



320
22'

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

ANALISIS DE LAS FRACCIONES VI Y VII
DEL ARTICULO 267 DEL CODIGO CIVIL
PARA EL DISTRITO FEDERAL Y SU
APLICACION ACTUALMENTE.

T ■ E ■ S ■ I ■ S
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A
ALFREDO GARCIA ROSAS

FALLA DE ORIGEN



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

I N D I C E

INTRODUCCION

CAPITULO I.- MATRIMONIO Y PROBLEMATICA SOCIO-JURIDICA

- A) Concepto de matrimonio 1
- B) Generalidades sobre los requisitos para con-
traer matrimonio 7
- C) Fines del matrimonio 20
- D) Formas de extinción del matrimonio 24

CAPITULO II.- EL DIVORCIO COMO FORMA DE EXTINCION DEL MATRIMONIO

- A) Concepto de divorcio 31
- B) Causas del divorcio en general y su clasifi-
cación 35
- C) Clases de divorcio: a) Vincular 40
b) No Vincular 42
- D) Características del divorcio necesario o -
contencioso 44
- E) Consecuencias del divorcio en cuanto a los
cónyuges e hijos 48
- F) Consecuencias socio-jurídicas del divorcio 54

CAPITULO III.- ANALISIS DE LOS TERMINOS IMPOTENCIA, - ENFERMEDADES CRONICAS O INCURABLES QUE SEAN CONTAGIOSAS Y/O HEREDITARIAS Y LA ENAJENACION MENTAL INCURABLE COMO CAU- SALES DE DIVORCIO

- A) Concepto de impotencia y formas de manifes-
tación. Solución en algunos casos 59

A

I N D I C E

INTRODUCCION

CAPITULO I.- MATRIMONIO Y PROBLEMATICA SOCIO-JURIDICA

- A) Concepto de matrimonio 1
- B) Generalidades sobre los requisitos para con-
tratar matrimonio 7
- C) Fines del matrimonio 20
- D) Formas de extinción del matrimonio 24

CAPITULO II.- EL DIVORCIO COMO FORMA DE EXTINCION DEL
MATRIMONIO

- A) Concepto de divorcio 31
- B) Causas del divorcio en general y su clasifi-
cación 35
- C) Clases de divorcio: a) Vincular 40
b) No Vincular 42
- D) Características del divorcio necesario o -
contencioso 44
- E) Consecuencias del divorcio en cuanto a los
cónyuges e hijos 48
- F) Consecuencias socio-jurídicas del divorcio 54

CAPITULO III.- ANALISIS DE LOS TERMINOS IMPOTENCIA, -
ENFERMEDADES CRONICAS O INCURABLES QUE
SEAN CONTAGIOSAS Y/O HEREDITARIAS Y LA
ENAJENACION MENTAL INCURABLE COMO CAU-
SALES DE DIVORCIO

- A) Concepto de impotencia y formas de manifes-
tación. Solución en algunos casos 59

B) Generalidades sobre las enfermedades crónicas o incurables que son contagiosas y/o hereditarias y crítica a las expuestas por el Código Civil vigente en el artículo 267 -- fracción VI 70

C) Determinación del término curable o incurable en cuanto a las enfermedades crónicas o incurables que son contagiosas y/o hereditarias que regula la fracción VI del artículo 267 del Código Civil vigente 79

D) Consideraciones médico-legales sobre la enajenación mental incurable 83

CAPITULO IV.- ANALISIS DE LA PROBLEMÁTICA QUE PRESENTAN LAS CAUSALES DE LAS FRACCIONES VI Y VII - DEL ARTICULO 267 DEL CODIGO CIVIL VIGENTE EN LA ACTUALIDAD

A) Comentarios a la reforma de la fracción VI que regula las enfermedades crónicas o incurables que sean contagiosas y/o hereditarias como causal de divorcio en los Códigos Civiles de 1884 y el Código Civil vigente 92

B) Paralelo de las causales de las fracciones VI y VII del artículo 267 del Código Civil vigente con el Derecho Canónico 97

C) Relación de las enfermedades contagiosas incurables con el delito previsto en el artículo 199, bis. del Código Penal vigente 103

E) Necesidad de reformar las fracciones VI y -

VII del artículo 267, tomando en cuenta los avances de la ciencia	118
CONCLUSIONES	123
BIBLIOGRAFIA	127
INDICE	A

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

INTRODUCCION

Desde los primeros tiempos de la humanidad, la salud ha sido y es una de las principales preocupaciones del hombre, ya que ha tenido una serie de repercusiones en el campo del Derecho que - han preocupado al jurista.

El interés social tiene primacía sobre el interés individual en cuanto atañe a la salud, y por ende, enfocado en nuestro - tema de estudio, a la constitución y funcionamiento de la familia, ya que así se asegura la salud familiar y la descendencia sana.

Por ello, las leyes deben ir viviendo con las costumbres de los pueblos donde se aplican, reglamentando estas costumbres pa - ra evitar exageraciones, pero nunca deben tratar de mantener ideas caducas o de revivir las fenecidas.

Desgraciadamente para nosotros, en nuestra legislación - tenemos claros ejemplos de textos inaplicables por corresponder a ideas que ya pasaron; que tal vez coincidieron con las costumbres de un lejano tiempo, pero que hoy en día solo sirven para apreciar un tiempo y espacios ya pasados.

Instituciones fundamentales de Derecho público y privado evolucionan ante nuestros ojos y adquieren nuevas formas bajo la - presión incoercible de fuerzas sociales transformadoras, como lo - es en este caso el divorcio. La ciencia, la técnica y la doctrina modernas influyen decisivamente en la producción de estos cambios

en la esfera del Derecho. Se explica el que se hable con insistencia de la crisis del Derecho civil, en cuanto con ello se apunta a la aparición de normas jurídicas determinadas por necesidades, problemas y doctrinas de la vida contemporánea que, lógicamente, no han debido inquietar a los legisladores de otras épocas.

En el presente estudio, nos detendremos a considerar de una manera un tanto esquemática un aspecto de este movimiento doctrinario y legislativo. Es el que tiende a preservar la salud de la especie humana con sanciones jurídicas destinadas a evitar la transmisión de enfermedades contagiosas y hereditarias. En rigor, las leyes de este género han ido modificando las normas del matrimonio civil al incidir sobre los requisitos previos a su celebración, la aptitud biológica de los contrayentes, el régimen de los impedimentos y las causas de divorcio.

Ocurre con mucha frecuencia que cuando los ordenamientos legales establecen enumeraciones y, sobre todo si éstas constituyen hechos del hombre, sean ampliadas, limitadas o reestructuradas, al cabo de un período no muy prolongado, con el objeto de adaptarlas a las nuevas condiciones de vida, a la realidad social o simplemente a los resultados de la experiencia, para afianzar o consolidar la institución.

De esta forma, debemos partir de una base a fin de determinar la necesidad de la revisión de las actuales causales como las que son objeto de nuestro estudio, y esta base es la utilidad del divorcio, más no la necesidad. Si es una institución útil, ello se

deduce a nuestro modo de ver, a que se encuentra incorporada en -- nuestra legislación y en otras conocidas, por lo tanto debemos tratar de darle la mayor precisión y que contemple adecuadamente la -- finalidad de la institución para asegurarle la mayor eficacia posible.

Al hacer referencia a la mayor eficacia estamos aludien-- do a la revisión de las causales que analizaremos, para darles ma-- yor precisión y evitar su desnaturalización.

Para que la revisión de las causales llene su verdadero cometido es necesario otorgarle a estas su cabal significación, -- configurarlas de tal modo que no desborden el ámbito propio de su actuación y delimitarlas para que cumplan su rol social en orden -- a la finalidad propuesta. Para ello debemos tener en cuenta primor-- dialmente que las causales indicadas son las que mueven y regulan, junto con las dieciséis restantes, el proceso de divorcio conten-- cioso.

Para llevar a cabo todo el presente estudio, no debemos olvidar la finalidad del matrimonio; un consorcio para toda la vida ("consortium omnia vita"). Por lo que si el matrimonio es fusión para toda la vida, debemos tratar de darle a las causales, íntima-- mente unidas a la noción de matrimonio, una entidad relevante de -- tal modo que por su gravedad, constituyan un verdadero peligro pa-- ra la salud, honor, moralidad, honestidad y seguridad de sus inte-- grantes.

En nuestro Derecho las enfermedades crónicas, contagiosas

e incurables, la impotencia incurable y las enfermedades mentales constituyen causales de divorcio. El propósito del presente trabajo es analizar, cuestionar, explicar y proponer nuevas tendencias con respecto a dichos preceptos, vistos desde un punto de vista actual y su repercusión en los matrimonios contraídos válidamente.

C A P I T U L O

I

"MATRIMONIO Y PROBLEMATICA SOCIO-JURIDICA"

A) CONCEPTO DE MATRIMONIO

Etimológicamente la palabra matrimonio deriva de la latina "matrimonium", la cual deriva, a su vez, de las voces "matris numium" que significan carga, gravamen y cuidado de la madre. Comentando esta etimología, decían los Decretales de Gregorio IX que: "para la madre el niño es, antes del parto, oneroso; doloroso en el parto, y después del parto, gravoso, por cuya razón el legítimo enlace del hombre y la mujer se ha denominado matrimonio, más bien que patrimonio". (1)

Al respecto Sara Montero nos dice: "la palabra matrimonio deriva de la voz latina "matrimonium", que significa "carga de la madre". A su vez la palabra "patrimonio" expresa carga del padre ("patris numium"). El significado de ambas palabras es ilustrativo al respecto, pues lleva implícito el sentido tradicional de la distribución de las cargas en los pilares de la familia: el padre y la madre. El padre que debe proveer al sustento del grupo familiar, y la madre que lleva el peso de la maternidad y el cuidado y crianza de los hijos y la organización del hogar". (2)

En el Derecho romano se definía al matrimonio, como la vida consuetudinaria entre los cónyuges que establecen un consorcio para toda la vida, en él existe comunicación del derecho divino y humano. (3)

(1) Ibarrola, Antonio de. Derecho de Familia. Edic. 3a. Ed. Porrúa México, 1984. p. 155.

(2) Montero Duhalt, Sara. Derecho de Familia. Edic. 3a. Ed. Porrúa México, 1987. p. 95.

(3) Galindo Garfias, Ignacio. Derecho Civil. Primer Curso. Edic. 9a. Ed. Porrúa. México, 1989. p. 486.

Diversos conceptos de matrimonio se han dado por cuantos autores han tratado el tema, así, para Ahrens es "la unión formada entre dos personas de sexo diferente, a fin de producir una comunidad perfecta de toda su vida moral, espiritual y física, y de todas las relaciones que son su consecuencia". Para Falcón, "la unión indisoluble que bajo las prescripciones de las leyes civiles y religiosas forman el hombre y la mujer para procurar la procreación de los hijos, ayudarse mutuamente y santificar su vida y sus costumbres". Para De Casso, "la unión solemne e indisoluble de hombre y de mujer para prestarse mutuo auxilio y procrear y educar hijos".

(4)

El matrimonio es para Cicú "una comunidad plena de vida material y espiritual, una íntima fusión de dos vidas en una sola. El matrimonio, como institución natural se basa en el instinto sexual, pero al pasar el hombre del estado de la animalidad al de sociabilidad, y por lo tanto de espiritualidad, se ha sublimado convirtiéndose en unión de almas". (5)

Para Joaquín Escriche, inspirado en las Partidas, el matrimonio era "la sociedad legítima del hombre y la mujer, que se unen en vínculo indisoluble para perpetuar su especie, ayudarse a llevar el peso de la vida y participar de una misma suerte". En términos semejantes definían los códigos para el Distrito y Territorios Federales del siglo pasado (1870 y 1884), por su marcada influencia del Derecho español. (6)

{ 4 } Cit. por Ibarrola, A. de. Ob. cit. p. 156.

{ 5 } Cit. por Pina Vara, Rafael de. Derecho Civil Mexicano. Vol. I. Edic. 8a. Ed. Porrúa. México, 1977. p. 314.

{ 6 } Montero Duhalt, S. Ob. cit. p. 96.

La definición que presentaba el Código de Napoleón se basaba en el concepto de Portalis: "es la sociedad del hombre y la mujer, que se unen para perpetuar su especie y para ayudarse mutuamente a llevar el peso de la vida". (7)

El Código de 1870 en su artículo 159, reproducido por el 155, dio del matrimonio la siguiente definición: "El matrimonio es la sociedad legítima de un solo hombre y una sola mujer que se unen con vínculo indisoluble para perpetuar su especie y ayudarse a llevar el peso de la vida". Notémoslo bien: el peso de la vida, de la vida toda, no de unos meses, no de unos años. La Ley sobre Relaciones Familiares de 1917 en su artículo 13 cambia la definición. En vea de sociedad legítima, inserta contrato civil. Además suprime - como gran obsequio a la patria mexicana el carácter de indisolubilidad. (8)

Planiol dice del matrimonio, que es "el acto jurídico - por el cual el hombre y la mujer establecen entre sí una unión que la ley sanciona y que no pueden romper por su voluntad". El doctor Rafael de Pina, define el matrimonio como "el acto bilateral solemne que produce entre dos personas de diferente sexo una comunidad de vida destinada al cumplimiento de los fines espontáneamente derivados de la naturaleza humana y de la situación voluntaria aceptada por los cónyuges". (9)

La maestra Sara Montero tratando de dar un concepto del mismo, dice que "el matrimonio es la forma legal de constitución -

(7) Galindo Garfias, I. Ob. cit. p. 474.

(8) Loc. cit.

(9) Cit. por Pina Vara, R. de. Ob. cit. p. 316.

de la familia a través del vínculo jurídico establecido entre dos personas de distinto sexo, que crea entre ellas una comunidad de vida total y permanente con derechos y obligaciones recíprocos determinados por la propia ley". Este concepto corresponde a la figura del matrimonio dentro de nuestro derecho positivo. (10)

Como se ha podido observar, al matrimonio se la ha definido desde el punto de vista biológico, sociológico, histórico, -- ético, espiritual, económico, religioso y legal, es decir ampliamente. El matrimonio efectivamente, puede contemplarse desde esa pluralidad de ángulos. Pero, aún desde el simple punto de vista legal, no hay unidad de criterio, pues al mismo tiempo es un acto jurídico, que, una vez realizado, produce un estado, el cual es regido por un conjunto de normas que armónicamente organizadas constituyen una institución. ¿Cuál de los tres conceptos: acto jurídico, estado o institución se va a elegir para definir al matrimonio?. -- La mayoría de los autores optan por el primero por ser la fuente y el origen de los otros dos. "El matrimonio es, indiscutiblemente -- un acto jurídico". (11)

En México, el artículo 130 de la Constitución de 1917 ha declarado en su párrafo tercero que el matrimonio es un contrato civil y, por lo tanto, se regula exclusivamente por las leyes del Estado sin que tengan ingerencia alguna los preceptos del Derecho canónico. Sin embargo, debe reconocerse que para la debida interpretación de las normas que regulan los impedimentos, así como para las sanciones de nulidad, es necesario tomar en cuenta el ante-

(10) Montero Duhalt, S. Ob. cit. p. 97.

(11) Loc. cit.

cedente del Derecho canónico. Desde nuestros Códigos Civiles de 1870 y 1884 el matrimonio ha quedado totalmente reglamentado por la ley civil, tanto por lo que se refiere a su celebración ante el Juez del Registro Civil competente, como en lo que atañe a la materia de impedimentos, a los casos de nulidad y a los efectos de la institución. (12)

Haciendo una valoración de todos los conceptos antes expuestos, y tomando en cuenta algunas de las ideas presentadas por los diversos autores, definimos al matrimonio así: "El matrimonio es una institución social y fundamento legal de la familia". Esto resulta de la idea de que constituida la familia, se forma la sociedad inicial sobre la que se desarrollarán todos los demás grupos sociales, concluyendo en la sociedad final que es el Estado. De allí que la institución sea el pilar y sostén de toda la estructura social.

El concepto que como contrato se tiene del matrimonio es desde nuestro punto de vista muy criticable, puesto que el advenimiento del matrimonio civil tuvo paralelo con la Revolución Francesa, donde fué preciso e imprescindible ubicarlo jurídicamente, para de allí poder sustentar sus relaciones, efectos y consecuencias. Y pareció a los juristas que la necesidad del consentimiento de los contrayentes, ubicaba al matrimonio dentro del campo de los contratos. Esa idea se mantuvo y se mantiene hasta nuestros días, en donde la gran mayoría de las legislaciones, como sucede en la nuestra, o lo definen como un contrato o si omiten precisarlo conceptualmen

(12) Rojas Villegas, Rafael. Compendio de Derecho Civil. T. I. Edic. 20a. Ed. Porrúa. México, 1984. p. 288.

te, lo tratan jurídicamente como un contrato y las correspondientes reglas legales o jurídicas le serán aplicables. La crítica a esta posición se puede basar en que los regímenes patrimoniales no se ajustan a las posiciones de un contrato liso y llano, tampoco las relaciones derivadas del matrimonio como lo puede ser la patria potestad, son en manera alguna contrato, y en general, el matrimonio no se contrae para progresar económicamente o con objeto y destino final de lucro.

B) GENERALIDADES SOBRE LOS REQUISITOS PARA CONTRAER MATRIMONIO

El matrimonio, como todo acto jurídico, está compuesto - por elementos de existencia para que surja a la vida jurídica, y - por elementos de validez para que sus efectos sean plenos y no haya lugar a la nulidad. Los primeros están constituidos respectivamente por la manifestación de voluntad de los consortes y del Juez del Registro Civil y por el objeto específico de la institución, - que de acuerdo con la ley consiste en crear derechos y obligaciones entre un hombre y una mujer, tales como hacer vida en común, ayudarse y socorrerse mutuamente, guardarse fidelidad recíproca, etc.

En cuanto a los elementos de validez, en el matrimonio - se observan como para todos los demás actos jurídicos la capacidad, la ausencia de vicios en el consentimiento, la observancia de las formalidades legales y la licitud en el objeto, motivo, fin y condición del acto. En cuanto a la forma, esta puede ser un simple elemento de validez o bien un elemento esencial para la existencia del acto, por constituir una verdadera solemnidad. (13)

Para Rafael de Pina estos requisitos son de tres clases: se refieren a la edad, consentimiento y formalidades. (14) A continuación, procederemos a hacer un breve análisis de cada uno de estos elementos que conforman la constitución del matrimonio.

LA VOLUNTAD

(13) Rojina Villegas, R. Ob. cit. p.p. 297 a 298.
(14) Pina Vara, R. de. Ob. cit. p. 324.

Para la celebración del matrimonio civil se requerirá la manifestación de voluntad de cada uno de los contrayentes de que se quiere contraer matrimonio con el otro. Esto resulta del requisito del "consentimiento de las partes contratantes" y de la "autorización y celebración de un contrato matrimonial". (15)

Esta doble voluntad se manifiesta en dos momentos: primero, en la solicitud de matrimonio que se presenta ante el Juez del Registro Civil del domicilio de cualquiera de los pretendientes; - un segundo momento: en la ~~ceremonia~~ misma de la boda, al contestar "sí" a la pregunta del Juez en el sentido de si acepta como cónyuge a la persona con quien se va a casar. Es en este segundo momento que se configura realmente el consentimiento. La voluntad por lo tanto, se da siempre en forma expresa y verbal, por comparecencia personal de los consortes o por apoderado especial. Además, esta declaración de voluntad habrá de ser meditada, libre y no coaccionada.

EL OBJETO

Rojina Villegas nos comenta "todo acto jurídico requiere un objeto que sea física y jurídicamente posible. La imposibilidad en cualquiera de sus dos formas (física y jurídica) originará la inexistencia del acto. Relacionando el objeto del matrimonio con el de los actos jurídicos en general, podemos decir que desde el punto de vista estrictamente legal, existe también un objeto directo en el acto matrimonial, consistente en la creación de derechos y -

(15) Mascareñas, C.E. Los Requisitos del Matrimonio. Revista de Derecho Puertorriqueño. No. 1. Año. 1961. Ponce, Puerto Rico.

obligaciones entre los consortes, es decir, entre hombre y mujer, de tal manera que los fines específicos del mismo imponen a los -- cónyuges respectivamente la obligación de vida en común, ayuda recíproca, débito carnal y auxilio espiritual. Asimismo, cuando existan hijos, el matrimonio originará consecuencias con relación a los mismos, especialmente todo el conjunto de derechos y obligaciones que origina la patria potestad y la filiación en general". (16)

El artículo 162 del Código Civil vigente en su texto nos expresa lo que podemos entender como el objeto del matrimonio al -- decir que: "Los cónyuges están obligados a contribuir cada uno por su parte a los fines del matrimonio y a socorrerse mutuamente. Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos. Por lo que toca al matrimonio, este será ejercido de común acuerdo por los cónyuges".

Actualmente se puede decir que el objeto determinante del matrimonio ya no lo es el perpetuar la especie, puesto que se llevan a cabo matrimonios de personas que debido a su edad, o por circunstancias muy especiales o de mutuo acuerdo de la pareja, no pueden o no quieren procrear.

En esencia, el matrimonio tendrá como objeto o fin el compartir la vida conyugal lo más armónicamente posible, lo cual lleva implícito como lo dice el citado artículo, el "socorrerse mutuamente".

(16) Rojina Villegas, R. Ob. cit. p. 300.

obligaciones entre los consortes, es decir, entre hombre y mujer, de tal manera que los fines específicos del mismo imponen a los cónyuges respectivamente la obligación de vida en común, ayuda recíproca, débito carnal y auxilio espiritual. Asimismo, cuando existan hijos, el matrimonio originará consecuencias con relación a los mismos, especialmente todo el conjunto de derechos y obligaciones que origina la patria potestad y la filiación en general". (16)

El artículo 162 del Código Civil vigente en su texto nos expresa lo que podemos entender como el objeto del matrimonio al decir que: "Los cónyuges están obligados a contribuir cada uno por su parte a los fines del matrimonio y a socorrerse mutuamente. Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos. Por lo que toca al matrimonio, este será ejercido de común acuerdo por los cónyuges".

Actualmente se puede decir que el objeto determinante del matrimonio ya no lo es el perpetuar la especie, puesto que se llevan a cabo matrimonios de personas que debido a su edad, o por circunstancias muy especiales o de mutuo acuerdo de la pareja, no pueden o no quieren procrear.

En esencia, el matrimonio tendrá como objeto o fin el compartir la vida conyugal lo más armónicamente posible, lo cual lleva implícito como lo dice el citado artículo, el "socorrerse mutuamente".

(16) Rojina Villegas, R. Ob. cit. p. 300.

Galindo Garfias nos dice en cuanto al objeto del acto que consiste "en que la vida en común entre un sólo hombre y una sola mujer, se sujeta a un conjunto de relaciones jurídicas que ambos - han convenido en crear por propia voluntad". (17)

De lo expuesto, podemos decir que el matrimonio produce el efecto de crear una situación jurídica entre los consortes, regida por las normas legales de cuya aplicación no pueden en ningún caso quedar eximidos los consortes. Las relaciones jurídicas que - dan forma y contenido al estado de matrimonio, tienden todas ellas a asegurar una comunidad de vida permanente entre los cónyuges. Así la comunidad de vida entre los cónyuges será el elemento fundamental, constitutivo del matrimonio, siempre que, a través de la vida en común, es posible la realización de los fines de la institución en forma cabal. La reciprocidad e igualdad de los deberes y derechos de los cónyuges, tienden a lograr que la comunidad de vida entre ambos sea más fácil, más llevadera, tanto para el marido como para la mujer.

