad diferente que el de la mujer? ¿La fidelidad que él promete a su mujer quiere decir que le sea permitido ser infiel tantas veces como quiera? ¡Singular compromiso el que implicase la facultad de quebrantarlo al capricho! Es muy cierto que la infidelidad de la mujer tiene o puede tener consecuencias más graves que el adulterio del marido. Esta es una razón para imponerle una pena más fuerte. Pero en materia de divorcio no se trata de pena, sino únicamente de la violación de un compromiso recíproco, y bajo este punto de vista las faltas de los dos esposos son ciertamente las mismas; así pues, el derecho que de ellas resulta para la parte vulnerada debe ser el mismo" (96).

Comentaba Locré, con toda razón que "castigar el adulterio del marido únicamente en el caso en que tiene a su concubina en la casa común es autorizarlo en las otras ¿no es ésto una inmoralidad?" (97).

Planiol y Ripert glosando la reforma del artículo 230, exponen que la reforma resultó del todo justificada. "En vano se trata de alegar la tolerancia que logra a menudo en nuestras costumbres el adulterio del marido y se pretende que no produce en el corazón de la mujer una herida tan viva como la que experimenta el marido engañado por su mujer; desde el punto de vista moral la falta es la misma. Los dos esposos se deben mutua fidelidad y la fidelidad no admite dos grados diferentes. La más estricta justicia exige que la mujer -- ofendida obtenga el divorcio por esta causa con la misma facilidad que el marido. La igualdad de tratamiento en la cuestión del divorcio, es perfectamente compatible con el mantenimiento de la antigua diferencia en la represión penal del adulterio. Cuando se considera el adulterio como un delito, el delito del marido es mucho menos peligroso que el de la mujer, porque no levanta sospecha sobre la filiación de los hijos. Por ello, debe de haber desigualdad en la pena, porque la pena es la satisfacción dada a la sociedad, y para ésta el peligro es-

más o menos grande, según que el adulterio provenga de la mujer o del marido y debe existir igualdad en el divorcio, porque el divorcio es la satisfacción dada al cónyuge y, ya provenga del marido o de la mujer, la ofensa siempre es "igual" (98).

Haciéndose eco del sentir de los juristas el legislador por medio de Ley de 27 de julio de 1884, suprimió la distinción que establecía el Código de Napoleón entre el adulterio del hombre y de la mujer.

Finalmente, debemos consignar que para la doctrina francesa (Sabatier, Colin y Capitant, Planiol, Planiol y Ripert, etc.) que el adulterio de uno de los esposos es para el otro una causa perentoria de divorcio, lo que significa que una vez demostrada en juicio, el tribunal no tiene ningún poder de apreciación, y por consiguiente, debe decretar el divorcio, solución que ha sido ratificada por el Tribunal de Casación.

## NOTAS BIBLIOGRAFICAS DEL CAPITULO QUINTO.

- (87) *Mariage*, núm. 508. Cita tomada de Planiol y Ripert, obra citada, T. II, No. 487 y nota 4, pág. 369.
- (88) Planiol y Ripert, obra citada, T. II, No. 488, págs. 370.
- (89) Bonnacase Julien. *La philosophie du Code Napoléon*. *Revista General de Derecho*, pág. 192 y sgtes. 1921. Planiol y Ripert, obra citada, T. II, - No. 489, pág. 370.
- (90) F. Laurent, *Principios de Derecho Civil Francés*. T. III, No. 171, pág.-249. Imprenta de F. Barroso, Hermano y Compañía. México, 1893.
- (91) Planiol y Ripert, obra citada. T. II, No. 490, pág. 371.
- (92) *Loché*, t. II, páginas 564 y sgtes. *Exposición de Motivos*, Núm. 7 y siguientes. Cita de F. Laurent, obra citada, T. III, No. 174, págs. 251 - y 252.
- (93) *Principios de Derecho Civil Francés*, T. III, No. 174, pág. 253.
- (94) Colin y Capitant, *Curso Elemental de Derecho Civil Francés*, t. I, pág. - 256. Edit. Reus. Madrid.
- (95) Cita tomada de Rafael Rojina Villegas. *Derecho Civil. La familia*. *Antigua Librería de Robredo*. México. 1949.
- (96) Obra citada, t. III, No. 179, pág. 260.
- (97) Citado por F. Laurent, obra citada, T. III, No. 179, págs. 260-261.
- (98) *Tratado Práctico de Derecho Civil Francés*, T. II, No. 507, pág. 391.

## CAPITULO SEXTO .

### LA SEPARACION PERSONAL EN EL DERECHO ITALIANO .

Sumario: 22.- Nociones generales. 23.- La separación personal de los cónyuges: a).- Separación judicial. b).- Separación consensual. 24.- Causas de separación. 25.- Efectos de la separación.

## 22.- NOCIONES GENERALES:

Atento lo preceptuado por el artículo 148 del Código Civil Italiano, la única causa de disolución del matrimonio, es la muerte de cualquiera de los cónyuges.

En otros términos el divorcio no ha sido admitido en Italia a despecho de los afanes de los prosélitos de la Reforma. En ese sistema rígido que no admite móvil alguno por trascendental o grave que sea para disolver el vínculo matrimonial, fué acogido por el Legislador de 1865 no sólo por emulación de la Legislación Francesa de 1816, sino también y acaso más por otros motivos: - por acatamiento a la tradición profundamente religiosa del pueblo italiano y al sentir del mismo. Prueba de ello es que en diversas ocasiones se ha pretendido enmendar el régimen vigente para establecer el divorcio, las iniciativas presentadas a las Cámaras en un lapso comprendido de 1881 a 1902, ni siquiera llegaron a debatirse.

Los que sostienen la doctrina reformista han alegado que si el matrimonio es un contrato, no hay título que pueda justificar el que como cualquier otra figura contractual, no pueda disolverse. Han apelado al Derecho comparado, argumentando que la mayoría de las legislaciones extranjeras reconocen el divorcio. Añaden que la animosidad al divorcio en Italia está sostenida y fomentada por el credo religioso y por el partido católico que columbran en la indisolubilidad de la unión matrimonial un reconocimiento del dogma de la Iglesia, no obstante que el mismo es antagónico a los principios del Estado laico.

Replican a este alegato los simpatizantes de la indisolubilidad del matrimonio, aduciendo que las consideraciones expuestas por sus rivales son falsas y exageradas y que revelan una imagen unilateral y apasionada de la cuestión. La indisolubilidad pese a que se estima habitualmente como fruto de las enseñanzas religiosas, rige por sí y ante sí, libremente de toda idea religiosa y así fue declarado expresamente en las deliberaciones parlamentarias que precedieron a la formulación del Código: "... el principio de la indisolubilidad en nuestro Derecho no halla su justificación en las creencias religiosas, sino en razones superiores, que se refieren al orden ético y político de la familia y del Estado..." (99).

Por otra parte, aseveran los opositores de la reforma, el abrazar la disolución del matrimonio, con base en la naturaleza contractual del matrimonio es totalmente desacertado, toda vez que no es correcto asignar al matri -

monio el carácter de contrato, porque si bien nace de la voluntad de los cónyuges, recibe de la exclusiva e inmutable autoridad de la ley su forma, las normas que lo regulan y los efectos que genera, y por tal motivo debe reputarse como una institución social.

Concluyen que toda innovación a las legislaciones extranjeras carece de todo valor, en tanto no se demuestre que en los países donde se admite el divorcio, la moral y la estabilidad del organismo familiar sean más elevados y mayores que en Italia.

### 23.- LA SEPARACION PERSONAL DE LOS CONYUGES:

El hecho de que el legislador italo hubiere sentado el principio de indisolubilidad matrimonial, no significa que cierre los ojos ante la realidad social y acepte que el cumplimiento de los deberes matrimoniales y la convivencia de dos personas que no pueden de ningún modo tolerarse, la interrupción de hecho de las relaciones conyugales, no pueden ni deben quedar al arbitrio de quienes atentan tan seriamente contra el principio de la unidad familiar, de tal suerte, que la ley no puede desatender tan grave problema, creando una institución jurídica, previniendo y regulando ese estado anómalo en las relaciones conyugales. El remedio existente en derecho italiano, a esas perturbaciones de la vida matrimonial, es la separación personal de los esposos, que permite suspender legítimamente alguno de los deberes matrimoniales.

La ley civil italiana reglamenta la separación fundándose en dos principios básicos. El primero es que dicha separación origina la suspensión no de todos los deberes conyugales, sino de aquellos que son incompatibles con la enemistad que priva entre los consortes, o sea el débito conyugal y el de mutua asistencia, éste con grandes reservas. El otro principio básico es que la separación, por esencia, como estado anormal y tolerado, es precaria y transitoria, o puede ser que perdure toda la vida, pero debe estimarse o por lo menos ambicionar, que sea meramente temporal, por tal motivo se admite que puede concluir en cualquier momento sin que sea preciso observar forma alguna, siendo suficiente para ello la simple reconciliación de los esposos y la reanudación de la vida común interrumpida.

Existen dos clases de separación personal: La judicial que presupone una instancia y un procedimiento ante el órgano jurisdiccional; otra consensual en la que el Juez aprueba la determinación tomada por los cónyuges de común acuerdo.

a).- Separación Judicial: Quien formula la demanda pretende que se declare que el otro cónyuge es culpable de la separación, de modo que-

sobre él recaigan las consecuencias de tal separación.

La demanda debe apoyarse en hechos culposos del otro consorte, - que impliquen el incumplimiento de alguno de los deberes fundamentales del matrimonio. En el supuesto de que la culpa sea recíproca, ambos pueden accionar uno contra el otro, por ende, es posible una sentencia que decrete la separación por culpa bilateral, de suerte que cada cónyuge sufra las correspondientes - desventajas.

Resulta innecesario sentar que una leve infracción de los deberes conyugales no puede ser causa legítima de la separación.

b).- Separación consensual: Esta especie de separación es calificada de voluntaria por el Código Procesal Civil Italiano, toda vez que tiene lugar por acuerdo de los esposos, sin previo juicio e independientemente de las causas que la suscitaron, y las que pueden ser las mismas que originarían la separación judicial, excepto que éstas no se manifiestan, y tienen el valor de simples motivos, quedando involucrados en el mutuo consentimiento de los consortes que acreditan la intolerabilidad de la vida en común.

La admisión de esta forma de separación está plenamente justificada, supuesto que "... la separación por mero consentimiento de los cónyuges -- evita escándalos y el pleito sobre quien sea culpable..." (100), amén de que se estima con toda razón que no puede imponerse a los cónyuges la vida en común, en contra de su voluntad.

El único requisito fijado por la ley a la libre voluntad de los cónyuges, es la intervención judicial para sancionar el acuerdo (art. 158 del Código Civil) y la actuación conciliatoria del Magistrado (art. 711 del Código Procesal Civil), por consiguiente "la separación por mero consentimiento no surte efectos sin la aprobación judicial" (101).

#### 24.- CAUSAS DE SEPARACION:

El Código Civil italiano tomando en consideración los deberes - - fundamentales de fidelidad recíproca, mutua asistencia y correlativa estimación, - formula una enumeración limitativa de las causas de separación, consignando las siguientes:

1.- El adulterio que supone la infracción a uno de los deberes - primordiales, la mutua fidelidad.

El artículo 158 del Código Civil consagra una distinción entre el adulterio del marido y el de la mujer. Para que la mujer pueda invocar el - -



el adulterio del marido se requieren las siguientes circunstancias agravantes: Que el marido tenga la concubina en casa o en otro lugar y sea público y notorio, o que, las relaciones adúlterinas reúnan particularidades que constituyan una ofensa grave para la mujer, no bastando una relación cualquiera extraconyugal, sino que es preciso, que haya continuidad en tales relaciones.

En cambio el simple adulterio de la mujer, aún cometido una sola vez, es causa bastante para que el marido pueda demandar la separación.

II.- El abandono voluntario.

III.- Los malos tratamientos.

IV.- La condena penal.

V.- La negativa del marido a fijar la residencia.

## 25.- EFECTOS DE LA SEPARACION:

Estos deben analizarse desde tres ángulos: con relación a los esposos, a los hijos y a los bienes.

