



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES

" A R A G O N "

2
Ej. 2

**" NECESIDAD DE REGLAMENTAR UN NUEVO
PLAZO DE ESPERA PARA CONTRAER
MATRIMONIO CUANDO EL PRIMERO SE
DISOLVIO POR LA CAUSAL DE ADULTERIO "**

T E S I S

Que para obtener el Título de:

LICENCIADO EN DERECHO

P r e s e n t a :

YUNET ADRIANA ABREU BELTRAN

San Juan de Aragón, Edo. de Méx. 1996.



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

Agradecimientos

A mis padres:

*Por las oportunidades que me han
brindado, así como su constante
aliento y dirección.*

A mis hermanos:

Por su apoyo y comprensión

A mi familia:

*Porque cuando los necesite
siempre estuvieron ahí*

A mis sobrinos:

*Aline, Marielle, Luis y
Ricardo*

*Por su cariño y con el
deseo de ser su ejemplo
a seguir*

A César:

Por su apoyo desinteresado

*A mis amigas:
Lety, Alicia, Betty,
Alejandra y Adriana
Por su valiosa aportación
en mi vida personal*

A mi asesor de tesis:

*Por su valiosa aportación
y ayuda en la revisión y
corrección de este trabajo*

A la Universidad:

Gratias Perenne.

Al H. Jurado:

ÍNDICE

	Págs.
INTRODUCCIÓN.....	I
CAPITULO PRIMERO	
GENERALIDADES EN LOS MATRIMONIOS ILÍCITOS VÁLIDOS	
1.1.- Antecedentes de la ilicitud.....	1
1.2.- Concepto jurídico de ilicitud.....	4
1.2.1.- Diferencia entre ilicitud y nulidad.....	6
1.3.- Fundamentación de las causas de ilicitud.....	11
1.3.1.- Causas de ilicitud.....	13
1.3.2.- El plazo de espera en el divorcio.....	17
1.3.3.- El plazo de viudez.....	19
1.4.- Consecuencias jurídicas del matrimonio ilícito.....	19
1.4.1.- La posible configuración del delito de falsedad de declaración.....	20
1.4.2.- Efectos de ilicitud.....	22
CAPITULO SEGUNDO	
MATRIMONIO, ADULTERIO, DIVORCIO	
2.1.- Concepto jurídico de matrimonio.....	23
2.2.- Constitución del matrimonio.....	30
2.2.1.- Elementos de existencia.....	31
2.2.2.- Elementos de validez.....	34
2.3.- Requisitos para contraer matrimonio.....	36
2.4.- Concepto jurídico de adulterio.....	37
2.4.1.- El adulterio como sanción.....	39
2.4.2.- El adulterio como delito.....	40
2.5.- Concepto jurídico de divorcio.....	42
2.6.- Causas de divorcio.....	45
2.6.1.- Fundamentación del divorcio necesario.....	46
2.6.2.- Efectos del divorcio por la causal de adulterio.....	49
2.6.3.- Efectos del divorcio respecto de los esposos.....	50

**CAPITULO TERCERO
PRESUNCIÓN DE PATERNIDAD, MEDIOS DE PRUEBA Y FORMAS
DE IMPUGNACIÓN**

3.1.- Concepto jurídico de filiación.....	52
3.1.1.- Filiación natural.....	56
3.1.2.- Filiación legítima.....	59
3.2.- Medios de prueba en la filiación legítima.....	61
3.2.1.- Prueba de la filiación legítima respecto al padre.....	63
3.2.2.- Prueba de la filiación legítima respecto a la madre.....	64
3.3.- Impugnación de la paternidad y de la legitimidad.....	65
3.3.1.- Adulterio de la esposa con ocultamiento del hijo.....	68
3.3.2.- Hijos nacidos después de los trescientos días siguientes a la separación conyugal por orden judicial.....	69

**CAPITULO CUARTO
NECESIDAD DE REFORMAR EL ARTÍCULO 264 FRACCIÓN II**

4.1.-Análisis de los artículos 158 y 289 con el fin de pedir congruencia en sus términos.....	70
4.2.- Artículo inoperante.....	75
4.3.- Fundamentación para reformar el artículo 264 fracción II.....	77

CONCLUSIONES.....	84
-------------------	----

BIBLIOGRAFÍA.....	89
-------------------	----

INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo, pretendo plasmar o utilizar los conocimientos que durante el ciclo de estudios, me fueron impartidos por los profesores de esta Escuela Nacional de Estudios Profesionales, los cuales complementé con diversos textos que existen sobre la materia, así como de experiencias adquiridas.

El objeto primordial, es no solo el de cumplir con el requisito exigido por la propia escuela como culminación de su programa de estudios, sino el de elaborar la presente tesis, con la intención de grabar en ella parte de las vivencias de mi paso por las aulas, el cual me dejó una huella favorable y trascendente para el resto de mi vida.

Tal espíritu fue el que me animó a la realización de esta tesis, la cual se divide en cuatro capítulos, con la intención de que cada uno de ellos tenga íntima relación entre sí, aún cuando la misma no se encuentra exenta de algunas carencias propias de quien lo hace, ya que su servidora no es más que una alumna con aspiraciones de seguir aprendiendo.

El tema objeto de nuestro estudio se encuentra ubicado dentro del apartado del Derecho Privado y específicamente en la rama del Derecho de Familia en cuanto a la inobservancia de algunos artículos y al mismo tiempo en la forma inoperante de dichos artículos y apartados del Código Civil.

Es indiscutible que nuestro derecho de familia es muy extenso ya que existen leyes, acuerdos, decretos, etc., que regulan a la familia. Por lo que decidí tomar en cuenta el tema de las ilicitudes en el matrimonio y en concreto al estudio del artículo 264 fracción II el cual consiste en los matrimonios ilícitos pero no nulos, y a la celebración de los mismos cuando se llevan a cabo sin que hayan transcurrido los términos fijados en los artículos 158 y 289, los cuales nos hablan de que la mujer no puede contraer nuevo matrimonio sino hasta pasados trescientos días después de la disolución del matrimonio y además el cónyuge que haya

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

De lo anterior y tomando en cuenta que el principio jurídico de que toda conducta contraria a derecho debe ir acompañada a una sanción y que los individuos que integran la sociedad deben realizar la conducta establecida, en este caso el no contraer matrimonio antes del plazo señalado y si estos realizan la conducta contraria esto toma el nombre de ilícito.

En derecho privado, la sanción a la conducta ilícita es la nulidad de los efectos que dicha conducta trae y si es necesario el resarcimiento del daño, por ello mismo el matrimonio como acto jurídico se debe regular de la misma forma, sin embargo existen ciertos requisitos legales que aún no cumpliéndose la propia ley no les considera nulo pero sí lícito.

Como consecuencia los matrimonios ilícitos pero no nulos no tienen ninguna clase de sanción para los cónyuges, esto demuestra que el interés supremo del derecho es conservar la institución del matrimonio por considerarlo lo más importante, por lo tanto si el matrimonio es la base de la familia y por ello destruir al mismo con la nulidad derivada de un requisito no esencial ni de gran importancia ética, pues esto significaría destruir un valor supremo por uno inferior, pero si a lo anterior agregamos la importancia que tiene el poder determinar la filiación legítima, estaríamos hablando de un valor igual y por lo tanto la ley entraría en un conflicto de intereses, para evitar esto sería necesario reglamentar un nuevo plazo de espera por divorcio cuando se de por la causal de adulterio, entonces cabe preguntarse por que sólo por adulterio y no por las otras causales a lo que cabría responder que el adulterio tiene una doble sanción además del divorcio, la primera que si el matrimonio de la esposa adúltera es precisamente con quien se demostró el adulterio, a este le recaería una nulidad relativa, y si el matrimonio fuere con persona distinta que con quien se le demostró el adulterio, a este le recaería una ilicitud pero no una nulidad por lo que en estos casos es cuando se da más el problema de la filiación legítima, pues en las otras causales de divorcio se presume que existió honestidad y fidelidad, claro que existe prueba en contrario, pero si se presume fidelidad por parte de la esposa, si no se partiera de este

principio se impondría al hijo una prueba que demostrara que fue engendrado por el marido, lo que lleva a poner en duda la fidelidad aún sin que hubiese un problema planteado por el marido para desconocer la legitimidad.

Capítulo Primero.

GENERALIDADES EN LOS MATRIMONIOS ILÍCITOS VÁLIDOS

CAPITULO PRIMERO

GENERALIDADES EN LOS MATRIMONIOS ILÍCITOS VALIDOS

1.1.- ANTECEDENTES DE LA ILICITUD

El Derecho Romano es la base de casi todas las instituciones jurídicas ya que el origen de estos se remonta ante él, además de que sólo a través de la historia es como se puede conocer mejor la evolución y las razones que han justificado las transformaciones operadas en el transcurso del tiempo.

Para poder entender los antecedentes de la ilicitud, es necesario el conocer la teoría de las nulidades en el Derecho Romano, ya que es la clave o al menos la piedra angular donde se crean los elementos de ilicitud, aunque dichos elementos no hayan constituido un sistema.

La historia jurídica en Roma aparece con la Ley de las XII Tablas por ser el primer intento del derecho escrito, después se da en el Derecho Clásico en donde destaca la figura del pretor que se caracteriza porque surgen los denominados "delitos privados" y de forma paralela surgió otra relación de Derecho que Gayo y Justiniano denominaron "quasi ex delicto", sin tratar de hacer un análisis de las teorías vertidas por los Glosadores sólo diremos que para los romanos los delitos más antiguos solían caracterizarse por la negligencia y por el dolo y los "quasi ex delicto" eran violaciones menos graves aunque también con intenciones maléficas pero dichos "quasi ex delictos" o también llamados actos ilícitos, estos fueron transformándose en violaciones menores hasta reservarse ese nombre para los realizados sin dolo y cuyo detrimento procedía de la culpa, de ahí los serios problemas o inconvenientes de tal clasificación y su casi completo abandono por las doctrinas y leyes actuales, posteriormente el Derecho

Romano del Bajo Imperio o Postclásico, se hizo una subdivisión de las nulidades, en nulidades absolutas y relativas.

La fuente de las nulidades absolutas son la ley y las buenas costumbres, en cuanto a la noción de la Constitución del Emperador Teodosio se dice que ningún efecto debe concederse ni a los pactos, ni a los convenios, ni a los contratos, cuando su objeto haya sido prohibido por que lo que se hace contrario a la Ley no es solamente inútil sino radicalmente nulo, serán igualmente nulas las consecuencias, las ejecuciones de los pactos en los convenios, y en los contratos hechos con la ley. Al utilizarse la nulidad absoluta a todos los casos fuera de la ley surgen inequidades por eso, en el Derecho Postclásico se trató de conjugar su obra con las reglas de la moral, en el caso donde se haya probado la buena fe, por eso la nulidad absoluta da lugar a la nulidad relativa siempre que exista la buena fe, aunque dicha nulidad era reservada al Pretor, sin embargo también se les da un aspecto más homogéneo en lo referente al dolo, a la violencia y a la inoficiosidad del testamento, constituyendo los medios de protección reservadas a las víctimas con carácter personal, es por ello que Justiniano decide que los principios de orden moral y dolo principal (dolum in causam) conserva la sanción de nulidad absoluta.

Ya durante la época del feudalismo sigue existiendo la distinción de las nulidades, diciendo que las nulidades absolutas son las que presentan mayor gravedad, ya que infringen los principios del derecho que son las buenas costumbres o derechos consuetudinarios, ya que estos actos se realizan en contravención de las leyes y normas de interés general.

Los textos que existen de la época del feudalismo con frecuencia hacen alusión a "causas torpes" o "causas ilícitas" o también llamadas inmorales, todas ellas operaban de pleno derecho, sin embargo eran menos graves aunque también inmorales.

En cuanto a las nulidades e ilicitudes en el matrimonio se puede decir que la fuerza obligatoria que tiene el derecho matrimonial hace que la naturaleza misma exija que personas que no se acomodan no deben contraer matrimonio por ello mismo los impedimentos son tan antiguos como el mismo matrimonio. En los tiempos antiguos donde no

existía el término impedimento como lo encontramos hoy, se usaba para hacerlo sentir ciertas frases como "no se permite contraer matrimonio" y otros semejantes pero esto hacía que no se supiera con exactitud si era un matrimonio ilícito o nulo, ya con Alejandro III y Bernardo de Pavia se encuentra una terminología muy importante la de los impedimentos impedientes y dirimentes.

Antonio de Ibarrola nos hace mención que no es muy adecuada la terminología de impedimentos impedientes y dirimentes en el matrimonio la palabra impedimentum no era un término técnico en Roma ya que en aquel sistema no existía una gran diferencia entre los requisitos y los impedimentos, el nombre de impedimento matrimonial (impedimentum matrimonii) se da hasta el siglo XII y con ello se designaban a las celebraciones de los matrimonios cuando había circunstancias materiales que conforme a derecho se oponían al matrimonio.

Para el Derecho Canónico los impedimentos matrimoniales eran las circunstancias que imposibilitaban a una persona para contraer matrimonio y hacían una serie de clasificaciones conforme a varios criterios.

Dicha clasificación era la siguiente:

- 1.- Por sus efectos eran impedientes y dirimentes.
- 2.- En canónicos y públicos.
- 3.- Por su importancia en grado mayor y menor.
- 4.- Impedimentos absolutos y relativos.
- 5.- En antecedentes y supervinientes.
- 6.- Con dispensa y sin ella.

Para finalizar en el Derecho Romano también los dividían en actos jurídicos ilícitos positivos y negativos porque la transgresión a la ley aparecía ya ejecutando lo prohibido o absteniéndose de un precepto obligatorio.

1.2.- CONCEPTO JURÍDICO DE ILICITUD

Una serie de actividades humanas, las más importantes se desarrollan siempre dentro de un orden jurídico, por eso es importante conocer la definición del acto jurídico, el cual es la manifestación de la voluntad que produce consecuencias de derecho y dichas consecuencias son reconocidas en el ordenamiento jurídico, ahora bien tanto el acto jurídico como el hecho jurídico son hipótesis normativas que si se producen traen consigo consecuencias de derecho.

Para la doctrina francesa son hechos jurídicos los ordenamientos o acontecimientos naturales o del hombre que van a originar situaciones jurídicas en forma concreta, llamadas consecuencias jurídicas de derecho, por ello cuando los actos jurídicos no originan consecuencias jurídicas, es porque existen hechos llamados ilícitos, que aún cuando tienen la intención de dañar no traen consecuencias por no estar establecida en la Ley o porque la misma así la denomina.

Existe una diferencia entre hechos jurídicos y actos jurídicos consistente en que el hecho jurídico puede estar relacionado o no con el hombre esto es, los hechos siempre parten de un fenómeno natural y en el acto jurídico es necesario la presencia del hombre para que se puedan dar las manifestaciones de la voluntad.

Los actos jurídicos tienen su origen en la voluntad, que es la libertad de obligarse por su propia convicción, a esto se le denomina autonomía de la voluntad, pero ésta no surge sola sino que tiene limitaciones o restricciones que uno de esos límites es la ilicitud en el objeto motivo o fin, esto quiere decir que los actos deben ser lícitos para que traigan consigo consecuencias de derecho.

Para que el acto jurídico exista es importante la declaración de la voluntad, un objeto físico y jurídicamente posible y que contenga las solemnidades requeridas por la ley, cuando falta alguno de estos elementos de existencia se habla de invalidez del acto jurídico, pero existen ciertos grados de invalidez ya que se dan los denominados actos inexistentes que no permiten que nazca el acto y otros que contienen vicios, a estos se les denomina actos nulos ya sea por que el motivo o fin es ilícito o porque la voluntad no se expreso en forma libre.

Según la Teoría Clásica de las Nulidades...

"La nulidad de pleno derecho es la obra directa del legislador, y por lo tanto no es necesario ejercer una acción de nulidad ante los Tribunales, para que el acto sea privado de los efectos que producirá, si no estuviese afectado de tal nulidad. "

Esto quiere decir que la nulidad no produce ninguna consecuencia de las que se pretenden tener. Pero es necesario señalar que no habrá nulidad aún cuando tenga el carácter de ilícito si no se encuentra prohibido por las leyes ordinarias ya que a ningún acto jurídico ilícito se le podrá aplicar sanción, si una ley no lo hubiese señalado con antelación.

Nuestro Código Civil vigente en su artículo 2225 regula las nulidades absolutas y las relativas diciendo lo siguiente:

" La ilicitud en el objeto, en el fin o en la condición del acto produce su nulidad ya absoluta ya relativa según lo disponga la ley."

Lo cierto es que no siempre el acto ilícito es el que da origen a la nulidad absoluta ya que se puede dar que el acto origine nulidades relativas, si la causa es un hecho ilícito tendrá el carácter de absoluta y rara vez relativa, con lo que el acto se presenta afectado de nulidad, por lo que hace a la nulidad relativa se toma en cuenta la falta de forma, la incapacidad o los vicios de la voluntad.

De lo anterior podemos definir que el concepto jurídico de ilicitud es:

" La acción u omisión consistente en hacer lo que en determinadas circunstancias se esta obligado a realizar, ilícito es todo acto contrario al derecho, la ilicitud puede ser civil o penal. "

¹ Galindo Garfias Ignacio, "Derecho Civil Primer Curso" Editorial Porrúa, S.A., 6a Edición, México 1983, pag. 251.

² Código Civil Para el Distrito y Territorios Federales (México) Editorial Porrúa, S.A. 1990. Art. 2225, pag. 389.

³ De Pina Rafael, et al "Diccionario de Derecho" Editorial Porrúa S.A., 10a Edición, México 1989, pag. 53.

Entonces se puede decir que para que exista un acto ilícito se requiere de una violación a la ley que tenga un sentido forzoso que el autor del acto ilícito procede con dolo o culpa, que ocasione un daño y que exista un nexo causal entre el daño y el acto realizado, en pocas palabras el acto ilícito es el que se encuentra fuera de la órbita legal.

Por lo que no existirá acto ilícito si no se causa daño u otro acto que lo pueda causar y sin que sus agentes se les pueda imputar dolo, culpa o negligencia.