LAS SOLEMNIDADES

El doctor Galindo Garfias expresa que por ser el matrimonio un acto solemne, "las declaraciones de voluntad de los contrayentes deben revestir la forma ritual que la ley establece en ausencia de la cual, el acto de celebración del matrimonio, es inexistente". (18) El artículo 146 del Código Civil dispone que el matrimonio "debe celebrarse ante los funcionarios que la ley establece y

(17) Galindo Garfias, I. Ob. cit. p. 490.

(18) Loc. cit.

con las formalidades (solemnidades) que ella exige".

Existe una distinción entre lo que son las solemnidades y las formalidades. Las primeras son esenciales para la existencia - del matrimonio, en tanto que las formalidades solo se requieren para su validez. Es decir, si faltan las solemnidades el matrimonio será inexistente; en cambio, si no se observan las formalidades requeridas por la ley, el matrimonio será existente, pero nulo. De lo expuesto se desprende que la solemnidad es una formalidad que la - técnica jurídica ha elevado, a la categoría de un elemento de existencia.

De acuerdo con el Código Civil vigente, los artículos 102 y 103 incluidos en el Capítulo VII, de las Actas de Matrimonio, Título Cuarto, denominado "Del Registro Civil", nos permiten observar las solemnidades y formalidades de la institución en estudio.

Por cuanto a las solemnidades se refiere, estas consisten en forma sintetizada:

- En la presencia del Juez del Registro Civil.
- En las declaraciones de voluntad de los contrayentes, emitidas - ante dicho funcionario en el acto de la celebración del matrimonio.
- En la declaración del Juez del Registro Civil que deberá hacerse también en el mismo acto.
- En la redacción del acta de matrimonio que debe levantarse en el mismo acto, por el Juez del Registro Civil, en el libro IV del Registro Civil destinado a contener las actas de matrimonio.

Por lo que se refiere al acta de matrimonio, se requiere que en --

ella consten:

- Los nombres, apellidos y demás generales de identidad de los pretendientes.
- La mención de que estos últimos declaren su voluntad de unirse - en matrimonio.
- La constancia de la declaración del Juez del Registro Civil en el sentido de que este funcionario declara unidos a los contrayentes, en el nombre de la ley y de la sociedad.
- La firma de los pretendientes y la del Juez del Registro Civil.
- Los nombres de los testigos, así como su edad y demás datos de - identidad.

CAPACIDAD DE LAS PARTES

La celebración del matrimonio exige la madurez de juicio necesario para que el Derecho reconozca a los futuros contrayentes capacidad de obrar. Se necesita además, que posean la madurez sexual apta para cumplir las obligaciones que impone el matrimonio. Esta, a la que los romanos daban el nombre de pubertad ("pubertas") exige en el ser humano una cierta edad que varía en los diferentes individuos y que en ambos sexos se manifiesta por signos exteriores; y como el desarrollo mental suele ir a la par del corporal, - el Derecho declarará simultánea la madurez sexual y espiritual y, con sigüientemente, la capacidad jurídica de obrar. (19)

Para Rojina Villegas "la capacidad de ejercicio en el matrimonio supone la capacidad de goce, es decir, que ya se tiene la (19) Ibarrola, A. de. Ob. cit. p. 200.

edad núbil, pero además que se han cumplido los catorce años en la mujer y los dieciséis años en el hombre para poder celebrar válidamente el matrimonio. Además, se requiere no padecer locura ni alguna otra de las enfermedades que se indican en las fracciones VIII y IX del artículo 156". (20)

El Código Civil vigente para el Distrito Federal establece la edad de catorce años en la mujer y dieciséis en el hombre, - como mínimos. Este requisito de edad admite como única excepción - el que existan causas "graves y justificadas", y se entiende por - tales el que los pretendientes ya han dado prueba de su capacidad generadora a través del embarazo de la joven. En este caso, señala el artículo 148, se puede obtener "dispensa" de edad, y las autoridades que pueden darla son el Jefe del Departamento del Distrito - Federal o los Delegados según el caso.

En relación con los menores de edad y la capacidad para poder contraer matrimonio, requerirán para llevar a cabo éste del consentimiento de quienes ejercen sobre ellos la patria potestad o la tutela. En caso de que faltase el consentimiento sin causa justa por parte de alguno de estos, éste se podrá suplir por el que - otorga la autoridad administrativa. En el caso de que faltasen los padres o los tutores, el consentimiento podrá otorgarlo el Juez de lo Familiar del domicilio del menor para que sea válido el matrimonio.

AUSENCIA DE VICIOS EN EL CONSENTIMIENTO

(20) Rosina Villegas, R. Ob. cit. p. 306.

Sara Montero hace hincapié que dentro de los vicios que se presentan en la voluntad en el matrimonio sólo pueden darse dos de estos vicios a saber: el error y la intimidación, pero aclara y no cualquier clase de error, sino únicamente el error de identidad.

El error de identidad consiste en casarse con persona distinta de aquella con la que se desea unir. Obviamente esto sólo puede darse en los matrimonios que se realizan a través de apoderado. Al respecto, el artículo 236 del Código Civil dice: "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 y queda subsistente el matrimonio, a no ser que exista algún otro impedimento que lo anule".

Es de tomarse en consideración el punto de vista que nos presenta el maestro De Ibarrola, al decir que nuestro Código no ha estimado una serie de errores que bien podrían hacer se reformara nuestro artículo 235, y que son más probables de darse en la práctica que las hipótesis que surgen de las suposiciones que hemos tratado con anterioridad. Estos errores de los que nos habla son:

- Darse el caso de que el contrayente haya deseado realmente contraer matrimonio con el otro, equivocándose tan sólo sobre la familia, el rango y la posición social.
- El error sobre una cualidad esencial.
- Versar el error sobre la nacionalidad de uno de los contrayentes.
- Tratarse de un error sobre el estado del cónyuge.
- Tratarse de una persona que estando casada hace creer a su cónyuge

ge falsamente que podía casarse religiosamente, aun sabiendo que este era divorciado.

- Cuando se contrae matrimonio con un individuo que no se conocen sus actividades y que puede tener problemas con la ley. (21)

El segundo vicio de la voluntad que se puede invocar para pedir la nulidad de matrimonio es la violencia. La violencia que consiste en la fuerza o miedo graves, tiene, especial importancia en el caso de rapto, porque la voluntad de la raptada no puede expresarse con libertad, hasta que se la restituya a un lugar seguro, donde libremente pueda manifestar su voluntad. (22)

El rapto configura en nuestro país un delito regulado en el Código Penal para el Distrito Federal. De Ibarrola distingue la violencia física en virtud de la cual se ve uno constreñido a actuar por fuerza, y la violencia moral, que es el temor nacido de toda amenaza. La violencia debe ser grave "de naturaleza o impresionar a una persona razonable", y que puede inspirarle fundado temor de recibir un daño considerable. No podría tomarse en cuenta una amenaza leve. No puede entrañar nulidad el simple temor reverencial hacia los padres. Ha de tomarse en cuenta la violencia aun cuando provenga de persona extraña al contrato. (23)

LICITUD EN EL MATRIMONIO

Este requisito implica que el matrimonio debe realizarse

(21) Ibarrola, A. de. Ob. cit. p.p. 227 a 228.

(22) Galindo Garfias, I. Ob. cit. p. 491.

(23) Ibid. p. 226.

sin que medien las prohibiciones legales que señala el Código como "impedimentos". Estas prohibiciones en cuanto a su contenido, son siempre circunstancias en cuanto a algunas condiciones de los individuos, o en razón de no efectuarlo con ciertas y determinadas personas. La licitud consiste, por lo tanto, en que el mismo matrimonio se efectúa sólo entre personas que no tienen dichas prohibiciones legales para efectuarlo.

La ilicitud en el matrimonio tiene lugar:

- Si existe parentesco por consanguinidad, por afinidad o por adopción entre los cónyuges.
- Adulterio habido entre las personas que pretendan contraer matrimonio.
- Atentado contra la vida de alguno de los casados, para contraer matrimonio con el que quede libre.
- Rapto, cuando la mujer no sea restituida a lugar seguro, donde libremente pueda manifestar su voluntad.
- Bigamia.

En los casos presentados, el matrimonio se nulifica por ilicitud del acto mismo. Además de estas presunciones, se encuentran las que regula el artículo 156 del Código Civil como impedimentos para celebrar el contrato de matrimonio, y de los cuales, sólo la falta de edad y el parentesco de consanguinidad en línea colateral desigual son dispensables.

Si un matrimonio se contrae mediante las prohibiciones legales, el mismo será ilícito y las consecuencias jurídicas son -

diversas, dependiendo de cual fué la prohibición que se violó. Se da lugar a la nulidad absoluta, nulidad relativa o simplemente tendrá la calidad de ilícito, pero no nulo.

FORMALIDADES

El Juez del Registro Civil, que ha de celebrar el matrimonio (y que es competente), debe estar previa y fielmente informado sobre la situación jurídica de los contrayentes, con el fin de aquilatar si todas las condiciones de fondo se encuentran reunidas.

(24)

Para ello, nos refiere el maestro De Pina, se "exige la formalización de un expediente, en el que se compruebe la capacidad legal de quienes pretenden contraherlo, que no padecen enfermedad crónica, incurable, contagiosa o hereditaria y que han convenido el régimen de sus bienes, y que se incoa ante el Juez del Registro Civil del domicilio de cualquiera de los contrayentes. La incoación del expediente requiere de la previa solicitud de los interesados. en escrito en el que se exprese:

- Los nombres, apellidos, ocupación y domicilio, tanto de los pretendientes como de sus padres, si estos fueren conocidos. Cuando - alguno de los pretendientes o los dos hayan sido casados, se expresará también el nombre de la persona con quien celebró el anterior matrimonio, la causa de su disolución y la fecha de ésta.
- que no tienen impedimento legal para casarse.
- que es su voluntad unirse en matrimonio". (25)

{ 24 } Ibarrola, A. de. Ob. cit. p. 247.

{ 25 } Pina Vara, R. de. Ob. cit. p. 325.

Rojina Villegas determina que las formalidades que se --
mencionan en los artículos 102 y 103 del Código Civil, consisten --
en:

- Asentar el lugar, día y hora del acta matrimonial.
- Hacer constar la edad, ocupación, domicilio y lugar de nacimiento de los contrayentes.
- Si son mayores o menores de edad.
- El consentimiento de los padres, de los abuelos o tutores, o el de las autoridades que deban substituirlos, haciendo constar los -- nombres, apellidos, ocupación y domicilio de las citadas personas.
- Que no hubo impedimento para el matrimonio o que éste se dispense.
- La manifestación de los cónyuges sobre si el matrimonio se contrae bajo el régimen de sociedad conyugal o de separación de bienes y,
- Los nombres, apellidos, edad, estado, ocupación y domicilio de -- los testigos y su declaración sobre si son o no parientes de los -- contrayentes, y si lo son en qué grado y en que línea.

Este mismo autor considera que la existencia del acta matrimonial en el libro correspondiente, es en sí una solemnidad, -- pues faltando ésta no puede haber matrimonio. Dentro de este requisito, continúa diciendo, se comprende la firma del acta por el Juez del Registro Civil y los contrayentes. Es evidente que si se otorga el acta, pero no se firma o imprime la huella digital por las citadas personas, no habrá matrimonio. (26)

El acto de celebración del matrimonio se ajustará a las solemnidades previstas en el artículo 192 del Código Civil vigente, y una vez completadas todas estas, el Juez del Registro Civil levantará un acta circunstanciada. Cuando exista circunstancia de algún impedimento, no podrá celebrarse el matrimonio hasta que el Juez resuelva lo procedente.

En cuanto a las formalidades matrimoniales, según Marcial Rubio Correa, "el Estado trata de buscar su propia seguridad y ello se hace, porque le es más importante su seguridad que la de las personas involucradas. Para ello inclusive está dispuesto a establecer excepciones, pero ellas son realizadas en sus términos, no en reconocimiento de las particularidades sociales. Por lo que en definitiva, el matrimonio válido es el civil, como única forma jurídicamente válida de conformar una familia y regular sus derechos y obligaciones". (27)

(27) Rubio Correa, Marcial. Limitaciones del Derecho frente a la Familia. Revista del Foro. Año. 1985. Vol. 72. No. 1. Enero-Junio. Lima, Perú. p.p. 95 a 96.

C) FINES DEL MATRIMONIO

Gramaticalmente la palabra fin, según el Diccionario de la Lengua Española, de la Real Academia Española, significa, entre otras cosas, "término o consumación de una cosa u objeto o motivo con que se ejecuta una cosa". (28)

La palabra fin en las fuentes, tanto legales como doctrinales del Derecho matrimonial, se emplea en el sentido técnico y - tiene como significado el bien a cuya obtención se tiende, ya por la propia naturaleza de la institución, ya por la deliberada intención del agente. (29)

Alicia Elena Pérez-Duarte haciendo un estudio sobre los fines del matrimonio en la legislación vigente, dice que partiendo del principio jurídico de igualdad entre el hombre y la mujer establecido en el artículo 2º del Código Civil vigente se estipula, al igual que en la Ley sobre Relaciones Familiares, que ambos cónyuges tendrán en el hogar autoridad y consideraciones iguales; ambos deben decidir sobre la formación y educación de los hijos y sobre la administración de los bienes comunes.

A pesar de esto, gravita aún sobre la pareja la expectativa social de la procreación, aunque en forma no tan clara como - en ordenamientos anteriores, pues el artículo 162 especifica que - los cónyuges están obligados a contribuir a los fines del matrimonio. (28) Cit. por Cochez Farrugia, Guillermo A. Los Fines del Matrimonio. Anuario de Derecho. AÑO. X. No. 10. 1972. Panamá. p. 150.
(29) Cochez Farrugia, G. A. Ob. cit. p. 153.

nio, sin especificar cuales son, y a socorrerse mutuamente. Para esclarecer qué es lo que el legislador entiende por fines del matrimonio, sólo tenemos el artículo 147 en donde se estipula que: - "cualquier condición contraria a la perpetuación de la especie o a la ayuda mutua que se deben los cónyuges se tendrá por no puesta".

Independientemente de que se sigue considerando que la capacidad para contrar nupcias se adquiere a la edad núbil, sin que se haga referencia alguna a la capacidad económica y psicológica que se requiere para hacer frente a los deberes que el estado de matrimonio implica.

Tampoco encontramos referencia específica al deber de fidelidad, lo cual nos haría pensar en que el legislador del 28 tenía en mente una institución abierta en lo que se refiere a las relaciones internas de la pareja, pero perfectamente definida en sus efectos hacia los hijos.

En el caso de la procreación como fin de la unión de la pareja, fin que tuvo su razón de ser en un momento histórico dado, pues las relaciones sexuales normalmente producían la concepción de la mujer con toda una serie de consecuencias para ella, para el producto de la unión, para el padre y para la sociedad. Hoy en día el interés real de la sociedad está en frenar la explosión demográfica, por ello el Estado se ha dado a la tarea de instruir a la mujer en el uso de medios anticonceptivos, fomentar la planeación familiar y enaltecer las virtudes de la familia pequeña.

Sin embargo, y como nos dice Pérez-Duarte, contra esta -- realidad pesa en México, la influencia de la Iglesia católica que sigue sosteniendo que la procreación es un don en donde el amor -- conyugal encuentra su coronación.

Esta autora en una reflexión sumamente interesante, expone una serie de puntos que ayudarían al legislador a frenar, hasta donde esto es posible, la crisis que enfrenta el matrimonio como -- institución reestableciendo la confianza que las parejas debieran tener en ella, y que son en una visión muy general:

- que se definiera al matrimonio como una institución cuyo fin es la protección de los intereses superiores de la familia, es decir: la protección de los hijos, si los hay, y la mutua colaboración y ayuda de los cónyuges.

- Si reconoce el legislador que en cuanto institución jurídica, se le ofrece un principio de organización a la familia en cuanto grupo social, sin que ello signifique garantías en la relación más -- allá de lo que humanamente se puede pedir, ni el establecimiento de potestades sobre la persona del cónyuge, ya que ambos conservan su esencia de seres humanos libres independientemente de que estén o no ligados por el vínculo matrimonial.

- Si se evita toda referencia a la procreación como fin de la institución de tal suerte que la libertad de decidir sobre el número y espaciamiento de los hijos sea absoluta y no una libertad condicionada por la necesidad de cumplir con un fin determinado, con una expectativa social ajena a sus intereses y a la realidad.

- Si el legislador hace explícito que para contraer nupcias es más importante la aptitud psíquica para hacer frente al compromiso de

vida que la relación implica, que la capacidad fisiológica de engendrar.

- Encarando los derechos y deberes entre los cónyuges como un compromiso de vida y solidaridad de dos seres humanos en cuanto a tales, y no como instrumentos de intereses externos.

- Si se contempla la disolución del vínculo como una resolución de la relación sin culpa de ninguno de los cónyuges, pues en la mayoría de los casos es así como se presenta: sin que pueda señalarse con exactitud y en justicia un culpable.

Concluye diciendonos Pérez-Duarte, "que el legislador y el jurista actual necesitan abandonar la corriente contractualista con que se ha tratado al matrimonio hasta ahora, pues como oímos - decir a una persona sabia: "Institucionalizar el amor es tan antinatural como un pájaro enjaulado o una camisa de fuerza en un niño. El amor no tiene fronteras, ni nombre, ni conoce límites, es expansión, es regocijo, es libertad". (30)

D) FORMAS DE EXTINCIÓN DEL MATRIMONIO

Las formas legales por las que se puede extinguir el matrimonio son tres: la muerte de uno de los cónyuges, la nulidad y el divorcio.

Por cuanto concierne a la nulidad, ésta "es la disolución del vínculo matrimonial en vida de los cónyuges, por causas anteriores a la celebración, o por falta de formalidades". (31)

Hay que distinguir perfectamente al divorcio de lo que es la nulidad, pues ambos fenómenos jurídicos se distinguen tanto en sus causas como en sus efectos. La nulidad surge con motivo de no haberse llenado determinados requisitos con los cuales habría debido cumplirse en el momento de la celebración del matrimonio. El divorcio es la consecuencia de una falta grave cometida por uno de los cónyuges en el curso de un matrimonio válidamente contraído. - Los efectos de la nulidad son, en principio, retroactivos, se considera como si el matrimonio jamás hubiera sido contraído; los esposos son considerados como si jamás hubieran sido casados, y los hijos como nacidos fuera de matrimonio. Por el contrario, el divorcio produce efectos para el porvenir. Unicamente, al causar ejecutoria la sentencia de divorcio, los esposos cesarán de estar casados; los efectos del matrimonio que se hubieren realizado con anterioridad al divorcio subsisten, y la situación de los hijos no se encuentra modificada. En las legislaciones que, como el Derecho canónico, no admiten el divorcio, los esposos que desean poner fin a su unión, (31) Montero Duhal, S. Ob. cit. p. 174.

no tienen en principio, a su disposición más que el ejercicio de las vías de nulidad. Cuando por el contrario la legislación admite el divorcio, los esposos encuentran en esta institución una salida tan notoriamente fácil, que las demandas de nulidad se convierten en extraordinariamente raras. (32)

En el Derecho mexicano, y como lo expone *Rojina Villegas*, las clases de nulidad pueden ser de dos formas: absoluta y relativa. De acuerdo a nuestro Código Civil vigente, sólo existen dos causas de nulidad absoluta en el matrimonio: delito de incesto y delito de bigamia.

La bigamia se caracteriza como una causa de nulidad de acuerdo con *Rojina Villegas*, porque la acción puede deducirse por el cónyuge del primer matrimonio, por sus hijos o herederos, por los cónyuges que contrajeron el segundo matrimonio y de no ser intentada por ninguna de las citadas personas, la deducirá el Ministerio Público. El artículo 248 del Código Civil vigente no contiene un término de prescripción para demandar la nulidad, por lo que se caracteriza como imprescriptible.

Para el incesto, el artículo 241 del Código Civil vigente estatuye que el parentesco de consanguinidad no dispensado anula el matrimonio, por lo que se entiende es el de la línea recta y el de la colateral hasta el segundo grado, así como cuando se trata de parentesco de afinidad en la línea recta, considerándose como que existe una nulidad absoluta. Por lo que se refiere a la interposición (32) *Ibarrola, A. de. Ob. cit. p. 257.*

ción de la acción y el tiempo de prescripción, se seguirán las mismas consideraciones que se tomaron para el caso de la bigamia.

(33)

En lo que se refiere a la nulidad relativa, de acuerdo con las características que se determinan en los artículos 236 a 241 y 243 a 247 del Código Civil vigente, nos dice Rojina que la nulidad del matrimonio será relativa cuando ocurren los impedimentos que enumera el artículo 156, con excepción de la bigamia y el incesto, o cuando se incurre en el error en los términos del artículo 239, fracción I, o finalmente si no se observan las formalidades del acto. (34)

El error sobre la persona, nos dice Galindo Garfias, es causa de nulidad, si el matrimonio se celebra con persona distinta de aquella con quien en realidad se pretende contraerlo. El error que recae sobre las cualidades de la persona (posición económica, social, fama, prestigio, títulos, etc.), no invalida el matrimonio, porque no se refieren a la identidad del contrayente. Esta causa de nulidad desaparece y el matrimonio es convalidado, si el contrayente que estaba en el error inmediatamente que descubre el engaño no ha ejercido la acción de nulidad. (35)

En cuanto a los impedimentos o prohibiciones legales, como ya se explicó estas serán todas las que contempla el artículo 156 con excepción de la bigamia y el incesto, y que son:

(33) Rojina Villegas, R. Ob. cit. p.p. 317 a 318.

(34) Loc. cit.

(35) Galindo Garfias, I. Ob. cit. p. 540.

- Falta de edad mínima.
- Falta de consentimiento de quien debe darlo.
- Parentesco por consanguinidad entre ascendientes y descendientes sin limitación de grado y entre hermanos y medios hermanos.
- Parentesco consanguíneo entre tío (a) y sobrina (o). Admite dispensa.
- Parentesco por afinidad en línea recta.
- Adulterio judicialmente probado.
- Atentado a la vida del cónyuge.
- Intimidación y rapto.
- Razones eugenésicas: ciertas enfermedades y vicios.
- Matrimonio subsistente.

En cuanto a la falta de formalidades del matrimonio, se considerará esta como causa de nulidad. De acuerdo con los artículos 249 y 250 del Código Civil vigente, no se admitirá demanda de nulidad por falta de formalidades, si a la existencia del acta de matrimonio se une la posesión de estado matrimonial. La nulidad se podrá además pedir por los cónyuges o por cualquiera que tenga interés en probar que no hay matrimonio.