Examinemos tales consecuencias en los dos primeros casos, que son los que verdaderamente tienen interés para nuestro estudio.

En lo concerniente a las relaciones conyugales, el resultado es la interrupción del deber de convivencia, de las relaciones sexuales y en cierta manera las de asistencia mutua, las que no cesan por completo, toda vez que la obligación recíproca de ministrarse alimentos en caso de necesidad, no puede ser eludida por la simple separación de los consortes, al igual que el deber de mutua fidelidad.

Respecto a los hijos, la ley concede un extenso margen de discreción a los jueces, para que sean ellos los que dicten las medidas relativas a los hijos teniendo siempre en cuenta los intereses de éstos, fijando a cual de los cónyuges corresponde la custodia y guarda de los mismos, el modo de subvenir a sus necesidades, pudiendo poner a los hijos bajo el cuidado de un tercero, salvo el derecho de los padres de vigilar en todo tiempo su educación.

En todo caso dentro de los límites de la facultad discrecional que le es reconocida, el juez deberá atender la edad y sexo de los hijos, la condicional económica y social de ambos padres, para normar su criterio y tomar las medidas más beneficiosas para que la separación lesione lo menos posible a los hijos que ninguna culpa tienen de las faltas cometidas por sus padres.

## NOTAS BIBLIOGRAFICAS DEL CAPITULO SEXTO.

- (99) Roberto de Ruggiero. Instituciones de Derecho Civil, T. II, pág. 837. - Vol. II. Edit. Reus. Madrid.
- (100) Biagio Brugi. Instituciones de Derecho Civil, pág. 463. Edit. UTEHA. México. 1946.
- (101) Biagio Brugi. obra citada, pág. 465.

## **CAPITULO SEPTIMO**

### **EL DIVORCIO EN EL DERECHO CIVIL ESPAÑOL.**

**Sumario: 26.- Antiguo derecho español. 27.- Ley de divorcio del año de --  
1932. 28.- Código Civil vigente. 29.- Consecuencias del divorcio.**

## 26.- ANTIGUO DERECHO ESPAÑOL:

La Partida cuarta, título X, Ley 1ª., consagra la indisolubilidad del matrimonio, noción que fué reforzada por la adopción como Ley del Reino - de la disciplina Tridentina (Novísima Recopilación, Libro 1, Título 1, Ley 13, Real Cédula 2-7-564) excluyéndose de este modo el divorcio de la legislación - española. (102).

Don Juan Sala nos explica que a la disolución del matrimonio se le signa regularmente la denominación de divorcio "que tanto quiere decir como departamiento, e cosa que departe la muger del marido, e el marido de la muger por embargo que ha hecho entre ellos cuando es probable en juicio derecha- mente" (103).

Más en sentido estricto agrega el propio tratadista hispano "el di- vorcio es la separación temporal o perpetua de los casados en cuanto al lecho y cohabitación, permaneciendo el vínculo del matrimonio" (104).

"Las causas para esta segunda especie de divorcio son varias, a - saber: el adulterio, bajo cuyo nombre se comprende para este efecto la sodomía- y la bestialidad; la crueldad o sevicia de un cónyuge para con el otro; la here- jía o apostasía de la fe; la enfermedad contagiosa e incurable; la vida criminal del marido; si incita o compele al vicio a su muger" (105).

## 27.- LEY DE DIVORCIO DEL AÑO DE 1932:

Al crearse la República, la Constitución de 9 de Diciembre de - 1931, ordenó en su artículo 43 textualmente: "La familia estará bajo la salva- guarda especial del Estado, el matrimonio se funda en la igualdad de derechos - para ambos sexos y podrá disolverse por mutuo disenso, o a petición de cualquie- ra de los cónyuges, con alegación en este caso de justa causa".

Concordando con los principios fundamentales de la Carta magna, la ley de divorcio española del año de mil novecientos treinta y dos, en su ar- tículo lo preceptuaba: "El divorcio decretado por sentencia firme de los Tribuna- les Civiles disuelve el matrimonio, cualquiera que haya sido la forma y la fecha de su celebración".

Se censuró al legislador, alegándose que este precepto constituía un verdadero abuso de poder al admitir el divorcio "cualquiera que hubiera sido

la forma y la fecha de su celebración", de suerte que los textos del cuerpo de leyes citado, eran aplicados tanto a los matrimonios civiles como a los canónicos.

Así los autores del Diccionario de Derecho Privado (106) aseveran: "La funesta ley del divorcio de 2-9-932, en cuya discusión se demostró la total ignorancia canónica de la casi totalidad de sus defensores y de algunos de sus impugnadores..."

En nuestro sentir los anteriores reproches son insostenibles, dado que se confunde los campos de acción del derecho civil y del derecho canónico, incurriéndose por otra parte en el error de estimar que el legislador civil puede estar limitado por principios de carácter religioso, lo cual es totalmente indebido, desde el punto de vista estrictamente jurídico.

De acuerdo con la ley que estamos estudiando, el divorcio podía alcanzarse de dos modos; por mutuo disenso o a petición de cualquiera de los esposos (Art. 2o.)

Se reconoce igualmente la separación de los cónyuges por mutuo consentimiento o por cualesquiera de las causas detalladas en el artículo 3o. de la ley, en el concepto de que se dispensa a los separados judicialmente, la facultad de obtener el divorcio a los tres años de separados. (Art. 36).

Las causas de divorcio que enumera el artículo 3o. son las siguientes:

1a.- El adulterio no consentido o no facilitado por el cónyuge que lo alegue;

2a.- La bigamia, sin perjuicio de la acción de nulidad que pueda ejercitar cualquiera de los cónyuges;

3a.- La tentativa del marido para prostituir a su mujer y el contacto del marido o de la mujer para corromper a sus hijos o prostituir a sus hijas, y la complacencia en su corrupción o prostitución;

4a.- El desamparo de la familia, sin justificación;

5a.- El abandono culpable del cónyuge durante un año;

6a.- La ausencia del cónyuge cuando hayan transcurrido dos años desde la fecha de su declaración judicial, computada conforme al artículo 186 del Código Civil;

7a.- El atentado de un cónyuge contra la vida del otro, de los hijos comunes o los de uno de ellos; los malos tratamientos de obra y las injurias graves;

8a.- La violación de algunos de los deberes que impone el matrimonio y la conducta inmoral o deshonrosa de uno de los cónyuges, que produzcan tal perturbación en las relaciones matrimoniales, que hagan insostenible para el otro cónyuge la continuación de la vida en común;

9a.- La enfermedad contagiosa y grave de carácter venéreo, — contraída en relaciones sexuales fuera del matrimonio y después de su celebración, y la contraída antes que hubiere sido ocultada culposamente al otro cónyuge al tiempo de celebrarlo;

10a.- La enfermedad grave de la que por presunción razonable haya de esperarse que en su desarrollo produzca incapacidad definitiva para el cumplimiento de algunos de los deberes conyugales, y la contagiosa, contraída ambas antes del matrimonio y culposamente ocultadas al tiempo de celebrarlo;

11a.- La condena del cónyuge a pena de privación de libertad por tiempo superior a diez años;

12a.- La separación de hecho y en distinto domicilio, libremente consentida durante tres años;

13a.- La enajenación mental de uno de los cónyuges, cuando impida su convivencia espiritual en términos gravemente perjudiciales para la familia y que excluya toda presunción racional de que aquella pueda restablecerse definitivamente. No podrá decretarse el divorcio en virtud de esta causa, — si no queda asegurada la asistencia del enfermo" (107).

Aun los impugnadores de la ley de divorcio admiten como justas las causas señaladas, siempre que se trata de la separación, mostrando su inconformidad en que se consagren como causales de divorcio.

Consideremos someramente la causal a la que se constriñe el presente estudio, el adulterio.

Al sentar la Constitución española de 1931 el principio de igualdad de derechos para ambos sexos (artículo 43), la Ley de Divorcio al consignar el adulterio como causa de divorcio, no distinguía entre el adulterio cometido por la esposa y el realizado por el marido.

Condicionándose el adulterio al hecho de que no fuese consentido ni facilitado por el cónyuge que lo alegara, resultando improcedente, a contrario sensu, cuando el consorte asentía o posibilitaba la conducta adulterina de su cónyuge, lo que originaba situaciones matrimoniales repugnantes e indeseables, supuesto que "...negando el divorcio cuando el cónyuge no adúltero, es cómplice, encubridor o consentidor del adulterio, actitud reprobable y digna de castigo, tiene que continuar ese matrimonio ya que no lo es más que en apariencia, y sobre todo puede originar incertidumbre en la paternidad o maternidad, que el legislador no debe consentir" (108).

## 28.- CODIGO CIVIL VIGENTE.

A la desaparición de la República, el nuevo Estado español, --reimplantó nuevamente el sistema restrictivo del código de 1889, y por decreto de 2 de marzo de 1938, suspendió la substanciación de los juicios de separación y de divorcio y los procedimientos relativos a los divorcios por mutuo consentimiento y posteriormente, por mandato de la ley de 23 de septiembre de 1939, la suspensión se convirtió en abolición definitiva, al derogarse la ley republicana de divorcio. En relación con los matrimonios religiosos se ordenó que las sentencias de divorcio vincular, dictadas por los tribunales civiles, hubiesen celebrado o no los cónyuges uniones posteriores, podían ser declaradas nulas a solicitud de cualquiera de los interesados, siendo causa suficiente para ello su deseo de reconstruir su legítimo hogar o simplemente tranquilizar su conciencia de creyente. Respecto de los matrimonios civiles nada se dispuso, y por ende, los divorcios dictados en relación a ellos por los Tribunales ordinarios, conservaron su eficacia, a virtud del principio de irretroactividad de las leyes .

La ley civil vigente en el artículo 52 in fine, previene lo siguiente: "... el matrimonio sólo se disuelve por la muerte de uno de los cónyuges".

Ratificando lo anterior el artículo 104 preceptúa: "el divorcio sólo produce la suspensión de la vida común de los casados".

Por tanto, podemos concluir que en el Derecho Civil español el divorcio como ruptura del vínculo matrimonial, no es acogido, admitiéndose --única y exclusivamente la separación de cuerpos.

"El Código siguiendo el criterio restrictivo de la Iglesia, establece un sistema limitativo de causas de divorcio asentando siempre sobre los --

principios de la culpabilidad. No hay pues, motivo de separación de cuerpos.

"El Código siguiendo el criterio restrictivo de la Iglesia, establece un sistema limitativo de causas de divorcio asentando siempre sobre los principios de la culpabilidad. No hay pues, motivo de separación personal más que en los casos determinados en la ley" (109).

El código civil vigente, dispone que el divorcio sólo puede ser pedido por el cónyuge inocente (art. 106), (a fin de impedir que el culpable, se aproveche de sus propios actos), y precisamente por alguna de las causas señaladas en el artículo 105, y que son las siguientes:

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

Examinemos aquellas causales que difieren en algo, a las ya realizadas al tratar la ley de divorcio de 1932.

"El adulterio de la mujer, en todo caso, y el del marido cuando resulte escándalo público o menosprecio de la mujer".

De la simple lectura de este texto se colige que priva una profunda diferencia entre la conducta culpable de uno y otro cónyuge, toda vez que el adulterio de la mujer es suficiente para decretar el divorcio en todo caso, en tanto que el cometido por el esposo requiere que se efectúe con escándalo o menosprecio de la mujer.

Esta desigualdad de la ley civil tiene su origen en las Leyes de Partidas la que preceptuaba que "Los daños y las deshonras no son iguales del adulterio que hace el varón con otra mujer, no hacen daño ni deshonra a la mujer, porque del adulterio que hace su mujer con otro finca el marido su deshonra".

El código civil español ha sido severamente criticado, aduciendo justificadamente que la misma culpa tiene el hombre o la mujer que incurre en adulterio, en ambos casos la conducta es igualmente atentatorio del vínculo matrimonial. Idéntica injuria causa el marido a la esposa, como ésta al marido.



## 29.- CONSECUENCIAS DEL DIVORCIO:

En lo concerniente a los esposos el efecto más importante es su separación, mandando el artículo 104 lo siguiente: "El divorcio sólo produce la suspensión de la vida en común de los casados". Suspensión que se convierte en definitiva por tiempo indefinido, a diferencia de la separación provisional - que se decreta al admitir la demanda (artículo 68).