Ahora bien de acuerdo a lo expuesto y tomando en cuenta la importancia del matrimonio cabe señalar que el matrimonio representa el acto jurídico que tiene mayor variedad de causas que pueden provocar la nulidad del mismo, ya que ningún otro acto puede comparársele ni aún en lo social, como lo referente al problema de las nulidades e ilicitudes del matrimonio.

Dentro del orden jurídico al cual pertenecemos los individuos, el principio jurídico fundamental es que a toda conducta contraria a derecho siempre trae consigo una sanción, dicha sanción contraria a la norma toma como ya se dijo el nombre de ilícito, y la sanción que debe imponerse es normalmente la nulidad de los efectos que tal conducta trae, por lo que el matrimonio como acto jurídico debería realizarse de acuerdo por lo preceptuado anteriormente, esto es, los que se casen deben cumplir con los requisitos que la misma ley señale para que este pueda surtir efectos, y si se realiza mediante impedimentos se les debe aplicar la nulidad ya sea absoluta o relativa. Sin embargo existen algunos requisitos legales que aún cuando no se cumplan la misma ley las denomina ilícitos.

1.2.1 DIFERENCIA ENTRE ILICITUD Y NULIDAD

Según algunas opiniones antiguas en materia de matrimonio las nulidades por regla general deben de existir en un texto que lo pronuncie. En razón a la importancia que implica el matrimonio, tanto por lo que representa, como por los efectos que genera, nuestra

legislación ha regulado de manera especial su nulidad, tal es así que ha quedado regulado por el Código Civil para el Distrito Federal en el Capítulo IX Título Quinto del Libro Primero, la creación de este capítulo ha sido el de prever y reglamentar todo acerca de la nulidad en el matrimonio ya que es una medida riesgosa porque arroja una profunda alteración en las familias, desgraciadamente irreparables por ello el legislador es el que decide si la violación hecha a la ley es lo bastante grave para justificar la nulidad. ..

Existen ciertos criterios sobre si la nulidad en el matrimonio es igual a la Teoría General de las Nulidades del acto jurídico o no, ya que para algunos autores como Bonnacase las reglas que se aplican a los contratos son menos vulnerables que las nulidades en el matrimonio y que estas no van existir sin texto expreso además que el matrimonio es muy diferente ya que cuando se realiza dicho acto no puede destruirse a menos que se lleve al cabo contra lo que marca la ley y que ésta lo sancione de manera expresa, por que en materia de matrimonio no existen nulidades virtuales, ni tácitas, toda nulidad debe estar basada dentro de un texto legal.

Sin embargo, para algunos autores es aplicable la Teoría General de las Nulidades al acto jurídico del matrimonio por ejemplo, el maestro Rafael Rojina Villegas quien manifiesta al respecto

" Podemos sostener que en el derecho mexicano si es susceptible la aplicación al matrimonio, lo expuesto de manera general para las nulidades en los distintos actos jurídicos. Es decir, serían nulidades absolutas en materia matrimonial, los que reúnen las tres características que enumera el artículo 2226. Consistente en la naturaleza imprescriptible de la acción de nulidad, en la imposibilidad de convalidar el acto que por ratificación expresa o tácita, para que desaparezca la nulidad y en la posibilidad que todo interesado pueda hacer valer la acción, en cambio serán nulidades relativas aquellas que no reúnan las tres características mencionadas, aún cuando se presenten dos de ellas, bastando por lo tanto que la acción sea prescriptible como ocurre en la mayoría de las causas de nulidad en el matrimonio..."¹

¹ Rojina Villegas Rafael, "Derecho Civil Mexicano" Tomo II, Editorial Porrúa, S.A., 6a Edición, México 1983, pag. 287.

Pero esto no quiere decir que este autor no tome en consideración ciertas modificaciones que son necesarias para la aplicación de las nulidades en el matrimonio.

Desde mi punto de vista efectivamente se puede aplicar a las nulidades en el matrimonio lo expuesto en la Teoría General de las Nulidades y desgraciadamente el Código Civil emplea mal dicha teoría, y utiliza el término de ilicitud con una mala técnica ya que aveces lo utiliza como elemento esencial para que se de la nulidad y en otros, como una subdivisión de las nulidades, es por ello que esa promiscuidad no es lo más recomendable aunque también es cierto que el capítulo denominado " De los matrimonios nulos e ilícitos " tienen su origen en un sentido de orden público y que ésta recogió la teoría bipartita de las nulidades, ya que en él se consagran las nulidades absolutas y las relativas, a la idea anterior es importante agregar que las nulidades están íntimamente relacionadas al tema de los impedimentos, que significa prohibición de llevar a efecto u obstáculo legal para celebrar el matrimonio y se hace una división entre los impedimentos dirimientes y los impedientes, el primero no solo es un obstáculo sino que lo inválida mientras que el segundo no lo inválida pero lo hace ilícito, por lo que podríamos decir que en la legislación mexicana únicamente existen nulidades absolutas en los siguientes casos:

- 1) Cuando se da el parentesco de consanguinidad
- 2) Cuando subsista matrimonio con persona distinta (Bigamia)

Por lo que hace a las nulidades relativas, diremos que son las demás que se encuentran contempladas en el artículo 156 del Código Civil, que serían los denominados impedimentos dirimientes y que a continuación se enumeran:

- 1) La incapacidad para contraer matrimonio que proviene de la falta de edad, no dispensada y la falta de consentimiento de quien ejerza la patria potestad o el juez.

2) Adulterio, el Código Civil concede indistintamente la acción de nulidad al cónyuge ofendido y al Ministerio Público para efecto de declarar invalidado el matrimonio celebrado entre adúlteros.

3) El atentado contra la vida de uno de los cónyuges, la sola tentativa de homicidio da lugar a la acción de nulidad del subsecuente matrimonio.

4) Coacción moral (amenazas) la voluntad arrancada por violencia a uno de los contrayentes, es causa de nulidad del matrimonio.

5) Alcoholismo, toxicomanía o estados patológicos, la acción de nulidad que deriva de hábitos viciosos de alguno de los contrayentes.

6) El idiotismo y la imbecilidad.

Cuando la ley no sanciona el matrimonio celebrado, aún cuando exista un impedimento a este, se le denomina impedimento impediendo o prohibitivo, que es el que estorba para que se contraiga matrimonio entre ciertas personas, pero no lo anula si este se ha contraído. Durante el siglo XIX han disminuido considerablemente los impedimentos impediendo ya que solo pueden citarse los que a continuación se señalan:

1) Los impedimentos susceptibles de dispensa, que se realizaron faltando ésta.

2) Si entre los contrayentes existen el vínculo de tutela o curatela, si se realiza antes de la autorización del juez de lo familiar.

3) Si no han transcurrido los plazos de trescientos días después de que ha sido disuelto el primer matrimonio.

4) Por muerte del marido, la mujer no debe contraer nuevo matrimonio hasta transcurrido el plazo de espera.

5) Cuando no han transcurrido los plazos, en el caso de divorcio que se impone a los que disuelven el vínculo matrimonial, ya se tratase

de divorcio contencioso o voluntario, para que pueda contraer nuevas nupcias.

Por lo que, el matrimonio que se celebra sin la observancia de algunos requisitos exigidos anteriormente y cuya omisión no ocasione nulidad, es válido pero ilícito, por lo que, ocasionara sanciones distintas a su nulidad; en sí, la ilicitud en materia de matrimonio nos da una idea de reprobación contra lo que se realiza y no debió haberse realizado, porque no cumplió con lo que establece la ley, a ello se refiere el artículo 264 del Código Civil donde dice que existen ciertos matrimonios ilícitos pero no nulos.

El maestro Rojina Villegas nos dice que

"Es criticable la terminología que emplea el Código Civil al decir que el matrimonio puede ser ilícito pero no nulo, pues de acuerdo con las reglas generales, los actos ilícitos son aquellos que se ejecutan en contra de las leyes prohibitivas o de las buenas costumbres, sancionándose expresamente en los artículos 8 y 2225 con la nulidad .."

El matrimonio que se celebra sin la observancia de algunos de los requisitos exigidos por la ley y cuya omisión no ocasiona su nulidad, es válido pero ilícito por lo que ocasionarán sanciones distintas a su nulidad. La sanción de la norma jurídica no siempre tiende al restablecimiento de las cosas, al estado que guardaban antes de la acción ilícita, tratándose de los matrimonios ilícitos se produce una violación a la ley, con la abstención de algunos de los contrayentes para con determinados preceptos que la misma establece. La doctrina francesa ha denominado "Leges minus quam perfectae" al conjunto de normas cuya violación no impide que el acto violatorio produzca sus efectos jurídicos, pero hace al sujeto acreedor al castigo.

Ahora bien, la ilicitud en términos generales comprende el hecho que es contrario a las leyes del orden público y a las buenas costumbres, tal y como lo establece en el artículo 1830 del Código Civil.

¹ Rojina Villegas, ob. cit. "Derecho Civil Mexicano" pag. 295.

Es decir, toda conducta contraria al derecho privado, la sanción a esta conducta ilícita es generalmente la nulidad del acto, sin embargo y tomando en cuenta la trascendencia de la institución del matrimonio, el legislador le ha regulado en forma especial de tal forma que califica de matrimonio ilícito aquellos que se han celebrado sin que se observarán determinadas condiciones jurídicas, que si bien no producen nulidad del acto si producen ilicitud por referirse a ciertas situaciones particulares en que se encuentra alguno de los contrayentes.

1.3.- FUNDAMENTACIÓN DE LAS CAUSAS DE ILICITUD

En cuestión de impedimentos existen algunos que aún cuando son catalogados como impedimentos dirimentes, no rompen el vínculo conyugal ni van a determinar una nulidad para lo cual es necesario hacer una subclasificación de los impedimentos denominados impedimentos dirimentes, dicha subclasificación consiste en designarle el nombre de impedimentos dirimentes esenciales y los circunstanciales, estos últimos pueden convalidarse y dispensarse debido a determinadas circunstancias que operan ya sea en favor o en contra, y que tienen como resultado la ilicitud en el matrimonio, que es aquello que vicia el matrimonio debido algunas causas que no son muy graves o que la gravedad no es extrema, dichos matrimonios no son jurídicamente nulos, pues el legislador solo les da la categoría de ilícitos e impone una sanción civil a los contrayentes.

Nuestro Código Civil Mexicano le da el calificativo de ilícito al matrimonio, cuando se haya contraído estando pendiente la decisión de un impedimento que sea susceptible de dispensa o cuando la dispensa que se requiere para contraer matrimonio no se haya otorgado, en estos casos el matrimonio no será nulo, pero los que contraigan dicho matrimonio incurriendo en las causas de ilicitud señaladas, así como las personas mayores de edad que contraigan nupcias con un menor de edad sin autorización de los padres o del juez o de quien autorice dicho matrimonio, incurrirán en las penas que señala el artículo 265 del Código Civil.

Tratándose del matrimonio hay que tener mucho cuidado en lo referente a la buena fe, ya que para algunos autores como Jorge Mario Magallón Ibarra, los matrimonios son comparables a los matrimonios putativos entendiéndose como putativo los que han sido celebrados de buena fe y sin el conocimiento de la existencia de un impedimento, la palabra "putativus" etimológicamente quiere decir que se reputa ser lo que no es, esto es, se le da el calificativo de putativo aquel matrimonio que se creía una unión regular que se celebra queriendo y creyendo, cuando el matrimonio se ha celebrado de buena fe la sentencia de nulidad no tiene efectos retroactivos, así lo establece el artículo 255 del Código Civil impidiendo que en este caso se destruya en lo pasado los efectos del acto, la buena fe consiste en la ignorancia que se tenga de las causas que pueden invalidar el matrimonio, por lo tanto la buena fe se presume, así lo establece el artículo 257 del Código Civil, sin embargo para destruir esa presunción se requiere prueba plena en contrario.

Sin embargo para otros autores como Bonnacase e Ignacio Galindo Garfias son diferentes estos matrimonios, ya que los matrimonios ilícitos pueden ser de buena fe o llevados a cabo con dolo, pero el dolo en materia matrimonial es muy difícil de establecerse y demostrarse, ya que existe la máxima de "Loysel" que ha perdurado por muchos siglos y que no ha desaparecido y la cual dice que en el matrimonio engaña quien puede, en el fondo se trata de salvar la institución de la familia.

Ahora bien, las causas de ilicitud se encuentran señaladas en los artículos 264 y 265 del Código Civil y que a continuación se transcriben:

Artículo 264.- Es ilícito pero no nulo el matrimonio:

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

II.- Cuando no se ha otorgado la previa dispensa que requiere el artículo

159 y cuando se celebre sin que hayan transcurrido los términos fijados en los artículos 158 y 289. "

^o Op cit., Art. 264, pag. 92.

Artículo 265.- Los que infrinjan el artículo anterior, así como los que siendo mayores de edad contraigan matrimonio con un menor sin

autorización de los padres de éste, del tutor o del juez en sus respectivos casos y los que autoricen esos matrimonios incurrirán en las penas que señale el Código de la materia.

Pero que importancia puede tener el señalar requisitos para poder contraer matrimonio si el no cumplirlos no trae consecuencias jurídicas, además de que algunos requisitos son inoperantes y deberían irse derogando, pero existen algunos que deben seguir existiendo y para ello es necesario que las autoridades exijan su cumplimiento

1.3.1.- CAUSAS DE ILICITUD

Son cuatro las causas de ilicitud que nos establecen los artículos 264 y 265 del Código Civil, que se mencionó en el punto anterior, por lo que ahora se analizará cada una de estas causas o requisitos que al no llevarse a cabo convierten al matrimonio en ilícito pero no nulo.

Sin embargo la maestra Sara Montero hace la siguiente clasificación de las causas de ilicitud:

1. Parentesco tío(a)-sobrino(a) [matrimonio contraído sin dispensa o autorización administrativa].
2. Matrimonio de tutor(a)-pupila(o) [sin autorización judicial].
3. Matrimonio de adoptante-adoptado [sin haberse extinguido la adopción].
4. Matrimonio subsecuente de la mujer sin dejar transcurrir el plazo de trescientos días .

⁷ Idem. Art. 265.

5. Matrimonio subsecuente de divorciado(a) antes de transcurrir el plazo legal de uno o dos años. *

Matrimonio sin dispensa cuando son menores de edad

El artículo 156 en su párrafo final nos establece la incapacidad que tienen los menores de edad para contraer matrimonio, esto es los que no han alcanzado la edad que establece el artículo 148 del Código Civil el cual dice que para contraer matrimonio se requiere que la mujer tenga catorce años y el hombre dieciséis, dicho artículo tiene como objeto el proteger a los menores ya que no han alcanzado la capacidad fisiológica necesaria para la procreación, pero es necesario señalar que los menores de dieciocho años necesitan autorización de sus padres y a falta de ellos los abuelos paternos o en su defecto las abuelas maternas y cuando falten se requiere que la autorización la otorgue el tutor y a cuya falta de todos ellos, el juez de lo familiar suplirá a los anteriores y será el encargado de dar dicho consentimiento, como lo establece el artículo 150, pero el mismo artículo 148 dice que el jefe del Departamento del Distrito Federal o los Delegados pueden conceder dispensas de edad en causas graves y justificadas.

Dichos menores requieren del consentimiento, debido a que tienen incapacidad legal que les impide disponer de su persona y de sus bienes, aunque es necesaria la voluntad de ellos para contraer matrimonio; cuando los menores celebran matrimonio sin el consentimiento, esto es sin dispensa, están violando un requisito y da paso a un principio de nulidad, que puede ser invocado por cualquiera de los esposos aún cuando ya existan hijos o el cónyuge menor llegue a la mayoría de edad sin haber intentado dicha nulidad, por lo que si ese matrimonio no se convalida por las anteriores circunstancias será un matrimonio ilícito pero no nulo, esto es, a contrario sensu la causa de ilicitud no tiene efectos cuando ya se tengan hijos o por el transcurso del tiempo, si el menor llega a la mayoría de edad y ninguno de los cónyuges intentó ejercer la acción de nulidad, así lo establece el

* Montero Dulbalt Sara, "Derecho de Familia", Editorial Porrúa, S.A. 3a Edición, México 1987, pag. 174.

artículo 257, bastando el embarazo para que dicha causa de nulidad desaparezca.

Parentesco sin dispensa

Para poder celebrar matrimonio entre la línea colateral desigual esto es entre tíos, sobrinos dentro del tercer grado, es necesario la dispensa o autorización que debe otorgar el juez de lo familiar, si se realiza sin la dispensa necesaria o la misma se solicitó pero no se esperan a que ésta se de, dicho matrimonio será ilícito pero no nulo, dicha ilicitud se subsana si después de celebrarlo se obtiene la misma, esto ratifica el matrimonio ante el Juez del Registro Civil extinguiendo la causa de nulidad, y el matrimonio produce todos sus efectos a partir de la fecha que se contrajo matrimonio según lo establece el artículo 241 del Código Civil, aunque dicha nulidad si no se convalida puede ejercerse por cualquiera de los contrayentes o sus ascendientes o por el mismo Ministerio Público.

Matrimonio de tutor-pupila sin autorización judicial

Un impedimento causa de nulidad es el vínculo tutelar, el tutor no puede contraer matrimonio con su pupila(o), pero dicho impedimento puede dispensarse por medio de una autorización administrativa, para que éste se pueda dar es necesario que antes que se celebre, se hayan aprobado las cuentas, es decir, el manejo que el tutor haya hecho en los bienes del pupilo sean correctos así lo maneja el artículo 159 que dice lo siguiente:

"El tutor no puede contraer matrimonio con la persona que ha estado o está bajo su guarda, a no ser que tenga dispensa, la que no se concederá por el Presidente Municipal respectivo, sino cuando hayan sido aprobadas las cuentas de la tutela. Esta prohibición comprende también al curador y a los descendientes de éste y del tutor". "

² Magallón Ibarra Jorge Manio. "Instituciones de Derecho Civil" (Derecho de Familia) Tomo III. Editorial Porrúa, S.A., Mexico 1988. pag. 254.