Rojina Villegas dice que de acuerdo con lo expuesto, "cabe distinguir, dos causas: 1.- Inexistencia cuando se trate de formalidades esenciales, pues cualquiera podrá presentar demanda para demostrar que no hay matrimonio, incluyendo al Ministerio Público y 2.- Nulidad relativa cuando exista el acta con las formalidades esenciales y se una a la posesión de estado matrimonial". (36)

(36) Rojina Villegas, R. Ob. cit. p. 318.

En lo que concierne a los principios que se toman en cuenta para la nulidad, los que son aplicables serán de acuerdo con Sara Montero:

- El derecho de demandar nulidad es personalísimo e intransmisible.
- Presunción "juris tantum" de validez del matrimonio.
- No se admite transacción ni arbitraje.
- Se presume la buena fe de los cónyuges.
- La buena fe de los cónyuges produce efectos civiles para ellos - hasta que se declara la nulidad por sentencia que cause ejecutoria.
- Posesión de estado más el acta de matrimonio impide la nulidad.

(37)

Respecto de las consecuencias jurídicas, estas se observan desde tres ángulos: con relación a los cónyuges, a los hijos y a los bienes.

Con relación a los cónyuges, la sentencia de nulidad los desvincula; sus efectos civiles se producirán en el cónyuge de buena fe en el matrimonio putativo (aquel que adolece de un vicio de nulidad, pero fué contraído de buena fe); y da precauciones en cuanto a la viuda que quede encinta; se pierden los derechos de los cónyuges para heredarse entre sí. Respecto del cónyuge que ha procedido con buena fe, los efectos de nulidad no se retrotraen al momento de la celebración del matrimonio. Por lo que a él se refiere, tales efectos se producen a partir de la fecha de la sentencia de nulidad.

(37) Montero Duhalt, S. Ob. cit. p. 186.

En relación con los hijos, cabe hacer notar la distinción que hacen Galindo Garfias y Rojina Villegas con respecto a lo expuesto por De Ibarrola en cuanto a la calidad que los hijos tendrán; pues mientras los primeros dicen que estos serán considerados hijos de matrimonio, el segundo como ya habíamos expuesto refiere que serán tomados como hijos fuera de matrimonio o nacidos fuera de matrimonio. (38)

Rojina Villegas nos dice al respecto que "los hijos no sufren las consecuencias de la nulidad del matrimonio de sus padres, aún cuando estos hubieren procedido de mala fe, pues se considerará el matrimonio que existió válidamente tanto para los hijos nacidos antes de su celebración, que quedaron legitimados, cuanto para los nacidos durante él o trescientos días después de la declaración de nulidad, si no se hubieren separado los consortes o desde su separación en caso contrario". (39)

La custodia de los hijos será determinada por convenio entre los padres y aprobada por el juez; además de que no se perderá la patria potestad. Los hijos en consecuencia, contarán con los derechos de heredar o exigir alimentos.

Las consecuencias en cuanto a los bienes se verán reguladas por los artículos 261 y 262 del Código Civil vigente, y que se pueden resumir en:

(38) Galindo Garfias, I. Ob. cit. p.p. 537 a 538. Vid. Rojina Villegas, R. Ob. cit. p. 325. Vid. Ibarrola, A. de. Ob. cit. p. 257.
 (39) Loc. cit.

- La división de los bienes se hará de acuerdo a las capitulaciones.
- El cónyuge de mala fe pierde productos.
- Respecto a las donaciones éstas:
 - + Son revocables las hechas por tercero.
 - + Subsisten las recibidas por el cónyuge de buena fe.
 - + Las donaciones hechas las pierde el cónyuge de mala fe.

Lo referente al divorcio lo estudiaremos con más detenimiento en el siguiente capítulo de esta tesis.

C A P I T U L O

I I

"EL DIVORCIO COMO FORMA DE EXTINCION DEL MATRIMONIO"

A) CONCEPTO DE DIVORCIO

El divorcio como institución fué, desde la antigua Roma, admitido y reglamentado legalmente, a la par de la muerte de uno de los cónyuges y de la declaración unilateral hecha por uno de ellos conocido con el nombre de "repudium", fueron las formas de disolución del matrimonio.

Los romanos consideraban que no debía subsistir un matrimonio si una de las partes se daba cuenta de que la "affectio maritalis" había desaparecido. No tenía validez, siquiera, un convenio de no divorciarse.

Desde los triunfos sobre Cartago, el divorcio se hizo cada vez más frecuente. El censor ya no se metía tanto en asuntos privados, y el nuevo individualismo disminuía la importancia de los consejos de familia. La sociedad contemplaba el divorcio con creciente indiferencia, y el principal freno era quizás el miedo del marido a tener que devolver la dote. Los escritos de Séneca, Tertuliano y otros nos demuestran que los romanos del principado se casaban y divorciaban muy frecuentemente.

Cuando, a partir de Constantino, los emperadores cristianos inician la lucha contra la facilidad del divorcio, no atacan - éste cuando se efectúa por mutuo consentimiento. Se castigaba, en cambio, el divorcio efectuado contra la voluntad de uno de los cónyuges, si no se comprueba la existencia de una de las causas de divorcio, limitativamente establecidas en la ley.

Cuando Justiniano sube al trono, se encuentra con cuatro clases de divorcios, para ninguno de los cuales se necesitaba una sentencia judicial:

- Por mutuo consentimiento.
- Por culpa del cónyuge demandado en los casos tipificados en la ley.
- Sin mutuo consentimiento, y sin causa legal, en cuyo caso el divorcio es válido, pero da lugar a un castigo del cónyuge que hubiera insistido en el divorcio.
- "Pona gratia", es decir, no basado en la culpa de uno de los cónyuges, pero sí fundado en circunstancias que harían inútil la continuación del matrimonio (impotencia, cautividad prolongada) o inmoral (voto de castidad). (40)

El Derecho canónico en su constante lucha contra el divorcio, ha declarado que el matrimonio es indisoluble por naturaleza, aunque permite, como remedio para situaciones inaguantables el "di vortium quoad torum et mensam, non quoad vinculum" (divorcio en -- cuanto a cama y mesa, pero no en cuanto al vínculo), la declaración de nulidad, las dispensas por no haberse consumado el matrimonio y el privilegio Paulino. (41)

Así, el divorcio deriva de la voz latina "divortium", que deriva de "divertere", que significa irse cada uno por su lado. Partiendo de ésta acepción, diversos autores han dado lo que a su criterio es el divorcio en nuestros tiempos. Para Galindo Garfias, el divorcio "es la ruptura de un matrimonio válido, en vida de los es

(40) Margadant S., Guillermo Floris. Derecho Romano. Edic. 12a. Ed. Esfinge. México, 1983. p.p. 211 a 212.

(41) Margadant S., G. P. Ob. cit. p. 213.

posos, decretada por autoridad competente y fundada en alguna de las causas expresamente establecidas por la Ley". (42)

Rafael De Pina nos dice que el divorcio en el lenguaje corriente contiene la idea de separación, pero que en sentido jurídico significa "extinción de la vida conyugal, declarada por autoridad competente, en un procedimiento señalado al efecto y por una causa determinada de modo expreso". (43)

La muestra Sara Montero al referirse al divorcio, en su concepción lo explica como "la forma legal de extinguir un matrimonio válido en vida de los cónyuges, decretada por autoridad competente que permite a los mismos contraer con posterioridad un nuevo matrimonio válido". (44)

Benjamín Flores Barroeta dando su muy particular definición, señala que el divorcio "es la disolución del vínculo del matrimonio, en vida de los cónyuges, por una causa posterior a su celebración y que deja a los mismos cónyuges en aptitud de contraer nuevo matrimonio". (45)

El Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática al dar a conocer su informe anual, define al divorcio de la siguiente forma: "Divorcio es un acto jurisdiccional o administrativo en virtud del cual se disuelve el vínculo conyugal y el contra-

(42) Galindo Garfias, I. Ob. cit. p. 577.

(43) Pina Vara, R. dc. Ob. cit. p. 340.

(44) Montero Duhalit, S. Ob. cit. p.p. 196 a 197.

(45) Cit. por Galindo Garfias, I. Loc. cit.

to del matrimonio deja de producir efectos tanto en relación a los cónyuges como con respecto a terceros". (46)

Para Antonio De Ibarrola será "la ruptura del lazo conyugal y la cesación de los efectos que la unión de los esposos produce respecto a ellos o respecto a terceros". (47)

Como hemos podido observar, para todos estos autores y - otros estudiosos del tema, el divorcio para poder manifestarse como tal, requiere de elementos que son comunes en todas las definiciones o conceptos que presentamos, y que a nuestro parecer son:

- El que exista un matrimonio válido.
- que la disolución de éste matrimonio se haga en vida de los cónyuges.
- que se decrete el divorcio por causas posteriores a la celebración del matrimonio.
- que esta declaración de divorcio se haga por autoridad competente.

El divorcio, como ya se ha podido determinar, será la -- ruptura del vínculo matrimonial, cuando no exista duda alguna de - que ha cesado la posibilidad de que los cónyuges continúen unidos en matrimonio, ya sea porque se han manifestado hechos que por su naturaleza se adecuen a las que la ley considera como causas de divorcio que hacen necesaria la ruptura del vínculo; o porque marido y mujer están de acuerdo en romper o cesar su vida matrimonial.

(46) Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática. Anuario 1990. Vol. I. INEGI. México. p. 9.

(47) Ibarrola, A. de. Ob. cit. p. 381.

B) CAUSAS DEL DIVORCIO EN GENERAL Y SU CLASIFICACION

Las causas de divorcio pueden derivar de culpa de uno o de ambos cónyuges o pueden surgir de otras razones, en las que no puede imputarse culpa a ninguno de ellos. Las causas de divorcio se encuentran contempladas en nuestro Código Civil vigente en el artículo 267 en sus dieciocho fracciones, de entre las cuales unas operan de modo absoluto, sin sujetarse a condición alguna; en tanto que otras sólo dan lugar al divorcio si es que se encuentran adecuadas por circunstancias que perturban gravemente la armonía conyugal.

Rojina Villegas hace una clasificación por grupos de dichas causas, integrándolas de la siguiente forma:

- Las que impliquen delitos (fr. I, IV, V, XI, XIII, XIV, XVI);
- Las que constituyan hechos inmorales (fr. II, III, V);
- Las contrarias al estado matrimonial o que impliquen el incumplimiento de las obligaciones conyugales (fr. VIII, IX, XII);
- Determinados vicios (fr. XV);
- Ciertas enfermedades (fr. VI, VII). (48)

De acuerdo con el artículo 267 del Código Civil vigente, son causales 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 este contrato, y que judicialmente sea declarado ilegítimo";

(48) Rojina Villegas, R. Ob. cit. p. 375.

- 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 ob- jeto expreso de permitir que otro tenga relaciones carnales con su mujer";
- IV. "La incitación o 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 cró- nica o incurable, que sea además, contagiosa o hereditaria, y la - impotencia incurable que sobrevenga después de celebrado el matri- monio";
- VII. "Padecer enajenación mental incurable, previa declaración de interdicción que se haga respecto del cónyuge demente";
- 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 divor- cio";
- X. "La declaración de ausencia legalmente hecha, o la presunción 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 acusación calumniosa hecha por un cónyuge contra el otro,"

por delito que merezca pena mayor de dos años de prisión";

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

XIV. "Haber cometido uno de los cónyuges un delito que no sea político, pero que sea infamante, por el cual tenga que sufrir una pena de prisión mayor de dos años";

XV. "Los hábitos de juego o de embriaguez o el uso indebido y persistente de drogas enervantes, cuando amenazan causar la ruina de la familia 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 acto tenga señalada en la ley una pena que pade de un año de prisión";

XVII. "El mutuo consentimiento";

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

Además de este artículo 267, son complementarios del mismo los artículos 268, 269 y 270 del Código Civil vigente como causas de divorcio. Conforme al Código Civil vigente podrá demandarse la separación judicial basado únicamente en dos causales, las contempladas en las fracciones VI y VII del artículo 267, las cuales se las conoce como "causas eugenésicas", y que otorgan la opción a

uno de los cónyuges de pedir el divorcio vincular o solamente la separación judicial (divorcio no vincular).

Por lo expuesto, el divorcio separación o no vincular, - no puede pedirse por mutuo consentimiento ni por ninguna otra causal distinta de las dos anteriores.

En información relativa a divorcios registrados en nuestro país según la causa del mismo, proporcionada por el INEGI, se observa que de 1975 a 1982 la más frecuentemente enunciada es el - "mutuo consentimiento de los cónyuges", que corresponde a más de la mitad de los casos de divorcio y que tiende a aumentar su frecuencia. Entre las otras causas mencionadas destaca como la más frecuente "el abandono del hogar", aún cuando ha mostrado una tendencia - descendente a partir de 1975.

Al relacionar la variable duración del matrimonio con la causa del divorcio de acuerdo con la información obtenida por el Anuario del INEGI, se observa lo siguiente:

- En todos los periodos analizados, la causa del divorcio con mayor frecuencia es el "mutuo consentimiento" y su incidencia mayor se da en los matrimonios que tienen un año de duración.

- La segunda causa de importancia en todos los periodos, de acuerdo a la duración del matrimonio, es el "abandono del hogar", que representa un mayor número de casos, en aquellos de tres años de duración de 1980 a 1982 y de dos años a partir de 1987.

- En los matrimonios con diez años y más de duración, la causa principal del divorcio sigue siendo el "mutuo consentimiento", seguido

por el "abandono del hogar". Sin embargo esta segunda causa aumenta su importancia proporcional respecto del total de divorcios. (49)

De este estudio estadístico, se puede observar que la mayoría de los divorcios en los últimos años se da en los matrimonios que tienen una duración de uno a cinco años, mientras que la menor cantidad de estos se da en los que tienen un mínimo de un año de casados, y de entre las causales de divorcio las tres principales son:

- Mutuo consentimiento.
- Abandono de hogar.
- Sevicia, amenazas e injurias graves.

C) CLASES DE DIVORCIO

a) VINCULAR

El divorcio vincular se puede decir que es "la disolución del vínculo matrimonial en vida de los cónyuges, decretada por autoridad competente por causas posteriores a la celebración del matrimonio y establecidas expresamente en la ley, produciendo el efecto de que la reciprocidad de todos los deberes que impone el matrimonio a los cónyuges deja de existir y deja a cada uno de ellos -- con capacidad para poder contraer un nuevo matrimonio".

Como se puede ver, la principal característica de este - divorcio consiste en la disolución del vínculo matrimonial, lo cual permite a los cónyuges el poder contraer nuevas nupcias. De este - tipo de divorcio se desprenden otros dos a saber:

- Divorcio necesario.
- Divorcio voluntario.

Pojina Villegas nos dice respecto del divorcio vincular que las causales consideradas graves "dan origen al divorcio vincular, aun en contra de la voluntad del cónyuge culpable y a petición del inocente". Asimismo, nos señala que la fracción XVII del artículo 267 del Código Civil vigente al contemplar al mutuo consentimiento como causa de divorcio, da lugar al divorcio voluntario.

(50)

(50) Rojina Villegas, R. Ob. cit. p. 355.

Como se puede observar, el divorcio vincular se encuentra contemplado en el artículo 267 del Código Civil vigente y las causas de sus dieciocho fracciones, pues la diecisiete se refiere al mutuo consentimiento; y las restantes del artículo 267 y 268 enumeran las que se refieren al divorcio contencioso o necesario, del cual nos encargaremos de estudiar en el inciso próximo de nuestro estudio.

El divorcio por mutuo consentimiento, sea judicial o administrativo, no se podrá iniciar sino hasta después de un año de celebrado el matrimonio.

En la vía administrativa se llevará a cabo ante el Juez del Registro Civil, si los consortes son mayores de edad y no tienen hijos y han decidido de común acuerdo liquidar la sociedad conyugal.

En la vía judicial, este divorcio se sujetará a la tramitación que establecen los artículos 674 y siguientes del Código de Procedimientos Civiles. Intervendrán en él el Juez de lo Familiar competente y el Ministerio Público, quienes garantizan el interés de los hijos y se cercioraran de que en la disolución de la sociedad conyugal la distribución de los bienes que la constituyen no reporta ventajas o provechos injustificados para ninguno de los divorciados. (51)

b) NO VINCULAR

Esta clase de divorcio fué la única que se contemplaba en nuestros Códigos en el siglo pasado, debido a la influencia que tenían del Derecho canónico que establecía la indisolubilidad del matrimonio, el cual utilizaba una locución más clara respecto de éste, al llamarlo separación de cuerpos.

En este tipo de divorcio el vínculo matrimonial perdura, quedando persistentes con ello los demás deberes derivados del matrimonio, por lo que quedan imposibilitados para que puedan contraer nuevas nupcias.

Este divorcio puede darse en el supuesto de que uno de los cónyuges se adecue dentro de las especificaciones que marcan las fracciones VI y VII del artículo 267 del Código Civil vigente, por lo que el cónyuge sano, si no desea hacer valer estas causas para disolver el vínculo matrimonial, puede solicitar del Juez competente la autorización para vivir separado de su consorte enfermo (suspensión del deber de cohabitación).

Sara Montero nos comenta que como consecuencia de la extinción del deber de cohabitación, termina también la figura del domicilio cónyugal. Cada cónyuge tiene derecho a señalar su propio domicilio voluntario. (52)

(52) Montero Duhalt, S. Ob. cit. p. 218.

La separación de cuerpos entre los consortes, no puede tener lugar por el mutuo consentimiento de los mismos, además, la causa que da lugar al divorcio no vincular, no entraña en ningún caso la aplicación de sanciones en contra del cónyuge enfermo. Tampoco se disuelve la sociedad conyugal, por lo que el cónyuge enfermo podrá seguir administrando los bienes comunes si es que tenía la administración de los mismos; excepto que la sentencia que autoriza la separación corporal se funde en que el cónyuge padezca enajenación mental. En este supuesto, el cónyuge sano, previa declaración del estado de interdicción del otro cónyuge, deberá administrar los bienes de la sociedad conyugal.

D) CARACTERISTICAS DEL DIVORCIO NECESARIO O CONTENCIOSO

Como ya lo habiamos mencionado anteriormente, dentro del divorcio vincular existen dos tipos de divorcio; el divorcio voluntario y el divorcio contencioso o necesario. Dentro del divorcio vincular necesario, se deben mencionar el divorcio sanción y el divorcio remedio.

El divorcio sanción se determinará por las causas mencionadas en el artículo 267, a excepción de las fracciones VI y VII, y el artículo 268.

El divorcio remedio será para los casos en que el divorcio se funde en la enfermedad padecida por uno de los esposos. Este divorcio remedio se admite como medida de protección para el cónyuge sano y los hijos.

En estos casos el Juez, en la misma sentencia de divorcio decretará la pérdida, la suspensión o la limitación del ejercicio de la patria potestad sobre los hijos habidos durante el matrimonio según el artículo 283 del Código Civil vigente. Además, el artículo 288 expresa que si en el juicio correspondiente se prueba que alguno de los cónyuges ha dado causa al divorcio, el cónyuge inocente tendrá derecho a alimentos, y el cónyuge culpable responderá de los daños y perjuicios que cause al cónyuge inocente por haber dado causa al divorcio. Asimismo, según el artículo 269 del citado Código, determina que el cónyuge culpable no podrá volver a casarse antes de que se cumplan dos años desde que se decretó el divorcio.

Para Sara Montero, el divorcio contencioso o necesario - "es la disolución del vínculo matrimonial a petición de un cónyuge, decretada por autoridad competente y en base a causa expresamente señalada en la ley". (53)

Como se ha podido ver, y de acuerdo a lo que nos dice el doctor Galindo Garfias, el divorcio en la vía contenciosa requiere:

- La existencia de un matrimonio válido;
- Que la acción de divorcio se haga valer por persona capaz;
- La legitimación activa o pasiva de los consortes;
- La demanda deberá fundarse precisamente en cualquiera de las causas señaladas en los artículos 267 y 268 del Código Civil vigente.

(54)

La acción de divorcio en la vía contenciosa sólo puede ser ejercida por el cónyuge que no ha dado causa a él, siendo el Juez de lo Familiar del domicilio cónyugal el competente para conocer del asunto. La acción de divorcio, prescribe a los seis meses contados a partir de la fecha en que el demandante conoce la causa que da lugar a él (artículo 278 del Código Civil).

De acuerdo con el artículo 282 del Código Civil vigente, al admitir la demanda de divorcio el Juez de lo Familiar decreta - provisionalmente la separación de los cónyuges, el lugar donde deben permanecer estos durante el divorcio, a quien corresponda en forma provisional la guarda de los hijos menores y la fijación de los alimentos que debe proporcionar el acreedor alimenticio mien--

(53) Montero Duhalt, S. Ob. cit. p. 221.

(54) Galindo Garfias, I. Ob. cit. p. 615.

tras dura el juicio. Si la mujer ha quedado encinta, deben tomarse las precauciones para evitar la suposición de parto, la sustitución del infante o que se haga aparecer como viable al niño que aquella da a luz.

Respecto a las características de la acción de divorcio, el maestro Rojas Villegas expone las siguientes:

- Es una acción sujeta a caducidad.- la caducidad se caracteriza, por la extinción fatal, necesaria o inevitable de la acción, del derecho o de la obligación, por el sólo transcurso del tiempo al contrario de la prescripción, que no trae consigo de manera ineludible y fatal la extinción de las situaciones jurídicas, porque ha habido siempre la posibilidad de interrumpir los plazos señalados por la ley o de suspenderlos en ciertos casos.
 - Es personalísima.- en este supuesto es personalísima porque no puede ser intentada por los herederos, tampoco los acreedores podrán substituirse al cónyuge inocente por el interés pecuniario que tuvieren para intentar la acción. En el caso de los menores de edad éste será asistido de un tutor especial, según el artículo 677 del Código de Procedimientos Civiles.
 - Se extingue por reconciliación o perdón.- para que pueda proceder lo relativo al perdón expreso o tácito, nos ajustaremos a las reglas de los artículos 279 y 280 del Código Civil vigente.
 - Es susceptible de renuncia y de desistimiento.- por lo que toca a la renuncia, solo podrá hacerse respecto de las causas de divorcio ya consumadas, pues es imposible jurídicamente renunciar causas de divorcio que pudiesen ocurrir en el futuro.
- La acción de desistimiento implicará una renuncia de la acción ya

intentada.

- Se extingue por la muerte de cualquiera de los cónyuges, bien antes de ser ejercitada o durante el juicio.- este punto debe entenderse que si uno de los cónyuges muere durante el juicio, queda disuelto el matrimonio y necesariamente el matrimonio debe terminar, pues ya no hay materia para la sentencia. En el caso de muerte de un cónyuge, el otro, cuyo matrimonio quedó disuelto, sí podrá heredar como cónyuge supérstite. (55)

Por lo que respecta a los efectos de la sentencia de divorcio, estos se dan respecto de los cónyuges que se divorcian, en relación a los hijos y en cuanto a los bienes de los cónyuges; pero esto lo trataremos en nuestro siguiente inciso con más detenimiento.

E) CONSECUENCIAS DEL DIVORCIO EN CUANTO A LOS CONYUGES E HIJOS

Como ya habíamos expuesto anteriormente, los efectos o - consecuencias del divorcio se dan en cuanto a los cónyuges, en cuanto a los hijos y con respecto a los bienes de los cónyuges.