En virtud de la separación se suspende el débito conyugal y el de cohabitación; los esposos quedan en libertad de escoger un nuevo domicilio, no existiendo por ende domicilio conyugal; perdura el deber de fidelidad, supuesto que "el divorcio" estimado como separación de cuerpos deja intacto el vínculo matrimonial, por consiguiente, si alguno de los consortes tuviere contacto carnal con un tercero cometerá el delito de adulterio. Finalmente, el deber de socorro se modifica debido a que éste no puede proporcionar en su forma de sostenimiento de la mujer dentro del hogar conyugal, toda vez que como ya precisamos, este no existe. El deber de socorro se torna en una pensión alimenticia.

En lo tocante a los hijos, los menores de tres años permanecen siempre y en todo caso bajo el cuidado de la madre, a no ser que la sentencia dispusiere otra cosa (artículo 73 segunda parte). Los hijos mayores de tres años quedarán sujetos a la patria potestad del cónyuge inocente y sólo a su muerte, la recobrará el otro, siempre que la causa que hubiere dado motivo al divorcio haya sido de las enumeradas en el primero y segundo lugar del artículo 105 -- del Código Civil, pues si fué diversa se designará tutor a los hijos menores, lo que igualmente acaece cuando ambos cónyuges son declarados culpables.

La pérdida de la patria potestad no determina de ningún modo la extinción de las obligaciones de los padres para con los hijos, alimentos, educación, etc. (art. 73 in fine).

## NOTAS BIBLIOGRAFICAS DEL CAPITULO SEPTIMO

- (102) Ilustración del Derecho Real de España. T.I. No. 15, pág. 60. México, 1852. Antigua Librería del Portal de Agustinos. No. 3.
- (103) Libro I, Título 10, Partida 4, Leyes 2 y 5 del mismo Título y Partida.
- (104) Juan Sala, obra citada, t. I, pág. 61.
- (105) Juan Sala, obra citada, mismo lugar.
- (106) Editorial Labor, S.A. T.I, pág. 1608.
- (107) J. Rimblas y Rimblas. Legislación Española de Divorcio. España Moderna. Madrid.
- (108) Calixto Valverde. Tratado de Derecho Civil Español, T. IV, pág. 34.- Valladolid. España.
- (109) Ley. 1ª. Título 17.

## CAPITULO OCTAVO.

### DERECHO CIVIL MEXICANO.

Sumario: 30.- Derecho Azteca. 31.- Legislación Maya. 32.- Epoca colo---  
nial. 33.- Código Civil mexicano del año de 1870. 34.- El adulterio como cau  
sal de divorcio. 35.- Divorcio voluntario. 36.- Código Civil de 1884. --  
37.- Ley de Relaciones Familiares.

### 30.- DERECHO AZTECA:

Entre los aztecas "Un jóven era apto para el matrimonio a la edad de veinte años y una muchacha se consideraba madura aproximadamente a los dieciseis. Los padres disponían el matrimonio con el consentimiento del jóven y de la muchacha. Se consultaba a un sacerdote para que decidiera si los destinos de la pareja -- eran armoniosos. Regían leyes en contra del incesto, como las nuestras, con la restricción añadida que prohibía el matrimonio entre miembros del mismo clan. Una -- vez satisfechos estos convencionalismos, el padre del novio enviaba dos ancianas de la tribu con obsequios para los padres de la futura desposada, quienes, de acuerdo -- con la costumbre, desechaban la petición. Las ancianas regresaban otra vez para -- consultar en serio con los padres de la muchacha. Estas discusiones eran intrinca-- das, pues en ellas se trataba el monto de la dote con que la esposa futura debía -- compensar los obsequios del pretendiente" (110).

Francisco Javier Clavijero nos enseña que entre los indígenas mexicana nos "cuando un varón tenía una edad comprendida entre los veinte y los veintidos -- años, sus padres se encargaban de buscarle una esposa, quien debía tener ciertas ca -- racterísticas que la hicieran adecuada a la correspondiente calidad del varón y con -- tra, además, con determinada edad fijada en diecisiete o dieciocho años. Para la -- celebración de un matrimonio era necesario contar siempre con la aprobación de los -- padres de los futuros esposos, siendo ellos los encargados de concertarlo. Como con -- secuencia del carácter en extremo supersticioso que imperaba en todos los actos de -- los indígenas mexicanos, una vez que los padres del varón habían elegido a una jo -- ven para esposa de su hijo, consultaban a los ogoreros, los cuales después de cono -- cer y analizar las fechas del nacimiento de ambos jóvenes externaban su fallo acer -- ca de si el matrimonio planeado era o no conveniente. En caso negativo, los padres -- del varón procedían de inmediato a la búsqueda de otra jóven. En caso afirmativo, -- las dos parientes más cercanas del pretendiente se entrevistaban en la casa de la jó -- ven elegida con los padres de ella, a quienes entregaban un obsequio, a fin de pe -- dirla para que se casara con su pariente. Las costumbres de la época establecían -- que los padres de la joven, argumentando una serie de razonamientos ficticios, re -- chazarán invariablemente en esta primera ocasión la solicitud formulada, sin que la -- negativa trajera como consecuencia el desistimiento de los solicitantes. Posterior -- mente, las mencionadas ancianas volvían con nuevos obsequios a la casa de la jó -- ven e insistían con ruegos ante sus padres, dándoles a conocer las características per -- sonales del varón y el patrimonio de que era dueño, así como lo que había de dar -- como dote a la doncella, y juntamente informándose de lo que la doncella podía -- llevar de su parte" (111)

"En la tarde del matrimonio, una de las casamenteras llevaba a la novia en sus espaldas hasta pasar la puerta de la casa del futuro marido. Todos decían discursos complicados y después se daban los mantos de los novios para simbolizar su unión. Los ancianos decían otra vez sermones solemnes y después se celebrara una fiesta liberalmente rociada con pulque. Los esposados se retiraban, después de este tratamiento despiadado, para hacer penitencia y ayunar durante cuatro días y hasta que transcurría este plazo no consumaban su matrimonio" (112).

Afirman los historiadores que como acontece con frecuencia en las naciones guerreras que sufren merma de sus componentes masculinos, prevalecía la poligamia; sin embargo "la primera mujer tenía prioridad sobre las otras y sólo sus hijos tenían derecho a heredar. Se permitían las concubinas y existía también la prostitución. La desertión del hogar era vista con desagrado, pero un tribunal podía conceder el divorcio bajo ciertas condiciones. Un hombre podía obtener el derecho de repudiar a su mujer en caso de esterilidad, si sufría de mal carácter continuo o si descuidaba los deberes domésticos. La mujer podía libertarse de su marido cuando pudiera sostenerla o educar a los hijos; cuando la maltratara físicamente... Una divorciada podía casarse con quien quisiera; pero una viuda tenía que casarse con un hermano de su difunto marido o con un hombre del clan de éste" (113).

El señor Licenciado Carlos H. Alba nos ilustra que entre los aztecas las causas de divorcio eran las siguientes: "a).- La esterilidad de la mujer; b).- la pereza de la mujer; c).- Ser desaseada y sucia; d).- Ser pendenciera; e).- La incompatibilidad de caracteres. Los motivos que podía tener la mujer para solicitar el divorcio eran: a).- Los maltratos físicos; b).- El no ser sostenida por el marido, y c).- La incompatibilidad de caracteres" (114).

Confirmando lo anterior el maestro D. Trinidad García revela que entre los aztecas; "El vínculo matrimonial era susceptible de disolución durante la vida de los cónyuges, algunas veces por tratarse de un matrimonio temporal, cuya subsistencia estaba sujeta a la voluntad del hombre. El divorcio para que surtiera sus efectos jurídicos requería que la autoridad judicial lo autorizara, y el que lo solicitaba se separara efectivamente de su cónyuge. Realizada la separación y habiendo hijos, éstos quedaban al lado del padre y las hijas con la madre. El cónyuge culpable era castigado con la pérdida de la mitad de sus bienes y ambos divorciados tenían libertad de contraer nuevo matrimonio, menos entre ellos" (115).

Por consiguiente, la institución del divorcio entre el pueblo azteca, puede decirse que alcanzó en su desarrollo etapas avanzadas, toda vez que dejaba a los cónyuges en libertad de contraer nuevas nupcias, después de disuelto su matrimonio.

### 31.- LEGISLACION MAYA:

Una de las culturas indígenas más brillantes de América, en la época precolombina, es sin duda alguna la de los pueblos mayas del norte de la América Central y del sur de México.

El Dr. Sylvanus G. Morley eminente sabio norteamericano, miembro de la Institución Carnegie de Washington, consagró su vida por entero a la explotación de los estudios arqueológicos de Guatemala, Honduras y México, hasta penetrar al misterio de las asombrosas ruinas mayas y resumiendo el copioso material que le permitió componer una obra maestra, al hablar del matrimonio entre los mayas, asevera que: "Los padres se empeñaban en conseguir mujeres a propósito para sus hijos, de preferencia entre muchachas de la misma clase social y del mismo pueblo. Como se ha indicado con anterioridad, existían algunas prohibiciones por razón del parentesco. Así era muy mal visto que un hombre se casara con una muchacha que tuviera el mismo apellido que él, o que alguien se casara con la viuda de uno de sus hermanos, con su madrastra, o con las hermanas de su difunta mujer, o sus tías maternas, pero los matrimonios entre primos hermanos no estaban prohibidos.

Se consideraba de espíritu mezquino al hombre que buscaba compañera para sí o para sus hijos, en lugar de acudir a los servicios de un casamentero profesional (ah atanzah)... Habiéndose escogido el casamentero, se trataba acerca de la ceremonia y se convenía en el monto de las arras que debían pagarse por la mano de la joven. Estas se componían generalmente de vestidos y otros artículos de poco valor y pagados por el padre del novio al padre de la novia, y, por su parte, la madre del novio preparaba la ropa de su hijo y de su futura nuera...

Llegado el día señalado para la ceremonia se reunían los parientes y los individuos en la casa del padre de la novia. Al entrar el sacerdote, los padres de los contrayentes le presentaban a los jóvenes. En seguida el sacerdote pronuncia un discurso dando a conocer los pormenores del convenio matrimonial, el monto de las arras, etc., después de lo cual se ahumaba la casa, decía sus oraciones y bendecía a la pareja. Luego se sentaba la concurrencia a comer, con lo que terminaba la ceremonia. Desde este día se les permitía a los miembros de la joven pareja que vivieran juntos, el yerno se quedaba en la casa de los padres de su mujer, trabajando para ellos por espacio de seis o siete años. La suegra tenía cuidado de que su hija le diera al joven esposo de comer y beber en señal de que reconocía el matrimonio; pero si dejaba de trabajar para su suegro por el tiempo convenido, echábanle de casa y daban a su hija a otro hombre, de lo cual "resultaban grandes escándalos".

A veces se concertaban los casamientos entre las familias cuando el muchacho y la muchacha eran todavía muy jóvenes, y cuando llegaban a la edad conveniente se llevaban a cabo con toda religiosidad, los viudos y las viudas se vol

vían a casar sin ceremonia, no había fiesta ni formalidades de ninguna especie: el hombre iba sencillamente a la casa de la mujer que escogía, y si ella lo aceptaba le daba algo de comer en señal de su anuencia. Era costumbre, sin embargo que los viudos y las viudas permanecieran solos por lo menos un año después de la muerte -- de sus consortes, y se entendía que durante ese tiempo debían de abstenerse de todo trato sexual...

Aunque en términos generales los mayas eran monógamos, el divorcio entre ellos era muy fácil, apenas algo más que el simple repudio. Ocurría frecuentemente, como lo indica un antiguo testigo español:

No hacían vida más con una mujer: pero por livianas causas la dejaban y se casaban con otra, y había hombres que se casaba diez y doce veces, y -- más y menos, y la misma libertad tenían las mujeres para dejar a sus maridos y tomar otros; pero la primera vez que se casaban era por mano de sacerdote.