Por lo que, si se celebra sin que se haya dado la autorización, el mismo será ilícito pero no nulo, en estos casos el juez deberá dar nombramiento a un nuevo tutor llamado interino para que administre los bienes, teniéndose como único objeto proteger al pupilo de un matrimonio que se lleve a cabo por interés.

Matrimonio de adoptante-adoptado sin haberse extinguido la figura.

El adoptante no puede contraer matrimonio con el adoptado o sus descendientes, mientras dure el lazo resultante de la adopción, este impedimento se debe a que la figura jurídica de la adopción es una relación parecida a la de padre e hijo.

Ya que se da la denominación de adopción al acto mediante el cual un sujeto mayor de veinticinco años, con pleno ejercicio de sus facultades y derechos y que de preferencia no tenga descendientes, toma bajo su guarda a un sujeto menor de edad o un mayor incapacitado para hacer una relación de parentesco semejante al de padre e hijo, dicha adopción debe ser beneficiosa para el adoptado según la fracción II del artículo 390 del Código Civil.

Matrimonio subsecuente de la mujer sin esperar los términos señalados por la ley.

Si no ha transcurrido el plazo de trescientos días después de que la mujer ha quedado viuda, divorciada o hubo nulidad del matrimonio.

Matrimonio subsecuente del divorciado antes de transcurrir el plazo legal.

Quando no han transcurrido los plazos que se impone a los divorciados, ya se trate de divorcio contencioso o voluntario, estos dos puntos lo analizaremos a continuación:

1.3.2 EL PLAZO DE ESPERA EN EL DIVORCIO

Dentro de los impedimentos impeditivos, se encuentran las reglas de ilicitud, una de estas reglas es la que se encuentra comprendida en el artículo 158 que a la letra dice:

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

Dicho precepto está fundamentado en un principio elemental, el cual es evitar una confusión en la paternidad, Marcel Planiol lo define como

" Confusión de Parto ". Por lo tanto para que se lleve a cabo el matrimonio se deben seguir ciertas condiciones y la falta de estas, hace al matrimonio susceptible de anulación, la cual puede ser invocada por cualquier interesado o por la intervención del Ministerio Público.

Uno de los impedimentos es mediante el cual la mujer no puede contraer matrimonio sino hasta transcurrido por lo menos trescientos días desde que se disolvió el matrimonio o cuando se anuló el anterior

¹¹ Leyva Gabriela, et al. "Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal" Editorial Miguel Ángel Porrúa, S.A. 8a Edición, México 1989, Art. 158, pag. 44.

matrimonio, excepto cuando se haya dado por impotencia o cuando la mujer hubiese dado a luz, la razón de la prohibición como ya se dijo, es que dentro de ese plazo puede nacer un hijo que legalmente sería del primer esposo, y sin embargo en la realidad podría ser del segundo esposo debido a que el periodo mínimo de procreación es de ciento ochenta días, debido a este motivo es que los legisladores le han dado el carácter de ilicitud al matrimonio negando su aprobación a los matrimonios que se celebren en dichas circunstancias, ya que al celebrarse se está violando el principio de respetar el orden jurídico y social.

Otro plazo de espera que por causa de divorcio se debe tener, es el que impide a los divorciados volver a casarse hasta que no hayan transcurrido los plazos que marca la ley, el cual es de un año cuando el divorcio se dió por mutuo consentimiento y de dos años para el cónyuge que fue declarado culpable en un litigio contencioso en materia familiar, llamado divorcio contencioso, así lo establece el artículo 289 donde dice:

" En virtud del divorcio, los cónyuges recobran su entera capacidad para contraer nuevo matrimonio.
El cónyuge que haya dado causa al divorcio no podrá volver a casarse sino después de dos años, a contar desde que se decretó el divorcio.

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

Si se viola dicho plazo el matrimonio subsiguiente será calificado de válido pero ilícito.

¹¹ Ibidem, Art. 289, pag 68.

1.3.3 EL PLAZO DE VIUDEZ

Los elementos prohibitivos son hechos que se resuelven en la inobservancia de la ley que prescribe normas preliminares a la celebración del matrimonio, es decir que la inobservancia del plazo de viudez hará al matrimonio subsiguiente un matrimonio válido aunque tachado de ilícito denominado (*Leges minus quam perfectae*).

El luto jurídicamente hablando es la obligación que tiene la mujer de esperar trescientos días para poder contraer un nuevo matrimonio, el cual tiene por objeto evitar la (*Perturbatio Sanguinis*) que es la incertidumbre que se puede tener de la paternidad, dicho plazo no tendrá que esperarlo la mujer que haya dado a luz y puede darse dispensa. La inobservancia en el plazo de viudez debe tener como objeto la abstención del Juez del Registro Civil de llevar a cabo el matrimonio.

1.4 CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL MATRIMONIO.

El artículo 265 en su parte final dice, que quien autorice un matrimonio ilícito incurrirá en las penas que señala el Código de la materia, el cual es la destitución del cargo o de una multa, pero lo cierto, es que el Código Civil no cuenta con una sanción a estos matrimonios, pues el mismo les da el carácter de ilícitos y claramente los señala como matrimonios válidos, tachados de ilícitud, pero que la misma no tiene como consecuencia la nulidad, entonces si el Código fuere el Penal en éste no vamos a encontrar una sanción pues dicha conducta no es delictiva, y por lo tanto no va a constituir un delito, entonces tenemos que los matrimonios ilícitos no cuentan con ninguna clase de sanción y por lo tanto no trae consecuencias jurídicas en este aspecto.

Lo cierto es que los legisladores se han negado a declararlos nulos, debido a que dicen estos elementos que causan ilicitud no tienen gran importancia y los que ellos tratan de proteger es la institución del

matrimonio, lo cual significa el proteger normas de igual naturaleza con el fin de mantener un orden social jurídicamente aceptado, esto es " El matrimonio como idea de obra significa la común finalidad que persiguen los consortes para constituir una familia y realizar un estado de vida permanente entre los mismos..."¹²

Destruir al matrimonio con la acción de nulidad, derivada de los incumplimientos a los requisitos establecidos por la ley, pero que esta misma los denomina como elementos no esenciales, se estarían destruyendo valores superiores, para esto cabría decir que entonces no existe ninguna razón para establecer impedimentos si el no respetarlos no trae consecuencias jurídicas en virtud de esto, es necesario una reforma.

1.4.1 LA POSIBLE CONFIGURACIÓN DEL DELITO DE FALSEDAD DE DECLARACIÓN

En México los matrimonios que se celebran por parte de los cónyuges divorciados sin esperar el término que establece la ley son muy frecuentes, entonces caeríamos a ciertas condiciones que podrían configurar el delito de falsedad de declaración, si tomamos en cuenta la hipótesis que nos señala el maestro Rafael Rojina al decir:

"Que si se oculta al oficial del Registro Civil la verdadera condición del cónyuge que pretende contraer matrimonio, haciéndose pasar simplemente como soltero, en lugar de declarar, que se trata de un cónyuge viudo, divorciado o bien que su matrimonio quedó disuelto por virtud de una sentencia de nulidad."¹³

Desde mi punto de vista estoy de acuerdo en que se puede configurar el delito de falsedad de declaración, debido a que si la propia ley nos establece impedimentos y estos se violan, debe traer consecuencias jurídicas, si no la nulidad, porque el bien jurídico

¹² Rojina Villegas Rafael, "Compendio de Derecho Civil" (Introducción, Personas y Familia) Vol. Y, Editorial Porrúa, S.A. 21a Edición, México 1986, pag. 289.

¹³ Rojina, "Derecho Civil Mexicano..." pag. 296.

protegido es la institución del matrimonio entonces se debe tomar en cuenta la violación a la norma y el medio por el cual se esta violando, por lo que si se toma en cuenta que el artículo 97 señala lo siguiente:

" Las personas que pretenden contraer matrimonio presentaran un escrito al Juez del Registro Civil del domicilio de cualquiera de ellos, que exprese:

I.- Los nombres, apellidos, edad, ocupación y domicilio, tanto de los pretendientes como de sus padres, si estos fueran conocidos, cuando alguno de los pretendientes o los dos hayan sido casados, se expresará también el nombre de la persona con quien se celebró el anterior matrimonio, la causa de su disolución y la fecha de está.

II.- Que no tiene impedimento legal para casarse y

III.- Que es su voluntad unirse en matrimonio.

Este escrito deberá ser firmado por los solicitantes, y si alguno no pudiere o no supiere escribir, lo hará otra persona conocida, mayor de edad y vecina del lugar. ¹¹

Entonces si se dan informes falsos a la autoridad esto representa un delito tipificado en el Código Penal en el artículo siguiente en su primera fracción.

Artículo 247.- " Falsedad en declaraciones judiciales y en informes dados a una autoridad. Se impondrá de dos a seis años de prisión y multa de cien a trescientos días de multa:

I.- Al que interrogado por alguna autoridad pública distinta de la judicial en ejercicio de sus funciones y con motivo de ellas, faltare a la verdad. ¹²

¹¹ Leyya. op cit. Art. 97, pags 30 y 31

¹² Código Penal para el Distrito Federal (México) 1990, Art. 247, Fracc. I, pag 91.

La falsedad es el cambio de la verdad, esto es lo engañoso, fingido o simulado, que se realiza con la firme intención de faltar a la verdad y a la autenticidad, la declaración falsa debe ser rendida estando presente la autoridad pública que dependa del Poder Ejecutivo, esto es, la administración del Estado en pleno uso de sus funciones, en concreto la falsedad consiste en la conducta de quien afirma o niega la verdad en forma total o parcial, sin tomar en cuenta su importancia para la eficacia del acto, y que con esta actitud comete un delito.

1.4.2 EFECTO DE ILICITUD.

El matrimonio como acto jurídico se encuentra sujeto a condiciones de validez, se entiende al acto jurídico matrimonial a la relación jurídica que constituye el estado matrimonial, por lo tanto la validez del matrimonio presupone, que los actos jurídicos no presentan vicios al momento de la celebración del matrimonio, pero si al contrario, el acto estuviese viciado el derecho impide su configuración y entramos al terreno de las nulidades, cuyos efectos es el de extinguir el matrimonio y los cónyuges tendrían cesación en sus deberes conyugales excepto si existen hijos pues estos conservan el mismo estado.

En cambio la ilicitud no trae consecuencias ni efectos ya que los cónyuges no dejan de tener los mismos deberes conyugales, en sí producen todos sus efectos civiles en favor de los cónyuges, así como de los hijos nacidos de la celebración del matrimonio, durante el y trescientos días después de la separación de los cónyuges, así mismo conservan sus derechos sobre los bienes, demostrando así que la ilicitud no tiene ningún efecto jurídico aún cuando se violó la ley.

Capítulo Segundo.

MATRIMONIO, ADULTERIO, DIVORCIO.

CAPITULO SEGUNDO

MATRIMONIO, ADULTERIO, DIVORCIO

2.1.- CONCEPTO JURÍDICO DEL MATRIMONIO

Tal vez sea el matrimonio uno de los temas más importantes en el derecho civil, en virtud a la transcendencia que ha tenido ésta institución, no solo en el ámbito jurídico, sino en lo social o moral, sin duda el matrimonio es la base fundamental del derecho de familia ya que es el supuesto para crearlo, en virtud de que de ella se van a derivar toda clase de relaciones de derecho, así como reglas de orden personal y de orden patrimonial con las que no cuentan la unión libre, la cual es solo un simple estado de hecho, que no produce grandes consecuencias jurídicas.

El matrimonio como fundamento legal ha estado presente durante todas las épocas, aún hoy que atraviesa por una gran crisis, si tomamos como idea que la historia es el reflejo de la vida y que el matrimonio nos muestra la evolución de la humanidad, ya que lo fundamental en la vida humana es la unión del hombre y la mujer, es indiscutible que el matrimonio es precisamente la comunión formada por ambos.

En efecto el matrimonio como hecho social es común a todos los pueblos aún antes de ser regulado por la ley, lo anterior se debe a que en la Roma antigua se reconoció igualdad al matrimonio y a la unión libre si bien con efectos más reducidos que la justa nupcias, si con semejanzas como el ser más duradero y monogámico, además que la unión libre no era repudiada socialmente, aunque también es necesario señalar que el cristianismo ayuda a una nueva organización familiar, pues estableció en un lugar inferior al concubinato e hizo del matrimonio un sacramento.

En México en la época prehispánica, y específicamente en la sociedad azteca, la base de la familia era el matrimonio, y se encontraba catalogado como un acto exclusivamente religioso el cual si no se llevaba a cabo con la ceremonia ritual no tenía efecto.

En esta época se practicaba la poligamia, pero aún así se distinguía a la mujer legítima, aunque parece que solo los nobles y los ricos eran los que tenían varias mujeres lo cual era criticado por el pueblo, la ceremonia del matrimonio no se encontraba encomendada a ningún poder ni público, ni religioso, ya que solo era necesario que intervinieran los parientes y amigos de los futuros esposos.

En la época colonial, con la conquista de los españoles en 1521, empieza la enseñanza del catolicismo donde al matrimonio se le tiene en la categoría de sacramento y se establece que una vez realizado este no podrá disolverse.

En el México independiente, surgen el Código Civil de 1870, con el fin de establecer nuevas disposiciones legales para la organización del matrimonio y el cual definía al matrimonio de la siguiente manera:

"La sociedad legítima de un solo hombre y de una sola mujer, que se unen con vínculo indisoluble para perpetuar la especie y ayudarse a llevar el peso de la vida".

Esta disposición legal ampara los siguientes conceptos:

- 1.- Obliga a los cónyuges a guardarse fidelidad.
- 2.- Los obliga a socorrerse mutuamente y a la contribución de los objetos del matrimonio.
- 3.- Confirió al esposo la potestad marital sobre la mujer.
- 4.- Coloca a la mujer en un estado de incapacidad.
- 5.- Obliga a la mujer a recabar el permiso del marido para la educación de los hijos y para la administración de los bienes, y para comparecer en juicio.

6.- Obligo al marido a dar protección y alimentos a la esposa.

7.- Otorgo al padre en exclusiva la patria potestad.

8.- Clasifico a los hijos en legítimos y fuera del matrimonio subdividiéndolos en naturales y espurios.

9.- Permitted las capitulaciones matrimoniales.

10.- Instituyo al matrimonio como indisoluble.¹⁶

En el tiempo del Presidente Venustiano Carranza, surge en el derecho mexicano la ley de Relaciones Familiares de fecha 9 de abril de 1917, donde se establece que la familia se funda en el parentesco de consanguinidad y es por ello que el matrimonio surge como institución fundamental, ya que de ella se derivan todas las relaciones y potestades. A partir de esa fecha y hasta la época moderna se abre en la historia del matrimonio dos grandes cambios uno consiste en la disolución del matrimonio y el otro a la desaparición de la potestad marital.

Ahora bien, la palabra matrimonio proviene del latín (matrimonium) y está se deriva del vocablo matris (madre) y Monium (carga) que significa carga de la madre en virtud de su función, y de forma paralela surge el patrimonio que es la carga del padre.

Para dar cuerpo a la idea anterior, Modestino nos lego una definición del matrimonio que hasta la fecha es la base para cualquier otra definición que del matrimonio se haga.

"El matrimonio es la unión del hombre y de la mujer, implicando igualdadde condición y comunidad de derechos divinos y humanos".

A efecto de conocer mejor el concepto real del matrimonio creo conveniente completar la definición anterior con otras definiciones dadasporespecialistas en la materia y

¹⁶ Sánchez Mendal Ramón, "Los Grandes Cambios en el Derecho de Familia en México", Editorial Porrúa, S.A. 2a Edición, México 1991, pag. 15.

los cuales nos presentan las definiciones en los términos siguientes:

Luis Fernández Clérigo lo define según su naturaleza como :

"La célula básica de la familia, la unión de un varón y de una mujer, para laprocreación y educación de la prole, el mutuo auxilio y el mejor y más adecuado cumplimiento de los fines de la vida humana". ¹⁷

Sin embargo desde el punto meramente civil el matrimonio es un contratosolemne y para Estevan Calva:

"El matrimonio no es un simple contrato, sino el contrato más antiguo que existe entre los hombres, pues que siendo la causa de la familia, su existencia debe remontarse hasta el origen de la humanidad". ¹⁸

Así tenemos la siguiente definición puramente contractualista la cual dice que:

"El matrimonio es un contrato solemne, en virtud del cual el varón y una mujer, se unen validamente para el mutuo auxilio, la procreación y la educación de la prole, de acuerdo a las leyes". ¹⁹

En sentido contrario Clemente de Diego señala lo siguiente; " El matrimonio no es un contrato porque en el fondo carece de los elementos, aunque en lo referente a la forma parezca contrato, todo contrato necesita de tres elementos o requisitos esenciales para su existencia, a saber objeto causa y consentimiento y en el matrimonio falta los primeros." ²⁰

¹⁷ Fernández Clérigo, Cit pos, Zanon Masdeu Luis, "LA Separación Matrimonial", Editorial Hispano-Europa, Barcelona España 1974, pag. 279.

¹⁸ Calva, cit pos, de Pina Rafael, "Elementos de Derecho Civil Mexicano", Vol. I, Editorial Porrúa, 10a Edición, México 1980.

¹⁹ IDEM.

²⁰ De Diego Clemente, Cit pos, Muñoz Luis, "Derecho Civil Mexicano", Tomo I , Ediciones Modelo, Editorial Cárdenas Editores y Distribuidores, México 1917, pag. 398.

En este mismo sentido conceptualiza Bonnacase al matrimonio ya que el también lo considera un contrato solemne, pero donde el matrimonio se va dividir viendolo desde dos puntos, uno relativo a la constitución o relación personal y el otro a lo referente al patrimonio o regimen matrimonial, ya que los futuros esposos deben disponer con anterioridad la condición de sus bienes presentes y futuros.

