

2 ej.



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES CAMPUS ARAGON

LA DECLARACION UNILATERAL DEL REPUDIUM, POR LA PERDIDA DE LA AFFECTIO MARITALIS, COMO CLASE DE DIVORCIO.

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE: LICENCIADO EN DERECHO PRESENTA: ALVARO ACEVEDO GARCIA

2156741

SAN JUAN DE ARAGON, ESTADO DE MEXICO

1999

TESIS CON FALLA DE ORIGEN



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.

Gracias a:

Dios por haber hecho posible la realización de mis sueños y esperanzas.

Mi más grande tesoro que me ha dado Dios, mi pequeña Monserrat -Chiqui e Moni y Alvaro.

Mis padres: María de la Luz y Alvaro.

Mi esposa: Alma Rosa

Mis suegros: Don Antonio y Doña Consuelo.

Mis hermanos: Juan, Araceli, Soledad, Ana María, José Leonel, Norma, Leticia y Manuel.

Mis amigos: Don Manuel y Familia, Manuel Armando, Mario Aguilera y Familia, Juan Carlos Barrón, Pedro Domínguez y Familia, Pablo Casas y Familia, Horacio Campero, Mario Gasca, Juan Antonio Gasca, Eduardo Durán, Jorge Toledano, Raúl Díaz, Raúl Torres, Héctor Takahashi, Jorge Islas, Luis Alberto Camacho, Armando Rico y Familia Concepción Olvera y Familia y Javier Campos y Familia.

La Universidad Nacional Autónoma de México.

La Escuela Nacional de Estudios Profesionales
"Campus Aragón".

Los profesores que contribuyeron a mi formación profesional.

A mi jurado:

Lic. Oscar Barragán Albarrán

Lic. Jesús Enrique Landeros Camarena

Lic. María Guadalupe Castillo Patt

Lic. María de Lourdes Rivera Serrano

Lic. Lilián Díaz Pérez

Mil gracias a todos Ustedes por hacer posible mi formación.

**“LA DECLARACION UNILATERAL DEL REPUDIUM, POR LA
PERDIDAD DE LA AFFECTIO MARITALIS, COMO CLASE DE
DIVORCIO”.**

INDICE

Introducción.

CAPITULO PRIMERO

NOTICIA HISTORICA

	<i>págs.</i>
.1 En la legislación Romana	1
.2 En la legislación Española	4
.3 En la Legislación Francesa	8
.4 En la legislación civil mexicana	12
1.4.1 Código Civil de 1870	16
1.4.2 Código Civil de 1884	19
1.4.3 Ley de Relaciones Familiares	22

CAPITULO SEGUNDO

CLASES DE DIVORCIO

.1 Concepto de divorcio	25
.2 Clases de Divorcio	30
2.2.1 Divorcio no vincular	31
2.2.2 Divorcio vincular	34
2.2.3 Divorcio Voluntario	36
2.2.3.1 Divorcio Voluntario de tipo Administrativo	37
2.2.3.2 Divorcio voluntario de tipo Judicial	40
2.2.4 Divorcio Necesario	46
2.3 Análisis de las causales de divorcio contempladas en el artículo 267 del Código Civil vigente para el Distrito Federal.	49

CAPITULO TERCERO
DEL MATRIMONIO

	<i>págs.</i>
.1 Concepto	69
.2 Evolución del Matrimonio	73
.3 Naturaleza Jurídica del matrimonio	83
3.5 La invalidez del matrimonio	116
3.6 La nulidad y la ilicitud del matrimonio	124
3.7 Efectos del matrimonio	133

CAPITULO CUARTO

***LA DECLARACION UNILATERAL DEL REPUDIUM, POR LA PERDIDA DE
LA AFFECTIO MARITALIS, COMO CLASE DE DIVORCIO.***

.1 Definición del repudium	138
.2 La affectio maritalis	141
.3 Antecedentes del repudium (o repudio)	145
4.3.1 En Roma	155
4.3.2 En la República Oriental de Uruguay	161

Conclusiones

Bibliografía

Introducción.