Landa dice: y por eso ahora se repudian más fácilmente como se casan sin amor e ignoras de la vida matrimonial" (116).

### 32.- EPOCA COLONIAL.

Durante la dominación española estuvieron vigentes en la Nueva -- España las Leyes de Partida, la Novísima Recopilación las que como ya indicamos -- consagraban la indisolubilidad del matrimonio, principio que fué prohijado por nuestras primeras leyes civiles.

### 33.- CODIGO CIVIL MEXICANO DEL AÑO DE 1870:

El artículo 159 de este ordenamiento define el matrimonio de la siguiente manera: "El matrimonio es la sociedad legítima de un sólo hombre y una so la mujer, que se unen con vínculo indisoluble para perpetuar su especie y ayudarse -- a llevar el peso de la vida".

Reafirmando lo anterior, el artículo 239 dispone: "El divorcio no di suelve el vínculo del matrimonio; suspende sólo alguna de las obligaciones que se ex presarán en los artículos relativos a éste Código".

En la exposición de Motivos de nuestro primer código civil se lee: -- "El Capítulo V trata del divorcio, no en cuanto al vínculo del matrimonio, que es -- indisoluble, sino en cuanto a la separación de los cónyuges".

Por ende, podemos sentar que en este ordenamiento, la palabra di -- vorcio está mal empleada, supuesto que éste implica la ruptura del vínculo matrimo -- nial, y en nuestra ley se utiliza como sinónimo de suspensión de una de las obliga--

ciones que derivan del matrimonio la de hacer vida en común, dejando incólumbes todos los demás deberes de los esposos.

Más aún, nuestro legislador elevó el principio de la indisolubilidad del matrimonio, a la categoría de norma constitucional, preceptuando en las adiciones del 14 de diciembre de 1874 a la Constitución Federal, artículo 23 fracción IX: "...el matrimonio civil no se disuelve más que por la muerte de uno de los cónyuges, pero las leyes pueden admitir la separación temporal por causas graves que se determinarán por el legislador, sin que por la separación quede hábil ninguno de los consortes para unirse con otra persona".

El artículo 240 consagra las siguientes causales de divorcio: "I.- El adulterio de uno de los cónyuges. II.- La propuesta del marido para prostituir a su mujer, no sólo cuando el mismo marido la haya hecho directamente, sino cuando se pruebe que ha recibido dinero o cualquiera remuneración con el objeto expreso de permitir que otro tenga relaciones ilícitas con su mujer. III.- La incitación a la violencia hecha por un cónyuge al otro para cometer algún delito, aunque no sea de continencia carnal. IV.- El conato del marido o de la mujer para corromper a sus hijos, o la convivencia en su corrupción. V.- El abandono sin justa causa de domicilio, prolongado por más de dos años. VI.- La sevicia del marido con su mujer, o de ésta con aquél. VII.- La acusación falsa hecha por un cónyuge al otro".

#### 34.- EL ADULTERIO COMO CAUSAL DE DIVORCIO:

Nuestra primera ley civil distingue entre el adulterio del marido y el de la mujer, siendo suficiente la demostración del mismo en contra de la esposa para que se concediera el divorcio (art. 241).

En cambio, para que la esposa pudiese hacer valer el adulterio del marido era necesario: "1a.- Que el adulterio haya sido cometido en la casa conyugal; 2a.- Que haya habido concubinato entre los adúlteros, dentro o fuera de la casa conyugal; 3a.- Que haya habido escándalo o insulto público hecho por el marido a la mujer legítima; 4a.- Que la adúltera haya maltratado de palabra o de obra, o que por su causa se haya maltratado de algún modo a la mujer legítima" (art. 242).

En la Exposición de Motivos se explica: "El adulterio del marido da rá causa al divorcio sólo en ciertos casos. La razón de esta diferencia, que a primera vista parece injusta es la de que, si bien bajo el aspecto moral la falta es la misma, bajo el aspecto social es menor la del marido. La mujer siempre introduce en la familia un vástago extraño que usurpa derechos legítimos y disminuye las porciones que la ley ha designado. Hay sin duda mayor inmoralidad en el adulterio de la mujer, mayor abuso de confianza, más notable escándalo y peores ejemplos para los hijos cuyo hogar queda siempre deshonrado".



Las críticas formuladas al legislador francés son aplicables a nuestro legislador de 1870, dado que nada justifica el dar una sanción diversa al incumplimiento de un deber que como el de fidelidad que es común a ambos cónyuges, y por que como expresa Locré reprobamos el adulterio del marido solamente en ciertos casos, es autorizarlo en otros, lo que indudablemente constituye una inmoralidad. "El adulterio en lo que concierne a las relaciones civiles entre los esposos, debe considerarse únicamente en los efectos que produce entre ellos, y bajo este aspecto, la falta es la misma, ya haya sido cometida por el marido, ya lo haya sido por la mujer" -- (117).

El artículo 240 fracción I preceptúa que el adulterio del marido será causa de divorcio cuando "haya sido cometido en la casa conyugal". Analizando los alcances de esta fracción D. Manuel Mateos Alarcón asienta "Los autores modernos entienden por casa común, no sólo en la que habitan los cónyuges sino también la casa en que no reside habitualmente la mujer, si es en la que el marido está obligado a recibirla. Bajo la denominación de casa se entiende también, el edificio destinado para habitación, el conjunto de lugares que forma el edificio: de manera que, por casa común se puede entender, a toda la casa con todas sus dependencias, o un solo departamento, según las circunstancias" (118).

Según la fracción II del propio texto existe adulterio del marido cuando "haya habido concubinato entre los adúlteros, dentro o fuera de la casa conyugal".

"Para el caso de la fracción I antes comentada, basta una sala infidelidad del marido para que la acción de divorcio en su contra, por causa de adulterio, sea procedente, pero ésto a condición de que el delito se haya verificado en la casa común; no es así en el caso de la fracción II; para que proceda el divorcio por esta causa, no se atiende en modo alguno al lugar donde el delito haya sido cometido, sino a la continua repetición de actos delictuosos: en efecto, por concubina se entiende la mujer que, sin ser casada, vive con un hombre, como si fuera su esposa: en consecuencia, para que haya concubinato, es preciso que el hombre y la mujer hagan vida común durante un tiempo más o menos largo, es preciso que existan relaciones más o menos continuas y sostenidas" (119).

Atento lo dispuesto por la fracción III del artículo 240, también hay adulterio del esposo cuando "...haya habido escándalo o insulto público hecho por el marido a la mujer legítima".

Como justificación de esta norma se aducía que el adulterio acompañado de publicidad escandalizaba a la sociedad y constituye un insulto para la esposa. Las complacencias legales para el esposo adúltero no llegaban al grado de permitirle que arrastrara el honor de su esposa por el fango, haciendo público el desprecio que tiene hacia la mujer que lleva su nombre, por ende, aquí ya no es la viola-

ción el deber de fidelidad lo que se sanciona con el divorcio, "es la ofensa pública, es el insulto, lo que motiva; sería necesario considerar a la mujer un ser muy inferior, indigno del menor respeto y de atenciones, para permitir que el esposo pudiera impunemente ultrajarla, escudándose con la ley; muy justiciero, aunque no todavía lo debido, ha sido, pues el legislador mexicano al extender la procedencia del divorcio por causa de adulterio del marido al caso designado" (120).

Las razones apuntadas sirven de base a la fracción IV del propio precepto, conforme a la cual el adulterio del marido será asimismo causa de divorcio - cuando "la adúltera haya maltratado de palabra o de obra, o que por su culpa se ha ya maltratado de alguno de esos modos a la mujer legítima".

Estimamos que este precepto es censurable, toda vez que se imputan indebidamente al marido las consecuencias de los actos de otra persona. Además de que la misma es completamente inútil, puesto que tratándose del marido el simple - adulterio es causal de divorcio, y en la hipótesis prevista por la norma, el adulterio es supuesto de la misma.

No obstante, juristas como D. Ricardo Couto, opinan: "En este caso, la procedencia del divorcio no se funda en un hecho del marido, sino que puede ser de la mujer adúltera y aún de un extraño: Lo cual no deja de ser raro, pues es - de principio que nadie puede ser culpable de los actos de otro; sin embargo, si se reflexiona en que la verdadera causa de los malos tratamientos hechos a la mujer legítima no es otra que el adulterio de su esposo, se comprenderá que no hay ninguna consecuencia de la ley al hacerse responsable a éste de aquellos malos tratamientos" (121).

### 35.- DIVORCIO VOLUNTARIO:

Nuestra primera ley civil introdujo el divorcio voluntario, pero a -- condición de que los consortes ocurriesen por escrito ante el juez competente, para obtener la aprobación del convenio (artículo 264).

Este tipo de divorcio no podía gestionarse sino después de transcurridos dos años de la celebración de la unión matrimonial, ni después de veinte de vigencia del matrimonio y tampoco procedía si la mujer era mayor de cuarenta y cinco años (artículos 247 y 250).

Nuestro legislador en la Exposición de Motivos esclarece lo siguiente: "Al examinar esta delicada materia surgió una cuestión grave en su esencia y grave en sus resultados; el divorcio voluntario. La impresión que deja en el alma este pensamiento le es totalmente desfavorable; porque no solo parece poco moral, sino contrario a los fines del matrimonio y perjudicial para los hijos y para los mismos cónyuges. Pero si penetrando al hogar doméstico, se examina concienzudamente la horri-

ble situación de dos personas que no pueden vivir juntas; si se estudia en todos sus pormenores la vida conyugal, si se atiende a la educación de los hijos y se calculan los amargos frutos que respecto de ellos produce la desavenencia de los padres, es seguro que se conocerá fácilmente la verdad de que no haya nada peor que un matrimonio en desacuerdo.

Por otra parte, cuando ese desacuerdo llega al extremo de hacer conveniente la separación, casi siempre es fundado en alguna causa de las que autorizan el divorcio. Algunas veces sucederá lo contrario, pero la experiencia nos prueba, que el solo desamor aunque terrible por sí mismo, casi nunca inspira a los consortes la idea de separarse. Lo más probable es que no queriendo revelar, por vergonzosas quizá las causas de su determinación apelan al divorcio voluntario, que poniendo algún remedio a los males que sufren, les evita la vergüenza o tal vez la afrenta envuelve en el misterio los secretos de la familia y no deja en el corazón de los hijos la negra huella del crimen de alguno de sus padres, o acaso de entre ambos.

La cuestión examinada prácticamente cambia de aspecto y el divorcio voluntario es, ya no un bien, un mal mucho menor porque evita la deshonor de la familia y los malos ejemplos que por desavenencia de sus padres deja a los hijos un triste legado. Y como no es perpetuo, y como la simple voluntad de los consortes puede ponerle término en cualquiera hora, queda siempre la fundada esperanza de que el tiempo, el amor de los hijos y mil circunstancias que de pronto no pueden preverse, aceleren el momento de la reconciliación.

Por tan fundados motivos la comisión estableció reglas para el divorcio voluntario, fijando tiempo y edad para pedirlo y poniendo prudentemente trabas en el curso del juicio, a fin de dar tiempo a que se calmen las pasiones. Previno también que por escritura formal se arregle la suerte de los hijos y dió todos los recursos que en los juicios de mayor interés. Y al fin para cuando no haya otro arbitrio autorizó la separación por tres años, que pueden prorrogarse, previo nuevo juicio seguido con los mismos requisitos de el primero".

### 36.- CODIGO CIVIL DE 1884:

Pregona D. Ricardo Couto que "El legislador de 1884, fiel a nuestras tradiciones jurídicas, respetuoso de los sentimientos del pueblo mexicano que, con razón o sin ella, repugna de la institución del divorcio, y temeroso de las consecuencias que su implicación podría producir en México, ha declarado la indisolubilidad del matrimonio, admitiendo solamente como remedio a los males que pueden afligir a los esposos, el paliativo de la separación de cuerpos que impropiamente llama divorcio" (122).

El artículo 239 del código civil de 1870 se calca en el 225 del código civil de 1884, que "El divorcio no disuelve el vínculo matrimonial; suspende --

tan sólo algunas de las obligaciones civiles que se expresarán en los artículos relativos a este código".