EN CUANTO A LOS CONYUGES

Por lo que respecta a la persona de los cónyuges que se divorcian, el artículo 266 del Código Civil vigente dispone que el divorcio al disolver el vínculo matrimonial, deja a los cónyuges - en aptitud de contrar matrimonio nuevamente. De la misma manera, el artículo 289 del mismo ordenamiento, dispone que así como los - cónyuges han recuperado su capacidad para contraer un nuevo matrimonio, el cónyuge que dió causa al divorcio no podrá efectuar un - nuevo matrimonio sino hasta después de dos años contados a partir de la fecha de la sentencia de divorcio. De igual forma, los cónyuges que llevaron a cabo su divorcio voluntariamente, no pueden contraer un nuevo matrimonio sino hasta pasado un año a partir de que se decretó la disolución del vínculo.

Por otra parte, la cónyuge inocente deberá de esperar -- trescientos días para volver a casarse, excepto que dentro de ese plazo, diere a luz a un hijo.

Con apego a lo señalado por el artículo 288 del Código - Civil vigente, el Juez, tomando en cuenta las circunstancias del - caso y entre ellas la capacidad para trabajar de los cónyuges y su

situación económica, sentenciará al cónyuge culpable al pago de alimentos en favor del inocente. Para el divorcio por mutuo consentimiento, la mujer tendrá derecho a recibir alimentos por el mismo lapso de duración del matrimonio, derecho que disfrutará si es que no tiene ingresos suficientes, y mientras no contraiga nuevas nupcias o se una en concubinato.

Julio López del Carril, en un estudio sobre el divorcio y su influencia en la vida y sociedad de la comunidad internacional nos dice respecto a este punto que no es suficiente que el marido o la mujer sean el uno o el otro declarados inocentes en la sentencia para que nazca automáticamente la obligación alimentaria, es preciso compulsar la situación económica de cada cónyuge, puede suceder que la mujer inocente tenga mayor entidad económica que su marido y entonces no sería justo imponer al "económicamente débil" una pena de tipo pecuniario.

Además, continúa exponiendo el autor, en el divorcio vincular a pesar de operarse la disolución del vínculo, el marido debe atender a la subsistencia de su mujer, inocente del divorcio, - salvo dos excepciones:

- Que ella tenga medios propios suficientes.
- Cuando la ex-cónyuge contraiga nuevas nupcias.

Termina López del Carril diciendo que "no es justo ni razonable que quien no tiene vínculo matrimonial con su ex-cónyuge y sí lo tiene con su segundo marido, aquél que se halle obligado a la prestación alimentaria que no reposa en ningún fundamento serio,

cuando el "mantenimiento" debe y es a cargo del segundo esposo que tiene vínculo matrimonial y las consiguientes obligaciones y responsabilidades". (56)

Respecto de la nacionalidad de la mujer, nos explica López del Carril, en general las legislaciones que imponen a la mujer la nacionalidad de su marido por el hecho del matrimonio, admiten en el caso de divorcio vincular una alternativa a favor de la esposa y a su simple albedrío:

-Puede mantener la nacionalidad de su marido.

-Puede renunciar a ella y recuperar su propia nacionalidad. (57)

Cabe aclarar que en nuestro país, y con apego al artículo 30 Constitucional, tanto la mujer como el varón extranjeros que hayan contraído matrimonio con mexicano, conservarán la nacionalidad mexicana, a no ser que renuncien a ella y recuperen su propia nacionalidad, después de llevado a cabo el divorcio.

En cuanto al domicilio conyugal, éste desaparece y cada cónyuge, con posterioridad a la sentencia firme, debe tener el más amplio derecho a elegir su propio domicilio aunque el mismo fuere en el extranjero.

De lo que respecta a la vocación sucesoria, nuestro Códig

(56) López del Carril, Julio J. La Posición del Derecho Comparado frente al Informe de la ONU sobre Condiciones y Efectos de la Disolución y anulación del Matrimonio y la Separación Legal. Lecciones y Ensayos, Nos. 40 y 41. Año. 1969. Buenos Aires, Argentina. p. 153.
 (57) López del Carril, J. J. Ob. cit. p. 150.

go Civil, sólo reconoce a la viuda un derecho sucesorio representado por una prestación alimentaria a cargo de la masa de bienes.

EN CUANTO A LOS HIJOS

El artículo 283 del Código Civil vigente otorga al Juez "las más amplias facultades para resolver todo lo relativo a los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad, su pérdida, suspensión o limitación, según el caso, y en especial a la custodia y al cuidado de los hijos, debiendo obtener los elementos de juicio necesarios para ello".

Para Rojina Villegas, los efectos del divorcio en cuanto a los hijos se dividen en tres partes: "la primera se refiere a los efectos relativos a la legitimidad o ilegitimidad del hijo de la mujer divorciada, o simplemente separada judicialmente de su marido. La segunda comprende los efectos en cuanto a la patria potestad, y la tercera los relativos a los alimentos de los hijos". (58)

Respecto a las cuestiones relativas a la situación de los hijos de los cónyuges que se divorcian, el artículo 284 del Código Civil dispone que a petición de los abuelos, tíos o hermanos mayores, el Juez podrá dictar cualquier providencia que considere necesaria y benéfica, para los menores, antes de proveer definitivamente sobre la patria potestad o tutela de los hijos de los cónyuges divorciados. En todo caso, la pérdida o la suspensión de la patria potestad, no extingue las obligaciones que tienen los padres para (58) Rojina Villegas, R. Ub. cit. p. 429.

con sus hijos, entre ellas las de proporcionarles alimentos, (artículos 285 y 287 del Código Civil) además de contribuir en proporción a sus bienes e ingresos, a la subsistencia y la educación de estos hasta que lleguen a la mayoría de edad.

López del Carril al hablar de la patria potestad, hace una exposición muy clara de lo que podemos entender por ésta al decir: "la guarda definitiva de los hijos menores concedida por el tribunal a favor de uno de los cónyuges a raíz de la sentencia de divorcio, no tiene influencia en la patria potestad, pues el ejercicio de la misma corresponde en primer lugar al padre, aún cuando la titularidad de la misma corresponde a ambos cónyuges. El marido a cuya esposa se le otorgó la tenencia definitiva de los menores hijos, conserva la patria potestad con su poder de gobierno, conducción, responsabilidad. Sólo se desprende de algunas facetas de su ejercicio: la vivienda en común, la alimentación, etc. pero aún en estos aspectos conserva su poder de vigilancia". (59)

Si ambos cónyuges han sido suspendidos en el ejercicio de la patria potestad, o la han perdido, esta pasará al ascendiente (n) que corresponda, y si no hay quien la ejerza se nombrará a un tutor.

En el caso de que la sentencia de divorcio sea dada por causas de enfermedad del cónyuge demandado, el cónyuge sano conservará la guarda de los hijos, pero el ejercicio de la patria potestad concurrirá a ambos, a menos que se trate de una enfermedad men-

(59) López del Carril, J. J. Ob. cit. p. 151.

tal incurable, en la que el cónyuge enfermo pueda suspendido en el ejercicio de la patria potestad. (60)

Respecto del apellido de los hijos, los que son concebidos o nacidos durante el matrimonio llevan el apellido del padre y lo conservan haya o no divorcio de los padres.

Por lo que concierne a los bienes, los que son del cónyuge culpable se pierden, ya sea lo que hubiese sido dado o prometido por su consorte o por otra persona, en consideración al matrimonio. Además, debe pagar al cónyuge que no ha dado causa al divorcio los daños y perjuicios que le cause. La sentencia de divorcio pone fin a la sociedad conyugal, la cual por supuesto habrá de liquidarse, de acuerdo a lo dispuesto en las capitulaciones matrimoniales. (artículo 287 del Código Civil vigente).

7) CONSECUENCIAS SOCIO-JURIDICAS DEL DIVORCIO

El divorcio en la actualidad, es una sombra llena de dificultades y contratiempos que viene a concluir con un hogar. Dos personas que mutuamente ya no pueden seguir unidas y de igual forma se han hecho desdichadas, no sólo lo hacen en relación a ellas, sino que arrastran en su lucha a otras personas, en una cadena interminable, pues el divorcio no tiene limite alguno. Y vivir en un hogar trunco, marca a los hijos, en sobremanera y fundamentalmente, para toda su vida, pues está visto que en el mayor de los casos en muy malas condiciones crecen los hijos de divorciados.

Muy grave es el caso en el cual los niños se ven mezclados directamente en la separación de los padres, incitados a tomar partido, como medios de presión, o educados sencillamente en un clima de disputas. Los padres en conflicto tratan por todos los medios de comprar el afecto de sus hijos por medio de regalos y otro tipo de estímulos desde que estos tienen muy temprana edad. Traumatizado se ve el niño que se creía amado y descubre que contaba muy poco para sus padres, puesto que éstos ponen sus condiciones personales - por encima de su propia felicidad. Es la consecuencia directa un sentimiento de inseguridad, con la angustia del presente, a la que se suma la angustia del porvenir. (61)

Como podemos ver, el divorcio rompe, y a menudo de un modo irreparable, el destino y vida de los cónyuges e hijos, así como el equilibrio afectivo de estos últimos siendo no sólo un fracaso (61) Ibarrola, A. de. Ob. cit. p. 304.

so para el hogar, sino un fracaso para toda la sociedad.

Cada divorcio priva por lo menos a un hijo de su padre o de su madre o del amor de su padre y de su madre si los dos pasan a nuevas nupcias y, en caso de no entregar a los hijos comunes a algún pariente, por lo menos sentirán por ellos menos amor que por los de ésta nueva unión.

No solo los hijos salen perdiendo con el divorcio. Con él quedan también en suya desigualdad los contrayentes. Las más de las veces es la mujer la parte inocente y la que no podrá "rehacer su vida", menguada ya su juventud y hermosura, con la carga de los hijos y acaso sin fortuna. De hecho las estadísticas enseñan que el hombre divorciado se casa con una soltera: la mujer permanece sola y si se une con otro, generalmente lo hace con un viudo o con un divorciado, lo cual viene a ser una situación injusta.

Estudios sociológicos han comprobado que cuando predomina la familia extensa, lo más probable es que el matrimonio sea de tipo rural, la elección del cónyuge estará en manos del jefe de familia, el matrimonio irá acompañado de transacciones económicas y el divorcio será poco frecuente. En donde la familia sea relativamente independiente, el matrimonio será monógamo, los individuos elegirán a sus cónyuges, el matrimonio irá acompañado de escasas transacciones económicas y los divorcios serán, probablemente, más frecuentes. (62)

(62) Bottomore, T. B. Introducción a la Sociología. Historia, Ciencia y Sociedad. Edic. Sa. Ed. Península. México, 1978. p. 209.

El divorcio es controlado y limitado de alguna manera en todas las sociedades, puesto que un índice muy elevado de divorcios pondría en peligro las funciones de una familia en el mantenimiento y la socialización de los hijos.

En las sociedades industriales de Occidente, los divorcios han aumentado rápidamente desde comienzos del siglo actual, y los sociólogos se han dedicado con mucha intensidad al análisis de los problemas de la "inestabilidad" de la familia y de las condiciones de la armonía matrimonial. Las causas del aumento de divorcios no son del todo claras, pero una comparación con las sociedades primitivas y con muchas sociedades no industriales, resaltan muchos aspectos del por qué.

En estas sociedades, el matrimonio se concibe como una institución con fines económicos y de procreación de hijos y no simplemente como una institución para la satisfacción de las necesidades sexuales; cuenta además, con el apoyo de un grupo familiar más amplio y no se atribuye una importancia excesiva a la satisfacción personal de los dos individuos que contraen matrimonio. El matrimonio no es ya una asociación económica ni se apoya en grupos familiares más extensos.

El lazo matrimonial se reduce de esta manera, a una simple relación de atracción mutua, lazo mucho menos sólido que la red de intereses económicos, rituales y familiares que unen a la familia en otras sociedades. Por lo expuesto, se puede considerar que el índice de divorcios elevados es un aspecto concomitante del indi

visualismo moderno, de la búsqueda de felicidad y del control estricto de las relaciones sexuales extramatrimoniales. En la práctica, las sociedades occidentales han relajado considerablemente su control sobre el comportamiento sexual en los últimos años; esto puede disminuir el deseo exclusivo de alcanzar la felicidad sexual en el matrimonio, y afectar, por consiguiente, al índice de divorcios.

(61)

Si bien se han registrado incrementos en los niveles de divorcialidad en nuestro país, esto se debe como resultado de los cambios en los patrones socioculturales de la población, definidos por una mayor participación de las mujeres en el ámbito educativo y en el mercado de trabajo, y en términos más generales para una mayor aceptación social del divorcio; parece sin embargo, existir ciertos comportamientos poco variables al interior del país, ya -- que regiones con escasa tendencia hacia el divorcio se han mantenido invariables en el paso del tiempo.

Todas estas estadísticas en cuanto a los divorcios, se toman en base a una tasa de divorcialidad, la cual será la relación entre los divorcios registrados en un año determinado y los matrimonios civiles registrados en ese mismo período, expresado por 1000 matrimonios. Con este indicador se puede ver la proporción de los divorcios con respecto al número de matrimonios civiles. (64)

Podríamos decir que de una forma englobalizada, los efec

(61) Pottomoro, T. B. Ob. cit. p. 211.

(64) Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática. Ob. cit. p.p. 50 a 51.

tos del divorcio en las sociedades actuales enfatiza que tanto hom_bres como mujeres, por el acelerado ritmo de la vida y la poca comunicación humana que día a día se agrava más, están dejando a un lado la posibilidad de que el matrimonio siga siendo la base de una forma de vida más estable, traduciéndose esto en la desaparición - del amor conyugal, la disminución de la natalidad, una educación - descuidada, falseada o abandonada de la prole, discordias dentro de las familias, facilidad a las relaciones fuera del hogar, ruptura del freno moral, fomento del adulterio y en general todo lo que di_irectamente conduce a la corrupción y al libertinismo sexual; aunque no podemos dejar de reconocer que en muchas ocasiones, el divorcio es la mejor solución a grandes problemas que se suscitan dentro de una familia y que podrían desencadenar consecuencias fatales dentro de los miembros de la misma familia, ya que según nos cita Antonio De Ibarrola aumenta la criminalidad, la mortalidad y la morbilidad infantil, pues los hijos son víctimas de la desaveniencia y abandono de los padres, y por la actitud de éstos se ven privados de la vida familiar. (65)

Con lo antes referido, el divorcio convierte al matrimonio en sociedad para los gozes y no para las penas. Y así las cosas no terminariamos de señalar absurdos y consecuencias fatales nacidas del divorcio.

C A P I T U L O

III

"ANALISIS DE LOS TERMINOS IMPOTENCIA, ENFERMEDADES
CRONICAS O INCURABLES QUE SEAN CONTAGIOSAS Y/O
HEREDITARIAS Y LA ENAJENACION MENTAL INCURABLE COMO
CAUSALES DE DIVORCIO"

A) CONCEPTO DE IMPOTENCIA Y FORMAS DE MANIFESTACION, SOLUCION EN ALGUNOS CASOS

El Diccionario Terminológico de Ciencias Médicas nos define la impotencia de la siguiente manera: "IMPOTENCIA, (del latín "impotentia"). Falta de poder o capacidad; especialmente incapacidad para ejercer el acto sexual por defecto físico del pene o por falta de erección de éste, con pérdida de apetito genésico o sin ella. //-coeundi. Incapacidad para el coito. //- erigendi. Incapacidad de erección del pene. //- generandi. Incapacidad de procrear, aunque el coito sea posible; esterilidad. //- psíquica. La que no depende de causa orgánica, sino de complejos mentales". (66)

Primeramente nos referiremos al caso de las mujeres y lo que respecto a la Jurisprudencia, se debe tomar como impotencia en el agente femenino de la cópula.

De los obstáculos que dificultan o impiden la unión y que, por lo tanto, dan lugar a la ausencia del orgasmo y a la posibilidad de fecundación, debemos distinguir por un lado, los de origen físico (enfermedades, atrofas o anomalías, congénitas o no, de la constitución fisiológica) y de otro los desórdenes que tienen por causa de algún trastorno de naturaleza psíquica. Medicamente a este tipo de problemas se les denominan obstáculos o impedimentos fisiológicos.

Así, pues, los impedimentos físicos pueden hacer, espe--

cialmente en las mujeres, difíciles o imposibles las relaciones sexuales, pero no faltan tampoco, y en proporción incalculable, los errores que contribuyen a ocasionar desarreglos graves de carácter psíquico, en ocasiones tan persistentes y refractarios a todo tratamiento como cualquier enfermedad rebelde.

Los defectos de constitución que pueden frustrar la unión son de múltiple naturaleza, pero en último caso se reducen siempre a la obstrucción del canal vaginal que en su manifestación extrema y más penosa consiste en la adherencia de los labios vulvares entre sí como ocurre en el hermafroditismo (conformación híbrida). Se ha comprobado clínicamente que existen casos entre personas de psiquismo netamente femenino en sus características, que, como consecuencia de desórdenes congénitos o provocados, evolucionan hacia la -- unión de los labios genitales que llegan a soldarse totalmente.

La citada contingencia impide la penetración del pene y provoca en los actores, pero sobre todo en la mujer, tales sensaciones dolorosas que obligan a renunciar a la unión.

Entre las deformidades que pueden impedir total o parcialmente el coito y contra las que la ciencia médica se muestra impotente por lo común, también se citan la duplicidad del canal vaginal y los estrechamientos de la vagina. Aparte de los citados, que suelen ser debidos a una malformación congénita, en el curso de una vida sexual pueden producirse otros impedimentos, los cuales son - corregibles, casi siempre con la cirugía plástica. Referible a éste punto, se encuentran por ejemplo, las ulceraciones de la vagina

y el útero, incluso tributarias de la medicina y de la cirugía simple, o a las inflamaciones y trauma lesivos de los órganos genitales, en cuyo caso los dolores pueden ser tan intensos que la mujer prefiera renunciar a sus derechos. (67)

Determinadas mujeres, por lo demás normalmente constituidas, se ven afectadas por ligeras anomalías de emplazamiento de los órganos sexuales externos, lo que hace difícil la penetración, pero el obstáculo es fácilmente remediable con la adopción de una postura adecuada durante la relación.

Las anomalías físicas y deformaciones anatómicas, no sólo son capaces de impedir o dificultar la intromisión; pueden también frenar o suprimir el orgasmo femenino, aunque la constitución y el funcionamiento de los músculos de la matriz sean normales, como -- consecuencia de que determinadas conexiones nerviosas de la médula espinal cuya función consiste en transmitir la excitación erótica al cerebro, no entren en funcionamiento. Entre estas perturbaciones nerviosas también se clasifican las localizadas en el llamado "centro de erección", situado en la parte inferior de la médula espinal, que puede estar dañado como secuela de enfermedades infecciosas, tales como la sífilis, uno de cuyos síntomas es la atrofia del citado centro. (68)

Ahora nos ocuparemos de la impotencia por lo que respecta a los hombres. Hasta cierta edad, el poder erótico del hombre per-

(67) Willy, A. y Jamont, C. La Sexualité. Edic. 3a. Ed. Daimon. Barcelona, España. 1989. p.p. 217 a 218.

(68) Willy, A. y Jamont, C. Ob. cit. p. 219.

manece poco más o menos estable. Es cierto que un género de vida - zonable y morigerado puede prolongar su duración; sin embargo el - proceso biológico de desgaste es inevitable y la potencia sexual - irá disminuyendo inexorablemente a partir de un momento dado.

Es muy común en los hombres casados que al superar los - cuarenta años ven disminuir su potencia erótica en las relaciones conyugales. Estudiando tales casos, el médico advierte que la ener - gía sexual del paciente frente a su esposa era desde hace tiempo - casi nula, y que si prosiguieron en su papel se trataba solamente de acceder a los deseos de la mujer o de satisfacer su vanidad co - mo hombre. Aquí como en otras situaciones que mencionaremos, se tra - ta principalmente de trastornos de la potencia viril que son inevi - tables y que tienen también mucho de impotencia psicológica.

En muchas ocasiones, "la impotencia conyugal puede tener también otras razones, pues hay hombres que pasada cierta edad úni - camente se sienten estimulados por comportamientos que el pudor u otras razones les impiden practicar con su esposa. Son los que re - sultan o se convierten en impotentes en brazos de su mujer, pero - recuperan sus capacidades en el lecho de cualquier otra mujer".

(64)

Asimismo, los sentimientos de miedo y de culpabilidad pue - den abocar en la impotencia, como ocurre frecuentemente con los se - res que experimentaban intensos escrúpulos al masturbarse durante la adolescencia. Convencidos de que la masturbación conduce más tar -

(64) Forster, Michael. Guía de la Psicología y la Salud. Edic. 1a. Ed. Haria Harper & Row Latinamericana. Londres, Inglaterra. p. 190.

de o más temprano a la impotencia, su profundo temor les hace caer realmente en el objeto de su miedo.

Detalles y actos aparentemente insignificantes durante la infancia y la pubertad pueden provocar tardíamente la impotencia del adulto, siendo tantos y tan variados que sería imposible citar los todos. Solamente un neurólogo o un psicoterapeuta experimentado podrá aportar al paciente el deseado y eficaz auxilio. Por lo demás insignificantes detalles desencadenan graves trastornos del poder de erección; por ejemplo, la suciedad del lecho o de la habitación o cualesquiera otras impresiones, penosas para determinados hombres, pueden inhibir sus tendencias instintivas, haciéndolos impotentes.

En efecto, ciertos casos de impotencia pueden ser debidos a una convivencia excesiva con la mujer, a una intimidad en momentos poco apropiados para el erotismo. Todo esto demuestra que el gesto sexual viene condicionado por factores psíquicos y estéticos (cerebrales) de la misma manera que por estímulos físicos. (70)

Es lamentable que gran parte de los seres con trastornos en su potencia genética no se atrevan a consultar al médico y confíen en el poder milagroso de píldoras y grageas, de cuyas "excelentes cualidades" saben por las páginas de anuncios de determinadas publicaciones.

Se puede afirmar categóricamente que ningún estimulante
(70) Forster, M. Ob. cit. p. 192.

sexual, cualquiera que sea su composición, puede por sí solo aminu-
 rar estos efectos; en el mejor de los casos no darán resultado y -
 en los demás, perjudicarán. Las preparaciones a base de hormonas -
 solamente son útiles cuando existe una manifiesta disfunción gland-
 ular endocrina, e incluso así es preciso dosificarlas exactamente
 para prevenir un posible desequilibrio funcional. Por otra parte,
 lo más frecuente es que los trastornos del poder sexual, al menos
 en sus comienzos, no dependen casi nunca de un mal funcionamiento
 glandular. (71)

En cuanto a las causas orgánicas, estas pueden clasifi-
 carse en dos grupos: el primero comprende los fenómenos consecuti-
 vos a una enfermedad general, cualquiera que sea; el segundo, las
 anomalías del aparato genital. El enfermo puede eventualmente
 sufrir las consecuencias y secuelas de una enfermedad venérea, co-
 mo la sífilis, e igualmente acusar los síntomas de una afección --
 diabética que, a menudo, provoca sintomatología con trastornos se-
 cundarios del poder erótico. (72)

En general, los deseos genésicos despiertan gracias a una
 percepción sensitiva o a ensueños, tanto dormido como en vigilia;
 es decir, merced a una actividad cerebral. Determinados nervios --
 transmiten entonces el influjo a la parte inferior de la médula es-
 pinal, donde se encuentra el centro de la erección; aquí, otros --
 nervios, en conexión con los cavernosos del pene se llenan de san-
 gre y la erección se realiza.