Paralelamente a las definiciones vistas con antelación surgen otras como la de Kelsen para quien el:

" ...Matrimonio aún como sacramento, como contrato civil y como institución de un orden público constituye un sistema jurídico, sistema porque estructura y organiza en abstracto un hecho que se expresa en forma de institución. "

²¹

A este respecto otros toman las ideas Kelsenianas para asentar su definición no contractualista, ni institucionalista, tal es el caso de Francesco Messineo, quien lo define de la siguiente forma :

"El matrimonio entendido como relación o vínculo ya constituido, la llamada sociedad conyugal, es el núcleo elemental y el fundamento de la familia, inclusive para constituir el mismo, la familia en cuanto basta que este se encuentre compuesta por los cónyuges, aun antes o independientemente del nacimiento de los hijos ". ²²

Hasta aquí he observado las definiciones que dan los diferentes autores, ahora me corresponde tomar los

²¹ Magallón Ibarra, Op, cit, pag. 104.

²² Messineo Francesco, "Manual de Derecho Civil" (Derecho de la Personalidad, Familia y Derechos Reales), Tomo III, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, Argentina 1979, pag. 35.

elementos más sobresalientes con el único fin de lograr mi propia definición que se adecue a mi ideología.

Así tengo que el matrimonio es el estado que se crea entre dos personas de diverso sexo, pertenecientes a dos núcleos familiares distintos que se unen para ayudarse moral y económicamente con el fin de establecer una nueva familia, sin querer coartar su libertad personal lográndose esta mediante la convivencia material y sentimental, pero siempre dentro de un marco jurídico, que va a regular la igualdad entre los cónyuges y la cual es disoluble, y es aquí donde un hecho humano se transforma en un acto jurídico.

El maestro Rojina Villegas nos plantea otra controversia que se ha establecido sobre el matrimonio y es que al mismo se le considera como:

- 1.- Institución
- 2.- Acto Jurídico Condición
- 3.- Acto Jurídico Mixto
- 4.- Contrato Ordinario
- 5.- Contrato Adhesión
- 6.- Estado Jurídico
- 7.- Acto de Poder Estatal.

y nos da un concepto para cada uno, los cuales de una manera breve señalare:

1.- Institución: El matrimonio como finalidad es el constituir una familia, con el fin de lograr una vida permanente entre los cónyuges y así lograr una disciplina social.

2.-Acto Jurídico Condición: Tiende a determinar un estatuto de derecho para crear situaciones jurídicas concretas las cuales van a constituir un verdadero estado.

3.- Acto Jurídico Mixto: Toma este nombre porque interviene tanto los particulares como los funcionarios públicos en el mismo acto, expresando ambos su voluntad y consentimiento.

4.- Contrato Ordinario: Como el contrato solemne, en virtud del cual un varón y una mujer se unen válidamente para el mutuo auxilio, la procreación y la educación de la prole, de acuerdo a las leyes.

5.- Contrato Adhesión: Es una modalidad a la tesis contractualista al establecer que los consortes no son libres para estipular derechos y obligaciones distintos a las que la ley determina en forma imperativa.

6.- Estado Jurídico: Este se funda sobre la doble consecuencia que tiene el matrimonio visto como acto jurídico y como institución, ya que ambas constituyen un elemento esencial el de realizarse ante el Oficial del Registro Civil y una vez constituido trae consecuencias jurídicas.

7.- Acto de Poder Estatal: Pone en claro la especial importancia que tiene el hecho que se declare la voluntad ante un Oficial del poder público. " ²³

Desde mi punto de vista, lo anterior expuesto no debe tomarse como una controversia, ya que desde el punto que se

²³ Rojina Villegas, "Compendio de Derecho Civil".

vea el matrimonio en lo institucional en lo contractual o como poder jurídico tiene como fin el buscar las bases en que esta parado el matrimonio, ya que de el derivan diversos derechos y potestades y cuando no existe este, surgen tales derechos y potestades pero en forma limitada, además todas las definiciones establecen semejanzas como lo son la participación del estado mediante el Oficial del Registro Civil, y que el matrimonio debe estar regulado jurídicamente.

2.2.- CONSTITUCIÓN DEL MATRIMONIO

Para entender la constitución del matrimonio, será necesario conocer los elementos de existencia y de validez, pero antes de estudiar a estos, se tendrá que tomar en cuenta que para lograr la constitución del matrimonio y que este no sea inexistente es necesario que se den las siguientes condiciones:

- 1.- La diferencia de sexos.
- 2.- El consentimiento de los futuros esposos.
- 3.- Y que se realice ante la Oficina del Registro Civil.

Si aunado a lo anterior los contrayentes no reúnen las siguientes condiciones el matrimonio será declarado nulo la cual será absoluta.

- 1.- Pubertad de los contrayentes.
- 2.- Ausencia de grado de parentesco por consanguinidad y afinidad.
- 3.- Ausencia de un matrimonio anterior no disuelto.
- 4.- La publicidad del matrimonio.
- 5.- Ser Oficial del Registro Civil competente.

Por último tenemos condiciones que su inobservancia traera como consecuencia la nulidad relativa, la cual como

ya vimos en el Primer Capitulo, estas condiciones impuestas no tienen ninguna sanción y las cuales son:

- 1.- La integridad del consentimiento de los esposos.
- 2.- El consentimiento de los ascendientes.

Como se desprende del analisis anterior, tenemos que el matrimonio al estar regulado por el Derecho se convierte en un acto juridico, que se encuentra constituido por elementos de validez para que logre efectos plenos y elementos de existencia supra necesarios para que pueda surgir a la vida juridica.

2.2.1 ELEMENTOS DE EXISTENCIA

El matrimonio al ser considerado como acto juridico tendra que estar constituido por los mismos elementos esenciales que son aplicados a la doctrina general, así tenemos que son dos elementos, la voluntad y el objeto, sin embargo el matrimonio tiene una particularidad y es que casi en todas las legislaciones lo consideran un acto solemne y aqui surge el tercer elemento de existencia para el matrimonio.

La Voluntad: Como ya sabemos el matrimonio es un acto bilateral y ambos deben otorgar su consentimiento y su voluntad para contraer matrimonio, este se dara en un principio en la solicitud de matrimonio y por segunda vez se hara ante el Juez u Oficial del Registro Civil, al aceptar a la otra persona como su cónyuge y es aqui donde se va a configurar la voluntad, esta se da en forma personal y excepcionalmente por apoderado legal, el cual es nombrado especialmente para el acto.

El Objeto: Este tiene como fin el realizar una unión total y de forma permanente entre un hombre y una mujer, los cuales se van a unir en un vínculo, el cual es indisoluble, con el anhelo de perpetuar la especie y ayudarse a llevar el peso de la vida.

Sin embargo es necesario señalar que la perpetuación de la especie no puede considerarse como el objeto determinante de la relación conyugal, pues existen matrimonios sin hijos y no por ello no cumplen con el elemento de existencia, a esto podríamos decir que el objeto del matrimonio es ayudarse a llevar el peso de la vida, así lo establece el artículo 4to de la Constitución, y también será parte de ese objeto la creación de derechos y obligaciones como es el débito carnal y el auxilio espiritual.

La Solemnidad: Por lo que respecta a la solemnidad, tomando en cuenta la definición de que el matrimonio es un contrato, obtendremos que este es solemne pues va a requerir de la intervención de una especial autoridad y de ciertas palabras expresadas ante dicha autoridad así como el levantamiento de una acta.

El artículo 102 y 103 del Código Civil nos dice en que consiste la solemnidad y como se levanta el acta.

Artículo 102.- " En el lugar, día y hora designado para la celebración del matrimonio deberán estar presentes, ante el Juez del Registro Civil, los pretendientes o su apoderado especial constituido en la forma prevenida en el artículo 44 y dos testigos por cada uno de ellos, que acrediten su identidad.

Acto continuo, el Juez del Registro Civil leera en voz alta la solicitud de matrimonio, los documentos que con ella se hayan presentado y las diligencias practicadas, e interrogara a los testigos acerca de si los pretendientes son las mismas personas a que se refiere la solicitud.

En caso afirmativo, preguntara a cada uno de los pretendientes si es su voluntad unirse en matrimonio, y si están conformes, los declarara unidos en nombre de la ley y de la sociedad. " ²⁴

Artículo 103.- " Se levantara luego el acta de matrimonio en el cual se hara constar:

I.- Los nombres, apellidos, edad, ocupación, domicilio y lugar de nacimiento de los contrayentes;

II.- Si son mayores de edad;

III.- Los nombres, apellidos, ocupación y domicilio de los padres;

IV.- El consentimiento de estos, de los abuelos o tutores, o de las autoridades que deban cumplirlo;

V.- Qué no hubo impedimento para el matrimonio o que este se dispenso;

VI.- La declaración de los pretendientes de ser su voluntad unirse en matrimonio, y la de haber quedado unidos, que hara el Juez en nombre de la ley y la sociedad;

VII.- La manifestación de los conyuges de que contraen matrimonio bajo el régimen de sociedad conyugal o de separación de bienes;

VIII.- Los nombres, apellidos, edad, estado civil, ocupación y domicilio de los testigos, su declaración sobre si son o no parientes de los contrayentes, y si lo son, en que grado y en que linea;

²⁴ Leyva, Op cit, Art. 102, pag. 32 y 33.

IX.- Qué se cumplierón las formalidades exigidas por el artículo anterior.

El acta será firmada por el Juez del Registro Civil, los contrayentes, los testigos, y las demás personas que hubieren intervenido si supieren y pudieren hacerlo.

En el acta se imprimirán las huellas digitales de los contrayentes.²⁵

2.2.2 ELEMENTOS DE VÁLIDEZ

Ahora bien, el matrimonio es un acto jurídico y como ello, debe contar con los siguientes elementos de validez.

1.- Capacidad: La ley regula el matrimonio, los derechos y obligaciones que se derivan de él, pero para que el matrimonio se pueda celebrar es necesario que los futuros contrayentes sean capaz sexualmente, es decir que esten en la etapa de la pubertad o edad nubil, la cual varia de acuerdo al medio geográfico y a otros factores, lo cierto es que también se debería de cuidar no solo el desarrollo biológico sino la madurez emocional, mental y económica, como se hace en otros paises para evitar futuros divorcios.

2.- Ausencia de vicios de la voluntad: Tenemos que los vicios de la voluntad son el error, la mala fe, la intimidación mediante la violencia y lesión.

En lo que corresponde al error este solo procede cuando es por error en la identidad de la persona con quien pretende contraer matrimonio, esto es cuando entendiendo un cónyuge celebrar matrimonio con persona determinada, lo contrae con

²⁵ Idem, Art. 103.

otro. Causando este tipo de error una nulidad que debe entenderse en forma limitativa o restrictiva.

En cuanto a la violencia está se da por medio de la fuerza física o amenazas, que ponga en peligro su vida o la de su familia en la línea ascendente, descendente o colateral hasta el segundo grado.

3.-Licitud en el Objeto, fin

o condición del acto: Si existe prohibición para contraer matrimonio o impedimento legal no se podrá realizar, o se entrara al rango de ilicitud, por lo que la licitud va a consistir en que se efectue solo entre dos personas que no tengan prohibición legal para ello.

El maestro Rojina Villegas nos muestra de una manera gráfica los elementos de válidez:

Consentimiento Libre y Expontaneo	Error Fuerza Rapto
-----------------------------------	--------------------------

ELEMENTOS DE VÁLIDEZ

Capacidad de las partes: Impedimentos dirimientes

Formalidades	Anteriores Coetaneas Posteriores ²⁶
--------------	--

²⁶ Rojina Villegas, "Compendio de D. C....", pag. 298.

2.3 REQUISITOS PARA CONTRAER MATRIMONIO

A este respecto puedo señalar que en Roma eran tres los requisitos para poder contraer iustae nuptiae, las cuales eran:

- 1.- Tener la aptitud legal (connubium) y esta solo podían tener los ciudadanos romanos.
- 2.- Ser puberes o ser capaces biologicamente.
- 3.- El consentimiento sin ninguna clase de vicios por parte de los futuros cónyuges o de los padres.

Actualmente en México se requiere de tres requisitos para poder contraer matrimonio válido y estos son:

Edad y consentimiento: El varón necesita tener cumplidos dieciseis años y la mujer catorce, pero cuando no hayan cumplido los dieciocho años requieren de la autorización de los padres o de sus ascendientes; dicho consentimiento una vez otorgado es irrevocable, excepto cuando exista una causa justa.

Formalidades Legales: Para llevar a cabo el matrimonio se requiere comprobar la capacidad legal de quienes van a celebrarlo.

La ley requiere de una solicitud previa de los interesados ante el Juez del Registro Civil donde se exprese lo siguiente:

- 1.- Nombre y apellidos;
- 2.- Ocupación
- 3.- Domicilio;

- 4.- En el caso de que alguno o los dos fue casado, se dira el nombre(s) de la persona con quien estuvo unido antes, la causa de disolución y la fecha de esta;
- 5.-Que no tiene impedimento legal;
- 6.- Que es su voluntad contraer matrimonio, además se debe acompañar
 - Acta de nacimiento de los solicitantes
 - Constancia de consentimiento en los menores de edad
 - Declaración de dos testigos mayores de edad, a los cuales les debe constar que no tienen impedimento legal para casarse
 - Certificado médico donde conste que no tiene ninguna enfermedad de las siguientes:
 - a) Sífilis
 - b) Tuberculosis
 - c) Ninguna enfermedad crónica o contagiosa y hereditaria.
 - Convenio sobre sus bienes ya sea sociedad conyugal o separación de bienes
 - Copia del acta de defunción cuando fuese viudo o sentencia de divorcio o nulidad
 - Copia de la dispensa del impedimento cuando exista.

2.4 CONCEPTO JURÍDICO DE ADULTERIO

Como antecedente del adulterio, se tiene que en los pueblos de la antigüedad, le daban una sanción muy fuerte tachando en lo cruel a las mujeres, así los egipcios le cortaban la nariz de forma que los demás supieran que la habían encontrado con su amante, al cual lo castraban, en cambio el pueblo judío castigaba al adulterio con lapidación.

Los romanos un pueblo más civilizado y que siempre encontraban una forma legal de castigar actos inmorales como el adulterio, castigaban con más fuerza al realizado por la mujer y no por el marido. Así en la época republicana el adulterio estaba sometido a un Tribunal Doméstico, ya con

Augusto se da la (Lex Julia de Adulteris), la cual elevaba al adulterio como crimen público y la penalidad era el repudio y la relegación, en los tiempos de Constantino se decreto la pena de muerte, sin embargo Justiniano conservo dicha pena al amante y a la mujer le cambio el castigo por el de azotes y reclusión en un monasterio con la obligación de tomar los hábitos sino era perdonada por el marido.

En México antiguo solo se considero adulterio al celebrado por la mujer, pero no al del hombre siempre que lo realizase con mujer soltera, el castigo era la pena de muerte y bastaba que se tuviere una grave sospecha por parte del marido para torturar a los amantes y despues darles muerte.

El Diccionario de la Lengua Española lo define como " Delito que comete la mujer casada que yace con varón que no es su marido, y el que yace con ella sabiendo que es casada. "
" ²⁷

De una forma general se podría decir que el adulterio es la violación a la fidelidad que se deben los conyuges, al realizar el acto sexual con persona ajena a su vínculo conyugal.

Ricardo Soto Pérez define el adulterio diciendo, " Este delito lo cometen el hombre y la mujer que tenga relaciones sexuales entre sí, si en el caso de uno de ellos o los dos esten casados con persona distinta y siempre que las relaciones tengan lugar en el domicilio." ²⁸

Sin embargo la opinión de adulterio para González de la Vega es el siguiente:

"... Ayuntamiento sexual realizado entre persona casada de uno u otro sexo y persona ajena a su vínculo matrimonial

²⁷ Diccionario de la Lengua Española, Editorial Publicaciones Herrerias, S.A., México 1941, paag. 28.

²⁸ Soto Pérez Ricardo, "Nociones de Derecho Positivo Mexicano" Editorial Eslinge, S.A. de C.V., 16a Edición, México 1987, pag. 107.

esta infidelidad carnal siempre es un ilícito civil que genera acciones o sanciones privadas, pero no necesariamente integra un ilícito penal productor de medidas represivas, no todo acto de adulterio es forzosamente un delito de adulterio.

" 29

Efectivamente desde mi punto de vista, tomo la posición de González de la Vega, Ya que nuestro Código Penal aún cuando no señala diferencia de sexo, si establece que los culpables de delito de adulterio lo deberan cometer en el domicilio conyugal o con escándalo para que se configure como tal, sin embargo aún cuando no se realice en esas condiciones no deja de ser un hecho ilícito desde un punto de vista civilista, pues quebranta la fidelidad conyugal que se deben tener los cónyuges y un acto antijurídico que viola los derechos subjetivos que se adquieren en virtud del contrato matrimonial.

2.4.1 EL ADULTERIO COMO SANCIÓN

Nuestro Código Civil establece qué el acto de adulterio es ilícito, y es el ejecutado de forma indistinta por el marido o la esposa, no importando la circunstancia que los lleve a realizarlo ya que estos no cambiara las acciones y sanciones que le recaera.

Dicha acción solo la podrá ejecutar el cónyuge ofendido, dentro de los seis meses siguientes a que tenga conocimiento del hecho, la sanción civil es la siguiente y es independiente a la penal:

- 1.- Divorcio necesario.
- 2.- El cónyuge culpable pierde la patria potestad de sus hijos.

²⁹ González de la Vega Francisco, "Derecho Penal Mexicano" Editorial Porrúa, S.A., 19a Edición, México 1983, pag. 429.

3.- Sigue teniendo las mismas obligaciones de otorgar alimentos a los hijos.

4.- Pierde si lo tuviere sus derechos a recibir alimentos.

5.- Indemnización de los daños y perjuicios que el cónyuge culpable origine en virtud del divorcio por ser el autor del hecho ilícito.

6.- Constituye además impedimento no dispensable para contraer matrimonio.

7.- Da causa a la nulidad de un futuro matrimonio entre adúlteros.