Por su parte el artículo 227 detalla las siguientes causales; "Son causas legítimas de divorcio:

I.- El adulterio de uno de los cónyuges.

II.- 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.

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

IV.- La incitación a la violencia hecha por un cónyuge al otro para cometer algún delito; aunque no sea de incontinencia carnal.

V.- El conato del marido o de la mujer para corromper a los hijos, o la tolerancia en su corrupción.

VI.- El abandono del domicilio conyugal sin justa causa, o aún -- cuando sea con justa causa, si siendo ésta bastante para pedir el divorcio, se prolonga por más de un año el abandono sin que el cónyuge que lo cometió intente el divorcio.

VII.- La sevicia, las amenazas o las injurias graves de un cónyuge contra el otro.

VIII.- La negativa de uno de los cónyuges a suministrar al otro alimentos conforme a la ley.

IX.- Los vicios incorregibles de juego o embriaguez.

X.- Una enfermedad crónica e incurable que sea también contagiosa o hereditaria, anterior a la celebración del matrimonio, y de que no haya tenido conocimiento el otro cónyuge.

XI.- La infracción de las capitulaciones matrimoniales.

XII.- El mutuo consentimiento.

La fracción I del artículo transcrito es idéntica a la consignada en el artículo 240 del código de 1870, razón por la que, la glosa hecha en ese apartado debe tenerse por reproducida en el presente.

### 37.- LEY DE RELACIONES FAMILIARES:

La Ley de Relaciones Familiares de 9 de abril de 1917, expedida por D. Venustiano Carranza, Primer Jefe del Gobierno Constitucionalista, rompió con la tradición jurídica nuestra, de tener al matrimonio como indisoluble, derogando la parte relativa del Código Civil de 1884, que al igual que el de 1870 lo estimaba como simple separación de cuerpos de los cónyuges.

En efecto la Ley de Relaciones Familiares introdujo el divorcio como disolución del matrimonio preceptuando: "El divorcio disuelve el vínculo matrimonial y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro", artículo 102 "Por virtud del divorcio, los cónyuges recobrarán su entera capacidad para contraer un nuevo matrimonio..." (art. 75).

Los fundamentos de esta ley se exponen en la circular de 2 de noviembre de 1916, expedida por la Secretaría de Justicia la que está redactada de la siguiente manera:

"Las disposiciones sobre el estado civil de las personas son de la mayor importancia en toda la legislación, porque determinan las fuentes u origen de los derechos y de las obligaciones de los individuos, y estos derechos y obligaciones constituyen la base de la familia y de la sociedad: de ahí que pertenezcan al Derecho Público y que sean parte esencialísima de ese propio Derecho. Si es tan esencial e intrínseco su objeto es inconcuso que deben tender inexorablemente a conformar al hombre con la naturaleza, que es la causa de su existencia; emancipándolo cada vez más de prejuicios, costumbres, e instituciones contrarias a aquella causa. Claro está, por ende, que el legislador se preocupe dentro de su jurisdicción por la estricta observancia del Derecho Público y principalmente de las leyes relativas al estado civil de las personas.

Las del matrimonio revisten importancia especial, porque no se refieren al estado civil del individuo aisladamente, sino el del individuo en sus relaciones con otro, dentro de un contrato. La fase principal de este contrato de matrimonio afecta profundamente la propia personalidad de los contratantes en lo que es más esencial en el individuo; la voluntad y la libertad; por consiguiente, la aplicación de las leyes relativas deben ser con toda la estrictez y la amplitud necesarias para no vulnerar la libertad y la voluntad, que son esenciales a la naturaleza humana. De entre estas leyes, la que preceptúa el divorcio evidencian importancia máxima, porque su objeto es nada menos que el reivindicar aquella libertad, cuando la causa, la voluntad de haberla en parte abdicado, ha desaparecido.

Si el fundamento de la legislación matrimonial es la naturaleza humana, claro está que debe tomarse al hombre como tal hombre y después como miembro de tal o cual nacionalidad, cuidando escrupulosamente siempre de dejar a salvo, o en su mayor amplitud posible, su personalidad humana. Toda ley nueva carece de uniformidad en su aplicación y principalmente cuando esa ley afecta costumbres e instituciones arraigadas en el orden familiar y social. Es preciso hacer costumbres de una ley nueva para destruir la costumbre establecida, y para que se haga cuanto antes esa nueva costumbre es preciso uniformar la aplicación de la Ley de Divorcio en México..."

El artículo 76 enumera como causas legales las siguientes:

I.- "El adulterio de uno de los cónyuges".

Fracción idéntica a las mencionadas por los artículos 240 y 227 de los Códigos Civiles de 1870 y 1884.

II.- 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. Causal igual a la del Código de 1884.

III.- La perversión moral de alguno de los cónyuges, demostrada por actos del marido para prostituir a la mujer, no sólo cuando lo haya hecho directamente, sino también cuando haya recibido cualquiera remuneración con el objeto expreso de que otro tenga relaciones ilícitas con ella; por la incitación a la violencia de uno de los cónyuges al otro para cometer algún delito aunque no sea de incontinencia carnal; por el conato de cualquiera de ellos para corromper a los hijos, o la simple tolerancia en su corrupción o por algún otro hecho inmoral, tan grave como los anteriores. Puede observarse de esta interminable fracción que en ésta se encontraban reunidas las fracciones II, III y IV, del artículo 240 y III, IV del artículo 227 de los Códigos Civiles de 1870 y 1884 respectivamente.

De la parte final de esta causal "...o cualquiera otro hecho inmoral tan grave como los anteriores", se desprende que la intención de la ley, no fué enumerar casuísticamente las causales de divorcio, sino por el contrario abrir de par en par las puertas al divorcio, dando un amplio poder discrecional al juzgador para apreciar esta causal.

IV.- Ser cualquiera de los cónyuges incapaz para llenar los fines del matrimonio, o sufrir sífilis, tuberculosis, enajenación mental incurable o cualquiera otra enfermedad crónica incurable que sea además contagiosa o hereditaria. La parte primera de esta fracción era nueva, ya que no existía en los Códigos anteriores, pero no expresaba en qué consistían esas incapacidades. La parte final de esta causal la encontramos en el Código de 1884 que enunciaba en su fracción XI

"una enfermedad crónica o incurable, que sea también contagiosa o hereditaria anterior a la celebración del matrimonio, y que no haya tenido conocimiento el otro cónyuge. Por primera vez en la historia jurídica de nuestro pueblo se menciona la "enajenación mental incurable" como causa de divorcio.

V.- El abandono injustificado del domicilio conyugal por cualquiera de los consortes, durante seis meses consecutivos. Causal igual a la de los Códigos precedentes, aunque la Ley de Relaciones Familiares, redujo considerablemente el plazo de abandono a sólo seis meses, y no a dos y un año.

VI.- La ausencia del marido por más de un año, con abandono de las obligaciones inherentes al matrimonio. Causal de divorcio nueva.

VII.- La sevicia, las amenazas o injurias graves, o los malos tratos de un cónyuge para el otro, siempre que éstos y aquellos sea de tal naturaleza que hagan imposible la vida común. Fracción VI del Código de 1870 únicamente por lo que se refiere a las sevicias y VII del de 1884. Esta fracción mencionaba la palabra "grave", y creo que pecaba de redundancia al ampliarla en su parte final "... siempre que éstos y aquellos sean de tal naturaleza.."

VIII.- La acusación calumniosa hecha por un cónyuge contra el otro, por delito que merezca pena mayor de dos años de prisión. Fracciones VII y VIII de los Códigos anteriores, los que no mencionaban la cuantía de la penalidad.

IX.- Haber cometido uno de los cónyuges un delito por el cual tenga que sufrir una pena de prisión o destierro mayor de dos años, esta causal era nueva.

X.- El vicio incorregible de la embriaguez. Fracción X del Código de 1884, habiéndose suprimido el vicio de juego.

XI.- Cometer un cónyuge contra la otra persona o los bienes del otro, un acto que sería punible en cualquiera otra circunstancia o tratándose de persona distinta de dicho consorte, siempre que tal acto tenga señalada en la ley una pena que no baje de un año de prisión. Fracción de divorcio nueva.

XII.- El mutuo consentimiento. Causal XIII del Código de 1884.

El artículo 77 de la Ley de Relaciones Familiares indicaba cuando procedía el divorcio por adulterio del marido, siendo iguales las circunstancias a las del artículo 228 del Código Civil de 1884.

Artículo 79, "cuando un cónyuge haya pedido el divorcio o la nulidad del matrimonio, por causa que no haya justificado o que haya resultado insuficiente, el demandado tiene a su vez el derecho de pedir el divorcio; pero no podrá hacerlo sino pasados tres meses de la notificación de la última sentencia. Durante esos tres la mujer no puede ser obligada a vivir con el marido". Artículo idéntico al del Código anterior con la salvedad de que éste tenía un plazo de cuatro meses.



## NOTAS BIBLIOGRAFICAS DEL CAPITULO OCTAVO.

- (110) George C. Vaillant. *La Civilización Azteca*. Edit. Fondo de Cultura Económica. Versión española de Samuel Vasconcelos, pág. 91 y sgtes.
- (111) *Historia Antigua de México*, pág. 61.
- (112) George C. Vaillant, obra citada, pág. 99.
- (113) George C. Vaillant, obra citada mismo lugar.
- (114) *Estudio Comparado entre el Derecho Azteca y el Derecho Positivo Mexicano*, pág. 37. Editado por el Instituto Indigenista Interamericano. 1949.
- (115) *Introducción al Estudio del Derecho*, pág. 54. Edit. Porrúa, S. A. México 1955.
- (116) *La Civilización Maya*. Fondo de Cultura Económica. México. 1954, págs. 213-215.
- (117) Ricardo Couto. *Derecho Civil Mexicano*, T. I. Pág. 311. Edit. "La Vasconia". México. 1919.
- (118) Manuel Mateos Alarcón. *Estudios sobre el Código Civil*, pág. 118, Tipografía La Ilustración. México. 1891.
- (119) Ricardo Couto, obra citada, T. I. No. 456, pág. 314. En el mismo sentido los autores por él citados: Aubry et Rau, T. IV, No. 491; Demolombe, T. - IV. No. 370 y Laurent, T. III, No. 180.
- (120) Ricardo Couto, obra citada, T. I. No. 315, página 315.
- (121) Obra citada, T. I. No. 458.
- (122) *Derecho Civil Mexicano*, T. I, No. 449. pág. 308.

## CAPITULO NOVENO

### EL DELITO DEL ADULTERIO.

Sumario: 38.- El Delito del Adulterio en las antiguas legislaciones. 39.- Legislación Penal francesa. 40.- Código penal Mexicano del año de 1871.- 41.- Código Penal Mexicano de 1929.- 42.- Nueva legislación penal vigente. 43.- La tendencia abolicionista. -- 44.- Nota de Derecho comparado.

## 38.- EL DELITO DEL ADULTERIO EN LAS ANTIGUAS LEGISLACIONES.

Los primeros pueblos castigaban únicamente el adulterio de la mujer a la que imponían sanciones sumamente crueles. Así los Egipcios amputaban la nariz de la mujer para infamarla y a su amante lo castraban. Los judíos según asentamos con antelación (infra. No. 70), lapidaban a la infiel. Los antiguos germanos la quemaban y sobre sus cenizas ajusticiaban a su cómplice (123).

En Roma el adulterio de la mujer era inicialmente una falta cometida en agravio del marido y cuyo conocimiento y sanción competió al pater familias.

La Ley Julia del Adulteris lo reputó como un crimen público cuya comisión se sancionaba con el repudio y la relegación.

Más tarde, Constantino lo castigó con pena de muerte (L. 30, párrafo 1, C., ad. leg. Jul. de adult., XI, 9). Este rigor se suavizó en el derecho de Justiniano (Nov. 134, c. 10) conservando la pena para el copartícipe y cambió la de la mujer adúltera en azotes y reclusión en monasterio, con obligación de tomar los hábitos si el marido no la perdonaba (124).

En el Derecho Canónico el adulterio es la única causa que puede acarrear la separación perpetua de los esposos (*separatio perpetua*) (125).