Los constantes problemas conyugales originados por incumplimiento de cualesquiera de los cónyuges en lo que se refiere a las obligaciones que les impone la ley, siendo entre estos como efectos del matrimonio los siguientes: derecho a la libre procreación, deber de cohabitación en el domicilio conyugal, derecho deber - de relación sexual, ayuda mutua, fidelidad e igualdad jurídica entre los cónyuges y sus efectos en cuanto a los bienes.

De los efectos mencionados los que se interrumpen con mayor frecuencia son precisamente los que dan la locomoción o razón de ser al matrimonio, entre ellos los de ayuda mutua, fidelidad e igualdad jurídica entre los cónyuges y con la interrupción de estos la agudización al fondo del problema.

Los problemas ya mencionados con antelación pueden persistir en la familia y se pueden prolongar en el tiempo, convirtiéndose esa relación en disputas continuas que hacen insoportable la vida en común; dichas circunstancias ponen en riesgo la relación conyugal, a tal grado que el cónyuge afectado puede repudiar al que comete la falta e inclusive se pierde el afecto marital que existía como pareja, o que aún existiendo, el matrimonio se encuentre afectado ante una perturbación que de ninguna manera podrá ser superada.

Es conveniente hacer la aclaración que la relación de pareja se encuentra ante una nueva faceta puesto que el cónyuge que hace la petición del repudio se encuentra ante la situación de la negativa de su cónyuge de dar el divorcio voluntario, o bien el primero de ellos tendrá que verse en la necesidad de abandonar el domicilio conyugal, si es que no lo hizo primero el cónyuge que haya incurrido en la falta motivo de la perturbación de la relación en el matrimonio; lo que deja en una completa desprotección al cónyuge que se queda con los hijos y que casi en la mayoría de los casos es la mujer.

El cónyuge que hace la manifestación del repudio, se ve en la necesidad de incurrir en alguna de las causales de divorcio que establece nuestra actual legislación civil; que como ya se mencionó la más usual sería la de abandono del domicilio conyugal, poniendo con ello en riesgo la integridad de los hijos, así como su subsistencia al llevar a cabo dicha acción de abandono, pues es ilógico pensar que al salir del domicilio todo puede ser prosperidad, cuando la cónyuge afectada se enfrenta a problemas de todo tipo en relación a la atención de los hijos.

Al realizar la preinvestigación respecto de la declaración unilateral del repudio por la pérdida de la *affectio maritalis*, como clase de divorcio, un autor manifiesta que hay diversidad de imprecisiones en lo que se refiere al divorcio y en especial del repudio, por lo que se han llegado a crear ciertas conjeturas respecto de éste.

La declaración unilateral del repudium, por la pérdida de la affectio maritalis, como clase de divorcio, es un tema que se consideró necesario ser tratado como tema de tesis, por ser una figura jurídica que ha permanecido viva y tratada de manera breve en algunas obras de autores mexicanos de renombre. Sin embargo en la preinvestigación que se realizó se llegó a **descubrir que en la actualidad puede ser aplicada; respetando el proceso ordinario de divorcio que hoy se aplica al divorcio necesario; distinguiéndose principalmente en los pronunciamientos en cuanto a su apreciación de la perturbación existente dentro del matrimonio al momento de emitirse dicha resolución.** Debiéndose tomar en cuenta las consideraciones que se estimen convenientes para la atención del estado psíquico que guarden los divorciados y principalmente los hijos, así como su relación con éstos. Por lo anterior se ha de llevar a cabo dicha investigación con el único propósito de descubrir en realidad el sentido jurídico con que fue empleado en la época romana y en la actualidad si aún se sigue aplicando, y el como se podría aplicar en nuestra realidad social.

A continuación hará un desglose de los capítulos y los puntos a tratar en cada uno de ellos

En el primer capítulo se tratará La noticia histórica sobre el divorcio, en la legislación romana, en la legislación española, en la legislación francesa, en la legislación mexicana, en el código civil de 1870, en el código civil de 1884 y ley de relaciones familiares.