2.4.2 EL ADULTERIO COMO DELITO

Es indiscutible que desde un punto meramente moral es igual la falta que comete el marido a la de la mujer adúltera, pero de forma paralela se tendrá que tomar en cuenta que las consecuencias no son iguales pues el marido no introducirá herederos ilegítimos al matrimonio, como sería el caso de la mujer que haría pasar a un hijo ilegítimo como heredero legítimo.

Sin embargo el Código Penal señala que el adulterio solo se sancionará cuando sea cometido en el domicilio conyugal o con escándalo, por lo que será necesario tener conocimiento de lo que significan estos términos:

Domicilio Conyugal: Se debe entender el lugar donde habitan los conyuges ya sea en forma habitual o transitoriamente, la razón para que se penalice es que se viola la más elemental intimidad que debe tener el cónyuge inocente.

Escándalo: Carrará lo define diciendo: " El escándalo es una murmuración o rumor que nace y corre en torno a un hecho. Es una ofensa al sentimiento moral de un gran número de ciudadanos... " ³⁰

Los proyectos que se han realizado para modificar el Código Penal vigente no tipifica al adulterio por considerarlo anacrónico y caduco lo cierto es que no se encuentra el bien jurídico tutelado, ya que este varía de acuerdo al criterio de cada autor así tenemos que:

Langle Rubio opina " Reprimir el adulterio por entender que quebranta la fidelidad conyugal equivaldría a castigar la infracción de los derechos morales más que los jurídicos, pero aunque llegásemos a admitir que dicha fidelidad fuese un deber jurídico por corresponder a el , en el otro cónyuge un derecho a exigir su observancia eso no bastaría para elevar su incumplimiento a la categoría de delito... " ³¹

En forma paralela se expresa Porte Petit, quien sostiene, "...que el bien jurídico tutelado es el honor del cónyuge ofendido, ya que no se puede considerar que la fidelidad conyugal puesto que no todo acto de fidelidad conyugal significa o entraña jurídicamente un adulterio, ya que si este no se comete con escándalo o en el domicilio conyugal no se dará el delito, sin embargo la infidelidad esta presente. " ³²

Langle por su parte niega que el adulterio sea "...un delito contra la honestidad o que constituya ultraje al honor o que ataque el orden de las familias, a nadie se ha de procesar y condenar criminalmente por inmoralidades que solo afecten

³⁰ Carrara, Cit pos, Jiménez Huerta Mariano, "Derecho Penal Mexicano" (LA Tutela Penal de la Familia) Tomo V, Editorial Porrúa, S.A., 2a Edición, México 1983, pag. 27.

³¹ Langle Rubio, Cit pos, González de la Vega, Op cil, pag. 431.

³² Porte Petit, Cit pos, Cardona Arizmendi Enrique, "Apuntamiento de Derecho Penal", Editorial Cárdenas Editores y Distribuidores, 2a Edición, México 1976, pag. 194.

a si propio, por lo que no puede servir de soporte al delito la inmoderación lujuriosa." ³³

No puedo más que estar de acuerdo con los autores, pues el bien jurídico no puede ser la violación de la infidelidad, ya que esto sería el bien jurídico protegido en materia civil, y tampoco puede ser el honor del cónyuge ofendido el bien tutelado, pues sería injusto alegar que nuestra honra depende de otra persona, pues cada quien es responsable de sus actos.

Tampoco se podría decir que el adulterio es un factor que destruye la familia, por considerar que cuando se da este hecho es porque ya no existe el respeto que hace a una verdadera familia, lo que tutela el Código Penal no es la fidelidad, ni el honor del cónyuge inocente, sino la desvergüenza de los adúlteros

Ya que maneja que se realice en el domicilio conyugal o con escándalo.

Se esta castigando la introducción a la casa común de los cónyuges al amante o que se realice con escándalo que sería cuando públicamente se den el tratamiento de esposas o cuando se fuguen juntos abandonando la familia legítima.

2.5.- CONCEPTO JURÍDICO DEL DIVORCIO

Se podría afirmar que la historia de la iglesia católica va aparejada con la del divorcio, ya que a este lo encontramos en el Antiguo Testamento donde Moisés dirigió al pueblo israelita el Libelo Repudio el cual consistía en que si un hombre se casaba y en el transcurso del tiempo se daba

³³ Langle, Cit pos, González de la Vega, Op cit.

cuenta que su mujer había obrado de forma vergonzosa, la despedía de la casa y esta podía volver a casarse, sin embargo existe otra versión sobre el mismo paraje bíblico donde se dice que a nombre del señor se prohíbe volver a casarse aunque se permite la separación.

Ya en la Roma Clásica no importaba si el marido tenía manus sobre la mujer o no, el matrimonio podía ser disuelto mediante una notificación, al otro cónyuge, sin embargo esta limitada libertad que se tenía sobre el divorcio, acarreo graves problemas y demostró un signo de decadencia en Roma.

En México en la época precolonial no se dio el divorcio tal y como lo conocemos, sin embargo si existía la separación de cuerpos que de hecho es un divorcio dicha separación solo se otorgaba por la autoridad cuando existía esterilidad o por mala conducta de la mujer, y se dividían los hijos de acuerdo a su sexo, como consecuencia no podían volver a casarse y si lo realizaban equivalía a ser castigados con la pena de muerte.

Ya en los tiempos de Don Venustiano Carranza se creo la ley de Relaciones Familiares, que introduce el divorcio vincular, el cual ya no solo consistía en la separación del lecho y habitación, sino en la disolución de ciertos derechos y obligaciones que se debían mutuamente y los dejaba en libertad de contraer nuevas nupcias; según la Exposición de Motivos que se realizó sobre el divorcio, dice que este se crea basándose en las siguientes razones.

“El divorcio que disuelve el vínculo es un poderoso factor de moralidad porque facilitando la formación de nuevas uniones legítimas, evita la multiplicidad de los concubinatos, por lo tanto el pernicioso influjo que necesariamente ejercen en las costumbres públicas, de mayor estabilidad a los efectos y relaciones conyugales, asegura la felicidad de mayor número de familias y no tiene el inconveniente grave

de obligar a los que por error y ligereza fuerón al matrimonio, a pagar su falta con la esclavitud de toda la vida".³⁴

Existen dos formas de divorcio, la separación de cuerpos y el divorcio vincular y debemos entender por:

Separación de cuerpos: Donde el vínculo perdura y sigan existiendo las mismas obligaciones como son la fidelidad, los alimentos y el no poder volver a contraer matrimonio.

Divorcio vincular: Este consiste en otorgar la capacidad a los cónyuges de volver a contraer matrimonio y dentro de este surgen varias divisiones de divorcio como son:

- 1.- Divorcio necesario
- 2.- Divorcio voluntario
- 3.- Divorcio voluntario de tipo administrativo

Ahora bien para conocer mejor el significado de divorcio, es necesario conocer algunas de las definiciones que han expuesto los escritores juristas.

Y tal vez sea el maestro Magallon quien nos presenta la mas fácil de entender y comprender, el definía al divorcio como:

"...dos líneas divergentes, que son aquellas que partiendo de un mismo punto. al avanzar van distanciándose cada vez más de manera que nunca volverán a juntarse...".³⁵

Julien Bonnecase lo define así:

³⁴ Sánchez Mendal, Op cit, pag. 30.

³⁵ Magallón Ibarra, Op cit, pag. 356.

"El divorcio es la ruptura de un matrimonio válido, en la vida de los esposos, por causa determinada y mediante resolución judicial."³⁶

Rafael de Pina dice:

"La palabra divorcio, en el lenguaje corriente contiene la idea de separación, en el sentido jurídico, significa extinción de la vida conyugal, declarado por autoridad competente, en un procedimiento señalado al efecto y por una causa determinada de modo expreso..."³⁷

Como se desprende de las definiciones expuestas anteriormente, se puede definir el divorcio como:

El divorcio pone fin a la vida conyugal que unía validamente a una pareja, dejando sin efecto los fines para lo cual se creó el matrimonio, sin embargo dicha unión trajo consigo obligaciones, que aún con la disolución del vínculo siguen existiendo, produciendo así efectos hacia terceros, dicho divorcio debe decretarse mediante una sentencia y en base a una causa que con antelación esté dispuesta en la ley; dejando así a las partes en aptitud de contraer un nuevo matrimonio.

2.6.- CAUSAS DE DIVORCIO

Según la Legislación Mexicana existen tres causas de disolución del vínculo, las cuales son; la muerte de cualquiera de los cónyuges, el divorcio y la nulidad, sin embargo no deben confundirse estos con las causas de nulidad, ya que

³⁶ Bonnacase Julien. "Elementos de Derecho Civil", (Nociones Preliminares, Personas, familia y Bienes), Torno I, Editorial Cárdenas Editores y Distribuidores, México 1985, pag. 552.

³⁷ De Pina, "Elementos de Derecho Civil Mexicano", pag. 338.

estas son anteriores a la celebración del matrimonio y las del divorcio son posteriores.

Dichas causas de divorcio se pueden dividir en naturales y civiles, encontramos en la natural a la muerte y las civiles las dos restantes.

Considerando que el divorcio es un mal necesario para evitar más la desunión familiar y cuando se ha quebrantado la solidaridad familiar, encontramos que el divorcio es el medio jurídico de legalizar dicha situación. Así se tiene que las causas de divorcio son las circunstancias que la legislación establece previamente.

Consentini las agrupa en la forma siguiente:

1. Causas de orden criminológico, conexos a un hecho castigado más o menos severamente por la ley.

2.- Causas de orden eugénico, ligadas a ciertas ineptitudes físicas para la vida conyugal.

3.- Causas indeterminadas, admitidas por las legislaciones para aquellos casos de grave perturbación a la vida familiar.

4.- Causas de orden puramente individual. ³⁸

2.6.1 FUNDAMENTACIÓN DEL DIVORCIO NECESARIO

La fundamentación del divorcio necesario lo encontramos en el artículo 267 que a la letra dice:

³⁸ IBIDEM.

Artículo 267: " Son causas de divorcio;

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

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

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

IV.- La incitación o la violencia hecha por el cónyuge al otro para cometer algún delito, aunque no sea 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 interrupción;

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

VII.- Padecer enajenación mental incurable, 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 divorcio.

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

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

XII.- La negativa injustificada de los conyuges a cumplir con las obligaciones señaladas en el artículo 164, sin que sea necesario agotar previamente los procedimientos tendentes 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;

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

XIV.- Haber cometido uno de los cónyuges un delito que no sea político, pero que sea infamante, por lo 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 desaveniencia conyugal;

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

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 cualquiera de ellos. " ³⁹

Al divorcio necesario se le puede dividir en forma de sanción o de remedio, el primero sería cuando se encuentra previsto en el Código Civil como acto ilícito y el segundo como medio de prevención con el fin de proteger al cónyuge sano y a los hijos en el caso que sufra de enfermedad crónica e incurable, la cual debe ser contagiosa o hereditaria.

2.6.2 EFECTOS DEL DIVORCIO POR LA CAUSAL DE ADULTERIO

Para que se compruebe el adulterio civil no se requiere que exista una sentencia en el orden penal, pues el juez de lo familiar tiene la más amplia libertad de apreciar las pruebas procedentes, así tenemos que el adulterio es el acto ilícito ejecutado en cualquier circunstancia produciendo acciones y sanciones privativas.

Los efectos del divorcio se podrían clasificar en :

1.- Efectos provisionales (antes que se decrete el divorcio el juez establece medidas cautelares de forma provisional).

2.- Efectos definitivos (deja a los cónyuges en aptitud de contraer nuevo matrimonio y establece la situación de los hijos).

³⁹ Código Civil para el Distrito y Territorios Federales (México) 1995, Art. 267.

En lo referente al adulterio se decretan los siguientes efectos definitivos:

1.- Los hijos quedaran bajo la patria potestad del cónyuge inocente.

2.- Los padres aunque pierdan la patria potestad quedan sujetos a todas las obligaciones que tienen para con sus hijos.

3.- Pierde el cónyuge culpable todo lo que se le hubiese dado o prometido, por su consorte o por tercero en consideración a este.

4.- La división de los bienes comunes y contribución en proporción a la subsistencia y a la educación de los hijos.

5.- El derecho de la mujer inocente a percibir alimentos mientras no contraigan nuevas nupcias y viva honestamente e igual derecho del marido inocente cuando este imposibilitado y no tenga bienes propios.

6.- Obligación del cónyuge culpable de responder de los daños y perjuicios causados a los intereses del inocente.

2.6.3 EFECTOS DEL DIVORCIO RESPECTO DE LOS ESPOSOS

Dichos efectos son importantes ya que establecen su situación después de la sentencia de divorcio, el principal efecto es la no obligación a la cohabitación, la cual es una obligación personal e íntima en la relación matrimonial y por lo tanto ligado al débito conyugal, el divorcio logra la libertad para contraer nuevo matrimonio, antiguamente la mujer, con el divorcio podía volver a ejercer su capacidad de ejercicio,

actualmente esto ya no representa ningún problema pues la mujer nunca pierde su capacidad de ejercicio.

Existen otros efectos para el divorcio pero estas versan sobre los hijos y los bienes los cuales se podrían dividir en:

Respecto a los hijos:

- 1.- Efectos relativos a la legitimidad o ilegitimidad del hijo de la mujer divorciada.
- 2.- Efectos de la patria potestad.
- 3.- Alimentos de los hijos.

Respecto de los bienes:

- 1.- En cuanto a la disolución de la sociedad conyugal.
- 2.- Respecto a la devolución de las donaciones.
- 3.- Indemnización de los daños y perjuicios que el cónyuge culpable genere al inocente por virtud del divorcio.

Capítulo Tercero.

PRESUNCIÓN DE PATERNIDAD, MEDIOS DE PRUEBA Y FORMAS DE IMPUGNACIÓN.

CAPITULO TERCERO

PRESUNCIÓN DE PATERNIDAD, MEDIOS DE PRUEBA Y FORMAS DE IMPUGNACIÓN

3.1 CONCEPTO JURÍDICO DE FILIACIÓN

Desde el punto de vista de la moral y la economía, la filiación tiene gran importancia, ya que de esta depende el apellido de una determinada persona y el derecho a pertenecer a un grupo familiar, a recibir alimentos y el derecho a heredar, entre otros derechos que se adquieren en virtud de la filiación

La filiación es un hecho natural ya que todo ser humano es engendrado por un hombre y una mujer en virtud de una ley biológica inexorable, independientemente de si se conocen o no a los progenitores, no obstante para el derecho no todos los hechos naturales se consideran hechos jurídicos, ya que no todos los actos traerán repercusiones o consecuencias jurídicas.

Así tenemos que a la filiación se le puede estudiar desde dos puntos de vista el primero desde un sentido genérico que integra el vínculo jurídico que se da entre los ascendientes y descendientes, esto es en la línea ascendente padres, abuelos etc. y en la línea descendente hijos, nietos etc. y desde el sentido restringido o jurídico, se tiene que la filiación es la relación que existe entre padres e hijos la cual va a producir efectos jurídicos de los cuales se derivan derechos y obligaciones, ya sea hacia los padres o hacia los hijos y a estos se les denomina relaciones jurídicas paterno- filiales la cual se da entre personas vinculadas de forma biológica o jurídica.

El derecho de parentesco y el de la filiación van tan unidos que de ellos se obtiene el estado de parientes, ya que la filiación natural la obtenemos de la procreación. Sin embargo al pasar a un orden jurídico, la filiación se convierte en un estado jurídico del cual se derivan derechos y obligaciones que reciben el nombre de Patria Potestad, la cual se ejerce por ambos padres si están unidos en matrimonio y del padre o la madre si no lo están.

A la filiación se le puede observar desde los siguientes puntos:

- 1.- Filiación Legítima
- 2.- Filiación Natural
- 3.- Filiación Adoptiva

Esto es la filiación es una triología, que se estudia de acuerdo a los sujetos y a la relación que guardan entre ellos, el maestro Chávez Asencio nos muestra el siguiente esquema:

- a) Filiación Matrimonial
 - a.1) De matrimonio
 - a.2) Legitimación

- b) Filiación Extramatrimonial
 - b.1) Reconocimiento unipersonal
 - b.2) Reconocimiento bipersonal
 - b.2.1 Viven juntos
 - b.2.2 Viven separados

b.3) Sentencia de investigación

c) Filiación Adoptiva

d) Hijos no Nacidos

- e) Otras situaciones
- e.1) Muerte o imposibilidad de uno
 - e.2) Nulidad de matrimonio
 - e.3) Separación de progenitores
 - e.4) Divorcio¹⁰

Del esquema anterior obtenemos que existen varias clases de filiación y por lo tanto de hijos, ya que a la filiación matrimonial se le conoce como legítima que es la preferida por la ley y por la sociedad, la filiación extramatrimonial conocida como filiación natural en donde no media matrimonio, de esta manera se le da diferentes calidades de hijos a los cuales se le denomina:

- 1.- Legítimos
- 2.- Legitimados
- 3.- Naturales
- 4.- Simplemente ilegítimos
- 5.- Ilegítimos perfectos (Huérfanos)
- 6.- Adoptivos.

De la anterior clasificación se puede concluir que no se da una filiación legal si no existe un hecho jurídico como lo es el matrimonio o la legitimación y también el que se da en la filiación adoptiva, donde no se da el hecho natural de la procreación pero se adquieren los derechos y obligaciones en virtud de un negocio jurídico.

¹⁰ Chávez Ascencio Mammel. "La Familia en el Derecho" (Relaciones Jurídicas Filiales), Editorial Porrúa, S.A., 2a Edición, México 1992, pag. 266.