En el Fuero Juzgo la Ley 1ª, tit. 40. libro III preceptúa: "Si el adulterio fuere fecho de voluntad de la mujer, la mujer é el adúlterador sean metidos en manos del marido, é faga dellos lo que se quisiera".

En el Fuero Real se dispensa igual derecho al marido, salvo que se dispone "que no puede matar el uno e dexar al otro".

En el Ordenamiento de las Siete Partidas, la Partida VII, Título 17, Ley 1ª. se constriñe la represión al adulterio de la mujer, excluyéndose el del marido, por los siguientes motivos: "La primera, porque del que faze el varon con otra muger non nace daño ni deshonra a la suya. La otra, porque el adulterio que faze su muger con otro, finca el marido deshorrado, recibiendo la muger á otro en su lecho; é además porque del adulterio della puede venir al marido gran daño. Casi se empreñase de aquen con quien fiziese el adulterio, vernia al fijo extraño heredero en uno con los de los fijos; lo que non avernia a la muger del adulterio que el marido fiziese con otra; é por ende, pues que los daños a las deshonoras no son iguales, -

guisada cosa es, que el marido aya esta mejoría, él puede acusar a su mujer del adulterio, si lo fiziese, é ella non a el...; las penalidades para la infiel eran la de ser publicamente azotada y encerrada en un monasterio, y para su coautor la de muerte.

La Novísima Recopilación (libro VI, título 28, Ley 1a.) reprodujo - las disposiciones del Fuero Real.

### 39.- LEGISLACION PENAL FRANCESA:

Pregona el legislador francés en la Exposición de Motivos del Código Penal del año de 1810, aludiendo al adulterio, lo siguiente: "Es contra las costumbres menos pública que la prostitución transformada en oficio, pero casi es tan culpable; si al adulterio no supone como la prostitución hábitos tan depravados, presente en cambio la violación de múltiples deberes. Colocado en todos los Códigos en el número de los más graves atentados contra las buenas costumbres, con perjuicio de la moral, la opinión parece excusar lo que la ley debe punir; esta contradicción entre la opinión y la ley ha obligado al legislador a hacer descender a la categoría de delito lo que no estuvo en su potestad colocar en el rango de los crímenes" (125).

Explica Pacheco que "Sería necio, sería malsonante, el detenerse un momento a demostrar que el adulterio debe ser, no puede menos de ser, considerado por la ley como delito. El adulterio es el más grave de los de esta esfera; porque ninguno causa a la sociedad, a la vez, tanto desorden material.

### 40.- CODIGO PENAL MEXICANO DE 1871:

En este ordenamiento encontramos las siguientes prescripciones:

"Art. 816.- La pena del adulterio cometido por hombre libre y mujer casada, es de dos años de prisión y multa de segunda clase; pero no se castigará al primero sino cuando delinca conociendo el estado de la segunda.

El adulterio de hombre casado y mujer libre se castigará con un año de prisión, si el delito se comete fuera del domicilio conyugal. Si se cometiere en este se impondrán dos años; pero en ambos casos se necesita castigar a la mujer que sepa que el hombre es casado".

"Art. 817.- Además de las penas de que habla el artículo anterior, quedarán los adúlteros suspensos por seis años en el derecho de ser tutores o curadores".

"Art. 818.- Si el cónyuge culpable hubiere sido abandonado por el ofendido, el Juez tomará en consideración esta circunstancia como atenuante de -- primera, segunda, tercera ó cuarta clase, según fueren las causas del abandono".

"Art. 819.- Son circunstancias agravantes de cuarta clase:

- I.- Ser el adulterio doble.
- II.- Tener hijos el adúltero ó la adúltera.
- III.- Ocultar su estado el adúltero ó la adúltera casados, a la persona con quien cometen el adulterio".

Comentando estos textos, el Lic. Martínez de Castro, explica: "Respecto al adulterio, nos hemos desviado de la legislación vigente, concediendo a la mujer la acción criminal contra el marido; aunque con menos latitud que a éste; porque si no se puede negar que, moralmente hablando, cometen igual falta el marido y la mujer adúlteros, no son por cierto iguales las consecuencias, pues aquél queda infamado, con razón o sin ella, por la infidelidad de su consorte, y la reputación de ésta no se empaña por las faltas de su marido; la mujer adúltera defrauda su haber a sus hijos legítimos introduciendo herederos extraños en la familia, y esto no sucede con el adúltero que tiene hijos fuera de su matrimonio". (126).

Abundando en estos conceptos el Lic. Demetrio Sodi, expresa: "El adulterio tiene la misma gravedad moral, bien sea cometido por el hombre ó por la mujer, pero teniéndose en cuenta las diversas consecuencias que el adulterio produce, cuando lo comete el varón que cuando lo comete la mujer, se le da más latitud al marido para perseguir el delito, en atención, como dice la parte expositiva, á -- que "aquel marido, queda infamado, con razón o sin ella, por la infidelidad de su consorte, y la reputación de ésta no se empaña por las faltas de su marido; la mujer adúltera defrauda su haber á sus legítimos hijos, introduciendo herederos extraños á la familia, y esto no sucede con el adúltero que tiene hijos fuera de su matrimonio". Las anteriores consideraciones que limitan los derechos de la mujer, y que cada día tienen menor importancia con la libre testamentificación, y con el divorcio, en cuanto al vínculo en los lugares en que se ha establecido, deben considerarse tales limitaciones, como algo que sobrevive a las disposiciones del Derecho romano y á la subordinación de la mujer al hombre, y que ha sido causa de su decadencia moral". -- (127)

Para otro tratadista, Lucchini: "La razón por la que se castiga el -- adulterio no estriba solamente en la ofensa que el cónyuge infiel infiere al inocente,

violando el pacto de la recíproca fidelidad, que es la base fundamental del matrimonio, sino especialmente está en que el adulterio conculca el derecho de familia, y siendo la familia elemento de la sociedad, ofende á la sociedad en su constitución fundamental. Es necesario recordar que el marido ofendido tiene el peligro de alienar al hijo de otro, lo que es un daño económico para la familia legítima, y origen de afanes y venganzas, cosa que no se encuentra en el adulterio del marido y que determina dos adulterios que tienen incontestable y profunda diferencia" (128).

Señalan nuestros autores que nuestro ordenamiento penal del año de 1870, no define el adulterio, sino que al igual que los Códigos italiano y francés, se limita a señalar los casos en que se comete el delito; "más para que éste pueda tener verificativo, se requiere la existencia del matrimonio civil, el dolo, esto es, la intención ó la voluntad culpable del esposo infiel, y la consumación del coito". --- (129).

#### 41.- CODIGO PENAL MEXICANO DE 1929:

Este ordenamiento atinadamente situó al delito de adulterio en el Título que denominó "Delitos contra la familia", y el que comprende: delitos contra el estado civil de las personas, abandono de hogar, adulterio bigamia y otros matrimonios ilegales.

Lo más notable es que borró la distinción que formulaba nuestro primer código represivo y sancionó el adulterio, sin establecer distingos en cuanto al sexo de los casados culpables (art. 890) y previno: "El adulterio sólo se sancionará cuando sea cometido en el domicilio conyugal o cuando cause escándalo". (Art.891)

#### 42.- NUESTRA LEGISLACION PENAL VIGENTE:

El Código Penal del año de 1931, para el Distrito y Territorios Federales en materia común y en materia Federal para toda la República, ordena: "Se aplicará prisión hasta de dos años y privación de derechos civiles hasta por seis años a los culpables de adulterio cometido en el domicilio conyugal o con escándalo".

"Los elementos externos del delito son: I. Un acto de adulterio; -- II. Que el mismo se cometa: a) en el domicilio conyugal; o b) con escándalo. -- Como elemento psicológico se requiere, en el casado infiel conocimiento de que ejecuta el acto con persona que no sea su cónyuge, y, en el copartícipe, conocimiento de que lo efectúa con persona ligada en matrimonio". (130).

Nuestros Tribunales han sentado que "Conforme a la doctrina y a la Jurisprudencia establecida los elementos constitutivos del adulterio son: la cópula o ayuntamiento carnal ilegítimo de hombre y mujer, siendo uno de ellos o los dos casados, con persona distinta. Para que sea punible se requiere que se cometa en el domicilio conyugal o con escándalo. (Arts. 273 del Código Penal) (131).

Ilustra el maestro Francisco González de la Vega que "La acción típica del delito consiste en un acto de adulterio. Como la ley no distingue en cuanto al sexo de los casados infieles y se limita a usar la palabra "adulterio", sin darle -- una definición o connotación específica, quiere decir que, en lo que concierne a -- este elemento, remite a su significado general o vulgar, o sea el acceso carnal entre una persona casada, sea cual fuere su sexo, y una persona extraña a su liga matrimonial. Esta acción implica dos requisitos: a) que por lo menos uno de los autores -- esté unido en matrimonio legítimo; y b) que la conexión sexual se realice con personas ajenas al vínculo" (132), comentario que resulta plenamente aplicable al adulterio civil.

En efecto, es presupuesto imprescindible del adulterio, tanto penal -- como civil, que por lo menos uno de los protagonistas, en el momento, del acto, esté unido en legítimo matrimonio, no disuelto por la muerte del otro cónyuge y que no hubiere sido anulado. Esa unión ha de derivar precisamente del matrimonio civil, excluyéndose el religioso y por supuesto el concubinato o unión libre.

El segundo elemento del delito, lo constituye la acción material consistente en el acto carnal adulterino. "Sus hipótesis son los ayuntamientos entre: -- mujer casada y varón libre; hombre casado y mujer libre; y hombre y mujer casados en distintos matrimonios. A este último caso se le denomina adulterio doble". (133).

Como segundo elemento necesario para la punibilidad del delito, es menester que se realice: a) en el domicilio conyugal; o b) con escándalo. En otras palabras no todo adulterio es constitutivo del delito del mismo nombre, supuesto que solo existe delito cuando el adulterio se comete en el domicilio conyugal o con escándalo, mientras que, como hemos de constatar el adulterio es siempre un ilícito civil, estimado por la ley como causa de divorcio.

"Como nuestro Código vigente ha suprimido toda definición expresa -- del domicilio conyugal, pensamos que su concepto debe forjarse con criterio realista, así, entendemos que es la casa, vivienda o cuarto destinados para la convivencia permanente o transitoria de los cónyuges. Domicilio conyugal es, no sólo el hogar o residencias habituales del matrimonio, sino cualesquiera otras casas que accidental o transitoriamente ocupen para vivir los casados.

El delito existe cuando en dichos lugares se efectúa la incontinencia adulterina, sea debido a que el casado haya introducido a la casa o habitación común a su amante, o que éste viva en el mismo sitio. Para la punibilidad del hecho es indiferente que en el momento de su consumación esté presente o ausente el cónyuge ofendido, porque lo que el legislador mira como delictuosa es la despectiva o injuriosa actitud de efectuar el amor carnal ilícito en la habitación común de los esposos" (134).

Nuestros Tribunales han sentado que "se entiende por escándalo la conmoción social que produce el hecho" (135), o en otros términos, el carácter escandaloso del adulterio estriba en el desenfreno o desvergüenza en las relaciones ilícitas que, por su publicidad constituye un mal ejemplo que influye en la corrupción de las costumbres, además de que ofende la moral media y entraña una ofensa directa contra el cónyuge inocente.

Cabe aclarar que la publicidad de las relaciones adulterinas no supone necesariamente que la unión carnal ilícita se practique en presencia de otras personas, sino que consiste en que los adúlteros cínicamente hagan gala de sus amoríos, o los den a entender claramente con su conducta desenfrenada.

El último elemento del delito es de carácter psicológico y consiste en el dolo. "Como todos los delitos que tomen por objeto el desahogo ilícito de la lubricidad, el adulterio no admite jurídicamente su comisión imprudencial o culposa. - El dolo radica, para los dos protagonistas, en la consciente ejecución de la cópula transgresora de las normas matrimoniales. El elemento psicológico de la infracción adulterina requiere, para el casado infiel, voluntad y conocimiento de que ejecuta el acceso carnal con persona que no sea su cónyuge, y para el copartícipe, voluntad y conocimiento de que lo efectúa con persona ligada en matrimonio. La intencionalidad criminal se presume legalmente según lo dispuesto en el artículo 90. del Código Penal, pero admite prueba en contrario.