En el segundo capítulo trataré Las clases de divorcio, y como puntos de estudio concepto de divorcio, diferentes clases de divorcio divorcio no vincular, divorcio vincular, divorcio voluntario, divorcio voluntario de tipo administrativo, divorcio voluntario de tipo judicial, divorcio necesario, análisis de las causales de divorcio contempladas en el artículo 267 del Código civil vigente para el Distrito Federal.

En el tercer capítulo trataré el tema del matrimonio, como puntos subsecuentes. Concepto, la evolución del matrimonio, la naturaleza jurídica del matrimonio, el matrimonio como acto solemne, la invalidez del matrimonio, la nulidad y la ilicitud del matrimonio y los efectos del matrimonio.

El cuarto capítulo trata sobre la declaración unilateral del repudium, por la pérdida de la affectio maritalis, como clase de divorcio. Y como puntos a tratar: la definición del repudio, la affectio maritalis, antecedentes del repudium o repudio, en Roma, en la República Oriental de Uruguay y por último la proposición sobre el tema de investigación.

CAPITULO PRIMERO
NOTICIA HISTORICA.

.1 EN LA LEGISLACIÓN ROMANA

"En el Derecho Romano el matrimonio se disolvía por la muerte de uno de los cónyuges, por sobrevenir respecto a cualquiera de ellos una incapacidad matrimonial y por la cesación de la *affectio maritalis*.

Dentro de las causas de disolución por incapacidad sobrevenida a alguno de los cónyuges eran: **la *capitis diminutio máxima y media***, **el *incestus superviniens*** y, en el Derecho Clásico, el llegar al cargo de senador el que estuviera casado con una liberta. La pérdida de la libertad o de la ciudadanía disolvía, lógicamente, el matrimonio, porque las justas nupcias solo eran posibles entre personas libres y que gozasen de la Ciudadanía Romana ".¹

Otra de las formas de hecho que disolvían el matrimonio, era precisamente cuando el cónyuge esclavo por haber caído en poder del enemigo, no recuperaba su anterior matrimonio; prohibiéndose ya en el Derecho Justiniano dicha figura jurídica, pues era demasiado rigurosa, quedando prohibido que el cónyuge cuyo compañero estaba ***captus ab hostibus*** contraer otro matrimonio mientras tuviera conocimiento que el cautivo vive o hasta que transcurrieran cinco años sin noticias suyas: empleándose para ello rigurosas penas que el mismo Derecho Justiniano contemplaba.

En el período de Justiniano se tomó como forma de disolver el matrimonio la *deportatio*, que no era otra cosa que la pérdida de la ciudadanía.

¹ ARIAS RAMOS, J., "Derecho Romano II"; Editorial Edersa, Madrid, 1984, pág 733

“La disolución por voluntad de los cónyuges, cesación del *affectio maritalis*, o sea por un cambio en la voluntad de ambos o uno solo de los cónyuges, podía acabar con el matrimonio en los casos de divorcio y repudio”.

“Tanto la *affectio maritalis* como el *repudium* se tratan con imprecisión en las fuentes del Derecho Romano y da la pauta a crearse diversas conjeturas. Arias Ramos menciona que BONFANTE hace una diferenciación entre lo que es el **Repudium**, y que significa en el Derecho Clásico el acto de manifestación de voluntad contra la continuación del matrimonio, y *divortium* aludiese al efecto producido por dicho acto: cesación del vínculo de la vía marital; y que, ya en el Derecho Cristiano, se aplicase más bien la voz divorcio a la disolución por mutuo disenso y la de repudio a la disolución por voluntad unilateral. Para los romanos la mutación en la voluntad de los cónyuges era visto de una manera muy normal, dado que la *affectio*, era la continuidad en el matrimonio, por lo que al faltar éste elemento, los cónyuges dejan de hallarse en la situación de marido y mujer. Por ello no es de extrañarse la forma tan sencilla en que se disolvía el vínculo matrimonial, puesto que no existían en el Derecho Antiguo y Clásico limitaciones ni requisitos especiales al divorcio ”.²

"El divorcio en la Legislación Romano-Cristiana toma tres direcciones:

A). Se exigen para el divorcio unilateral causas justas, señalándose las que debían tenerse como tales.