(71) Ibid. p.p. 192 a 194.

(72) Willy, A. y Jamont, C. Ob. cit. p. 253.

Si este proceso fisiológico es perturbado por el fallo de uno u otro de los órganos que intervienen, su finalidad no tiene efecto. Por ejemplo, si los impulsos cerebrales no son encaminados por los nervios correspondientes a los vasomotores, faltará la erección, y si los músculos que pueden retener la acumulación de sangre funcionan defectuosamente, tampoco se podrá producir. En ambos casos se tratará de una perturbación de origen orgánico.

Según el Doctor Jamont, la erección requiere, pues, la actividad coordinada de cuatro factores: "tensión sexual, cerebro dispuesto, coordinación con el centro eréctil y un pene normalmente constituido y en condiciones de responder".

Este mismo autor nos dice que la tensión sexual suscitada por la ensoñación (ya sea dormido o despierto) o por una percepción sensitiva, sólo puede poner en movimiento el mecanismo de la erección a partir del momento en que determinadas glándulas vierten sus hormonas en la sangre, de donde se deduce que si esta circunstancia no se produce o es insuficiente, el resultado tampoco podrá obtenerse. Y es en este único caso cuando la impotencia es originada por una carencia o un trastorno regulador hormonal.

Si faltasen las hormonas sexuales, o no están en condiciones de ser estimuladas, tampoco el deseo se sentirá espoleado, o al serlo insuficientemente no se conseguirá la erección total. En tales raras situaciones se hablará de insuficiencia de las actividades corticosuprarrenales, hipofisarias, o inclusive de ambas. Las enfermedades funcionales del testículo tienen su origen habitual en

algún traumatismo, pero también existen casos en que ambos pueden hallarse ausentes congenitamente y otros en que las inflamaciones (orquitis) consecutivas a padecimientos blenorragicos o a parotiditis (paperas), a tuberculosis o sífilis, o acaso a una intervención quirúrgica en la región o en sus proximidades, pueden dar lugar a que se provoque una degeneración testicular.

Las afecciones que atacan al centro de la erección o a determinadas zonas del cerebro son también causa de otra forma de impotencia orgánica. Los principales padecimientos de esta clase tienen origen sífilítico (tabes, parálisis general progresiva), en enfermedades que en sus primeros síntomas ya provocan un aumento del poder sexual por excitación del centro de la erección, pero que en la evolución de las siguientes fases destruyen por completo los centros nerviosos, condicionando la impotencia total. Sin embargo advierte nuestro autor, que todas las secuelas nerviosas de carácter sífilítico, pueden curarse actualmente de forma total, a condición de haber sido tratadas desde sus comienzos. (73)

Según el doctor Gustavo Azcárraga González hay otros padecimientos que pueden dificultar o impedir el coito porque, aunque no afecten la erección, impiden o dificultan la introducción del pene a la vagina por imposibilidad de aproximarlos a los genitales femeninos. Esto constituye una impotencia, aunque no haya defecto en la erección. Cita como ejemplos de esta impotencia la elefantiasis del pene o el escroto, hidroceles voluminosos, pene oculto por la grasa subcutánea, hernia inguinal voluminosa, tumor testicular, (73) Willy, A. y Jamont, C. Ob. cit. p. 254.

y la obesidad. (74)

La incapacidad sexual, argumenta el doctor Azcárraga, produce en el enfermo un complejo que en la mayoría de los casos se ve aumentado por las reclamaciones de la esposa. Este complejo influye tanto sobre la mente del enfermo, que muchos inician una impotencia a partir del día en que tuvieron un defecto en la erección que podía explicarse por circunstancias que actuaron especialmente en esa única ocasión (embriaguez, fatiga, ambiente hostil, etc.), sin que exista razón lógica para que el trastorno vuelva a presentarse; pero el complejo que le queda al enfermo a partir de esa falla lo lleva a fracasar cada vez que intenta el coito. La posibilidad de fallar es mayor si, como pasa muchas veces, el enfermo intenta nuevos coitos con la única intención de poner a prueba su capacidad para la erección. Se debe recordar que la incapacidad funcional del hombre (impotencia), por no poder ocultarse como la de la mujer -- (frigidez), produce un complejo mucho mayor.

El doctor Azcárraga en cuanto al tratamiento de la impotencia, y en conjunción con otros autores, dice que requiere de una psicoterapia que aumente la seguridad del enfermo y la confianza en sus reacciones. Es indispensable la colaboración de la esposa. Estos procedimientos podrán ser manejados por el urólogo o el médico general. En los casos en que se encuentre una alteración de la mente, complejos no reprimidos y resistencia del enfermo a aceptar las indicaciones del médico, será necesario pedir la intervención del psiquiatra. Para los casos que no respondan al tratamiento, se (74) Azcárraga González, Gustavo. Sexología Básica. Edic. 1a. Ed. La Prensa Médica Mexicana. México, 1976. p. 98.

han ideado algunos dispositivos que mantienen al pene en la posición de erección y que hacen posible iniciar el coito. Se usa también la implantación de pequeñas férulas de silastix en los cuerpos cavernosos. Cuando con alguno de estos procedimientos se logró introducir el pene, es probable que la excitación produzca después una erección satisfactoria. (75)

Por todo lo expuesto, y para terminar esta breve exposición, hay que decir que casi todas las disfunciones de la potencia sexual, sean de origen psíquico u orgánico, pueden ser totalmente curadas en la mayor parte de los casos.

Para concluir y tomando un poco el aspecto legal que sobre la impotencia considera la Suprema Corte de Justicia, hay que tener presente la Jurisprudencia que sobre el particular existe y que dice:

DIVORCIO, IMPOTENCIA COMO CAUSAL DE.- La impotencia a que se refiere la ley, es la que consiste en la imposibilidad física de llevar a cabo el acto sexual, y la impotencia para la generación, no es propiamente impotencia sino esterilidad, y como mera esterilidad, no constituya causa de disolución del matrimonio, porque no imposibilita para la cópula. Es un error expresar que la causal de impotencia solo la concede la ley a la mujer, por no ser posible que ésta sea impotente para la cópula; puesto que la existencia de obstáculos bulbares o vaginales, puede ocasionar esta impotencia en el agente femenino de la cópula.

PRECEDENTES:

(75) Azcárraga González, G. Ob. cit. p.p. 100 a 101.

Sexta Epoca:

Volumen XLVIII, Cuarta Parte, Pág. 165.

Volumen XL, Cuarta Parte, Pág. 112.

Témas relacionada con jurisprudencia 220/85.

Como podemos ver, el legislador a tomado de la exposición que anteriormente hemos dado el aspecto físico de la impotencia tanto en el hombre como en la mujer que impida el llevar a cabo el acto sexual, dando lugar a dejar de lado el aspecto psicológico de la misma impotencia.

Es importante ver que para el legislador el aspecto psicológico de la impotencia no tiene cabida puesto que de alguna forma este problema puede llegar a tener una solución favorable como ya - hemos comentado con anterioridad, y por lo tanto no satisface el requisito de incurabilidad que menciona respecto de la impotencia la fracción VI del artículo 267 del Código Civil vigente, ya que como se ha explicado, es más difícil lograr una solución plena y satisfactoria en el plano físico o corpóreo, que en el mental.

Además, consideramos un punto muy acertado de ésta tesis el que también se considere la impotencia femenina, pues tanto es - un obstáculo el que el hombre no pueda llegar a tener una erección favorable para la cópula, como el que la mujer cuente con obstáculos físicos para llegar a la realización de la misma.

B) GENERALIDADES SOBRE LAS ENFERMEDADES CRONICAS O INCURABLES QUE SON CONTAGIOSAS Y/O HEREDITARIAS Y CRITICA A LAS EXPUES TAS POR EL CODIGO CIVIL VIGENTE EN EL ARTICULO 267 FRACCION VI

Para comenzar nuestra exposición, es pertinente señalar lo que debemos entender por cada uno de los términos que utiliza la legislación en el presente artículo 267, y que de acuerdo con el Diccionario Terminológico de Ciencias Médicas son:

"ENFERMEDAD (del latín "infirmitas",- "atis"; Pérdida de la salud).
// Alteración o desviación del estado fisiológico en una o varias partes del cuerpo, de etiología en general conocida, que se manifiesta por síntomas y signos característicos y cuya evolución es más o menos previsible". (76)

"CRONICO (del griego "chronikós", de "chronós"; tiempo).
// Prolongado por mucho tiempo; opuesto a agudo". (77)

"INCURABLE (del latín "incurabilis"). adj. No susceptible de curación espontáneamente o por el arte //m. Persona afectada de enfermedad incurable". (78)

"CONTAGIO (del latín "contagium"). Transmisión de una enfermedad con contacto mediat o inmediato; infección. // Enfermedad contagiosa.// Causa material, virus, etc. vector de los microbios, que produce la enfermedad.// -animado. CONTAGIO VIVO.// - directo o inmediato. Contagio por contacto directo con una persona enferma.

- (76) Diccionario Terminológico de Ciencias Médicas. Ob. cit. p. 362
(77) Ibid. p. 282.
(78) Ibid. p. 588

//- mediato. Propagación de una enfermedad contagiosa por el aire, el agua, etc., como intermediarios.// - mental, psíquico. Contagio de un trastorno nervioso por influencia mental, por la imitación, por ejemplo: Locura inducida, epidemia psíquica.// - vivo. Organismo viviente, animal o vegetal, que es o puede ser el agente etiológico de una enfermedad contagiosa". (79)

"HERENCIA (del latín "haerentia", pl. n. de "haerens", - "entis", estar adherido). Transmisión a los descendientes de los rasgos normales o patológicos de los ascendientes.// - anfígona. Herencia de las cualidades de ambos padres.// - diádrica, digínica. La que se transmite por línea masculina o femenina, respectivamente.// - directa. Herencia de padre o madre a hijos.// - dominante. - Herencia de un gen dominante.// - heteróloga o heterónoma. Herencia de un carácter que en los hijos se manifiesta de modo distinto que en los padres.// - homóloga u homogénea. Herencia de un carácter que se presenta en el hijo de igual forma o modo que en los padres.// - inmediata. HERENCIA DIRECTA.// - ligada al sexo. Herencia de un gen ligado al cromosoma X". (80)

De acuerdo con estos términos, podríamos decir que la enfermedad es un estado o proceso biológico de desequilibrio que ocurre en el cuerpo humano y que se experimenta física y mentalmente, puesto que cuerpo y mente son dos partes de un mismo todo que es el cuerpo humano.

En los pueblos primitivos o no civilizados la enfermedad

(79) Ibid. p. 262.

(80) Ibid. p. 534.

era considerada de origen mágico; el mal que se padecía era debido a influencias malévolas o a la presencia de malos espíritus en el cuerpo del enfermo. En tal virtud, el medio idóneo para recuperar la salud consistía en la realización, conforme a ritos establecidos de determinadas prácticas mágicas o en exorcisar al espíritu maligno. Las pócimas, unguentos, y otros medicamentos o remedios no eran considerados eficaces, sino en cuanto eran aplicados según determinadas fórmulas por el hechicero o curandero.

La creencia en el influjo de lo sobrenatural en la enfermedad estaba tan arraigada y extendida en el mundo antiguo, que todas las religiones aducían como prueba de la verdad de su credo la realización de curas milagrosas.

Por otra parte, el desconocimiento del origen real de las enfermedades y de sus modos de transmisión, no podía detener en modo alguno el natural anhelo humano de buscar remedio a sus males o, por lo menos, consuelo a sus sufrimientos. El temor y la inseguridad constituyen un tremedal psicológico sobre el cual no puede permanecer mucho tiempo el hombre, y para salir de él es capaz de abrazar cualquier creencia o superstición.

"Las enfermedades contagiosas tanto epidémicas como las endémicas han jugado un importante papel en la Historia, antes de que la Sanidad y la Medicina de nuestro tiempo lograran poner un valladar a su expansión o las desterraran del lugar donde reinaban". (81)

(81) Lyons, Albert y Petrucci R., Joseph. Historia de la Medicina. Edic. 1a. Ed. Doyma. Barcelona, España. 1980. p. 467.

De las enfermedades que más frecuentemente azotaron a la humanidad en la antigüedad, podemos mencionar la peste, la cual -- abarcó a Europa en los siglos VI y XIV, cuando volvió a Europa procedente de Asia, causando un estrago sin precedente; el tifus, el cual tuvo mucha ingerencia en la Rusia zarista y de épocas posteriores, durante las cuales de 30 millones de casos, murió el 10%; la fiebre amarilla, que causó en las guardias españolas repercusiones mortales durante la Cuba ocupada; y la tuberculosis y la malaria, las que por su parte, han jugado un importante papel en la distribución geográfica de las razas humanas. Ambas tienen un efecto selectivo que coincide con la pigmentación de la piel. La tuberculosis es menos frecuente en los individuos de pigmentación clara, debido tal vez, a que esta condición de la piel permite una mejor absorción de las radiaciones ultravioleta de la luz solar, las cuales favorecen la fijación del calcio en el organismo y aumentan las defensas y la capacidad de restauración de las lesiones que el bacilo de esta enfermedad ocasiona.

La ignorancia también ha conspirado contra la salud, pues los prejuicios sobre las enfermedades venéreas, han sido desde la antigüedad obstáculos muy importantes para su curación, y responsables directos de sus terribles estragos, en medida no escasa. (82)

En 1878, Luis Pasteur, en su trascendental Teoría de los Gérmenes y sus Aplicaciones a la Medicina y a la Cirugía, después de relatar las experiencias realizadas con el "vibrion septicum" -- que sólo pudo desarrollarse en medio anaerobio, dice: "Que la Aca- (82) Lyons, A. y Petrucci R., J. Ob. cit. p.p. 469 a 471.

demia me permita no abandonar estos curiosos resultados sin hacer resaltar una de sus principales consecuencias teóricas . . . Es la prueba perentoria que existen enfermedades transmisibles, contagiosas, infecciosas cuya causa reside esencial y únicamente en la presencia de organismos microscópicos. Es la prueba que para cierto número de enfermedades hay que abandonar para siempre las ideas de virulencia espontánea, las ideas de contagio y de elementos de infección que nacen de repente en el cuerpo del hombre y de los animales y capaces de dar origen a enfermedades que se van a propagar en seguida en forma sin embargo idéntica a sí misma. Todas son opiniones fatales al progreso médico y que han dado nacimiento a hipótesis gratuitas de generación espontánea, materia albuminoide fermento, hemorganismos, archebios y tantos otros conceptos sin fundamento en la observación".

Pasteur no se limitó a exponer claramente y a demostrar experimentalmente la teoría microbiana de las enfermedades transmisibles ni a descubrir y aislar el estafilococo causante del forúnculo y la osteomielitis, el estreptococo de la infección puerperal, el vibrión séptico de las infecciones pútridas de las heridas, etc. sino que además distinguió los microbios patógenos de los saprófitos, descubrió y demostró experimentalmente las variaciones de la virulencia de los gérmenes y de la resistencia del organismo; diferenció la inmunidad natural de la adquirida. Sentó las bases de la inmunología y fundó la vacunación contra varias enfermedades microbianas y contra la rabia. Así, el pensamiento médico se hizo exclusivamente microbiológico. (83)

(83) Ugarte, Luis Angel. Evolución de los Conceptos de Salud y Enfermedad. Informaciones Sociales - Caja Nacional de Seguro Social del Perú. Año. XI. No. 3. Julio-Agosto-Septiembre. 1956. Lima, peru. p.p. 28 a 30.

Respecto de las dos enfermedades a que hace alusión el artículo 267 fracción VI del Código Civil vigente, y que son la sífilis y la tuberculosis, podemos decir que de los términos que se han manejado respecto de dichas enfermedades, sólo podría caber en la actualidad que son contagiosas, pues gracias a los avances de la ciencia médica las dos son curables debido a que se cuenta con los fármacos necesarios para su curación, pero éstos no han constituido la solución definitiva del problema ya que para que tengan efectos positivos es necesario el diagnóstico precoz de la enfermedad.

Para tratar tanto la sífilis latente como la tardía, el medicamento de elección es la penicilina. Con el uso de este antibiótico se obtienen resultados clínicos muy satisfactorios y puede decirse con seguridad que es el medicamento más apropiado. Desafortunadamente, hay casos sensibles a la penicilina por lo que debe sustituirse por otro antibiótico. Los antibióticos de amplio espectro han sido ampliamente utilizados; sin embargo los resultados del tratamiento no son tan adecuados como para la penicilina. Es posible que si se utilizan los antibióticos de amplio espectro a dosis adecuadas y durante tiempo suficiente se demuestre que son tan justos como eficaces. Actualmente, el uso de metales pesados está poco o nada indicado. (84)

Por lo que respecta a la tuberculosis, todo paciente afecto a la enfermedad, debe recibir el tratamiento quimioterápico adecuado, lo cual requiere la adhesión por parte del enfermo a un régimen terapéutico compuesto como mínimo por 2 fármacos antitubercu (84) Conn, Howard F. Terapéutica 1971. Edic. 23a. Ed. Salvat. Barcelona, España. 1971. p. 648.

losos eficaces administrados durante 2 años si la enfermedad está en fase activa. Ello quiere decir que, en último término, el éxito del tratamiento dependerá de la capacidad que disponga el equipo - médico para persuadir al paciente o unidad social de convivencia - (generalmente la familia) a que coopere en la autoadministración o en la medicación controlada durante un largo período de tiempo. Una vez puesto en marcha un programa eficaz de quimioterapia, todas las demás medidas resultan secundarias y deben ser modificadas según - las necesidades, en orden a conseguir el éxito del objetivo principal, es decir, el tratamiento medicamentoso a largo plazo. (85)

Se ha podido observar actualmente, que en los pacientes con enfermedades crónicas, estos pueden sufrir un cierto grado de malnutrición. Sin embargo, ciertas enfermedades metabólicas como - la uremia, la anemia por falta de hierro y la "diabetes mellitus", se consideran asociadas a defectos de la inmunidad celular. Los pa - cientes con malnutrición acusada están particularmente dispuestos a sufrir infecciones intracelulares; por lo tanto se verán en los niños de tipo vírico, como el sarampión, y los adultos que tienen una alta incidencia de tuberculosis, por lo que la ancianidad se - relaciona con enfermedades autoinmunes. Además, otras patologías - concomitantes en esta edad pueden ayudar en este proceso de reacti - vación. (86)

En nuestros días puede decirse que la mayoría de las en - fermedades bacterianas y virales se encuentran medicamente contro -

(85) Conn, H. Ob. cit. p. 178.

(86) Miller, W. T. Seminars in Roentgenology. Vol. 14. Hospital of the University of Pennsylvania. Philadelphia, U.S.A. p.p. 249 a 250.

ladas como lo hemos podido señalar brevemente, pero así como se ha logrado erradicar las consecuencias de estas enfermedades, surgen otras que deben ser contempladas por nuestras legislaciones al --- igual que las que ya están asentadas, y que a nuestra consideración, se encuentran obsoletas y fuera de tiempo.

Sin lugar a dudas, la única enfermedad que actualmente - reúne las características que el Código Civil vigente contempla en cuanto a las enfermedades consideradas como causa de divorcio, el Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida (SIDA), es la que más preocupación y movilización ha causado en todo el mundo.

El SIDA es un nuevo problema mundial, se han notificado más de 150,000 casos de SIDA en más de 145 países. El SIDA puede afectar a todas las comunidades porque el virus de la inmunodeficiencia humana (VIH), que puede causar el SIDA, cruza todas las fronteras, tanto geográficas como sociales. Se calcula que en todo el --- mundo están ya infectadas entre 5 y 10 millones de personas.

Afortunadamente, el VIH sólo se puede transmitir de tres maneras:

- Por las relaciones sexuales.
- Por la sangre.
- De la madre infectada al lactante, ya sea antes o después del parto.

El SIDA nos afecta a todos, y no hay ninguna razón para temerle a las personas que están infectadas por el VIH o que pade-

cen del SIDA. Algún día, la investigación médica encontrará un medicamento para curar el SIDA o una vacuna para prevenirlo. Mientras tanto, debemos atenernos a los cambios en el comportamiento personal para prevenir la transmisión del VIH. Por consiguiente, la información y la enseñanza son vitales en la lucha contra el SIDA.

(87)

Para concluir, diremos que el progreso de las ciencias ha dotado al hombre de los medios suficientes para prevenir muchas de las enfermedades que todavía cobran un alto tributo en vidas y sufrimientos a la humanidad, pero tal beneficio no ha podido aprovecharse en todo su alcance porque las condiciones sanitarias e higiénicas no se hallan en parte alguna a la altura que los recursos de la ciencia médica permiten llegar; unas veces por imprevisión o ignorancia y otras por razones de orden económico. Como nos diría José Nodarse "en un mundo donde se puede producir todo el alimento que la gente podría consumir, en una época en que la ciencia ha adelantado lo suficiente para explotar los recursos de la naturaleza en vasta escala y para producir cuantas comodidades puedan utilizarse, la gran mayoría de los habitantes de la Tierra vive aún en un nivel que no le permite hacer una vida saludable". (88)

(87) Conasida. Gaceta Informativa. Número Especial de la U.N.A.M. Enero. México, 1990. p.p. 3 a 11.

(88) Nodarse, José J. Elementos de Sociología. Edic. 12a. Ed. Compañía General de Ediciones. México, 1980. p. 304.

C) DETERMINACION DEL TERMINO CURABLE O INCURABLE EN CUANTO A LAS - ENFERMEDADES CRONICAS O INCURABLES QUE SON CONTAGIOSAS Y/O HEREDITARIAS QUE REGULA LA PRACCION VI DEL ARTICULO 267 DEL CODIGO CIVIL VIGENTE

Como hemos visto, los términos curable e incurable a que nos referimos en éste inciso de nuestra tesis, han tenido una gran trascendencia en la humanidad a lo largo de su historia; pero podemos decir que hoy en día, afortunadamente y gracias a los avances que dentro de la ciencia ha hecho el hombre, que el término incurable referido a cualquier enfermedad sea casi erradicado, dando paso a técnicas más sofisticadas de curación que puedan lograr una definitiva y pronta solución a las diferentes enfermedades que aquejan a toda la humanidad.

Es por ello, que la ciencia médica ha hecho grandes progresos en su lucha contra la enfermedad a partir del momento en que Jenner ensayó con éxito la vacuna contra la viruela. La erradicación de este azote que devastaba periódicamente la población del mundo, representó la primer gran victoria de la ciencia sobre las enfermedades epidémicas. Otro gran paso de avance fue el descubrimiento por Pasteur y Koch, como ya lo habíamos mencionado, de las bacterias patógenas, que al invadir el organismo y vivir en él a manera de parásitos, causan diversas enfermedades. Después se fueron sucediendo uno tras otro los descubrimientos de microorganismos cuya acción originan enfermedades específicas, de tal modo que hoy conocemos la causa inmediata de las enfermedades infecciosas, facilitándose así la lucha contra ellas.