Por ausencia de conducta voluntaria criminal no será responsable el que sufre violación adulterina, por ejemplo cuando se vence o anula su resistencia al acto por una fuerza física exterior -violencia física- o por miedo o temor y para evitar otros daños -violencia moral- (art. 15 fracs. I y IV, y art. 265), o cuando se aprovecha para el concubito su estado de indefensión (art. 266).

Tampoco responderá del delito de adulterio aquel que obre bajo una causa de inculpabilidad de su conducta, como en el caso en que el copartícipe del adulterio ignore el vínculo matrimonial de su amante, o en los casos en que el casado autor del acceso carnal adulterino lo haya realizado por error de hecho, por ejemplo, cuando sin conocer a su cónyuge haya celebrado matrimonio mediante po-



der y sostenga relación carnal con un extraño suplantador, o cuando hubiere cometido el acto creyéndose viudo por haber recibido noticias falsas, pero en apariencia dignas de fe, que le hicieren tener por verdadera la muerte de su cónyuge.... Todos estos casos quedan amparados por la excluyente de responsabilidad consistente en -- ejecutar un hecho que no es delictuoso sino por circunstancias del ofendido, si el -- acusado las ignoraba inculpablemente al tiempo de obra (art. 15, frac. IV)"(136)..

#### 43.- LA TENDENCIA ABOLICIONISTA:

El exámen histórico del adulterio como delito revela una tendencia a borrar las diferencias anteriormente existentes entre el adulterio de la mujer y del -- marido y una manifiesta inclinación a atenuar las sanciones anteriormente tan seve-- ros. Más aún, señala Garraud "... existe cierta tendencia a suprimir la sanción -- penal del adulterio, manteniendo y reforzando las sanciones civiles, tales como la de divorcio en contra del cónyuge que ha cometido el adulterio y la de daños y perjui-- cios contra él y su cómplice". (137)

En relación con este punto D. Demetrio Sodi revela que: "No faltan tratadistas que sostengan que el adulterio no debe castigarse, como sucede en el -- Derecho inglés, en el Código de Ginebra de 1874 y en el de New York de 1882, que no lo penan, porque deshonra al cónyuge inocente y á los hijos, y porque su perse-- cución ante los Tribunales públicos, aumenta la consumación del delito, no corrigién-- dose por la legislación vigente. Son de este parecer Lucchini, Ferri, Carra y Pesina. El Sr. Lic. D. Narciso Buenaventura Silva expresa en esta forma: "Los hombres que no quieren exponerse al escarnio de la hilaridad pública, no lo denunciarán; -- los Tribunales, por otra parte, no bastan para imponer respeto a la mujer que todo lo espera del perdón, más o menos violento del marido" (138).

Langle Rubio eminente penalista español cuyo modo de pensar es com-- partido por D. Luis Jiménez de Azúa y por algunos otros tratadistas, opina: "Repri-- mir el adulterio por entender que quebranta la fidelidad conyugal, equivaldría a -- castigar la infracción de los deberes morales más que jurídicos; pero aunque llegáse-- mos a admitir que dicha fidelidad fuese un deber jurídico por corresponder a él, en-- el otro cónyuge, un derecho de exigir su observancia, eso no bastaría para elevar -- su incumplimiento a la categoría de delito..." y agrega: "A nadie se ha de proce-- sar y condenar criminalmente por inmorales que sólo afectan a sí propio... -- ¿Será la honestidad del marido inocente la que sufra el ultraje? Apenas tiene sen-- tido la pregunta. Imposible alegar que es un ultraje al honor, porque es absurdo e -- injusto proclamar que sufra ultraje la honra de una persona inocente por la conducta de otra culpable. Tampoco puede apoyarse su punibilidad en que ataca el orden de

la familia. Observamos, en primer lugar, que cuando en un matrimonio se da el -- adulterio, ya no existe el orden, la armonía y el amor familiar sino de una manera -- nominal, ficticia... En segundo término, si el adulterio perturba el orden de la fa -- milia, debe sostenerse que infiere a la sociedad un daño de carácter público; en -- contra de ello, las legislaciones, lo declaran un delito privado" (139).

Por su parte Diego Vicente Tejera expresa su parecer manifestando: -- "La familia propiamente dicha es la que crea dos seres de sexo contrario, unidos por el amor. El adulterio de uno de los cónyuges destruye esta unidad formada para la -- propagación de la especie, si no estaba de antemano destruída, porque produce el -- abandono por parte de uno de esa entidad, o la desatención de sus obligaciones, per -- judicándose grandemente los productos del matrimonio... Pero lo que afecta a este -- grupo tan necesario para la vida, ¿debe considerarse como productor de efectos so -- ciales? Ciertamente no. Todos los actos de las familias son de orden privado..... ¿Por qué, pues, cuando se comete un acto que no es más que la violación de un pa -- cto que ataca a la familia ha de llevarse el asunto al Derecho penal? ¿No hay bas -- tante sanciones civiles para castigar y evitar el estado de desilución que crea el -- adulterio? Ciertamente que sí; está el divorcio, está la pérdida de gananciales, de -- los dotales, están las indemnizaciones y muchas más, incluso la prohibición de nue -- vas nupcias. El adulterio ataca en muchos casos la institución privada de la familia, -- pero todas sus consecuencias deben ser privadas y deben ser tratadas dentro del Dere -- cho privado general" (140).

En cambio juristas como Pacheco estiman: "Sería necio, sería malso -- nante, el detenerse un momento a demostrar que el adulterio debe ser, no puede me -- nos que ser, considerado por la ley como delito. El adulterio es el más grave de los -- de esta esfera; porque ninguno causa a la sociedad, a la vez, tanto desorden mate -- rial" (141).

El propio Garrara reconoce: Que la fidelidad conyugal incontrover -- sablemente constituye un deber jurídico, porque a él corresponde el derecho, en el -- otro cónyuge, a exigir su observancia. La violación de este derecho, reprobable -- enfrente de la ley moral y de la jurídica, es el adulterio, tanto cuando la infidelidad -- se comete por la mujer en perjuicio del derecho marital, como cuando se comete por -- el marido en ofensa de su consorte" (142).

Al forjarse el Código Penal del año de 1931, que nos rige, la gene -- ralidad de los miembros de la Comisión redactora propugnó porque se borraría del --- proyecto el adulterio, a despeso de D. Luis Garrido y de José Angel Ceniceros, -- cuyo parecer a la larga fué el que privó, y para quienes: "...reconociendo las acer -- bas y en ocasiones justificadas críticas que se han hecho para excluir el adulterio de

los ámbitos del derecho punitivo, juzgaron que se debía seguir incluyendo en los Códigos Penales, porque tal inclusión representaba por lo menos, un valladar que se -- opone al desenfreno y al relajamiento de las costumbres, porque la ley penal, aparte de un aspecto coercitivo, tiene también una alta misión civilizadora".

#### 44.- NOTA DE DERECHO COMPARADO.

Haciéndose eco de las críticas que hemos consignado legislaciones -- como la inglesa y la española vigente han suprimido el total carácter delictuoso del adulterio.

## NOTAS BIBLIOGRAFICAS DEL CAPITULO NOVENO.

- (123) Francisco Gonzáles de la Vega, *Derecho Penal Mexicano (Los delitos)*. No. - 579, págs. 433. Edit. Porrúa, S. A. México, 1955.
- (124) Eugene Petit. *Tratado Elemental de Derecho Romano*, No. 88 - II, pág. 107. Editora Nacional S. de R. L. México 1958.
- (125) Heinrich Lehmann. *Derecho de Familia*. Vol. IV, No. 26 págs. 234-235.-- Edit. Revista de Derecho Privado. Madrid.
- (126) *Exposición de Motivos*, pág. 69.
- (127) *Nuestra Ley Penal*, página 576-577.
- (128) Citado por Demetrio Sodi, obra citada, pág. 581.
- (129) Demetrio Sodi, obra citada, página 582.
- (130) Francisco González de la Vega. obra citada, No. 587, pág. 439.
- (131) Séptima Sala del Tribunal Superior de Justicia del D. F., *Anales de Jurisprudencia*, T. IV, pág. 584.
- (132) Francisco González de la Vega, obra citada, No. 588, pág. 439.
- (133) F. González de la Vega, obra citada, No. 590, pág. 440.
- (134) F. González de la Vega, obra citada, No. 595, pág. 442-443.
- (135) Séptima Sala del Tribunal Superior de Justicia del D. F. *Anales de Jurisprudencia*, T. IV, pág. 441.
- (136) F. González de la Vega, obra citada, No. 597, págs. 444-445.
- (137) Garraud, *Traité*, T. V., párrafo 2146.
- (138) Demetrio Sodi. *Nuestra Ley Penal*, pág. 581-582.
- (139) *Trabajos del Seminario de Derecho Penal*. Suplemento al tomo V, Madrid, - 1924, págs. 187-188.

- (140) El Adulterio, páginas 165-167. Habana, Cuba. 1928.
- (141) El Código Penal concordado y comentado. T.III, pág. 104.
- (142) Programa T. III, párrafo 1872. Citado por González de la Vega, obra citada No. 584, pág. 436.

## CAPITULO DECIMO

### EL ADULTERIO EN EL CODIGO CIVIL MEXICANO DE 1928

Sumario: 45.- Principios ordinarios. 46.- Comparación entre el adulterio civil y el adulterio penal. 47.- Comprobación del adulterio.

## 45.- PRINCIPIOS ORDINARIOS.

En el Código Civil vigente se declara terminantemente que: "El divorcio disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro" (artículo 266).

"Son causas de divorcio:

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

II.- El hecho de que la mujer dé a luz, durante el matrimonio, un hijo concebido antes de celebrarse ese contrato, y que judicialmente sea de clarado ilegítimo;

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

IV.- La incitación a la violencia hecha por un cónyuge al otro para cometer algún delito, aunque no sea de incontinencia carnal;

V.- Los actos inmorales ejecutados por el marido o por la mujer con el fin de corromper a los hijos, así como la tolerancia en su corrupción;

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;

VII.- Padecer enajenación mental incurable;

VIII.- La separación de la casa conyugal por más de seis meses -- sin causa justificada:

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

X.- La declaración de ausencia legalmente hecha, o la de pre-

sunción de muerte, en los casos de excepción en que no se necesita para que se haga que proceda la declaración de ausencia;

XI.- La sevicia, las amenazas o las injurias graves de un cónyuge para el otro;

XII.- La negativa de los cónyuges de darse alimentos, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 164, siempre que no puedan hacer efectivos -- los derechos que les conceden los artículos 165 y 166;

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

XIV.- Haber cometido uno de los cónyuges un delito que no sea po- lítico, pero que sea infamante, por el cual tenga que sufrir una pena de pri- sión mayor de dos años:

XV.- Los hábitos de juego o de embriaguez o el uso indebido y persistente de drogas enervantes, cuando amenazan causar la ruina de la fami- lia o constituyen un continuo motivo de desavenencia conyugal;

XVI.- Cometer un cónyuge contra la persona o los bienes del otro un acto que sería punible si se tratara de persona extraña, siempre que tal ac- to tenga señalada en la ley una pena que pase de un año de prisión;

XVII.- El mutuo consentimiento.

Además el artículo 268 señala otra causal, al prescribir "Cuan- do un cónyuge haya pedido el divorcio o la nulidad del matrimonio por causa que no haya justificado o que haya resultado insuficiente, el demandado tiene a su vez el derecho de pedir el divorcio, pero no podrá hacerlo sino pasados- tres meses de la notificación de la última sentencia. Durante estos tres meses, los cónyuges no están obligados a vivir juntos".

"La enumeración de las causales de divorcio que hace el artícu- lo 267 del Código Civil, no es meramente enunciativa, sino que es limitativa- y, en consecuencia, fuera de las causas expresadas por la ley, no puede invo- carse otra ni por analogía, ni aún por mayoría de razón, haciéndose indispen- sable otra disposición expresa para crear una nueva causal de divorcio".

Como pauta general se decreta que "El divorcio sólo puede ser- demandado por el cónyuge que no haya dado causa a él, y dentro de los seis-



meses siguientes al día en que hayan llegado a su noticia los hechos en que se funda la demanda" (art. 278).