B). Es objeto de pérdidas patrimoniales, que afectan a la dote y a la donatio *propter nuptias* al que se divorcia sin justa causa.

C). Impone además, penas graves de reclusión en un monasterio.

² Idem

El divorcio en el Codex Justineano, distigue:

A). **Divortium communi** consensu, y es aquel divorcio que se permite sin ninguna restricción.

B). Divorcio por voluntad unilateral (**repudium**); de éste se subdistinguió tres clases:

1.- **Divortium ex iusta causa**.- Por los motivos señalados en la Ley, implicando una falta del otro cónyuge, adulterio de la mujer, atentado contra la vida del marido, etc.

2.- **Divortium sine causa**, es decir, sin justificación legal, que traía consigo pérdidas patrimoniales.

3.- **Divortium Bonagratia**: se produce sin culpa del cónyuge, pero motivado en causas que impiden realizar los fines del matrimonio: locura, cautividad, guerrera, elección de vida claustral e impotencia incurable ".³

Cabe hacer por demás el comentario, que ya en la Edad Media, el Derecho Canónico cambió el concepto de matrimonio y lo hizo indisoluble por naturaleza.

"La disolución del matrimonio, se puede dar, por la muerte de uno de los cónyuges, como es lógico. Además se disolvía el matrimonio por declaración unilateral hecha por uno de los cónyuges (**repudium**). Los romanos consideraban que no debía subsistir un matrimonio si una de las partes se daba cuenta de que la *affectio maritalis* había desaparecido. No tenía validez, siquiera, un convenio de no divorciarse".⁴

³ VENTURA SILVA, Sabino, " Derecho Romano " Editorial Porrúa, S A México, 1995, págs.134 y 135.

⁴ FLORIS MARGADANT S., Guillermo, Dr.; "El Derecho Privado Romano ", Decima Cuarta Edición corregida y aumentada, Editorial Porrúa, S.A, México, 1986, pág 211

.2 EN LA LEGISLACION ESPAÑOLA

Las leyes más importantes que regularon el divorcio en España fueron:

1.- El fuero Juzgo.- Prohibía en términos generales la disolución del vínculo matrimonial, pero lo autorizaba en algunos casos tales como el adulterio, si el marido quisiera que su mujer incurriera en adulterio, prohibición de casarse hombre alguno con mujer que fuese dejada por su marido a menos que tales hechos consistieran por escrito o hubiese ocurrido ante testigos. Ponía penas al marido que abandonara a su mujer sin motivo legal, cuando alguno de los cónyuges quisiera ingresar en alguna orden monástica.

2.- Las Siete Partidas.- La partida Cuarta, trata de una manera más amplia sobre el divorcio y sus principales disposiciones son:

A). La separación del marido y la mujer debe de hacerse por sentencia judicial y no por autoridad propia.

B). El conocimiento de las causas de divorcio pertenece a la jurisdicción eclesiástica.

C). Las cuestiones sobre alimentos, litis expensas o restitución de dotes, serían conocidas por los magistrados seculares.

D). Si tanto el marido como la mujer proponen la separación, debe de substanciarse la causa en el matrimonio.

E). Las causas admitidas de divorcio fueron: Cuando uno de los cónyuges quisiera ingresar en alguna orden monástica, o por el adulterio de la mujer.

Después del 11 de mayo de 1888, aparece una nueva ley propuesta por Alfonso XIII en la que autoriza dos formas de matrimonio: El canónico, que deberían de contraer todos aquellos que profesaban la religión católica, y el otro era el matrimonio civil que se celebraría con arreglo a lo que determinaba el código y lo prescrito por la Constitución del Estado.