ESTA TESIS
SALIR DE LA BIBLIOTECA

Pero aunque la bacteriología ha ofrecido la explicación de la causa de muchas enfermedades y ha propuesto métodos útiles - para la protección del individuo contra la invasión microbiana, no ha provisto en igual medida a la medicina de las armas terapéuticas necesarias para defender al paciente del ataque de los agentes patógenos por ella descubiertos, y en pocos casos, como en la pneumonia, la meningitis o la fiebre puerperal, aunque eran conocidos los microorganismos que las producen, la medicina estuvo en un principio desprovista de armas efectivas para combatirlos directamente - por lo que miles de individuos morían cada año de estos y otros males.

En auxilio de la medicina para corregir esa deficiencia surgieron dos de las ciencias modernas a las que la humanidad debe más: la bioquímica y la quimioterapia. La bioquímica permite investigar el estado funcional de varios órganos de gran importancia, - proporcionando elementos para el diagnóstico de algunos males internos de los que antes sólo se sabía por la autopsia. Además, ha explicado las causas oscuras de muchas enfermedades debidas a deficiencias en las funciones hormonales o a déficit de vitaminas.

La quimioterapia, o sea, la química aplicada a la farmacología, ha proporcionado el descubrimiento de afinidades entre -- ciertas partes u órganos del cuerpo y determinados grupos químicos; lo cual ha hecho posible producir compuestos farmacéuticos de probada eficacia terapéutica. Puede citarse en consideración a la sífilis como ejemplo, que en la búsqueda de cuerpos químicos que destruyeran las bacterias sin matar a quien las tuviera, condujo a --

Paul Ehrlich a la producción del salvarsan, que demostró su eficacia frente a cierto grupo de protozoarios entre los que está la "espiroqueta", dando el primer gran paso efectivo para dominar ésta - terrible enfermedad. Pero las bacterias propiamente dichas, una vez atrinchadas en el organismo parecían resistir a todos los agentes químicos, hasta que Gerhard Domagk descubrió la acción del "prontosil", que más tarde evolucionó para convertirse en "sulfanilamida". Desde entonces se han preparado docenas de drogas a base de sulfas muy eficaces para diversas enfermedades de origen bacteriano, entre las cuales podríamos citar ciertas formas de lepra. Más adelante - Flemming descubrió la preparación de la penicilina, a la cual han seguido otros diversos antibióticos y en los laboratorios se ensayan continuamente drogas y productos bactericidas, para dotar al - hombre de nuevas armas en su lucha contra las enfermedades. (89)

Habría que hacer mención de las palabras del doctor Luis Félix López, catedrático y miembro de varias asociaciones médicas, al respecto de las últimas prácticas de curación y salvamento, y - que como tal lo es la terapia intensiva, al decirnos: "En la actualidad la terapia intensiva supone agotar todas las posibilidades - terapéuticas para la sustitución temporal de las funciones orgánicas alteradas o suprimidas, sin abandonar por ello el tratamiento simultáneo de la enfermedad fundamental que ha dado lugar a estos trastornos. Esto ha hecho surgir el concepto de tratamiento intensivo que se define como "restablecer las funciones vitales trastornadas de un sistema orgánico con el objeto de recuperar los valores

(89) Zapatero Ballesteros, Emilio. Microbiología Médica. Edic. 5a. Ed. Aldus. Santander, España. 1972. p.p. 30 a 44. Vid. Goth, Andres. Farmacología Médica. Edic. 4a. Ed. Interamericana. México, 1970. - p.p. 1 u 4.

límites necesarios para continuar la vida". (90)

Sin embargo, la terapia intensiva no ha resuelto los problemas éticos en que la tecnología sumerge al moribundo: ¿cuándo - debe suspenderse el tratamiento que va más allá de nuestras posibilidades de recuperación viable?, ¿cuál es la conducta frente al paciente descerebrado?. Es probable que la respuesta a estas interrogantes no las tenga la cibernética, aunque algo sí es muy cierto, en nuestros tiempos la tecnología va más allá de la esperanza. (91)

Para terminar, diremos que la tarea de la Medicina en su más amplio sentido, no es tan sólo curar, sino más bien buscar la salud, prevenir la enfermedad, tratar a los enfermos cuando ya la prevención no es posible y rehabilitar a las personas que ya han sido curadas. La Medicina al cabo, es una institución para el bienestar social que todo el país debe fomentar y ayudar a que evolucione de acuerdo con las necesidades actuales que la humanidad requiere.

(90) Félix López, Luis. La Tecnología: más allá de la esperanza. Atención Médica. Año. VII. No. 6. Junio. México, 1977. p. 5.

(91) Loc. cit.

D) CONSIDERACIONES MEDICO-LEGALES SOBRE LA ENAJENACION MENTAL INCURABLE

En tiempos pasados, el concepto de enfermedad o enajenación mental se encontraba fundamentado en relación a una valoración estrictamente biológica del problema, y siempre con variantes para las dentro del criterio de personalidad.

Actualmente la idea ha tomado un nuevo cauce, orientándose se hacia un criterio que permita una interpretación más amplia y libre que el criterio estrictamente médico de la enfermedad mental; por lo que el concepto de enfermedad mental se ha tratado de fundar con una base jurídica, sobre el andamiaje de dos razones que le son fundamentales:

- Debido al progreso de las ciencias psiquiátricas, en cuanto a la etiología y diagnóstico de la enfermedad mental.
- Por la carencia en la mayoría de los Códigos al tratar la materia de una estructuración sistemática y técnicamente descriptiva, del concepto de enfermedad mental, sobre la base de una definición genérica. (92)

Primeramente, veamos lo que debemos entender por enajenación o enfermedad mental. Según el profesor Giulio Moglie, debe entenderse como tal "una deformación, una alteración o un desorden de la compleja actividad síquica, que sea de tal naturaleza y de tal grado, que impida al individuo el conocimiento de los eventos, que de su representación mental derivan. Lo que interesa en sentido (92) Nieves, Héctor. Hacia una Fórmula Jurídica del Concepto de - Enfermedad Mental. Relación Criminológica. Año. 2. Nos. 2 y 3. Enero-Diciembre, 1969. Valencia, Venezuela. p. 7.

médico-legal es que cualquier expresión que se quiera utilizar al definir su particular estado sicopático o somatosicopático, sea en fase evolutiva, puramente funcional o estabilizada, habitual o transitoria, curable o incurable, en todo caso la enfermedad debe representar la incapacidad o defecto de "entender y querer". (93)

Por su parte, el profesor Cesare Gerin, Director del Instituto de Medicina Legal de la Universidad de Roma, sostiene: "En relación al concepto de "mental" es claro que con tal expresión, - se entiende todo el complejo de la actividad síquica del individuo, y el término "enfermedad" debe comprender, no solo la enfermedad - mental, sino además cualquier enfermedad, aunque física que repercutiendo sobre la mente del individuo, excluya su capacidad de entender y querer. En este sentido, el profesor Leopoldo López Gómez catedrático de la Universidad de Valencia, afirma, que el legislador ha dado al término "enfermedad mental" o "perturbación mental" un sentido amplísimo, dejando en cada caso, al arbitrio de los Tribunales, decidir, si por sus características, puede considerarse - causa de exclusión de la responsabilidad. Este mismo criterio, es sostenido por los más modernos y actuales siquiátras y médico-legistas". (94)

Para la redacción de los presupuestos de la inimputabilidad en relación con la enfermedad mental, en los textos legales, - se siguen diversos criterios; biológico, psiquiátrico, psicológico, mixto y jurídico. A continuación veremos en forma muy general, a - cada uno de estos criterios.

(93) Cit por Nieves, H. Ob. cit. p. 8.

(94) Ibid. p. 9.

CRITERIO BIOLÓGICO

Este criterio se apoya en consideraciones de orden biológico u orgánico relacionadas con el fenómeno de inmadurez mental - del sujeto. Los Códigos apoyados en dicho criterio, señalan una de terminada edad que ordinariamente fluctúa entre los 16 y los 18 -- años de edad, para establecer la línea divisoria entre los sujetos imputables y los inimputables.

CRITERIO PSIQUIATRICO

Este criterio elabora el concepto de inimputabilidad en función del trastorno mental, sea éste transitorio o permanente, - en cuyo último caso designábasele comunmente con el nombre de enfermedad mental o enajenación mental (anomalía psicósomática permanente).

CRITERIO PSICOLÓGICO

El criterio psicológico apóyase en la noción psicológica que merece el sujeto, calificándolo de inimputable por cuanto no es capaz de entendimiento y autodeterminación y en términos genéricos comprende la inmadurez mental, independientemente del factor cronológico y toda clase de traumas psíquicos o alteraciones que afectan la esfera intelectual de su personalidad o constriñen su voluntad, o alteraciones más o menos profundas del biopsiquismo en la medida en que disminuyan su capacidad de comprensión y de actuación.

CRITERIO MIXTO

Este permite el empleo de las anteriores combinaciones, siendo las más comunes la biológica-psiQUIÁTRICA, la psicológica - psiQUIÁTRICA y la biopsicológica.

CRITERIO JURIDICO

Se concreta a la valoración hecha por el juez respecto a la capacidad del sujeto para comprender el carácter de su comportamiento o para determinarse conforme a dicha comprensión, de manera que la inimputabilidad es una consecuencia de dicha valoración al considerarse al sujeto incapaz de tal conocimiento o comprensión, o de mover libremente su voluntad. (95)

La mejor doctrina médico-legal actual, define el trastorno mental permanente, diciendo que se trata "de un estado de perturbación mental permanente e incurable, debido a causas ostensibles, sobre una base patológica probada, cuya intensidad llega a producir la anulación del libre albedrío". (96)

Analizando esta definición, podemos enumerar los requisitos y elementos constitutivos del trastorno mental permanente:

- que haya sido desencadenado por una causa inmediata y evidente;
- que su duración sea permanente;
- que no tenga cura.

(95) Pavón Vasconcelos, Francisco. Imputabilidad e Inimputabilidad Edic. 2a. Ed. Porrúa. México, 1989. p.96.

(96) Nieves, H. Ob. cit. p. 12.

- Que haya surgido de una base patológica, probada en el sujeto en que se manifestó;
- Que la intensidad sea tal, que anule el libre albedrío.

Cabe decir que con respecto a la mejor doctrina médico-- legal y jurídica, la enfermedad mental, enajenación o alienación, con expresiones (que si bien de estructura diferentes, pues el primero es término siquiátrico, y los dos últimos son conceptos jurídicos) sinónimas, que indican la perturbación mental, ya sea transitoria o permanente, curable o incurable; completa o incompleta.

(97)

Respecto del término "enajenación", que utiliza nuestro Código Civil vigente, en una definición plenamente médica se le define así: "ENAJENACION. f. Distracción, falta de atención.// mental. Locura, alienación". (98)

Un estudio de Derecho comparado sobre el mismo término, nos conlleva a la explicación de que la enajenación es un trastorno duradero y principalmente ligado a causas endógenas, contrapuesto al "estado de inconciencia", que siempre será una perturbación transitoria del siquismo. Sanchis Banús nos dice referido a esta posición: "Yo buscaría un giro que asimilara los estados de inconciencia a la enajenación; sobre la realidad de una enajenación, -- aunque sea de causa exógena y transitoria, siempre podrá el Tribunal ser informado por un médico, sobre el estado de inconciencia nunca. Por lo tanto, siendo el concepto de enajenación, un vocablo

(97) Ibid. p. 13.

(98) Diccionario Terminológico de Ciencias Médicas. Ob. cit. p. 356.

del lenguaje común como lo expresa la sentencia, no es científico, ni técnico, circunscribirlo exclusivamente al trastorno mental permanente". (99)

Dentro de las enfermedades o anomalías mentales se pueden considerar la psicosis endógenas, como la esquizofrenia, las psicosis maníaco depresivas, las psicosis delirantes como la paranoia, la epilepsia, las toxifrenias, etc; las reacciones vivenciales o - modos de elaborar anormalmente estímulos emocionales, como son las neurosis, histerias, fobias, angustias, etc., que constituyen disturbios psicológicos de la personalidad; la oligofrenia, comprensiva de la ideocia, imbecilidad y la debilidad mental y, por último, la demencia senil en sus diversas manifestaciones. "En todos los casos de trastornos mentales permanentes, cuando su gravedad es tal que establezcan la crisis de la personalidad humana, con la privación de sus atributos esenciales respecto del sentido de la vida y de la libertad de expresión, la conclusión es que constituyen casos de inimputabilidad del autor del hecho". (100)

Para finalizar, es pertinente hacer notar que de acuerdo con la legislación civil, se tendrán que comprobar las perturbaciones mentales del cónyuge, no especificando ni determinándose que deban impedir gravemente la convivencia conyugal ni si hay un período de tiempo determinado que se deba de contar después de celebrarse el matrimonio.

Para poder ubicarnos en lo que nuestra ley habrá de enten

{ 99 } Nieves, H. Ob. cit. p. 16.
{ 100 } Pavón Vasconcelos, F. Ob. cit. p. 111.

der respecto de la enajenación mental incurable, hay que hacer referencia a la tesis jurisprudencial que sobre el particular existe y que refiere:

DIVORCIO, ENAJENACION MENTAL COMO CAUSAL DE. PRESCRIPCION DE LA ACCION (LEGISLACION DEL ESTADO DE NUEVO LEON).- El artículo 271 del Código Civil del Estado de Nuevo León, establece que para que pueda pedirse el divorcio por causa de enajenación mental incurable, es necesario que hayan transcurrido dos años desde que comenzó a padecerse la enfermedad. Es cierto que el artículo 278 del citado Código Civil establece que el divorcio sólo puede ser demandado por el cónyuge inocente dentro de los seis meses siguientes al día en que se hayan llegado a su noticia los hechos en que se funda su demanda, pero por razón natural, los seis meses pueden contarse en aquellos casos en que se trate de actos que se realizan en un momento preciso y determinado, que hacen posible el computo a partir de ese momento y cabe la pérdida del derecho si pasan los seis meses sin ejercitarlo. Esto no sucede en el caso de la enajenación mental incurable, la que por su naturaleza se manifiesta en una fecha y sigue manifestándose sin cesar, renovando a cada instante el derecho que estableció la ley para pedir el divorcio y sin que pueda determinarse un plazo de seis meses entre la última manifestación y el abandono de la acción. En estas condiciones aún cuando se declare fundado el concepto de violación en que se alegó por el actor la procedencia y oportunidad de la causal invocada, ello es motivo para relevarlo de la obligación de suministrar alimentos a su cónyuge inocente, por no poder sostenerse legalmente que la causal de divorcio invocada en su contra le sea imputable.

PRECEDENTES:

Quinta Epoca:

Volumen CXXII, Pág. 544.

Tesis relacionada con jurisprudencia 216/85.

De lo expuesto por la presente tesis, es importante resaltar el aspecto que destaca que el plazo de prescripción de la acción de 6 meses previsto para invocar la causal de enajenación mental - incurable no es posible llevarlo a cabo como nuestro Código Civil dispone, puesto que como claramente ha quedado expresado por la tesis, no es posible llevar a cabo el computo de dicha alteración -- por ser impredecible el momento en que se pueda presentar, y por otro lado, para que ésta pueda tomarse como incurable, habrá de seguirse manifestando en el cónyuge culpable en forma continua, y al esperar un tiempo determinado para conocer si puede recobrar su estado normal o ya es incurable la enfermedad, habrán prescrito los 6 meses y ya no será posible invocar dicha causal.

A diferencia de lo que nos refiere dicha tesis de que habrán de transcurrir 2 años para pedirse el divorcio por causa de enajenación mental incurable de acuerdo con el artículo 271 del Código Civil del Estado de Nuevo León, en el Código Civil vigente para el Distrito Federal ya no se contempla dicha disposición, y en forma muy acertada, puesto que en muchos casos personas realmente trastornadas logran ocultar su enfermedad durante la época de noviazgo, pero una vez después de llevado a cabo el matrimonio, dejan ver claramente sus alteraciones y desajustes mentales, lo cual hace imposible la vida conyugal desde tempranamente llevado a cabo

el matrimonio.

Por lo tanto, era injusto para el cónyuge sano el que tuviera que esperar éste plazo de 2 años para poder llevar a cabo su divorcio, ya que tolerar durante todo este tiempo al cónyuge enajenado mentalmente podía acarrear el que se produjeran situaciones más difíciles y violentas para el cónyuge sano, quien a pesar de haber manifestado al momento de celebrar el matrimonio su voluntad de ayudar y cuidar a su cónyuge en toda situación, en este caso como en el de una enfermedad contagiosa, no tenía porque sufrir las consecuencias que le acarrea el convivir con una persona alterada física y mentalmente.

C A P I T U L O

IV

**"ANALISIS DE LA PROBLEMATICA QUE PRESENTAN LAS CAUSALES
DE LAS FRACCIONES VI Y VII DEL ARTICULO 267 DEL CODIGO
CIVIL VIGENTE EN LA ACTUALIDAD"**

A) COMENTARIOS A LA REFORMA DE LA FRACCION VI QUE REGULA LAS ENFERMEDADES CRONICAS O INCURABLES QUE SEAN CONTAGIOSAS Y/O HEREDITARIAS COMO CAUSAL DE DIVORCIO EN LOS CODIGOS CIVILES DE 1870 Y - DE 1884 Y EL CODIGO CIVIL VIGENTE

El Código Civil para el Distrito Federal y Territorios - de la Baja California de 1870 en su artículo 240 expresaba dentro de las causales de divorcio únicamente siete, mediante las cuales se podía llevar a cabo la acción del mismo, y que eran en su mayor parte delitos, además, dentro de estas, no se encontraba contemplada ningún tipo de enfermedad o alteración corpórea u orgánica que diera lugar al mismo divorcio. Igualmente no contemplaba el divorcio voluntario por el consentimiento de ambos cónyuges, como lo haría posteriormente el Código Civil de 1884.

Al ser reformado el Código de 1870, el artículo 240 correspondió al 227 del Código Civil de 1884, el cual en su fracción XI contempló el tema de nuestro estudio al decir que son causales legítimas de divorcio: "XI. 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".

(101)

Notamos que el legislador de esa época no tomó en cuenta a la impotencia de alguno de los cónyuges, como se contempla en -- nuestro Código actualmente, y que además no existe una especificación en cuanto a la manifestación de la enfermedad en lo que al Cód

(101) Pallares, Eduardo. El Divorcio en México. Edic. 4a. Ed. Porrúa. México, 1980. p. 24.

El artículo Civil vigente se refiere, pues como hemos visto, el Código Civil de 1884 manifiesta que ésta debió ser anterior al matrimonio y que el otro cónyuge no haya tenido conocimiento de ella. Este término, "anterior", nos puede hacer pensar de acuerdo con lo que hemos expuesto anteriormente en nuestro trabajo, que nos adecuáramos en una nulidad de matrimonio por haber existido esta situación antes del mismo, y por lo tanto, como nos dice el maestro Rojina Villegas es criticable el sistema seguido por la ley, pues en rigor la citada causal debe ser de nulidad y no de divorcio, ya que supone una enfermedad anterior a la celebración del acto mismo. (102)

Existe otro punto que el Código de 1884 no tomó en cuenta y que el Código de 1928, que es el que continúa hasta nuestros días sí lo hizo, y es en cuanto a dar a conocer dos enfermedades específicas que están contempladas aún cuando existen otras tantas que se manifiestan en los mismos términos, siendo estas la sífilis y la tuberculosis. Es por demás decir que no sabemos porque el legislador actual continúa incluyendo estas enfermedades dentro de nuestra ley, cuando tiene conocimiento de que hoy en día estas enfermedades se encuentran casi erradicadas como ya hemos explicado con anterioridad gracias a los avances de la medicina moderna, y por que el legislador de 1884 no las incluyó tan específicamente aún cuando en esos tiempos si era posible se les considerara como males además de contagiosos, incurables.

Consideramos que este legislador tenía más acierto al hablar no sólo de alguna enfermedad en particular, sino de generalidad (102) Rojina Villegas, R. Ob. cit. p. 314.

zar en cuanto a enfermedades se refiere; pues así como algunas enfermedades van siendo erradicadas, otras nuevas surgirán y el precepto sería, como lo es en la actualidad, obsoleto.

Por cuanto concierne a la posterioridad de la enfermedad respecto de la celebración del matrimonio, el artículo 238 del Código de 1884 decía: "La demencia, la enfermedad declarada contagiosa o cualquiera otra calamidad semejante de uno de los cónyuges, - no autoriza el divorcio, salvo el caso de la fracción XI del artículo 227, pero el juez, con conocimiento de causa, y sólo a instancia de uno de los consortes, puede suspender breve y sumariamente en cualquiera de dichos casos, la obligación de cohabitar, quedando, sin embargo, subsistentes las demás obligaciones para con el - cónyuge desgraciado". Como podemos ver, era necesario que para que se ejercitara el divorcio se debía reunir el requisito de que la - enfermedad fuera adquirida antes del matrimonio, y que por lo tanto, el cónyuge enfermo lo ocultara al otro.

Al respecto de los anteriores preceptos, el maestro Manuel Mateos Alarcón nos dice "que fueron tomados principalmente del Código Civil de Chile, pues parecieron necesarios para impedir la separación de hecho de los cónyuges sin la sanción legal, la cual crea tanto para ellos, como para los hijos una situación indefinida, difícil y violenta, que frecuentemente es origen de graves males. Así, colocada la ley en la terrible alternativa de facilitar la separación legal ó reputar unidos a los esposos que de hecho están separados, ninguna de las soluciones que adopte puede ser completamente satisfactoria, ni dejará de prestarse a objeciones más

o menos fundadas. Sin embargo, continua diciéndonos Mateos Alarcón, el legislador creyó que era preferible, o si se quiere, que presentaba menores inconvenientes, disminuir un tanto el rigor legal y - hacer que la ley reconociera como causas legítimas de divorcio aquellas que de hecho y con justa causa motivan la separación de los - esposos; de esta manera se define más convenientemente y con enterra precisión la situación de los hijos, la de los mismo esposos y la de sus respectivos bienes, haciendo desaparecer en lo posible - todo conflicto entre el hecho y el derecho". (103)

Así, lo marcado por el artículo 238 del Código de 1884, se viene a equiparar con el artículo 227 del Código Civil vigente que a la letra dice: "El cónyuge que no quiera pedir el divorcio - fundado en las causas enumeradas en las fracciones VI y VII del artículo 267 podrá, sin embargo, solicitar que se suspenda su obligación de cohabitar con el otro cónyuge, y el juez, con conocimiento de causa, podrá decretar esa suspensión, quedando subsistentes las demás obligaciones creadas por el matrimonio".