Este texto se justifica, por dos razones: primero, porque se presume con toda justicia el perdón de la ofensa recibida, cuando el esposo ofendido ha dejado transcurrir un término razonable, sin intentar el divorcio; y segundo, porque se estima indebido que el cónyuge culpable está indefinida en un momento en el que quizá ya se hayan disipado totalmente las huellas de culpas pasadas.

Finalmente, el artículo 279, previene que "Ninguna de las causas enumeradas en el artículo 267 pueden alegarse para pedir el divorcio cuando hayan mediado perdón expreso o tácito."

Si la ley dispensa a uno de los esposos la facultad de demandar el divorcio por cualesquiera de las causas que señala, nada hay que pueda vedar el que desista perdonando expresa o tácitamente el agravio recibido.

Para que el perdón aproveche al culpable, debe recaer sobre hechos perfectamente conocidos por el cónyuge inocente, supuesto que resulta imposible perdonar aquello que se desconoce.

Concedido el perdón, el cónyuge agravante, no podrá ser demandado por las mismas causas que motivaron ese perdón. Por ende, pese a que el perdón se hubiere dado en forma condicional, en virtud de la promesa del ofensor de enmendar su conducta futura, el perdón para los efectos legales debe tenerse por otorgado, y en tal virtud las ofensas perdonadas no podrán invocarse para demandar el divorcio.

La reconciliación de los esposos es otro motivo que borra la acción de divorcio, y así el artículo 280 dice lo siguiente: "La reconciliación de los cónyuges pone término al juicio de divorcio en cualquiera estado en que se encuentre, si aún no hubiera sentencia ejecutoria. En este caso los interesados deberán denunciar su reconciliación al juez, sin que la omisión de esta denuncia destruya los efectos producidos por la reconciliación".

La razón de ser de este principio, es que la reconciliación presupone el perdón del consorte ofendido, dado que no se comprende la reanudación de la vida en común, si no media anticipadamente el perdón de la afrenta inferida.

Finalmente es conveniente puntualizar que la H. Suprema Corte-

de Justicia de la Nación ha sentado la tésis jurisprudencial No. 153, del tenor siguiente: "DIVORCIO AUTONOMIA DE LAS CAUSALES. La enumeración de las causales de divorcio que hace el Código Civil del Distrito y Territorios Federales y los códigos de los Estados que tienen iguales disposiciones, es de carácter limitativo y no simplemente ejemplificativo, por lo que cada causal tiene carácter autónomo y no pueden involucrarse unas en otras, ni ampliarse por analogía, ni por mayoría de razón" (143).

Acorde con esa jurisprudencia nuestro máximo tribunal de Justicia ha resuelto: "DIVORCIO. CAUSALES DE ADULTERIO. LEGISLACION DEL DISTRITO FEDERAL.- Si la causal de adulterio no fué invocada expresamente como base de la acción, no debe tomarse en cuenta, siendo pertinente aclarar que no procede que el adulterio de uno de los cónyuges se interprete como injuria grave para el otro, porque el adulterio es una causal autónoma tipificada en la fracción I del artículo 267 del Código Civil del Distrito y Territorios Federales y es un recurso inaceptable el de que, para subsanar el error de no haberla invocado específicamente como causal del divorcio se pretenda presentarla como una injuria "latu sensu". (144)

#### 46.- COMPARACION ENTRE EL ADULTERIO CIVIL Y EL ADULTERIO PENAL:

Nuestra ley civil vigente al igual que el código represivo emplea la palabra adulterio sin definir o precisar su conotación específica, lo que en concepto de la doctrina significa que remite a su concepto corriente o general o sea el acceso carnal que una persona tiene con persona distinta de su cónyuge.

Ahora bien, mientras para el Código Civil (art. 267 frac. I) el adulterio debidamente probado de uno de los cónyuges es causa indefectible de divorcio, lo que quiere decir que el texto se refiere al género adulterio (dentro del cual caben todas las especies), el Código Penal sólo tipifica como delito de adulterio dos especies del mismo; el que se comete en el hogar conyugal o con escándalo (art. 273).

En otras palabras mientras todo delito de adulterio es causal de divorcio, no todo adulterio puede ser sancionado penalmente, y sin embargo - valer como causal de divorcio.

Desde otro punto de vista, nuestros tribunales han expresado su sentir sobre las disparidades entre el adulterio penal y el civil, aclarando: --- "ADULTERIO.- Su apreciación en un juicio civil es menos estricta que en lo penal.- El juzgador de un adulterio civil debe ser menos estricto que el de lo penal, puesto que la sanción tiene sólo un carácter civil; la disolución de un-

vínculo matrimonial al que considera por las pruebas presentadas, que no vale la pena conservar. El criterio del juzgador civil, es más amplio, más comprensivo, más humano en relación con el esposo que aporta tal cantidad de pruebas que sería cruel obligarlo a seguir casado. En lo penal como se trata de la imposición de una condena, es más restrictivo el criterio sobre el adulterio" (145).

#### 47.- COMPROBACION DEL ADULTERIO.

La H. Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido - la tésis jurisprudencial No. 165, del tenor siguiente: **DIVORCIO. LAS CAUSALES DEBEN PROBARSE PLENAMENTE.**- La institución del matrimonio es de orden público, por lo que la sociedad está interesada en su mantenimiento y sólo por excepción la ley permite que se rompa el vínculo matrimonial. Por tanto, en los divorcios necesarios es preciso que la causal invocada quede plenamente probada, así como que la acción se haya ejercitado oportunamente, es decir, - antes de su caducidad" (146).

- Nos parece acertada la postura de nuestro más alto tribunal y - consideramos correcta la tésis jurisprudencial transcrita, como principio general, sin embargo no compartimos el criterio sustentado por la propia Corte Suprema en diversas ejecutorias, en el sentido siguiente: "**DIVORCIO. CAUSAL DE --- ADULTERIO.**- El adulterio debe demostrarse en forma indubitable y no presuncionalmente, por lo tanto no bastan las declaraciones de testigos que suponen - sin razonar la comisión del adulterio" (147).

En efecto, no debe olvidarse que el adulterio como todo acto - impúdico es refractario a la prueba directa, por lo que se ha de admitir la -- prueba indirecta para justificar su existencia.

Ya desde las Leyes de Partidas se admitía que el adulterio podía comprobarse por presunciones vehementes y así la Ley 12, Título 14, Partida - 3a. decía: "Es presunción vehemente de que una mujer cometió adulterio al en contrarla hablando en lugar sospechoso, con un hombre, después de haberle -- prohibido su marido el trato con el mismo y de haber requerido a éste por tres veces ante testigos".

Así lo prevenían igualmente las Leyes de Toro, comentadas por el ilustre jurista Vilanova en el sentido siguiente: "Que siendo difícil probarse el adulterio de una manera completa, porque precisamente para su éxito -- cumplido buscan los delincuentes las ocasiones más ocultas, era necesario admitir como pruebas los indicios y presunciones de derecho, ó las vehementes del - hombre, como el hallazgo del adúltero y adúltera solos en un aposento ú otro-

lugar recóndito, desnudos, cerradas las puertas, yaciendo en su propio lecho, ó en otra disposición que induzca presunción tan fuerte y violenta, que no deje motivo para presumirse otro hecho que el de adulterio" (148).

"El Derecho Canónico para comprobación del adulterio para pedir el divorcio, sólo exigió las sospechas apoyadas en los actos preliminares ó próximos á la consumación del acto carnal. Así lo acredita el cap. Dixit Dominus 32 quaest 1, que dice: Ubi quinque est fornicatio, vel fornicationis suspicio, libere dimittitur uxor; y así aparece del cap. Litueris de praesumption, que declaró que podía pronunciarse sentencia de divorcio, ob violentam adulteri suspicionem, determinando como tal, haber encontrado á los sospechosos" ... (149).

Muy atinada y completa nos parece la opinión del señor Licenciado Francisco González de la Vega, quien asevera: "Dado que los actos de adulterio se cometen rodeándolos de íntimo secreto y de grandes precauciones, salvo los casos de sorpresa flagrante ó de confesión de sus autores, la demostración procesal del fornicio es difícil, pudiendo sin embargo, establecerse indirectamente mediante pruebas de indicios, testimonios, correspondencia amorosa, revelaciones a terceros, etc., de las que pueda con certidumbre inferirse la unión sexual. En cuanto a los casos de sorpresa a los adúlteros, generalmente se estima que es bastante se les encuentre en situaciones reveladoras de la intimidad carnal, como cuando están en el mismo lecho, o en ropas menores en la misma alcoba, o cuando se han introducido sin otra posible explicación a un cuarto de hotel o a lugares apropiados para los amoríos ilícitos, etc." (150).

En nuestro concepto las presunciones como medio de prueba son lo más vigoroso según la técnica jurídica, cuando están perfectamente ligadas entre sí de tal suerte que según la naturaleza de los hechos, la prueba de ellos y el enlace natural más o menos necesario entre la verdad conocida y la que se busca, sean bastantes para considerar que su conjunto forma prueba plena.

Pero insiste la doctrina en que estas presunciones deben ser de tal calidad, que en cualquier persona imparcial, distinta del juzgador, formen la misma convicción, y así Framarino subraya: El convencimiento judicial no debe estar fundado en apreciaciones subjetivas del Juez, debe ser tal, que los hechos y las pruebas sometidas a su juicio, una vez que sean sometidas de nuevo al juicio desinteresado de cualquier otro ciudadano razonable, produzcan en éste, el mismo convencimiento que han producido en el Juez" (151).

Este requisito es importantísimo, es el que los autores denominan de carácter social del convencimiento.

Consecuentemente, si de las pruebas aportadas al proceso no puede inferirse con certidumbre la relación carnal ilícita, el Juez debe absolver, como lo hiciera el Juez Primero de lo Civil en un negocio sometido a su decisión, en el que reiteró que: "El adulterio debe probarse debidamente, sin que baste para acreditarlo que uno de los esposos posea la fotografía de la persona con quien se imputa lo comete. La prueba fotográfica sólo acredita la existencia de la fotografía, sin que de la misma se pueda desprender presunción alguna sobre la imputación de adulterio, pues ésta siempre supone relaciones sexuales y para constituir la causal de divorcio, según la fracción I del artículo 267 del Código Civil, tiene que probarse debidamente" (152).

Han sido las consideraciones anteriormente expuestas, las que han inducido al Tribunal Superior de Justicia del Distrito y Territorios Federales, ha concretar en multitud de ejecutorias lo siguiente: "ADULTERIO. PRUEBA. En la generalidad de los casos no puede comprobarse directamente la existencia de la unión carnal, teniendo que recurrirse a la prueba presuncional..." (153).

## NOTAS BIBLIOGRAFICAS DEL CAPITULO DECIMO

- (143) Semanario Judicial de la Federación. Apéndice que contiene la Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de 1917 a -- 1965, página 492.
- (144) Ejecutoria de la tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Semanario Judicial de la Federación, Quinta época T. CXXVI, -- pág. 582. Amparo directo No. 2971/53. Juan Neuman Nilssen. 5 vo-- tos.
- (145) Ejecutoria de la Tercera Sala de la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación. Semanario Judicial de la Federación, T. XCVII pág. 47.
- (146) Semanario Judicial de la Federación Apéndice que contiene la Jurispru-- dencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de 1917 a 1965, pág. 506.
- (147) Semanario Judicial de la Federación, T. CXXII, pág. 107. Ejecutoria-- de la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- (148) Cita tomada de Demetrio Sodi. Nuestra Ley Penal, pág. 584-585.
- (149) Blas José Gutiérrez. Apuntes sobre los fueros. T. II, pág. 279.
- (150) Derecho Penal Mexicano. No. 593, pág. 441.
- (151) Lógica de las Pruebas, Tomo I, pág. 62.
- (152) Anales de Jurisprudencia, Tomo LXXVII, pág. 219.
- (153) Ejecutoria de la Séptima Sala del Tribunal Superior de Justicia del Dis-- trito y Territorios Federales, publicada en el Tomo V, pág. 584 de la-- Revista Anales de Jurisprudencia.