Así tenemos que para Planiol la filiación puede definirse como:

" La relación que existe entre dos personas, una de las cuales es el padre o la madre de la otra. Este hecho crea el pariente de primer grado y su repetición produce las líneas o serie de grados. " "

En el mismo sentido se expresa la maestra Montero Duhalt quien define a la filiación de la siguiente forma:

" Filiación es la relación jurídica que existe entre los progenitores y sus descendientes directos en primer grado, padre o madre, hija o hijo. En este concepto amplio de filiación toma los nombres específicos de paternidad, maternidad o filiación en sentido estricto en razón de la persona a quien se refiere en un determinado momento esta relación. "

Para Francesco Messineo la filiación:

"... es la relación existente entre el nacido y el progenitor en virtud del cual, el primero se dice hijo del segundo esto se atribuye al status de hijo y adquiere los derechos (además de ser objeto de los deberes), inherentes a tal estado. De la relación de filiación es simétrica a la de paternidad, o respectivamente de maternidad en virtud de la cual el sujeto adquiere el status de padre o de madre del nacido. "

De las definiciones anteriores se puede entender que la filiación se da mediante un vínculo, además del biológico y el cual sería que se reconozca legalmente, el derecho reconoce el hecho biológico de la procreación pero además establece una relación de derecho entre el progenitor y el hijo que crea un estado jurídico, el cual va a ser la relación que existe entre ambas para crear consecuencias de derecho y obligaciones.

¹¹ Planiol. Cit pos. Chávez Ascencio Ob cit. pag. 2.

¹² Montero Duhalt. Op cit. pag. 266.

¹³ Messineo. Op cit. pag. 125.

3.1.1 FILIACIÓN NATURAL

La filiación natural se da desde los principios de la humanidad sin embargo siempre ha constituido un problema en virtud, del trato que se le da a los hijos concebidos fuera de matrimonio, antiguamente dicho trato era muy cruel pues se llegó hasta asesinarlos junto a su madre, ese trato se han ido superando gracias a la intervención de la doctrina cristiana, que ayudó a mejorar las condiciones de los hijos ilegítimos y es hasta el siglo XVIII donde se les da iguales derechos que a los hijos legítimos, así se establece en la Declaración Universal de Derechos Humanos que fue aprobada por la ONU en el año de 1948, la cual dice lo siguiente:

" Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamadas en esta declaración, sin distinción alguna de raza, sexo, idioma, religión, opinión pública o cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquiera otra condición. Todas las personas serán iguales ante la ley y tiene derecho sin discriminación a igual protección de la ley, y garantizar a todas las personas igual y efectivo contra cualquier discriminación "

Así en México se empieza por borrar las clasificaciones de los hijos y se trata de que todos tuvieran los mismos derechos, pues no era justo que los hijos sufrieran por una situación de la cuales ellos eran ajenos.

Para Fueyo Laneri define a la filiación natural de la siguiente manera:

" Son hijos naturales los hijos ilegítimos a los cuales se les atribuye el estado civil de hijos naturales, respecto del padre o madre que los haya reconocido, o cuya paternidad o maternidad haya sido

¹¹Chávez Ascencio, Ob.cit. pag. 123.

establecida de acuerdo al Código Civil Chileno, " " de aquí se puede establecer que la legislación chilena se aparta de la doctrina universal pues aquí se le denomina filiación natural solo cuando los hijos ya fueron reconocidos.

Sin embargo en la doctrina universal que es el que toma en cuenta el Derecho Mexicano es el denominar como filiación natural la que se otorga a los hijos concebidos cuando los padres no están casados, en el momento de la concepción, o de su nacimiento.

Bonnetcase define " La filiación natural es el lazo que une al hijo, con su padre o con su madre, o con ambos cuando esto no están casados entre si, en el momento de su nacimiento, antiguamente era necesario añadir o en el momento de su concepción pero como sabemos no es necesario desde la sentencia Degas".¹⁶

Dentro de la filiación natural existe una clasificación;

- 1.- La filiación Natural simple
- 2.- La Adulterina
- 3.- La Incestuosa

La filiación natural simple: es cuando el hijo nació fuera del matrimonio pero que este se pudo celebrar por no existir impedimento alguno

La Adulterina: Cuando se concibe por personas que están casadas con diferentes personas aún cuando solo uno de ellos éste unido en matrimonio.

¹⁵ Fneyo Laneri Fernando. "Derecho Civil". Tomo IV. (Derecho de Familia", Vol. III. Editorial Imp. y Lito Universal. S.A. Valparaiso-Santiago de Chile. 1959. pag. 434.

¹⁶ Bonnetcase. Op cit. pag. 598.

La Incestuosa: Cuando el hijo es procreado por parientes en el grado que la ley prohíbe dicha unión y sin que ésta se haya celebrado.

Los hijos tienen la facultad de investigar la paternidad y también se da el reconocimiento forzoso, siempre y cuando se tengan pruebas que avalen dicha filiación y se puede hacer la investigación de paternidad en los siguientes casos:

1.- En los casos de estupro, rapto, violación, cuando la época del delito coincida con la concepción.

2.- Cuando el hijo se encuentre en posesión de estado de hijo del presunto padre.

3.- Cuando el hijo haya sido concebido durante el tiempo en que la madre habitaba bajo el mismo techo viviendo maritalmente.

4.- Cuando el hijo tenga a su favor un principio de prueba contra el pretendido padre.

El reconocimiento de los hijos nacidos fuera del matrimonio debe hacerse de la forma siguiente:

1.- En la partida de nacimiento ante el Juez del Registro Civil

2.- Por acta especial ante el mismo Juez

3.- Por Escritura Pública

4.- Por Testamento

5.- Por confesión judicial directa y expresa.

3.1.2 FILIACIÓN LEGÍTIMA

La filiación legítima encuentra su fundamento en el matrimonio de los progenitores no solo cuando el hijo sea concebido y nazca durante el matrimonio, sino cuando el hijo es concebido antes de celebrarse pero nace dentro del matrimonio o bien cuando nace después de la separación conyugal o el divorcio, para ello el derecho establece términos que sirven de base para sustentar sus presunciones, por lo que es importante el hecho de la concepción, la cual se empieza a contar a partir del nacimiento.

La importancia del matrimonio es que con él se puede establecer la filiación legítima, con más certeza que en la filiación natural, ya que el matrimonio tiene como fin derechos recíprocos, uno de ellos es la fidelidad sobreentendiéndose la exclusividad en las relaciones sexuales entre consortes, además del deber que tiene marido y mujer legalmente que es el débito carnal.

Planiol define la filiación legítima de la siguiente forma:

"... que la calidad de hijo legítimo deberá estar determinada por la situación jurídica de los padres en el momento de la concepción del hijo o sea desde antes de que ocurra este hecho ya existe entre ellos la unión matrimonial."⁴⁷

En el mismo sentido Bonnecase la define:

" La filiación legítima es el lazo que une al hijo con sus padres cuando estén casados en el momento de su concepción o en el de su nacimiento en relación con este punto veremos que es así por lo menos según la jurisprudencia. "⁴⁸

⁴⁷ Planiol, Cit pos. Magallón Ibarra, Op cit, pag. 434.

⁴⁸ Bonnecase, Op cit, pag. 580.

Con base en estas definiciones se tiene que el matrimonio es la base para que se cree el vínculo jurídico entre los progenitores y los hijos, de ahí que la persona que asegure tener derechos a la filiación legítima es indispensable que se den los siguientes elementos, como ya se dijo el matrimonio legal de los pretendidos padres, el parto de la pretendida madre, que el hijo se pueda identificar como el dado a luz por la pretendida madre y que el padre sea el marido de la pretendida madre.

Cabe señalar que aparte de la filiación legítima existe la legitimada a la cual pertenecen los hijos que aún habiéndose sido concebido antes del matrimonio nace durante éste, o posteriormente, sin embargo cuando el pretendido padre impugna la paternidad, a este tipo de hijo se le denomina legitimados por ministerio de ley o reconocimiento expreso.

La filiación legítima no solo comprende lo relativo a la paternidad, sino todo lo relativo a la maternidad, ya que dicha filiación es bilateral, de ahí la importancia del matrimonio, ya que si bien es cierto, que la ley iguala a los hijos de matrimonio que a los hijos nacidos fuera de éste, no se puede negar que sus orígenes son diferentes y crea necesariamente situaciones distintas, por ello se presumen hijos de los cónyuges a los siguientes:

- 1.- Los hijos nacidos después de ciento ochenta días contados desde la celebración del matrimonio.
- 2.- Los hijos nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio ya provenga ésta de nulidad del contrato, de muerte del marido o de divorcio.

Los ciento ochenta días es de acuerdo a la medicina el término mínimo de gestación y los trescientos días es el término máximo para que de a luz; en los casos anteriores son hijos legítimos si se encuentran dentro del término, sin embargo existen otro tipo de hijos que son los legitimados por ministerio de ley y se llegan a dar en los siguientes casos:

1.- Los hijos nacidos dentro de los ciento ochenta días a la celebración del matrimonio.

2.- Los nacidos después de los trescientos días, dichos hijos se pueden desconocer.

En los casos en que la viuda o la divorciada o la persona que le fuere declarado nulo su matrimonio, volviere a contraer matrimonio en el periodo prohibido, la filiación del hijo se determina de acuerdo a las siguientes reglas:

1.- Se presume hijo del primer matrimonio, cuando nace dentro de los trescientos días siguientes a la disolución y antes de ciento ochenta días de la celebración del segundo.

2.- Se presume hijo del segundo matrimonio cuando nace ciento ochenta días después de la celebración del segundo matrimonio, aún cuando tenga lugar dentro de los trescientos días posteriores a la disolución del primero.

Y se consideran hijos nacidos fuera del matrimonio si llega a nacer antes de los ciento ochenta días de la celebración del segundo matrimonio y después de trescientos días del primero, en estos casos el desconocimiento se hará de forma de demanda ante el juez de lo familiar.

3.2 MEDIOS DE PRUEBA DE LA FILIACIÓN LEGÍTIMA

Para demostrar la filiación legítima es necesario que se pruebe con la partida de su nacimiento y con el acta de matrimonio de sus pretendidos padres, pero desgraciadamente no siempre se cuenta con

ellos, así cuando faltan estos o fueren defectuosas, incompletas o falsas se tendrá que demostrar la filiación con otros medios de prueba.

Así tenemos que para demostrar la filiación legítima está se acredita en forma extrajudicial y la otra judicialmente, entre las extrajudiciales encontramos el acta de nacimiento y la posesión de estado, y entre las judiciales encontramos los medios de prueba como es la testimonial, la documental, las cuales se presentan ante el juez de lo familiar.

Ahora bien como ya se dijo la prueba extrajudicial es la prueba perfecta para demostrar la filiación legítima, la cual se prueba con el acta de nacimiento y la posesión de estado, el acta de nacimiento es la constancia donde se inscribe el nacimiento ante el Juez del Registro Civil, en defecto de está se probará con la posesión de estado la cual consiste en que el sujeto sea reconocido en forma constante como hijo de matrimonio por sus padres y por la familia del marido o bien por la sociedad, de ahí tenemos que dicha posesión de estado se puede aplicar a los habidos dentro o fuera del matrimonio, en virtud de ello para demostrar la filiación legítima es necesario demostrar el matrimonio de los pretendidos padres, esto se hará con el acta de matrimonio o en su defecto se demostrara cuando un hijo hubiere nacido de dos personas que hubieren vivido públicamente como marido y mujer, que ambas hubiesen fallecido o por ausencia y les fuere imposible manifestar el lugar donde contrajeron matrimonio, esto es un caso de excepción ya que no todo el que viva públicamente como marido y mujer tienen que ser casados.

Existen tres elementos necesarios para la ley para establecer la posesión de estado y los cuales son:

FAMA: Que es cuando el hijo es reconocido públicamente y en forma constante como hijo de matrimonio ante la sociedad y sus familiares.

NOMBRE: Consiste en que se haya usado el apellido de sus pretendidos padres con permiso de ellos.

TRATO: Para nosotros los mexicanos la posesión de estado se da con la fama, más el nombre o bien con el trato de hijo que le hayan dado sus pretendidos padres por eso se dice que en la legislación mexicana solo es necesario demostrar dos elementos.

Por otra parte cuando no existen las actas del Registro Civil y no se puede demostrar la posesión de estado, la filiación se puede probar en la forma judicial mediante todos los medios de prueba que el derecho y la ley autoriza, pero la testimonial queda restringida y solo se le dará valor probatorio cuando existe un principio de prueba por escrito o bien indicios o presunciones suficientes para que el hecho pueda ser demostrado.

3.2.1 PRUEBA DE LA FILIACIÓN LEGÍTIMA RESPECTO AL PADRE.

La filiación del hijo respecto al padre no puede probarse en una forma directa, está solo se da mediante presunciones a las cuales se les denomina *iuris tantum*, por eso como principio de la filiación legítima tenemos que solamente los hijos concebidos durante el matrimonio, tienen la calidad de hijos legítimos de esa misma forma son catalogados los hijos que nazcan después de ciento ochenta días de la celebración del matrimonio, o bien antes de los trescientos días después de la disolución del vínculo matrimonial, dicho plazo se establece para determinar la paternidad, así los hijos de matrimonio tienen por padre al marido de su madre salvo prueba en contrario, así que en el matrimonio una vez demostrada la filiación materna el derecho presume la filiación paterna, de ahí la máxima romana que lanzó Paulo la cual decía: (*Pater is est quem nuptiae demonstrant*).

En cierta manera dicha presunción es lógica pues uno de los fines del matrimonio es la fidelidad y sería poner en tela de juicio dicha

fidelidad, sin embargo el marido en ciertos casos especificados por la ley podrá impugnar dicha paternidad y destruir la presunción antes señalada.

3.2.2 PRUEBA DE LA FILIACIÓN LEGÍTIMA RESPECTO A LA MADRE

A diferencia de la paternidad, la maternidad si es un hecho susceptible de prueba directa y por lo tanto perfectamente conocida mediante dos elementos, el parto y la identidad del hijo, en los casos de filiación legítima es necesario agregar el acta de matrimonio.

Así tenemos que los medios de prueba en la filiación materna legítima son :

- 1.- El parto o alumbramiento de la mujer casada
- 2.- La identidad del hijo
- 3.- Acta de nacimiento
- 4.- Posesión de estado
- 5.- Información testimonial.

Por otra parte es necesario señalar que los cirujanos o parteras que hubieren intervenido en el parto tienen la obligación de dar aviso al Juez del Registro Civil, dicha obligación se extiende al jefe de familia en cuya casa hubiere tenido lugar el alumbramiento, así como a los Directores o encargados del sanatorio donde ocurriese, no importando si fuese particular u oficial.

De esta manera podrá quedar constituida la prueba de la filiación materna, se dice que el acta de nacimiento y la de matrimonio son los medios perfectos para constituir la filiación materna legítima y no solo a está sino al padre y que es valedero (erga omnes) es decir para todo el mundo.

3.3 IMPUGNACIÓN DE LA PATERNIDAD

El estado de hijo nacido de matrimonio puede ser destruido por los propios padres, en el caso del padre está se dará mediante la acción de contradicción de paternidad o desconocimiento de ella y en el caso de la mujer por la impugnación de la maternidad legítima, esto con el fin de poder demostrar que el hijo carece de los elementos suficientes para exigir dicha filiación.

Es importante tomar en cuenta la presunción de paternidad pues depende de los plazos fijados a la concepción para poder impugnar dicha paternidad, la acción de desconocimiento de la paternidad tiende a demostrar o destruir la presunción de paternidad, en este mismo sentido tenemos que en la legislación mexicana se cuenta con dos tipos de acciones para imputar la paternidad una es la contradicción y la otra es el desconocimiento, pero en ninguna se pone en duda la legalidad del matrimonio.

Así tenemos que según el médico Francés Fourcroy nos establece que el computo de duración del embarazo es el de ciento ochenta días como mínimo y el de trescientos días como máximo, dicho término es el que toma la legislación para establecer la presunción de paternidad.

Para poder determinar si se trata de contradicción o de desconocimiento es importante tomar en cuenta la siguiente hipótesis, la cual se basa en los momentos del nacimiento, si el hijo nace dentro del plazo de ciento ochenta días se tendrá la acción de desconocimiento sin que el marido tenga la obligación de aportar prueba alguna, y si el hijo nace después de ciento ochenta días la acción será la de contradicción de la paternidad, y el marido esta obligado a probar que efectivamente no es hijo suyo, en el mismo sentido se puede establecer lo referente a los hijos nacidos dentro de los trescientos días de la disolución de matrimonio, en este caso la acción será la contradicción y se tendrá que probar, en cambio si nace

después de los trescientos días la acción será de desconocimiento la cual no tendrá que probarse.

En base a lo anterior tenemos que para contradecir la paternidad es necesario probar la siguiente hipótesis;

1.- Haber sido imposible físicamente el acceso carnal con su mujer en los primeros ciento veinte días de los trescientos que precedieron al nacimiento.

2.- El adulterio de la mujer pero solo cuando se le haya ocultado el nacimiento.

En contrario sensu el marido no podrá desconocer al hijo nacido dentro de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio, si se prueba que tenía conocimiento del embarazo, si asistió al levantamiento del acta y la firma, si lo reconoció expresamente o si no nació capaz de vivir.

Es importante establecer que dicha acción de contradicción o desconocimiento se deberá hacer dentro de los sesenta días siguientes a que tuvo conocimiento del nacimiento.

El maestro Chávez Asencio nos presenta el siguiente esquema para el mejor conocimiento de la impugnación de paternidad:

1) Presunción de la	Imposibilidad de acceso
concepción	Adulterio
	Impotencia

Contradecir la 2) Existencia de

Parto

3) Identidad del hijo

Desconocer al 1) Hijo nacido dentro de 180 días de la celebración del matrimonio
2) Hijo nacido después de 300 días de la separación por resolución judicial
matri- 3) Hijo nacido después de 300 días de disuelto el monio.¹⁹

De ahí tenemos que la contradicción y el desconocimiento que se establece por el marido, únicamente puede resultar de una sentencia que emita el juez de la rama familiar.

Ahora bien para la impugnación de paternidad se dará en los siguientes casos:

1.- Que en el periodo de ciento veinte días comprendidos entre el día trescientos y el día ciento ochenta antes del nacimiento, el marido se haya encontrado en la imposibilidad física de cohabitar y en este caso la concepción no se puede atribuir al marido.

2.- Que en este periodo estuviese afectado de impotencia

3.- Que en el periodo el marido estuviese legalmente separado de la mujer

4.- Que en el periodo de la concepción, la mujer haya cometido adulterio y haya ocultado el nacimiento del hijo.