De esta manera, el maestro Mateos Alarcón nos refiere que "varios autores han opinado que la demencia, la enfermedad contagiosa o cualquiera otra calamidad semejante de uno de los cónyuges, son otras tantas causas justas del divorcio; pero nuestro Código - establece lo contrario, porque es injusto aumentar con un mal tan grave la desgracia del paciente. Pero como, por otra parte, es también inicuo obligar al otro cónyuge a sufrir las consecuencias de

(103) Mateos Alarcón, Manuel. Estudios sobre el Código Civil del Distrito Federal. T. I. Ed. Librería de J. Valdes y Cueva. México, 1885/ 86. p. 120.

esas calamidades, dejó a la prudencia de los jueces suspender breve y sumariamente la cohabitación, dejando subsistentes las demás obligaciones que del matrimonio devienen". (104)

(104) Mateos Alarcón, M. Ob. cit. p. 127.

B) PARALELO DE LAS CAUSALES DE LAS FRACCIONES VI Y VII DEL ARTICULO 267 DEL CODIGO CIVIL VIGENTE CON EL DERECHO CANONICO

El principio fundamental del derecho canónico en lo relativo al vínculo conyugal, es el que expresa el canon 1.118 del Código Canónico que dice: "El matrimonio válido, rato y consumado no puede ser disuelto por ninguna potestad humana ni por ninguna causa, fuera de la muerte". De esta manera, la Iglesia condena el divorcio en cuanto al vínculo, y en canones posteriores que tratan de la nulidad del matrimonio y de la separación del lecho y habitación, únicamente permite esta última, sólo en determinados casos, como más adelante apreciaremos.

Como podemos apreciar, para el Derecho canónico no existe ningún tipo de divorcio como sí lo hay en nuestra legislación civil, únicamente se contempla una separación de cuerpos, pero con una diferencia dentro de esta separación, ya que ésta podrá ser -- perpetua o provisional, pero para saber en cual de estas dos clases de separación se adecúa nuestro tema de estudio, haremos un breve análisis de cada una de ellas.

Según el canon 1.128 se expresa que los cónyuges deben -- hacer vida en común en forma conyugal, siempre que no haya una causa justa que los excuse. Así, la causa principal que autoriza la -- separación perpetua es lo que el Código Canónico llama crimen de -- adulterio.

No siendo por adulterio, jamás puede decretarse la sepa-

ración perpetua, sino sólo la temporal. De acuerdo con Joaquín Gímez García, la enumeración de las causas o motivos para que se produzca la separación temporal son las siguientes:

- "- Si uno de los cónyuges da su nombre a una secta acatólica.- Se requiere la filiación estricta después del matrimonio.
- Si educa acatólicamente a los hijos.- No basta la actitud pasiva o indiferente, se requiere la actitud activa de impedir la educación católica de la prole.
- Si lleva una vida de vituperio o indominia.- Se exige habitualidad.
- Si es causa grave de peligro para el alma o para el cuerpo del otro cónyuge.- No es preciso que suponga culpa en el cónyuge que es causa del peligro.
- Si con sevicias hace la vida en común demasiado difícil.- Estas sevicias pueden ser físicas, malos tratos de obra, o morales, insultos, menosprecios, etc. Atendidas ambas en conjunto y de acuerdo con las circunstancias de la persona que es objeto de las sevicias.
- Otras causas semejantes.- Es decir, que guarden semejanza con las expuestas y que hagan la vida en común no sólo molesta, sino difícil, atendidas igualmente todas las circunstancias".

"En todos estos casos, al cesar la causa de la separación debe restaurarse la comunión de la vida; pero si la separación fue decretada para un tiempo determinado o indeterminado, el cónyuge inocente no está obligado a ella, a no ser que medie un Decreto o que haya pasado el tiempo". (105)

(105) Gímez García, Joaquín. Anuario de la Escuela Judicial. El Matrimonio Canónico y Civil. Vol. XI. Madrid, España. 1974. p.p. 226 a 227.

Como podemos ver, únicamente dentro de la separación temporal se encuentra contemplado un precepto que podríamos equiparar a lo estipulado por la fracción VI del artículo 267 del Código Civil vigente en su primera parte, y lo respectivo a la fracción VII del mencionado Código, al decir o hablar de una causa que sea de grave peligro para el alma o para el cuerpo del otro cónyuge. Esta causa de grave peligro en cuanto al cuerpo podríamos definirla o interpretarla como una enfermedad que pudiera dañar la salud del cónyuge sano, por lo cual caería en las características que el Código Civil refiere en cuanto a las enfermedades de ser contagiosas y/o hereditarias, además de incurables.

Por lo que respecta a una enfermedad mental, el citado precepto consideramos se adecua a lo referido por nuestro Código Civil, además, puede ser considerado como una causa que puede hacer la vida en común además de molesta, difícil, pues nadie puede negar el gran problema que acarrea el cargar con el peso de una persona que muestre perturbaciones de la mente, pues en muchos de los casos son peligrosas y la convivencia con estas, aunque parezca -- exageración, puede llegar a ser mortal.

Por lo que respecta a la importancia, que es lo que refiere la segunda parte del mencionado artículo 267 fracción VI, para el Derecho canónico y en relación al matrimonio, la impotencia puede presentarse en tres momentos distintos:

- Antes de haberse celebrado el matrimonio.
- Después de haberse celebrado el matrimonio, pero antes de la consumación.

- Después de haberse celebrado el matrimonio y después de la consumación. (106)

Con relación al tercer punto, según Guillermo Allende, no interesa, ya que después de la consumación del matrimonio es perfecto y la impotencia sobrevinida, al igual que cualquier otro accidente o enfermedad, no tiene trascendencia jurídica alguna. En cambio, nos sigue comentando el autor, los dos primeros puntos si son de interés para el Derecho canónico. (107)

Por lo que concierne al primer punto, cuando la impotencia es anterior al matrimonio nace el impedimento de impotencia, - que es un impedimento dirimente.

Aquí, la presunción juega un papel importante, puesto que se presume que la impotencia es anterior al matrimonio si se manifiesta inmediatamente de celebrado éste y con más razón si el defecto es congénito. Así, el fundamento probable que debe existir para que la duda de hecho o de derecho favorezca al matrimonio no se da como lo expresa el canon 1.014 sino al revés, puesto que una impotencia probada más o menos inmediatamente después de celebrado el matrimonio no puede menos que dejar en el ánimo del Juez que tal situación era anterior al matrimonio.

Por lo que respecta a la impotencia perpetua, ésta lo será cuando desde el punto de vista científico se juzga que no ha de

(106) Allende L., Guillermo. La Impotencia en el Matrimonio. *Jurisprudencia Argentina*. No. 4553. Julio 16, 1974. Buenos Aires, Argentina. p. 3.

(107) Loc. cit.

cesar por el transcurso del tiempo, ni tampoco por medio de una intervención médica más o menos sencilla; con esto, se considera posible la cesación de la impotencia después de una intervención médica, más no por eso la impotencia dejaría de ser perpetua desde el punto de vista del derecho. (108)

En lo referente a la impotencia absoluta y relativa, el Derecho canónico es determinante al expresar que el que sufre de impotencia absoluta no puede contraer matrimonio con nadie, en cambio, si lo podrá hacer aquél cuya impotencia es relativa. Por otra parte, una vez celebrado el matrimonio éste puede anularse, ya sea que la impotencia sea absoluta, así como que sea relativa, como que la ley se refiere expresamente a ambas impotencias.

Además de lo que ya hemos referido, una grave cuestión se ha planteado en el Derecho canónico sobre la naturaleza de la impotencia que constituye impotencia jurídica, es decir, la que hace al impedimento. Sin embargo la cuestión parecería resuelta por el apartado 3 del canon 1.068 que nos dice: "La esterilidad ni lo dirime ni lo impide", apuntando a la clasificación de la impotencia "coeundi" y la "generandi".

La impotencia "coeundi" se relaciona directa y exclusivamente con la cópula carnal; la "generandi", que incluye la cópula carnal exige además que los cónyuges sean capaces de engendrar; pero esta última exigencia parece descartada por el Derecho canónico al resolverlo "in terminis" el apartado referido. (109)

(108) Allende L., G. Ob. cit. p. 5.

(109) Ibid. p. 7.

De esta clasificación de impotencia podemos decir que la que se adecua a nuestra legislación civil es la denominada "impotencia coeundi", la cual ya ha sido referida con anterioridad al mencionar lo dispuesto por la tesis que sustenta la Suprema Corte de Justicia como causal de divorcio, ya que como la misma tesis nos dice, la impotencia "generandi" será más bien comparada a la esterilidad, la cual para nuestro Código Civil vigente para el Distrito Federal no es contemplada como causa de divorcio.

Para terminar, podemos decir que para el Derecho canónico, para que haya consumación del matrimonio no basta la simple cópula matrimonial sino que es necesario la existencia de semen testicular, aunque el mismo sea infecundo por carencia de elementos vitales. Así, existe un agregado más para la cópula perfecta, que amplía el área de la disolución del matrimonio. Por lo tanto, el Derecho canónico ha acordado la dispensa de rato en el matrimonio en que el marido tenía tal enfermedad y más aún, sin necesidad de probar su perpetuidad.

Respecto de este punto, para el Código Civil vigente el simple hecho de lograr la cópula es suficiente para tener por perfeccionado el matrimonio, independientemente de que alguno de los dos cónyuges sea estéril por cualquier causa orgánica; por lo que no podríamos decir que nos encontramos con un punto más para llegar a la disolución del matrimonio.

Como hemos visto, por un lado o por el otro el resultado es el mismo, la disolución del matrimonio.

C) RELACION DE LAS ENFERMEDADES CONTAGIOSAS INCURABLES CON EL DELITO PREVISTO EN EL ARTICULO 199, BIS. DEL CODIGO PENAL VIGENTE

A partir de la reforma realizada al Código Penal, mediante decreto de 26 de enero de 1940 del Diario Oficial de la Federación, el Título Séptimo del Libro Segundo quedó adicionado con el artículo 199 bis, que creó una peculiarísima figura típica a la que se ha venido conociendo con el nombre de "del Peligro de Contagio".

Dicho precepto textualmente expresa lo siguiente actualmente: "El que ha sabiendas de que está enfermo de un mal venéreo u otra enfermedad grave en período infectante, ponga en peligro de contagio la salud de otro, por relaciones sexuales u otro medio -- transmisible, será sancionado de tres días a tres años de prisión y hasta cuarenta días de multa".

"Si la enfermedad padecida fuera incurable se impondrá la pena de seis meses a cinco años de prisión".

"Cuando se trate de cónyuges, concubenarios o concubinas, sólo podrá procederse por querrela del ofendido".

La redacción del precepto revela que la manifiesta intención del legislador fue la creación de un delito de peligro concreto, en que el contagio venéreo constituye un resultado ajeno a la estructura del tipo y que caería, de acontecer, dentro de la figura delictiva del artículo 288 del Código Penal, tipificadora del delito de lesiones. Ello da al tipo penal del artículo 199 bis, el carácter de delito formal o de mera conducta, puesto que su punición es independiente del contagio venéreo que como resultado pue-

da producirse.

Indudablemente que, si el precepto tipificador sanciona la conducta activa consistente en las relaciones sexuales de quien se sabe enfermo de un mal venéreo u otra enfermedad grave en período infectante, con una persona, poniendo en peligro la salud de ésta, el bien jurídico tutelado no puede ser otro que el de la salud individual. (110)

La relación sexual constitutiva de la conducta típica en el delito, sólo adquiere relevancia en cuanto concurre con ella una situación de hecho, anterior, que integra un presupuesto de aquélla y cuya ausencia haría imposible el carácter antijurídico de la acción.

Si atendemos a la descripción del tipo, es claro que se requiere que el sujeto activo se encuentre enfermo de un mal venéreo u otra enfermedad grave en estado infectante, pues de otra manera la relación sexual carecería de trascendencia en función de la norma penal. Así, el mencionado estado anormal de la salud integra una circunstancia anterior y por ello preexistente a la realización de la conducta, siendo correcto jurídicamente identificarla como un presupuesto material de ésta.

Como podemos ver, queda precisada la conducta en la actividad voluntaria o acción consistente en la relación sexual que, -

(110) Pavón Vasconcelos, F. y Vargas López, G. Los Delitos de Peligro para la Vida y la Integridad Corporal. Edic. 5a. Ed. Porrúa. México, 1987. p.p. 159 a 160.

debido a la enfermedad infecciosa del agente, pone en peligro efectivo de contagio a la victima.

La ley emplea el término "relación sexual" en sentido amplio, equiparable al de acceso carnal, queriendo referirse con él al acto sexual. En este sentido, el acto sexual comprende la penetración del órgano genital, masculino o femenino, por vía normal o anormal en persona de cualquier sexo, independientemente de que se llegue o no a la eyaculación.

La conducta típica, o sea la relación, acceso carnal o acto sexual constituye el medio eficaz que pone en peligro de contagio la salud del paciente del delito, siendo consecuencia, ese peligro, del estado infeccioso del mal venéreo padecido por el autor.

Como la acción es actividad voluntaria, es requisito que la relación haya sido querida, sea expresión de la voluntad del agente, pues su ausencia crearía la inexistencia del delito por falta de integración de la conducta.

La acción, nos dice al respecto Pavón Vasconcelos, "no es sólo movimiento corporal, sino expresión activa de la voluntad del hombre. Pero indudable es que las conocidas hipótesis de ausencia de conducta, es decir la "vis absoluta" y la fuerza mayor no pueden funcionar en el tipo en exámen, pues ello supondría el puro movimiento corporal del ayuntamiento sexual sin el coeficiente psíquico de la voluntad, lo que resulta sin más explicación a todas -

luces imposible". (111)

Por cuanto a la culpabilidad concierne, este delito sólo admite la forma dolosa, y por ello, su previsión legal debe estimarse innecesaria. El dolo requiere para configurarse, del conocimiento del hecho y de su significación, o sea la tipicidad y la antijuridicidad, así como la voluntad proyectada a la causación del resultado. Podríamos concluir que la construcción típica del delito recae en la relación sexual que pone en peligro la salud.

Por cuanto respecta a la penalidad, el artículo 199 bis, determina que como penalidad aplicable por lo que respecta al delito en forma global es la de prisión de hasta tres años y multa de hasta cuarenta días; más si se trata de que la enfermedad padecida fuese incurable, la pena será de seis meses a cinco años de prisión.

Evidentemente la ley adopta el sistema de sancionar, tanto el contacto sexual creador del peligro de contagio como la consiguiente alteración de la salud, que es posible integre un delito de lesiones cuando el contagio se produce.

Junto al anterior a considerar muy en especial por tratarse de la situación que hemos venido manejando con respecto al matrimonio y su problemática con respecto de los cónyuges, se presenta dentro de la querrela que presenta el mencionado artículo 199 bis, del Código Penal vigente, al precisar que cuando se trate de cónyuges sólo podrá procederse por querrela del ofendido, de manera que

(111) Pavón Vasconcelos, F. y Vargas López, G. Ob. cit. p. 163.

en tal hipótesis el delito únicamente es perseguido a instancia de parte.

Por lo que a este punto concierne, el maestro Pavón Vasconcelos nos dice: "La condición legal de la querrela, que subordina el ejercicio de la acción penal a la manifestación de voluntad del particular ofendido, encuentra plena justificación en virtud de la ofensa que a la honestidad del cónyuge inocente implicaría la acusación pública, originada en la denuncia de un extraño al vínculo matrimonial sobre la conducta punible del culpable, con el consiguiente escándalo familiar". (112)

Como anteriormente habíamos comentado, en la actualidad el SIDA es la enfermedad que más se adecua al planteamiento de nuestro estudio, y por consiguiente, no podía escapar del ámbito penal.

En primer lugar, y como ya hemos planteado anteriormente, debe verse al SIDA como un problema de salud, ya que en la gran mayoría de los casos, el portador del virus es ignorante de que lo tiene, ya que pueden pasar años y no tener manifestación alguna, y tratándose de personas con vida sexual activa de cualquier tipo, estamos ante un indiscriminado propagador del virus. Por lo tanto, se ha dispuesto que se requiere del auxilio del derecho penal, ya que se está hablando de proteger un bien tan importante como lo es la salud de las personas.

Pero a raíz de este comentario, cabe señalar que hay au-
(112) Pavón Vasconcelos, P. y Vargas López, G. Ob. cit. p. 168.

tores para los cuales quien estando enfermo de SIDA ponga en peligro de contagio, o contagie a alguien, no cae dentro del tipo del artículo 199 bis, del Código Penal, por razones, que como nos explica Sergio Vela Treviño, están fundadas en el principio de legalidad por lo que comenta que es conocida la posibilidad de que el SIDA - se transmita o contagie sin actividad sexual, como ocurre entre los usuarios de una misma jeringa hipodérmica. Como podemos ver, este autor no tomó en cuenta el hecho de que nuestra legislación toma - ya en consideración no sólo la transmisión sexual como forma de contagio, sino que amplía su campo a cualquier otro medio de transmisión.

En lo que podemos estar de acuerdo en cuanto a su estudio, es respecto de que para que se dé el delito en cuestión se requiere un doble conocimiento; el del mal que se sufre y el del período infectante. Este punto es perfectamente razonable cuando se trata de ciertos males como lo son la blenorragia y la sífilis, migmas que son transmisibles en ciertas temporalidades.

Con respecto al SIDA, este punto causa controversia, pues no se conoce con suficiencia el período de riesgo de contagio del mismo; y el tipo del artículo 199 bis se refiere a que la persona enferma de un mal venéreo debe saber que lo padece, y además que - éste se encuentre en su período infectante. Concluyendo, puede decirse que si los profesionales de la medicina aún no determinan la etapa de posible contagio, resulta imposible que el enfermo tenga tal conocimiento, todo lo cual equivaldría a decir que faltaría - siempre uno de los dos requisitos de cognoscibilidad y ello traería

como consecuencia la permanente insatisfacción del tipo, más ahora que el dolo no es presumible, sino que tiene que ser probado. (113)

Para concluir, con lo expuesto podemos afirmar que la ley protege a la salud como bien social y jurídico de elevada importancia, desde los conceptos amplios de salud colectiva, y restringido de salud personal, de todo tipo de ataques y de la simple exposición al peligro. Por lo tanto, el legislador ha establecido la tesis de que toda alteración de la salud puede ser motivo de punición.

(113) Vela Treviño, Sergio. El Derecho Penal, la Salud y el SIDA. Revista Mexicana de Justicia. Vol. 4. No. 3. Julio-Septiembre, 1986. México. p.p. 203 a 205.

D) ¿ DEBERIA INCLUIRSE A LA FRIGIDEZ Y A LA ESTERILIDAD COMO CAUSALES DE DIVORCIO ?

Para comenzar este apartado, consideramos necesario conocer algunos aspectos clínicos de lo que es la frigidez así como de lo que es la esterilidad, para así poder pasar a un estudio de sus repercusiones tanto en la sociedad como entre los cónyuges.

La noción de frigidez comprende diversos fenómenos del comportamiento sexual de la mujer, difíciles de delimitar con relación a las actitudes normales o sanas. Según sus disposiciones naturales y su temperamento, cada mujer reacciona al sexo de manera diferente, aparte de que en muchas ocasiones su colaboración dependerá del carácter, condición y temperamento del hombre.

El Dr. A. Willy nos dice respecto a la frigidez que "en sus comienzos, la frigidez femenina no es más que una falta de experiencia o de seguridad, consecutiva a la cual y en el curso de intentonas incompletas se manifiesta una enfermedad muy especial. La noción de frigidez, de que tanto se ha abusado desempeña en ella su papel porque contribuye a reforzar la carencia de seguridad y el complejo de inferioridad de la mujer, dando así pábulo a la idea de una enfermedad incurable, irremediable". (114)

La frigidez en todos sus grados es muy frecuente en la mujer. Tanto es así que puede calcularse según datos médicos hasta en un 70 a 80% los matrimonios en que la esposa jamás ha experimentado (114) Willy, A. y Janont, C. Ob. cit. p.p. 233 a 234.

tado ningún placer durante el acto sexual.

Se puede decir que la ineptitud del cónyuge es la causa más frecuente de la aparente frigidez femenina. Es casi increíble el número de hombres que según información dada por psicólogos y médicos ignoran todo o casi todo lo que se refiere a las exigencias de la sexualidad femenina, así como los medios más sencillos para satisfacerla.

Para terminar ésta breve exposición, diremos que de acuerdo con el Dr. Jamont, "con una táctica adecuada, con verdadero amor y comprensión y con ayuda si es preciso, del médico o del psicólogo la frigidez femenina es curable en el 98% de los casos". (115)

En cuanto a la esterilidad, una de sus causas más frecuentes reside no en una anomalía de parte de cualquiera de los cónyuges, sino en la naturaleza de sus relaciones sexuales. La razón -- efectiva de la esterilidad es entonces psíquica y en estos casos se suele invocar la incompatibilidad de temperamentos, o se pretende justificar con una falta de amor entre los cónyuges, olvidando que los sentimientos de aversión entre hombre y mujer no constituyen, en principio, causa de esterilidad.

En muchos casos, la esterilidad del varón puede ser derivada de enfermedades sexuales anteriores, y esta puede llegar a -- ser por fortuna, curable. Cuando la obstrucción del epididimo (con ducto posterior del testículo por el que circulan los espermatozoi (115) Willy, A. y Jamont, C. Ob. cit. p. 240.

des) es bilateral trae como consecuencia la azoospermia o falta de espermatozoide por ausencia de secreción testicular en el líquido expulsado por la eyaculación, lo cual explica la esterilidad, pero hay que aclarar, sigue conservándose la potencia. Es necesario hacer notar que esa obstrucción del período agudo de la enfermedad, desaparece más tarde en ciertos casos quedando permeables las vías genitales en todo su trayecto, viéndose así frecuentemente enfermos que han tenido esa afección, recuperar su aptitud fecundante. (116)

Ahora pasaremos a un análisis de la trascendencia de estos factores en la vida actual, y su repercusión como factores determinantes de las conductas a seguir dentro del matrimonio, y en consecuencia, dentro de la sociedad.

Hoy en día, tanto la esterilidad como la frigidez, como fenómenos bio-psicológicos conyugales, no han sido tomados en cuenta como un factor de perturbación social; más sin embargo, la sobre población se ha convertido en un elemento de psicosis colectiva.

En nuestra cultura, el matrimonio se realiza primordialmente por el sentido de atracción mutua y entendimiento, que se le denomina amor. En otras ocasiones, este se realiza por conveniencia de cualquier índole, incluyendo los convenios familiares comunes - en algunos grupos raciales; pero cualquiera que sea el motivo, aque una pareja experimenta la necesidad biológica de reproducirse y tener su descendencia. De esta manera, cuando en forma involuntaria

(116) Etchechury, José A. La Esterilidad del Varón derivada de Enfermedades Sexuales Anteriores. Revista de Derecho, Jurisprudencia y Admón. Año. XLI. No. 3. Marzo, 1943. Montevideo, Uruguay. p.p. 72 a 73.

el hijo no llega, la estabilidad del matrimonio estará en peligro.

El apego a algunas religiones es la base para sostener - indefinidamente un matrimonio que aparentemente vive feliz; pero - que en realidad puede no serlo. Hay que destacar que existen reli- giones, como las que predominan en los países de oriente como por ejemplo Irán, en donde la esterilidad después de algunos años de - matrimonio, es causa aceptada de divorcio.