Por lo tanto el Código Civil de 1889, en su sección cuarta establece su dualidad de legislaciones en cuanto a la materia de divorcio y su contenido era el siguiente:

1.- Lo relativo al divorcio de matrimonio canónico.

A) El concepto, las clases y causas de divorcio se rigen por las disposiciones del derecho canónico.

B). El conocimiento de los pleitos de divorcio corresponden a los Tribunales Eclesiásticos.

C). Los efectos civiles de la sentencia son también los mismos que en el divorcio civil, debiéndose presentar aquellas al juez secular para la ejecución.

2.- Los relativos al divorcio de matrimonios civiles.

A). El divorcio sólo produce la suspensión de la vida común de los casados.

B). Causas: El adulterio de la mujer y el marido cuando resulte con escándalo público, los malos tratamientos de obra o las injurias graves; la violencia ejercida por el marido sobre la mujer para obligarla a cambiar de religión, la propuesta del marido para prostituir a la mujer, el conato del marido o de la mujer para corromper a los hijos o prostituir a sus hijos, y la convivencia en su corrupción o prostitución, la condena del cónyuge a cadena o reclusión perpetua.

C). El divorcio sólo puede ser pedido por el cónyuge inocente.

D). Competencia: los Tribunales Civiles conocerán de los pleitos de divorcio y sus incidencias.

Como se podrán dar cuenta el Código Civil Español sigue contemplando la separación de cuerpos.

Fue hasta el dos de marzo de 1965 cuando aparece una ley que consideraba al divorcio como una forma de romper en su totalidad el vínculo matrimonial. Dicha ley establecía en su artículo primero que "el divorcio decretado por sentencia firme por los tribunales civiles disuelve el matrimonio, cualesquiera que haya sido la forma y la fecha de su celebración". Así mismo el artículo once de la misma ley disponía " por la sentencia firme de divorcio los cónyuges quedan en libertad de contraer matrimonio, aunque el culpable sólo podrá contraerlo transcurrido un plazo de un año desde que fue firme la sentencia."

Por último la Constitución española de 1978 en su artículo 32 introduce una nueva forma de disolución matrimonial, dicho artículo dispone: "El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica".

De la Constitución en cuestión, de su artículo 32 se desprende el Código Civil Español de 1981 que hasta la fecha regula al divorcio.

A continuación daré algunos aspectos importantes del Código Civil Español de 1981 en lo referente a materia de divorcio:

1.- Se establecen como formas de matrimonio el celebrado ante el juez encargado del Registro Civil, el matrimonio en forma religiosa, legalmente previsto y el matrimonio celebrado fuera de España.

2.- Señala tres motivos de disolución del matrimonio.

La muerte, la declaración de fallecimiento y el divorcio.

3.- Se sigue contemplando la separación de cuerpos, ya no como forma de divorcio, y éste sólo de manera separada e independiente.

Causas de divorcio:

1.- El cese afectivo de la convivencia conyugal durante al menos un año ininterrumpido desde la interposición de la demanda de separación formulado por ambos conyuges o por alguno de ellos con el consentimiento del otro, cuando aquella se hubiere interpuesto una vez transcurrido un año desde la celebración del matrimonio.

2.- El cese afectivo de la convivencia conyugal durante al menos un año ininterrumpido desde la interposición de la demanda de separación personal, a petición del demandante o de quien hubiera formulado reconvencción conforme a lo establecido en el artículo 82, una vez formulada la resolución estimatoria de la demanda de separación o transcurrido el plazo expresado, no hubiera recaído resolución en la primera instancia.

3.- El cese afectivo de la convivencia conyugal durante al menos dos años ininterrumpidos:

A). Desde la firmeza de la resolución judicial a petición de cualquiera de ellos.

B). Desde que se consiente libremente por ambos conyuges la separación del hecho.

C). Desde la declaración legal de ausencia de alguno de los conyuges.

4.- El cese afectivo de la convivencia conyugal durante el transcurso de al menos cinco años a petición de cualquiera de los cónyuges.