¹⁹ Chávez Ascencio, Op cit, pag. 94.

Por otra parte en lo referente a la legitimación a ésta se le puede definir "Como aquella situación jurídica por virtud de la cual mediante el subsecuente matrimonio de sus padres, se atribuye a los hijos naturales el carácter de legítimos con todos los derechos y obligaciones que corresponden a esta calidad. " "

En el mismo sentido podemos señalar que la legitimación es en beneficio del hijo con el fin de darle el carácter de hijos nacidos de matrimonio, pero no debe confundirse los términos de legitimación con el de reconocimiento, ya que estos solo se dan fuera de matrimonio y siempre tendrán el carácter de extramatrimoniales y por el contrario los legítimos, son los habidos fuera de matrimonio pero que posteriormente se contrae matrimonio.

La legislación mexicana no contempla la impugnación de la legitimación, como si lo hacen otras legitimaciones, sin embargo nadie impide dicha acción, ya que el hecho que no este contemplado no significa que no puede impugnarse, ya que el derecho contempla dicha situación.

3.3.1 ADULTERIO DE LA ESPOSA CON OCULTAMIENTO DEL HIJO.

Como ya se estableció dentro de las causas para poder impugnar la paternidad se encuentra el adulterio de la esposa con el ocultamiento del hijo, de esta forma el padre no tiene que demostrar una prueba directa de imposibilidad de relación sexual, así lo maneja el Código Civil.

Al marido se le otorga el derecho a impugnar la paternidad cuando demuestre que el embarazo se le ocultó, lo cual demuestra una infidelidad que se pretende ocultar, el ocultamiento del hijo debe

⁵⁰ Rojina Villegas, "Compendio de Derecho Civil", pag. 480.

hacerse en forma sistemáticamente desde el embarazo hasta el nacimiento, el adulterio de la esposa aún cometido durante la misma época de concepción, por si solo el adulterio no da pie a la impugnación de la paternidad por lo que el adulterio no autoriza por si solo a no reconocer al hijo ni aún cuando la mujer confiese el adulterio pues dicha confesión no tiene validez.

Sin embargo si la mujer confiesa el adulterio y al mismo tiempo el marido demuestra algunas de las anteriores hipótesis y demuestra que se le ocultó el nacimiento, estos hechos serán suficientes para impugnar la paternidad

3.3.2 HIJOS NACIDOS DESPUÉS DE LOS TRESCIENTOS DÍAS SIGUIENTES A LA SEPARACIÓN CONYUGAL POR ORDEN JUDICIAL.

Sobre el particular se puede decir que en estos casos se da el desconocimiento de la paternidad, pues el nacimiento del hijo ya no se encuentra contemplado dentro de los términos para que se de la presunción de paternidad, en virtud que la cohabitación no era un deber entre los cónyuges, además que el plazo de embarazo ya transcurrió en exceso.

Sin embargo puede ser que se le impute dicha paternidad y para combatir ésta basta que el marido en esas condiciones contradiga la paternidad, sin tener que presentar ninguna prueba especial, y será la madre o el hijo quienes deban aportar las pruebas en el juicio.

Capítulo Cuarto.

NECESIDAD DE REFORMAR EL ARTÍCULO 264

FRACCIÓN II.

CAPITULO CUATRO

NECESIDAD DE REFORMAR EL ARTICULO 264 Fracción II

4.1.- ANÁLISIS DE LOS ARTÍCULOS 158 Y 289 CON EL FIN DE PEDIR CONGRUENCIA EN SUS TÉRMINOS.

El analizar estos dos artículos tiene como fin buscar su fundamentación obteniendo de esta forma el fin para lo que fueron creados, y que es lo que se busca proteger por medio de la norma jurídica.

El artículo 158 dice lo siguiente:

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

Este artículo tiene su base en poder determinar la filiación y el evitar la confusión de paternidad ya que como conocemos la filiación juega un papel muy importante para el ser humano, ya sea desde un punto de vista social, económico o moral, pues es el derecho que se tiene a pertenecer a una familia a recibir la protección de ella, así como el derecho que se tiene a exigir alimentos y a heredar.

Así tenemos que como la filiación legítima respecto al padre no se puede demostrar por otro medio que no sean las presunciones (iuris tantum) y que el matrimonio es la base dicha presunción cuando este vinculo se rompe o es anulado el legislador establece los trescientos

⁵¹ Op.cit. Código Civil. Art. 158, pag. 75.

días con el único fin de poder determinar la paternidad y así establecer las relaciones paterno filial, esto es, el derecho presume la filiación.

Por ello el artículo 158 dice que la mujer no puede contraer nuevo matrimonio, pues este ocasionaría una confusión en la paternidad y no se podría establecer debidamente la presunción de paternidad pues siempre se tendría la duda, aunque para el caso de que dicha norma sea violada el derecho prevé, dicha situación en su artículo 334 del Código Civil.

Y el mismo artículo 158 señala que dicha norma no tendrá efecto si la mujer dentro de ese plazo ya dio a luz, pues dejar de existir el problema planteado.

Así mismo el artículo establece que en los casos de nulidad o de divorcio, puede contarse este tiempo desde que se interrumpe la cohabitación y por ende el debito carnal. Con base a lo anterior tenemos que el único fin que tuvieron los legisladores para establecer este artículo fue el de proteger a los hijos que estén por nacer cuando se disolvió el vínculo conyugal, ya que los hijos sobrepasan a los esposos, ya que como padres, estos tienen la obligación de otorgarles alimentos entre otras obligaciones que les aseguren ciertas condiciones de desarrollo y bienestar, ya que el hecho de haberlos traído a este mundo trae para los padres tal vez la mayor responsabilidad que se tenga como ser humano.

En efecto los legisladores no trataron de reprimir a la mujer sino por el hecho natural de la maternidad tendrá que ser ella quien tenga que esperar el plazo de trescientos días, el cual puede ser menor si dentro de este se diera a luz, y con ello dejaría de existir el impedimento para contraer nuevo matrimonio, así lo dispone dicho artículo, ya que el impedimento se encuentra fundamentado en el poder determinar la paternidad del hijo que pudiera nacer dentro de los trescientos días y así poderle establecer una verdadera filiación.

En virtud del divorcio, los cónyuges recobran su entera capacidad para contraer nuevo matrimonio .

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

Para que los cónyuges , que se divorcien voluntariamente y puedan volver a contraer matrimonio es indispensable que haya transcurrido un año desde que obtuvieron el divorcio ”

Sabemos perfectamente que en México, los plazos de espera antes señalados para volver a contraer matrimonio no son respetados, tal vez esto se deba a que no tienen una fundamentación sólida que los avalen.

En efecto como ya se estableció el divorcio tal y como lo concebimos tiene como objeto poner fin a un hogar truncado, pero por ello se le debe otorgar la Potestad al Estado para que, este determine que después de uno o dos años ya se es capaz de volver a contraer matrimonio.

Como si el hecho de divorciarse estableciera que estas persona que se han hecho desdichadas no puedan hacer feliz a una nueva persona. Es como si el Estado tuviera el estigma que dos personas que de manera mutua se han atacado ya sea de hecho o de palabra van a seguir tratando de hacerle la vida infeliz a otras personas y que automáticamente después de estos plazos esta situación ya no se dará

Un divorcio por lo que encierra siempre significa un fracaso en la persona, pero no por ello estas personas no son capaces de poder volver a contraer matrimonio inmediatamente, y más en el caso del hombre que como ya se estableció no tiene ningún impedimento como

⁵² Idem Art. 289.

en el caso de la mujer, es por ello que opino que el legislador no contó con ningún fundamento real y legal para establecer dichos plazo ni moral, ni socialmente, pues un nuevo matrimonio no viola las buenas costumbres, pues el mismo derecho lo establece y lo reglamenta.

Nuestro Código Civil reglamenta al matrimonio como contrato aún cuando no reúne todos los requisitos para la constitución de éste. Sin embargo no estoy en desacuerdo con esta clasificación, aún cuando en realidad considero que se olvido que lo que lleva a dos persona a contraer matrimonio es la necesidad humana de estar juntos y de amarse, y nos limitamos tan sólo a lo material y es por ello que con estos plazos de espera para contraer matrimonio lo único que se logra es incitar el concubinato, no siendo el momento para ello cuando se observa una gran crisis en el matrimonio.

Además que caso tiene el establecer plazos de espera, si no se cuenta con una sanción adecuada para los casos que se viole dicha norma, por ello encuentro que el artículo 289 no coincide con los hechos que estamos viviendo donde cada días se observan más matrimonios sin que se haya respetado los términos que este artículo establece.

Por último debo establecer que los artículos 158 y 289 representan entre sí un conflicto pues los dos establecen términos para volver a contraer matrimonio, pero ninguno de los dos menciona cual es el término real que debe tomar la mujer como base, pues el primero dice que una vez transcurrido el término de trescientos días o haber dado a luz ,esta, está en aptitud de volver a casarse, dicho plazo podría coincidir con el que se establece cuando el divorcio es voluntario, pero nunca coincidir con el del divorcio necesario, lo cual muestra una incongruencia en cuanto a sus términos.

Por ello tomando en cuenta que el artículo 289 no tiene una verdadera función jurídica y no cuenta con un derecho o una obligación que tutelar, soy de la opinión que el artículo 289 debería derogarse y

reformarse en su aspecto de fondo y forma, al artículo 158 además de buscar la forma que este artículo no sea tan tajante y que cuando la mujer pueda demostrar no estar embarazada, una vez que hayan transcurrido ciento veinte días después de la disolución del matrimonio o bien desde que se interrumpió legalmente la cohabitación, pueda volver a contraer matrimonio.

Debiendo quedar el artículo 158 de la siguiente forma:

ANTE PROYECTO DE REFORMA.- Los cónyuges en virtud del divorcio quedan en entera capacidad para contraer nuevo matrimonio.

La mujer deber esperar para contraer nuevo matrimonio el término de trescientos días después, de la disolución del primero, a menos que dentro de ese plazo diere a luz a un hijo o demuestre no estar embarazada una vez que haya transcurrido ciento veinte días de la disolución del primer matrimonio. En los casos de nulidad o de divorcio puede contarse este término desde que se interrumpe la cohabitación.

Si bien es cierto que los términos que establece el artículo 289 tenga como fin el de darles un lapso a los futuros cónyuges para conocerse, no menos cierto es que existen personas que aún después de muchos años de tratarse no llegan a conocerse realmente porque la mejor manera de conocer a otro ser humano es la convivencia la cual se logra a través del trato diario, además no por el hecho de que se derogue el artículo antes mencionado quiere decir que todas las personas van a volver a contraer matrimonio de forma inmediata, pues esto ya depende de la experiencia que les haya dejado el anterior matrimonio y el divorcio y de su actitud para sobrellevar este hecho.

Yo sólo trato de establecer que se debe dejar a su arbitrio el volver o no a contraer matrimonio y el tiempo en que lo realicen y que no sea el Estado el que lo determine.

4.2.- ARTICULO INOPERANTE

Para poder establecer en que consiste la inoperancia de este artículo, desde mi muy particular punto de vista es preciso señalar lo que nos establece el artículo 264:

Artículo 264.-" Es ilícito, pero no nulo, el matrimonio:

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

II.- Cuando no se ha otorgado la previa dispensa que requiere el artículo 159 y cuando se celebre sin que hayan transcurrido los términos forjados en los artículos 158 y 289." ⁵³

A su vez el artículo 159 nos habla a grosomodo de la prohibición que tiene el tutor para contraer matrimonio con su pupilo hasta que no entregue cuentas de dicha tutela.

De lo anterior y tomando como base que un principio jurídico general en cual consiste De toda conducta contraria a derecho va acompañada de una sanción ⁵⁴

A dicha conducta contraria siempre debe traer consigo una sanción y dicha conducta toma el nombre de ilícito a este hecho por regla general le debe corresponder una nulidad, lo cual equivaldría a la sanción, ya que el acto ilícito es la violación a la norma que debería tener en sentido obligatorio.

⁵³ Idem, Art. 264.

⁵⁴ Op cit, Mantero Duhalt, pag. 188.

Por este mismo hecho el matrimonio que es considerado como acto jurídico, la ley le va a establecer requisitos para que surta sus efectos, por ello si existe un impedimento y este si infringe la ley le debe aplicar la nulidad de dichos efectos.

Sin embargo existen en materia de matrimonio ciertos requisitos como los que establece el artículo 264 que aún cuando se violen o no se cumplan, el código civil los denomina ilícitos, pero no nulos .

No encuentro más que una idea de reprobación por parte de los legisladores a lo que no debió realizarse pero que se realizo en virtud de que incumplió una norma, pero lo cierto, es que no comprendo que sentido puede tener el establecer una serie de impedimentos si en el momento de infringirse ello no trae ninguna consecuencia para los cónyuges ya que el matrimonio seguira siendo válido.

De acuerdo a lo que establece el maestro Rojina Villegas al señalar que:

" Es criticable la terminología que emplea el Código Civil al decir que el matrimonio puede ser ilícito pero no nulo, pues de acuerdo a las reglas generales, los actos ilícitos son aquellos que se ejecutan en contra de las leyes prohibitivas o de las buenas costumbres sancionandose expresamente en los artículos 8º y 2225 con la nulidad. Es verdad que el artículo 8º dice: Los actos ejecutados contra el tenor de las leyes prohibitivas o de intereses público, seran nulos, excepto en los casos en que la ley ordene lo contrario; es decir se admite una excepción expresa cuando la ley ordene lo contrario.

En el caso a que se refiere el artículo 264, la ley expresamente estatuye que a pesar de la ilicitud, el matrimonio es valido impóniendose, en el artículo 265 las penas que señala en Código de la materia "

⁵⁵ Rojina Villegas, "Derecho Civil Mexicano...", pags. 295 y 296.

Como consecuencia de la explicación anterior tenemos que los matrimonios ilícitos pero no nulos no tienen ninguna clase de sanción ni efectos ya que los cónyuges no dejan de tener los mismos deberes así como todos los derechos que se adquieren con el matrimonio, demostrando que la ilicitud no tiene en este caso una adecuada aplicación, ya que la ilicitud en materia de matrimonio no tiene ningún efecto jurídico aún cuando se viole la norma, porque el derecho previamente así lo establece.

Si además agregamos que el artículo 265 en su último párrafo determina que se establecen las penas que señala el Código de la materia, encontrando que ni el Código Civil ni el Código Penal señalan penalidad alguna.

Así tenemos que el artículo 264 es inoperante pues no aporta nada nuevo a nuestro ordenamiento jurídico, pues lo que establece en sus fracciones, ya son reguladas en otros artículos como lo son el artículo 156, 158, 159, 160 y 289 esto debido a que no cuenta con una verdadera sanción a los que infrinjan los artículos 158, 159, y 289.

4.3.- FUNDAMENTACIÓN PARA REFORMAR EL ARTICULO 264 FRACCIÓN II

De acuerdo al punto anterior el artículo 264 tiene una equivocada fundamentación al no aportar nada que sustente su normatividad, por el contrario si el artículo 264 tuviere como fin aplicar una verdadera sanción a los que incumplan los plazos, este aportaría y sustentaría el porque fue creado.

Como consecuencia se tendría que aplicar una sanción verdadera a este problema, dicha sanción tendría que ser nulidad en virtud del incumplimiento que se hacen a los requisitos establecidos en la ley, aún cuando esta misma los considere tan solo ilícitos.

La nulidad trae consigo el poner un alto a los fines del matrimonio como son:

**El constituir una familia
Lograr una vida permanente en unión total entre hombre y mujer
Crear situaciones jurídicas concretas**

Pero para que esto realmente se lleve a cabo es necesario aplicar una sanción a los que infrinjan la norma, por ello es necesario adecuar a dicha norma lo establecido por el artículo 247 fracción I del Código Penal, pues se podría configurar el delito de falsedad de declaración debido que para contraer matrimonio sin esperar el término establecido por la ley, es necesario que se dieran informes falsos a la autoridad. Ya que toda persona que pretenda contraer matrimonio presentara un escrito ante el Juez del Registro Civil donde se exprese sus nombres, y si estuvo casado antes; debe proporcionar el nombre del anterior cónyuge, la causa de la disolución y la fecha, que es como lo establece el artículo 97 del Código Civil, teniéndose, elementos necesarios para tipificar y adecuar dicha sanción penal al artículo 264 fracción II.

Consciente del hecho que al establecer una sanción a este problema, no significa que automáticamente se dejen de realizar los matrimonios; sin esperar el plazo fijado por la ley, es por ello en que insisto que se debe derogar el artículo 289, pues precisamente lo que trató de evitar el legislador, fue la anulación de estos matrimonios por no tener un impedimento real para contraer nupcias de forma inmediata, pues lo que se pretende proteger es la destrucción del matrimonio mediante la nulidad derivada del incumplimiento a la norma establecida en la ley, pero que el mismo derecho los denomina como elementos no esenciales, estableciendo así el evitar destruir valores superiores y para esto cabría recalcar que no existe ninguna razón para imponer impedimentos que al no ser respetados no traen consecuencias jurídicas.

Por lo tanto el único impedimento que tiene una verdadera sustentación válida, es la que encontraremos en el artículo 158, que

pretende evitar la confusión de parto y con ello establecer debidamente la paternidad y la filiación. Como consecuencia es precisamente el artículo 158 al que se le debe aplicar la sanción que establece el artículo 247 fracción I del Código Penal.

Si lo que se pretende proteger por parte de los legisladores, es la Institución del Matrimonio por considerarlo lo más importante dentro del Derecho de Familia, por ser este la base de la familia y por ello destruirlo mediante la nulidad, significaría destruir un valor superior por uno inferior.

Si a lo anterior agregamos que lejos de destruir un valor superior por uno inferior, se establece la gran trascendencia que tiene el poder determinar la filiación legítima, se estaría hablando de valores iguales que podrían traer como consecuencia algún conflicto de intereses, por ello es necesario que a cada uno se le debe dar su apropiado lugar dentro del ámbito del derecho, y no existe mejor forma que el de aplicar la sanción de manera muy concreta para evitar ir en contra de la Institución del Matrimonio dañándolo cuando no es necesario.