En nuestro país, únicamente en el Estado de Chihuahua fi gura la esterilidad de la mujer entre los hechos que autorizan la demanda de divorcio.

El doctor Carlos Guerrero, haciendo un estudio respecto del problema en distintos sectores de la sociedad, nos da a conocer datos muy importantes para el objeto de nuestro estudio, y de este modo, comparando en estos medios sociales en cuanto a su actitud - conyugal por este problema, logró obtener las siguientes observacio- nes, las cuales daremos en una forma muy general.

Para comenzar, nos dice que las mujeres de cualquier ni- vel social son quienes consultan primordialmente al médico, no ha- biendo restricción en cuanto al tiempo transcurrido a partir del - matrimonio, pues todas ellas tienen prisa por embarazarse. De igual forma, los varones colaboran y concurren a consulta con mayor faci- lidad, a medida que son más económicamente independientes y con ma- yor cultura. (117)

(117) Guerrero, Carlos D. Esterilidad Conyugal Involuntaria y su - Trascendencia Médica y Legal. Criminalia. Año. XXXII. No. 9. 30 de septiembre 1966. México, D.F. p. 599.

Peró las reacciones conyugales, frente a una esterilidad no curada, son diferentes en todos los grupos sociales. Así, en los que son económicamente independientes y católicos conservan y cuidan su matrimonio, adoptan fácilmente; ellas se refugian en obras sociales y ellos en actividades filantrópicas y empresas, en las cuales contribuyen al progreso social y al bienestar de sus allegados. Para los que tienen una mayor cultura, son económicamente independientes y tienen diversas religiones les es fácil aceptar el divorcio, siempre que no exista una razón económica importante que lo impida.

Si en el caso que no se divorcian, ellos y ellas buscan actividades fuera de casa, que los mantengan ocupados aparte de sus actividades normales, y que sobre todo, los mantenga siempre presentes en sociedad. Es en estos grupos donde se puede encontrar una fácil aceptación de una inseminación artificial para ella o aún la obtención de un embarazo extraconyugal, por lo que la infidelidad tolerada es una realidad. (118)

En cuanto a las clases bajas, concluye diciéndonos el doctor Guerrero, el marido obrero comienza por despreciar e injuria y maltrata o golpea a la mujer que no le ha dado hijos; no tiene incentivo en su casa y prefiere a los amigos, refugiándose muy frecuentemente en el alcohol; fácilmente busca una amante y al tener un hijo, abandona a su mujer, o sea, que si no se divorcia legalmente, lo hace practicamente. En consecuencia y con gran tristeza, en muchas ocasiones las mujeres abandonadas y substituidas, sabien (118) Guerrero, Carlos D. Ob. cit. p. 600.

no su condición de estériles, caen fácilmente en la prostitución.

(119)

Como hemos podido observar, estos dos factores tienen una gran relevancia dentro del matrimonio, ya que siempre, además del aspecto afectivo que deberá existir entre los cónyuges para poder sobrellevar su matrimonio, el aspecto sexual es fundamental para - lograr la completa armonía de la pareja, así como lo es también el logro de la herencia por medio de los hijos.

De esta forma, cuando alguno de estos factores se presenta dentro de la vida cónyugal, ésta se ve truncada en forma muy especial en muchas ocasiones no sólo por no llegar a los fines esperados por la pareja, sino por factores que como se han mencionado, son dados por la sociedad en que nos desenvolvemos.

Por otra parte, sería arriesgado desde nuestro punto de vista el que se considerarán como causales de divorcio tales situaciones, porque en realidad el hecho de que alguno o los dos cónyuges en un primer punto fueran estériles, no obstaculiza el que queden subsistentes otros factores que pueden hacerlos llevar un matrimonio pleno, como lo son los mencionados factores sexual y afectivo; además, este problema tiene una gran solución en la figura jurídica de la adopción.

La esterilidad para nuestros legisladores no puede constituir causa de divorcio de acuerdo con la tesis jurisprudencial que

(119) Loc. cit.

ya hemos tratado respecto de la impotencia, porque simplemente y - como textualmente lo explica, no imposibilita el que se lleve a ca - bo la cópula.

En cuanto al punto relativo a la frigidez, hay que tomar muy en cuenta que es un problema que como ya se dijo puede tener - solución, por lo tanto, si se contemplara como una causa más de di - vorcio, se presentaría más que una causal a una excusa para terminar con el vínculo matrimonial en el que tal vez existan otros motivos que sean más poderosos para que se disuelva éste.

Por ello cuando en juicio se lleva a cabo la confesión - de parte, ya sea por estas causas o por alguna de las señaladas en la fracción VI del artículo 257 del Código Civil vigente por el cón - yuge que ha dado causa al divorcio, es importante que el Juez com - petente tenga en cuenta un principio procesal de gran relevancia: "a confesión de parte, relevo de prueba".

Además, este punto encuentra apoyo en lo que en forma -- muy clara nos dispone la tesis jurisprudencial 463 de la Suprema - Corte de Justicia al decir:

PRUEBA CONFESIONAL, VALORACION DE LA. (LEGISLACION DEL ESTADO DE GUANAJUATO).- Si bien es verdad que del artículo 126 del Código de Procedimientos Civiles del Estado de Guanajuato se desprende que la confesión expresa de hechos propios tiene valor preponderante -- frente a cualquiera otra prueba, también lo es que ello debe enten - derse, racionalmente, siempre y cuando la confesión no deje duda - alguna del hecho a que se refiere, esto es, cuando su contenido sea

de tal manera claro que no permita dudar de su alcance. Lo dispuesto en el precepto no es óbice, en consecuencia, para poder determinar, con auxilio de otras pruebas, el alcance de una confesión cuando ésta no es absolutamente clara o cuando el hecho confesado está en íntima conexión con otros que son determinantes para señalar su alcance. Es evidente que en esta situación, el juez, atendiendo a lo que disponen los artículos 202 y 203, tendrá que valorizar en su conjunto las pruebas rendidas, para resolver lo conducente.

PRECEDENTES:

Sexta Epoca:

Volumen CIV, Cuarta Parte, Pág. 108.

Este planteamiento nos sitúa en el hecho de que además de la confesión, el juez habrá de auxiliarse de otras pruebas, en el caso del tema de nuestro estudio las pruebas médico-periciales, para determinar si realmente el cónyuge culpable se encuentra aquejado de las enfermedades anteriormente mencionadas, de una o varias de ellas.

Finalmente, diremos que estos puntos hay que considerarlos más como un problema social que cónyugal, por lo que hay que tomar más en cuenta los lazos afectivos y sentimentales que existen dentro de una pareja, ya que lo que en muchas ocasiones dicta la sociedad misma, es lo menos importante para el bienestar familiar.

E) NECESIDAD DE REFORMAR LAS FRACCIONES VI Y VII DEL ARTICULO 267, TOMANDO EN CUENTA LOS AVANCES DE LA CIENCIA

Para concluir el tema de nuestro estudio, consideramos necesario recordar el objeto que es punto central de las causales VI y VII del artículo 267 del Código Civil vigente, la salud.

La salud, como ya hemos dicho, es para el derecho, un objeto de tutela de la más elevada importancia. Tan cierto es esto que la ley protege este bien jurídico en la forma más amplia que está a su alcance.

Por lo tanto, el Estado tiene la obligación de aportar todos los medios y esfuerzos necesarios para conservar y mejorar las condiciones de salud de las personas, porque ello permite un mejor desarrollo de la sociedad.

La salud interesa desde el aspecto amplio y desde el restringido; esto significa que es importante para toda sociedad ser saludable como conjunto y, además, individualmente, porque es obvio y evidente que la salud colectiva depende de la salud personal.

Los intereses de la colectividad conducen ahora a considerar la enfermedad como fenómeno social, a proteger la salud como bien jurídico y a asegurar el orden público y el bien común, evitando la unión de enfermos para evitar la descendencia degenerativa.

Con base en estas ideas, podemos decir que el Estado toma

las medidas necesarias para evitar riesgos a la salud, creando para ello los dispositivos y mecanismos adecuados para evitar daños y - conservar lo que de bueno haya; en otras palabras, queremos decir que estos medios funcionan en forma preventiva y al mismo tiempo - curativa, pues como se dice en la actualidad, la mejor medicina es la preventiva.

Por lo tanto los fines de la medicina han de realizarse con la ayuda de la ley, de modo que la conducta humana se ajuste a sus reglas. De este modo, podemos considerar que la ley actua, incluso, como instrumento ético y educativo, pues si la norma no llega a lograr el cumplimiento directo, por lo menos conduce al respeto, a la orientación formática, a la continencia, ante el conocimiento de la pena y la represión. Directa e indirectamente, la ley obra como medida de seguridad social y también como medida de seguridad moral.

Ya hemos hablado de que en el transcurso del tiempo, la humanidad ha pasado por cierto tipo de padecimientos que afectan - la salud personal y, además, implican un riesgo social por la dificultad para la prevención y la curación. Entre estos padecimientos, como ya lo hemos explicado, el más actual es el SIDA, que es hasta la fecha, incurable, una vez que se desarrolla en el organismo contagiado. En consecuencia, resulta conveniente actualizar la ley, - para recoger el nuevo fenómeno patológico.

Lo más importante es, muy a nuestro personal criterio, entender y asimilar que así como esta enfermedad que actualmente se

está tratando y tiene más auge que otras, crece en formas alarmantes, y sin caer en alarmismos infundados, ya que los avances de la ciencia médica se conserva la esperanza de encontrar el remedio, - nos encontramos ante un nuevo fenómeno que no está tratado, por el legislador nacional.

Y así como esta enfermedad nueva, para algunos en un futuro dejará de reunir alguno de los requisitos que establece la legislación civil como puede ser el que sea incurable, aparecerán nuevos males y enfermedades que reúnan de nueva cuenta todos y cada uno de los requisitos mencionados por la ley. Esto hace recomendable - afrontar esta nueva situación para resolver si el caso requiere un tratamiento de generalidad en cuanto a las enfermedades, y en el supuesto de una respuesta afirmativa, sugerir el tipo de redacción que mejor se adapte a la necesidad social valorada.

El mero peligro de contagio ya representa una necesidad de estudio; pero es indudable que el contagio producido, con la transmisión de la enfermedad, es otra situación más aguda. De acuerdo a esta realidad, habrá que estudiar todos los casos, en orden al contenido de la voluntad del transmisor o del portador de la enfermedad, pues no puede ser tratado en igual forma quien ignora su mal y crea un riesgo para su cónyuge, que quien lo conoce y a pesar de ello genera situaciones de alto riesgo para el cónyuge inocente.

Esto significa que resulta absolutamente indispensable - dar una configuración y enfoque de generalidad al precepto legal, para no caer en otra clase de enfermedades transmisibles que nada

riesgoso representan. Podemos citar como ejemplo, que es conocida la facilidad para transmitir en las temporadas frías de cada año - ciertas enfermedades de las vías respiratorias; el contagio es simple, pero también lo es, salvo reducidas excepciones, el mal. Si no se tiene cuidado en la elaboración de la redacción al precepto, se pueden propiciar injusticias o desajustes con la realidad social.

Con lo anteriormente expuesto, podríamos decir que la sa lude es, como lo ha definido la Organización Mundial de la Salud: - "no solamente la ausencia de enfermedad sino un estado de perfecto bienestar físico, mental y social". (120)

Esto nos conlleva a la idea de que este estado de armonía puede cambiar en tiempo y espacio, por lo cual, así como lo que se encuentra contemplado en nuestro Código Civil vigente es ya para - nuestra época obsoleto y cae en desuso, si implantamos una nueva - disposición referida a las enfermedades que en nuestro tiempo azo- tan a la humanidad con las características de incurables, contagio- sas y hereditarias, para un tiempo futuro resultarían de igual for- ma obsoletas por el avance que la misma ciencia va desarrollando. Por eso, es necesario que el derecho vaya acorde con los avances - médicos y científicos para no caer en el desuso de la ley.

Por otra parte, respecto de la impotencia sobrevinida, es hasta cierto punto inhumano considerarla como causa de divorcio, - cuando se ha producido por la edad avanzada edad de uno de los cón- yuges. De aplicarse esta norma en todo su rigor, la mayoría de los

(120) Ugarte, L. A. Ob. cit. p. 41.

matrimonios de personas que han alcanzado la edad de más de 50 años podrían disolverse mediante el divorcio, sobre todo tratándose de la mujer.

Consideramos importante y nos aparamos al anteproyecto de reformas que la L Legislatura de la Cámara de Diputados formuló para el Distrito Federal en asuntos del orden común y para toda la República en asuntos del orden Federal; y que dentro del capítulo referido al divorcio, en el artículo 251 fracción VII nos dice textualmente: "Son causas de divorcio:

VII. El padecimiento por parte de uno de los esposos de cualquier enfermedad incurable que sea además contagiosa o hereditaria, así como la enfermedad mental que impida gobernarse a sí mismo".

(121)

Se puede apreciar que de alguna manera, el legislador ya piensa y habla de una forma más generalizada en cuanto al planteamiento de las enfermedades, siendo de esta forma y a nuestra consideración, un avance necesario dentro de nuestra actual legislación civil.

(121) México, Cámara de Diputados, L Legislatura. Proyectos Legislativos. Anteproyecto de Código Civil para el D.F. en asuntos del Orden Común y para toda la República en asuntos del Orden Federal. Vol. III. Ed. México, Cámara de Diputados, S.A. p. 21.

CONCLUSIONS

CONCLUSIONES

1.- La ley positiva debe ir a la par en cuanto a la técnica y ciencia modernas, sobre todo en el campo de las humanidades, para que sus preceptos vayan acordes a los problemas sociales que acontecen en toda comunidad, especialmente en el campo de la salud.

2.- Por lo que concierne al Derecho Canónico, para éste no existe el divorcio en la forma en que se contempla en materia civil, para este Derecho sólo puede existir una simple separación de cuerpos - que deja subsistentes todas las demás obligaciones que del matrimonio devienen.

3.- De las dieciocho causales de divorcio contempladas en nuestro Código Civil vigente, las más invocadas para obtener el divorcio - necesario en nuestro país son: el mutuo consentimiento, el abandono de hogar, las amenazas, la sevicia e injurias graves y la separación por más de dos años.

4.- Para la procedencia del divorcio necesario se precisa lo siguiente; que exista un matrimonio válido; que la acción se haga valer - por persona capaz; que haya legitimación activa o pasiva de los cónyuges y que la demanda se base fundamentalmente en alguna de las dieciocho fracciones del artículo 267 del Código Civil vigente.

5.- La impotencia para que sea considerada como causal de divorcio, implica que no se lleve a cabo la relación sexual entre los cónyuges.

6.- La impotencia en el hombre, hoy en día, es posible que deje de considerarse un impedimento para llevar a cabo la relación sexual debido al uso de modernas prótesis terapéuticas que permiten el mantener la erección del pene para complementar el acto sexual, y lograr así una cópula satisfactoria.

7.- No es justo determinar como impotencia sobrevenida aquella - que se manifieste en los matrimonios habidos entre personas de edad avanzada, para interpretarla como causa de divorcio.

8.- De las enfermedades que contempla por sus características el - Código Civil vigente, únicamente el SIDA es la que en la actualidad se la puede considerar como causa de divorcio.

9.- La enajenación mental ha de seguirse contemplando como causa - de divorcio por el simple motivo de que como fin eugenésico y psicológico, impide engendrar prole sin deficiencias y desordenes físicos.

10.- No debe considerarse a la frigidez como causa de divorcio --- puesto que sólo se trata de una enfermedad psicológica con posibilidades de curación, lo cual la hace quedar fuera de los requisitos que toda enfermedad debe reunir para constituirse como causa de divorcio.

11.- La esterilidad tampoco se puede tomar como causa de divorcio porque no contempla un hecho que jurídicamente implique un medio para disolver el matrimonio, y además existe la institución jurídica

de la adopción como medio para lograr que subsista el mismo.

12.- Cuando un cónyuge quiera proceder penalmente por el motivo de un contagio grave, su denuncia sólo se podrá hacer valer por él mismo, ya que se trata de un delito por instancia de parte.

13.- De acuerdo con la causal de divorcio invocada porque uno de los cónyuges se encuentre afectado de una enfermedad contagiosa e incurable, si éste además pusiera en peligro la vida del cónyuge sano, la penalidad aplicable por ser culpable del delito de contagio de acuerdo con el Código Penal vigente es de 6 meses a cinco años de prisión.

14.- Es más sensato y adecuado a nuestra actualidad, que en materia de enfermedades, se globalice o generalice la aparición de estas y no especificar alguna en particular, para que puedan contemplarse en un tiempo y espacio indefinidos.

15.- La referencia en una forma generalizada de las enfermedades, aunado a las características que deben presentar ya contempladas - por nuestra ley, ayudaría a que de este modo no se cayera en otra clase de enfermedades transmisibles que nada riesgoso representan para poner en desequilibrio el estado matrimonial.

16.- En cuanto al SIDA, es difícil adecuarlo tanto a la causal de divorcio como al delito de contagio, puesto que esta peculiarísima enfermedad no se manifiesta hasta pasado un cierto tiempo que puede fluctuar en cinco años, y por lo tanto no es posible de acuerdo con

la doctrina legalista conocer cuando el cónyuge se encuentra afectado del mal, así como que se encuentra en periodo infectante; por lo cual no podrá tratarse de igual forma a quien no conoce su padecimiento y crea un riesgo para su cónyuge, que quien lo conoce y genera situaciones delictivas.

BIBLIOGRAFIA

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

AZCARRAGA GONZALEZ, GUSTAVO.

Sexología Básica. México. Ed. La Prensa Médica Mexicana. 1976.

BOTFOMORE, T. B.

Historia, Ciencia y Sociedad. Introducción a la Sociología. México.
Ed. Península. 1978.

CONN, HOWARD F.

Terapéutica 1971. España. Ed. Salvat. 1971.

FORSTER, MICHAEL.

Guía de la Psicología y la Salud. Inglaterra. Ed. Harla Harper &
Row Latinoamericana. 1980.

GALINDO GARPIAS, IGNACIO.

Personas y Familia. Derecho Civil. México. Ed. Porrúa. 1989.

GOTH, ANDRES.

Farmacología Médica. México. Ed. Interamericana. 1970.

IBARROLA, ANTONIO DE.

Derecho de Familia. México. Ed. Porrúa. 1984.

LYONS, ALBERT Y PETRUCHELLI R., JOSEPH.

Historia de la Medicina. España. Ed. Doyma. 1980.

MARGADANT S., GUILLERMO FLORIS.

Derecho Romano. México. Ed. Esfinge. 1983.

MATEOS ALARCON, MANUEL.

Estudios sobre el Código Civil para el Distrito Federal. México.

Ed. Librería de J. Valdes y Cueva. 1985/86.

MONTAÑO DUHALT, SARA.

Derecho de Familia. México. Ed. Porrúa. 1987.

NODARSE, JOSE J.

Elementos de Sociología. México. Ed. Compañía General de Ediciones.

1980.

PALLARES, EDUARDO.

El Divorcio en México. México. Ed. Porrúa. 1980.

PAVON VASCONCELOS, FRANCISCO.

Imputabilidad e Inimputabilidad. México. Ed. Porrúa. 1989.

PINA VARA, RAFAEL DE.

Personas y Familia. Derecho Civil Mexicano. México. Ed. Porrúa.

1977.

ROJINA VILLEGAS, RAFAEL.

Introducción, Personas y Familia. Compendio de Derecho Civil.

México. Ed. Porrúa. 1984.

VARGAS LOPEZ, G. Y PATON VASCONCELOS, P.

Los Delitos de Peligro para la Vida y la Integridad Corporal.
México. Ed. Porrúa. 1987.

WILLY, A. Y JAMONT, C.

La Sexualité. España. Ed. Daimón. 1989.

ZAPATERO BALLESTEROS, EMILIO.

Microbiología Médica. España. Ed. Aldus. 1972.

LEGISLACION CONSULTADA

Código Civil para el Distrito Federal. Ed. Porrúa. 1991.

Código Penal para el Distrito Federal. Ed. Porrúa. 1991.

Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.
Ed. Porrúa. 1991.

Tesis Jurisprudenciales de la 3a. Sala de lo Civil. Suprema Corte
de Justicia de la Nación. México.

REVISTAS CONSULTADAS

ALLENDE L., GUILLERMO.

Jurisprudencia Argentina. La Impotencia en el Matrimonio. Argentina
1974.

COCHEZ PAREUGIA, GUILLERMO A.

Anuario de Derecho. Los Pines del Matrimonio. Panamá. 1972.

CONASIDA.

Gaceta Informativa. México. 1990.

ETOHECHURY, JOSE A.

Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración. La Esterilidad del Varón Derivada de Enfermedades Sexuales Anteriores. Uruguay. 1943.

FELIX LOPEZ, LUIS.

Atención Médica. La Tecnología: más allá de la Esperanza. México. 1977.

GIMENEZ GARCIA, JOAQUIN.

Anuario de la Escuela Judicial. El Matrimonio Canónico y Civil. España. 1974.

GUERRERO, CARLOS D.

Criminalía. Esterilidad Conyugal Involuntaria y su Trascendencia Médica y Legal. México. 1966.

INSTITUTO NACIONAL DE ESTADISTICA, GEOGRAFIA E INFORMATICA.

Anuario 1990. México. 1990.

LOPEZ DEL CARRIL, JULIO J.

Lecciones y Ensayos. La Posición del Derecho Comparado frente al Informe de la ONU sobre Condiciones y Efectos de la Disolución y Anulación del Matrimonio y la Separación Legal. Argentina. 1969.

MASCAREÑAS, C. E.

Revista de Derecho Puertorriqueño. Los Requisitos del Matrimonio.
Puerto Rico. 1961.

MEXICO, CAMARA DE DIPUTADOS L LEGISLATURA.

Proyectos Legislativos. Anteproyecto de Código Civil para el Distri
to Federal en asuntos del Orden Común y para toda la República en
asuntos del Orden Federal. México.

MILLER, W. T.

Seminars in Roentgenology. U.S.A. 1990.

MONTERO, ELOY.

Revista de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. Sobre
los Pines del Matrimonio. España. 1953.

NIEVES, HECTOR.

Relación Criminológica. Hacia una Fórmula Jurídica del Concepto de
Enfermedad Mental. Venezuela. 1969.

PEREZ-DUARTE Y N., ALICIA ELENA.

Anuario Jurídico. Los Pines del Matrimonio. México. 1986.

RUBIO CORREA, MARCIAL.

Revista del Foro. Limitaciones del Derecho frente a la Familia.
Perú. 1985.

UGARTE, LUIS ANGEL.

Informaciones Sociales- Revista de la Caja Nacional de Seguro Social del Perú. Evolución de los Conceptos de Salud y Enfermedad. Perú. 1956.

VELA TREVIÑO, SERGIO.

Revista Mexicana de Justicia. El Derecho Penal, la Salud y el SIDA. México. 1986.

DICCIONARIO CONSULTADO

Diccionario Terminológico de Ciencias Médicas. España. Ed. Salvat. 1984.