5.- La existencia de alguna sentencia firme por atentar contra la vida del cónyuge, sus ascendientes o descendientes.*⁵

.3 EN LA LEGISLACION FRANCESA.

La revolución francesa trajo grandes transformaciones que dejan huellas imborrables en materia legislativa. En 1789, fecha en que tuvo lugar dicha revolución, se desata la conceptualización y consideración del matrimonio como un simple contrato; " *Mazeaud* afirma cuando se ha concluido un contrato se es libre para ponerle término por medio de un nuevo acuerdo, así cabe disolver el matrimonio por voluntad común. El derecho revolucionario admite, pues el divorcio por mutuo consentimiento."⁶

La corriente revolucionaria permite la disolución del vínculo matrimonial y da importancia y configuración de la igualdad y distingue a la familia natural y una legítima. Producto de la Revolución Francesa fue el Código Napoleónico, forjándose éste como el punto de combinación entre el derecho antiguo y el revolucionario, separándose de la opinión de Planiol, Bonecase señala que el Código de Napoleón no tuvo el menor recato o moderación para legislar en Derecho de Familia y manifiesta

*⁵ Cfr BARRERA ORTIZ, Rigoberto; " La Bisexualidad como causal de divorcio " Escuela Nacional de Estudios Profesionales Aragón, México, 1995 págs.12-16

⁶ Cit por CASTAN TOBENAS, Jose, "La Crisis en el Matrimonio", Editorial Bosch, Madrid, 1914, pág 21

que dicha revolución no aportó nada innovador al respecto y aterriza en la idea que, "La revolución no reconocía la familia como una unidad orgánica " ⁷

El Código Napoleónico, representó una filosofía individualista y espiritualista que llega a establecer una autoridad marital absoluta y que se reduce a considerar la naturaleza orgánica de la familia como algo de muy poca importancia. El poder anárquico de las pasiones individuales se reflejan en él, negándole de esta manera la importancia con que merece ser tratado este tema referente a la familia.

Es importante el auge que tuvo en esta revolución de ideas, la corriente religiosa que como ya dijimos en un principio se ausenta de los principios o pilares que la sustentaban, para considerar únicamente al matrimonio como contrato.

Por otro lado trasciende este código de igual manera a partir de la segunda mitad del siglo XIX en los movimientos feministas que influyen de manera decisiva en las ulteriores codificaciones de los países europeos.

El hecho de la dipartición de ideas entre católicos y protestantes, lo concentra el código de Napoleón, al establecer de forma obligatoria el matrimonio Civil, sin que para ello tengan que observarse las disposiciones eclesiásticas.

A continuación enumeraré algunas codificaciones que en su momento estuvieron vigentes en Francia y que hoy pasan a ser parte del derecho positivo de ese país y son:

1.- Ley de Divorcio de 1792, que plantea como algunas causas de divorcio

⁷ "La Filosofía del Código de Napoleón, aplicada al Derecho de Familia ", Editorial Jose María Cajuga Jr Puebla México, 1945, pág 108

- a). La demencia o locura de uno de los esposos
- b). El acuerdo mutuo
- c). Incompatibilidad de caracteres alegada por alguno de los conyuges-*répudio*

2.- La ley Naquet, del 27 de julio de 1884; en su concepción de divorcio sanción. Lo contemplaba como pena para el cónyuge culpable no admitía el divorcio por mutuo consentimiento, ni por incompatibilidad de caracteres.

3.- Ley del 18 de abril de 1886, que retoma en forma simplificada el divocio

4.- Ley del 6 de febrero de 1893, que hace plena referencia a la separación de cuerpos entre los divorciantes.

5.- Ley del 15 de Diciembre de 1904, permitía que el matrimonio se celebrara entre el adúltero y su cómplice.

6.- Ley del 6 de junio de 1908, concedía de forma discrecional por parte de los jueces que la separación de cuerpos se convirtieran en divorcio al cabo de los primeros tres años en caso de que alguno de ellos los solicitaran.