La sanción a la que me he venido refiriendo, debe ser personal o sea aplicable solo a los cónyuges que infrinjan el artículo 158, porque precisamente la esencia de la pena es que sea personal y no que los efectos de la nulidad lo sufran terceras personas, es por ello, que si lo que se pretende proteger es la paternidad y la filiación; y que además uno de los bienes supremos protegidos por el derecho a nivel mundial; que es el niño, sería injusto que sufrieran los efectos de la sanción, ya que se convertirían en víctimas del abandono y desamparo que produce la ruptura del vínculo familiar.

Es indudable que en el contexto de pareja las causas de divorcio son muy diversas y si esto lo trasladamos al plano jurídico, diríamos que unas causas son menos graves que otras, y tal vez sea el adulterio el más grave de ellos al grado de convertir este hecho en delito aún cuando la sanción penal este casi por dejar de existir, sin embargo en

materia civil es causa de divorcio necesario y de la pérdida de la patria potestad, lo anterior lo señalo por la siguiente razón;

Si el fin de establecer un plazo de espera para contraer matrimonio es el de evitar la confusión en la paternidad, y si partimos del hecho que dentro de las causas del divorcio que establece el artículo 267 es el adulterio; en donde se siembra más la duda acerca de la paternidad y de la filiación legítima, pues a diferencia de otras causales donde se presume que existió honestidad y fidelidad por parte de la esposa, si no se partiera de este principio, se impondría al hijo una prueba que demostrara que fue engendrado por el marido, lo que llevaría a poner en duda la fidelidad de la esposa, aún sin que hubiese un problema planteado para desconocer la paternidad aunque es cierto que existe prueba en contrario.

Pero es precisamente en el adulterio en donde se da la infidelidad y con ella la duda sobre la paternidad, aun cuando el artículo 326 señale que no se podrá impugnar la paternidad, alegando adulterio por parte de la madre, pero si le da la posibilidad de contradecir la paternidad en caso de adulterio, pero solamente cuando se le oculte el nacimiento o se demuestre la imposibilidad física de haber tenido acceso carnal durante los diez meses o 120 días que precedieron al nacimiento, aunado al artículo 345 que establece que no basta el dicho de la mujer para excluir la paternidad. A lo que cabría agregar la necesidad de reglamentar un nuevo plazo de espera para contraer matrimonio cuando se disolvió por la casual de adulterio.

Dicho plazo consistirá en que vez de ser 300 días los que se toman como base para impugnar la paternidad, el marido pudiera desconocer al hijo después de 280 días, contados desde que judicialmente y de hecho tuvo lugar la separación provisional, en razón que el periodo real para el embarazo es el que se da entre la fecundación del óvulo hasta el parto que según los médicos es de 280 días, y que el derecho le da un margen de 300 días para establecer la paternidad, margen de tiempo que es justo darse en las otras causales

de divorcio, pero no en el adulterio en virtud de que la misma infidelidad de la mujer es el camino para impugnar la paternidad.

Yo no estoy en contra del adulterio pues si bien es cierto que es un acto inmoral y no muy recomendable, también es cierto que el adulterio tiene lugar por los vicios profundos y tal vez incurables del matrimonio, que vinieron a romper la estabilidad del vínculo y abrieron un abismo entre los casados, que hace de la vida matrimonial algo insostenible, por ello es que el plazo de espera para que estas personas puedan volver a contraer matrimonio seria recomendable que se modifique al de 280 días no como un premio, sino con el fin de evitar mas concubinatos que ponen en peligro la institución del matrimonio, y además como ya se estableció, el fin de determinar plazos de espera, es el de evitar confusiones en la paternidad y en el caso de adulterio entre más corto sea el plazo, se evitara mayor numero de impugnación de la paternidad, además dicho plazo seria con el único fin, de proteger a los hijos de daños psicológicos, como que su pretendido padre impugne su paternidad y los desconozcan, esto es donde los hijos se ven mezclados con el conflicto de divorcio y después el de la impugnación, siendo utilizados como medios de presión.

Porque una cosa es la verdad legal y otra muy distinta la verdad real, ya que una cosa es que el derecho por medio de las presunciones de la paternidad, determine que el hijo es del primer marido y otro muy distinto que este acepte a ese hijo como de él, y se convierta en un hijo educado en un clima de disputa que cuenta muy poco para sus padres, ya que estos anteponen sus condiciones personales por encima de la felicidad de su hijo, además hay que recordar que el hijo quedaría bajo la patria potestad del padre en este caso, ya que la madre al ser el cónyuge culpable, pierde la patria potestad, por ello de debe tener en cuenta que el hijo es un ser humano que tiene la misma dignidad, que las de sus padres.

Por la misma razón el Código Civil en su artículo 326 debe tomar en cuenta la declaración de la mujer donde exprese que no es hijo de su marido, pero siempre y cuando demuestre con pruebas aunadas a

las que se imponen en el artículo 325, dichas pruebas pueden consistir en acreditar distinto grupo sanguíneo, diferente pigmentación de pelo o de piel, peculiaridades asentadas del hijo con el tercero, además de circunstancias como la de vivir separados, dichos hechos deben ser expresados ante el juez, quien deberá tomar las anteriores pruebas para crear su criterio jurídico.

Tomando en consideración que la primera necesidad del hijo es el tener a sus padres unidos, pero si esto no se puede lograr, entonces es responsabilidad de ellos y del derecho, tener a los padres en un plano cordial que ayude a un sano desenvolvimiento de sus hijos, recibiendo por parte de los padres una educación y cariño los más homogéneo posible, porque el desamparo hacia los hijos es el mayor dado de que los hijos pueden ser víctimas.

Por lo que corresponde a los padres debe ser su responsabilidad que cuando la ley los declare como hijos de ellos en sentencia, reconozcan a su hijo aceptando los hechos presentes y asumiéndolos con valor y dignidad a fin de otorgar al hijo un mejor clima, en que este ha de desarrollarse sin fijarse en sus fracasos como pareja y dejando que su calidad de padre tenga como fin el lograr siempre un buen papel de educadores.

Además tenemos que señalar que el hecho de que el matrimonio entre adúlteros este prohibido, recayéndole la sanción de nulidad solo trae consigo que los adúlteros en su deseo de poder volver a contraer matrimonio acudan a argucias basadas en el derecho, pero que desvirtúan el hecho para lo que fueron creadas, logrando de todas formas sus fines, además que el cónyuge ofendido para evitar daños a su honor y al que dirán de la sociedad prestándose a un divorcio por mutuo consentimiento ocultando la verdad real que seria el adulterio.

Uno de los fines de establecer la reducción de los plazos para poder contraer matrimonio y en especial cuando se de por la causal de adulterio es el que los niños educados sin un padre necesitan una

presencia masculina para aportar al hogar el complemento humano que evite el repliegue excesivo hacia la madre y con ello se altere su personalidad, por ello se debe buscar que el derecho realmente proteja al niño buscando la forma de hacer frente a tanta dificultades.

El permitir el matrimonio entre los adúlteros y establecer, un nuevo plazo para que pueda contraer matrimonio lejos de ser un atentado contra la familia y la institución del matrimonio podría por el contrario ayudar a que la unión sea mas fuerte, más seria y más responsable.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Existen en nuestros cuerpos jurídicos una serie de palabras mal empleadas, como lo sería el término de ilicitud que señala el Código Civil, pues su adecuada terminología sería la de nulidad relativa y más específicamente el de elemento dirimente circunstancial.

SEGUNDA.- Nuestro Derecho de Familia establece que es ilícito pero no nulos ciertos matrimonios aún cuando no cumplan con lo que establece la misma ley. Que finalidad tiene el establecer una norma que no tiene consecuencias de derecho.

TERCERA.- El Código Civil contempla una serie de requisitos para contraer matrimonio, pero algunos de ellos han dejado de tener una verdadera finalidad, trayendo como consecuencia su incumplimiento al no contar con una sanción jurídica que los haga realmente obligatorios.

CUARTA.- Se debe resaltar que el fin del matrimonio es el de ayudarse moral y económicamente, con el fin de establecer una nueva familia, sin querer coartar su libertad personal lográndose esto mediante la convivencia material y sentimental, siempre dentro del marco jurídico, para así evitar de que el matrimonio siga atravesando por una gran crisis, al ir siendo desplazado por el concubinato.

QUINTA.- Si consideramos que el adulterio más que un delito a la honestidad, es un delito contra los deberes de familia, encontraríamos que cuando surge el adulterio es porque la familia ya se encuentra en crisis, ya que en ella no existe el respeto, el amor o el cariño que debe estar presente en una verdadera familia.

El adulterio ataca a la cabeza de la familia que son los cónyuges por ello no es el adulterio el que provoca en su totalidad la ruptura del matrimonio, sino que es la consecuencia del abandono afectivo que se da entre ambos, los cuales al ser seres humanos buscan en otra persona los afectos negados. En los casos en que no existen hijos ni siquiera se podría hablar de delitos en los deberes familiares.

SEXTA.- En la actualidad establecer al adulterio como delito es casi inexistente, pues ha dejado de tener los objetivos para lo que fue creado, ya que ha sido superado por una realidad de tipo social, además podemos agregar que el adulterio como impedimento para contraer matrimonio ha servido para organizar, constituir y promover a una figura más práctica como lo es el concubinato, encaminado este último a obtener la unión que fue negada por el derecho.

SÉPTIMA.- El divorcio vincular es la denominación del divorcio que destruye el vínculo matrimonial y el cual tiene como finalidad la capacidad de que los cónyuges puedan volver a contraer matrimonio y así evitar la multiplicidad de concubinatos.

OCTAVA.- El matrimonio toma un papel primordial en la filiación legítima pues aún cuando se pone en un plano de igualdad, la filiación legítima y la natural; sus orígenes son diferentes, de ahí la importancia en establecer plazos para la gestación y el nacimiento.

NOVENA.- Los medios de prueba de la filiación legítima respecto al padre se les considera "iuris tantum", que son presunciones que pueden demostrar una verdad jurídica, más no siempre una verdad real, por ello deben establecerse nuevos procedimientos para la impugnación de dicha paternidad.

DÉCIMA.- El adulterio de la mujer debe servir para contradecir la paternidad no sólo cuando se le haya ocultado el nacimiento del hijo. Y además debe tomarse en consideración la confesión de la mujer siempre y cuando pueda demostrar que su esposo no es el padre.

DÉCIMA PRIMERA.- Aún cuando la ley establece ciertos plazos para poder contraer matrimonio encontramos el problema de que en México estos plazos no son respetados, por lo que debe derogarse el artículo 289 que lo contempla por no expresar con claridad la finalidad que tiene esta disposición.

DÉCIMA SEGUNDA.- Que caso tiene el establecer plazos de espera para contraer matrimonio sino contamos con una sanción legal ad hoc, para hacer valer la norma jurídica.

DÉCIMA TERCERA.- Como se establece en la hipótesis efectivamente se requiere la reglamentación de un nuevo plazo de espera para contraer matrimonio cuando el primero se disolvió por la causal de adulterio, sin embargo la propuesta de realizar dos exámenes de embarazo al iniciar la demanda y otro antes de pasar los autos a sentencia, sería anticonstitucional en base a lo que establece el artículo catorce constitucional.

DÉCIMA CUARTA.- Como se desprende del presente estudio encontramos que lo que debe modificarse dentro del marco jurídico para establecer un nuevo plazo para contraer matrimonio, cuando el primero se disolvió por la causal de adulterio, adecuado a nuestras necesidades y a la realidad jurídica serían los siguientes:

- 1.- Derogar al artículo 289, por no contar con una verdadera fundamentación.
- 2.- Reglamentar una sanción adecuada en los casos de ilicitud.
- 3.- Adecuación del delito de falsedad de declaración al procedimiento de ilicitud en el matrimonio.

- 4.- Fomentar la institución del matrimonio y la protección a la filiación.
- 5.- Buscar medios de protección a los menores.

- 6.- Derogar la fracción V del artículo 156.

- 7.- Creación de un nuevo plazo de espera para contraer matrimonio.

- 8.- Flexibilidad de la autoridad para tomar en cuenta la declaración de la mujer en los casos de impugnación que nos establece el artículo 326.

DÉCIMA QUINTA.- Una vez modificado el marco jurídico, el artículo 264 deberá quedar de la siguiente forma:

ANTEPROYECTO DE REFORMA DEL ARTÍCULO 264:

Es nulo el matrimonio:

- I Cuando no se ha otorgado la previa dispensa que requiere el artículo 159.

- II Cuando se celebre por mujer que cometió adulterio judicialmente probado sin dejar de transcurrir el término de 280 días.

- III Cuando no haya transcurrido el término fijado en el artículo 158.

A los que infrinjan la norma anterior se le aplicará como sanción lo establecido en el artículo 247 fracción I del Código Penal.

Con estas modificaciones lo que pretendo que se logre, es una vida permanente, una unión total entre hombre y mujer, fomentar la constitución de más matrimonios que bajo la norma actual, no se puede lograr o se logra mediante un matrimonio clandestino, pero sobre todo que el menos perjudicado sea el hijo que esta por nacer y puede encontrar un padre que le da su apoyo, su nombre, su cariño y que al mismo tiempo cuente con una ley que lo respalde.

DÉCIMA SEXTA.- El Código Civil no sólo requiere de que se hagan modificaciones y derogaciones de algunos artículos sino que se realice un proyecto de Código Civil de acuerdo a la época por la que estamos atravesando.

BIBLIOGRAFÍA

- 1.- **BONNECASE, Julien**
Elementos de Derecho Civil
(Nociones Preliminares de personas
familia, bienes)
México, Cárdenas Editor y Distribuidores
1985, 700 p.p.

- 2.- **CARDONA ARIZMENDI, Enrique**
Apuntamientos de Derecho Penal
2da Edición, Editorial Cárdenas Editores
y Distribuidores, México 1976
327 p.p.

- 3.- **CHÁVEZ ASENCIO, Manuel**
La Familia en el Derecho
(Relaciones Jurídicas paterno-filiales)
2da Edición, Editorial Porrúa S.A.
México 1992, 430 p.p.

- 4.- **DE PINA, Rafael**
Elementos de Derecho Civil Mexicano
(Introducción, Personas , Familia)
México, Porrúa S.A., 1980
Tomo 1, 10 edición, 404 p.p.

- 5.- **FERNÁNDEZ CLÉRIGO, Luis**
El Derecho de Familia en la Legislación Comparada
México, UTEHA, 1947
551 p.p.
- 6.- **FUEYO LANERI, Fernando**
Derecho Civil
(Derecho de Familia)
Tomo IV, Volumen III
Editorial Imp. y Lito Universal S.A.
Valparaíso- Santiago de Chile, 1959
441 p.p.
- 7.- **GALINDO GARFIAS, Ignacio**
Derecho Civil
Primer Curso, Sexta Edición,
Editorial Porrúa S.A.
México 1983, 754 p.p.
- 8.- **GONZÁLEZ DE LA VEGA, Francisco**
Derecho Penal Mexicano
(Los Delitos)
México, Porrúa S.A., 1983
19 Edición, 469 p.p.
- 9.- **JIMÉNEZ HUERTA, Mariano**
Derecho Penal Mexicano
(La Tutela Penal de la Familia Sociedad, Nación, Administración Pública), Tomo V, 2da Edición
Editorial Porrúa S.A.,
México, 1983, 520 p.p.

- 10.- **LEYVA, Gabriela**
Código Civil para el Distrito Federal
8va Edición, México 1989
Editorial Miguel Ángel Porrúa S.A.
- 11.- **MAGALLON IBARRA, Jorge Mario**
Instituciones de Derecho Civil
Tomo III, Editorial Porrúa S.A.
México 1988, 586 p.p.
- 13.- **MESSINEO, Francesco**
Manual de Derecho Civil y Comercial
(Derecho de la Personalidad, D. de Familia y D. Reales) Tomo III
Ediciones Jurídicas Europa- América
Buenos Aires, Argentina
619 p.p.
- 13.- **MONTERO DUHALT, Sara**
Derecho de Familia
México, Porrúa S.A., 1987
3ra Edición, 429 p.p.
- 14.- **MUÑOZ, Luis**
Derecho Civil Mexicano
Tomo I, Ediciones Modelo
Editorial Cárdenas Editores y
Distribuidores, México 1971
489, p.p.

15.- **ROJINA VILLEGAS**, Rafael
Compendio de Derecho Civil
(Introducción, Personas y Familia)
México, Porrúa S.A., 1983
19 Edición 537 p.p.

16.- **ROJINA VILLEGAS**, Rafael
Derecho Civil Mexicano
(Derecho de Familia)
México, Porrúa S.A. 1983
Tomo 2, 6ta Edición, 803 p.p.

17.- **SÁNCHEZ MENDAL**, Ramón
Los Grandes Cambios en el
Derecho de Familia en México
2da Edición, Editorial Porrúa S.A.
México 1991. 142 p.p.

18.- **SOTO PÉREZ**, Ricardo
Nociones de Derecho
Positivo Mexicano
Décima sexta Edición
Editorial Esfinge S.A. de C.V.
México 1987, 192 p.p.

19.- **ZANON MASDEU**, Luis.
La Separación Matrimonial.
Editorial Hispano-Europa.
Barcelona, España. 1974.
279 p.p.

LEGISLACIÓN.

1.- CONSTITUCIÓN POLÍTICA, de los Estados Unidos Mexicanos (México) 1994, Editorial ALCO.

2.- CÓDIGO Civil, Para el Distrito y Territorios Federales (México) 63va. Edición, Editorial Porrúa S.A. 1995.

3.- CÓDIGO Penal, Para el Distrito Federal (México) 51va Edición, Editorial Porrúa S.A. 1995.

OTRAS FUENTES CONSULTADAS.

- 1.- **DE PINA, Rafael**
Diccionario de Derecho
Décimo sexta Edición
Editorial Porrúa S.A.
México 1989, 509 p.p.

- 2.- Diccionario de la Lengua Española.
Editorial Publicaciones Herrerías, S.A.
México, 1941. 1334 p.p.