7.- Ley del 5 de abril de 1919, elimina la prohibición de que los esposos divorciados que volvían a casarse, no pudiesen llegar a divorciarse nuevamente, salvo por pena aflictiva o infamante.

8.- Ley del 26 de Marzo de 1924, hace casi desaparecer toda restricción al derecho de los esposos divorciados a casarse entre ellos mismos.

9.- Esta ley consideraba al divorcio como un remedio, y no como una sanción, por lo que éste, podía ser solicitado desde que existían las primeras desaveniencias entre los cónyuges, sin que se requiera para ello demostrar alguna causa de divorcio.

Las leyes mencionadas quedan como testimonio de la facilidad con que eran disueltos los matrimonios. Es observado a toda luz, que las leyes mencionadas quedan

como historia del derecho francés, y como un claro precedente de las prácticas legislativas que pretendían regular debidamente el divorcio y que refleja los individualismos que predominaban en gran parte de la historia francesa.

Es por demás claro que como reacción a la facilidad con que eran disueltos los matrimonios en las leyes que ya enumeramos, surge la Ley del 2 de abril de 1914, entre las características que retomó fueron:

- 1.- Para volver al divorcio su carácter de sanción intenta limitar las causas del mismo.
- 2.- Aumenta las sanciones sobre los cónyuges culpables.
- 3.- Les devuelve la facultad discrecional que tenían los jueces para decidir sobre los problemas planteados.
- 4.- Lucha contra la convención de la separación de cuerpos en divorcio.
- 5.- Prohíbe la demanda del divorcio formulada en los tres primeros años del matrimonio.
- 6.- Castigan a los que incitan al divorcio
- 7.- Permite al tribunal alargar, mediante algunos plazos el procedimiento.

Por otro lado nace en 1945 otra ley que admitió el divorcio por las siguientes causas:

- a). Adulterio
- b). Condena de uno de los cónyuges a una pena aflictiva o infamante.
- c). Excesos, servicia e injurias graves.*⁸

*⁸ Cfr PLANIOL, MARCELO Y RIPERT, Jorge, "El Tratado de Derecho Francés", Traducido por DIAZ CRUZ, María, TomoII, Editorial Cultura S A; México, 1946, pág 518

.4 EN LA LEGISLACIÓN CIVIL MEXICANA

En este punto haremos un estudio de la legislación civil mexicana en lo relativo a las consideraciones de tipo familiar, para ello iniciaremos en la época Precortesiana, Independencia, Constitución de 1857, Leyes de Reforma (Ley Reglamentaria del Matrimonio), Código Civil de 1870, Código Civil de 1884 y Ley de Relaciones Familiares.

En la época Precortesiana, los pueblos de nuestro país, cada uno de ellos guardaba sus muy especiales formas de disolver por divorcio los matrimonios. Los Aztecas asentados en la parte central de nuestro territorio, fueron los que recibieron de manera más impactante la conquista. Entre ellos era posible la disolución del vínculo matrimonial durante la vida de los cónyuges, ya porque se tratara de un matrimonio temporal, cuya subsistencia estaba sujeta a la voluntad del hombre, ya porque hubieran causas que ameritaran la disolución.

El divorcio requería para su validez y para que produjera efectos de rompimiento del vínculo, que la autoridad judicial lo autorizara, y que el que, pidiera la autorización se separara efectivamente de su cónyuge.

El marido podía exigirlo en caso de que la mujer fuera pendenciera, impaciente, descuidada, perezosa, sufriera una larga enfermedad o fuera estéril.

La mujer a la vez tenía las siguientes causas:

Que el marido no pudiera mantenerla a ella o a los hijos, o que la maltratara físicamente. Realizada la operación los hijos quedaban con el padre y las hijas con la

madre. El cónyuge culpable era castigado con la pérdida de la mitad de sus bienes, y ambos divorciados podían contraer nuevo matrimonio, salvo entre ellos mismos. El divorcio no era frecuente ni bien visto entre los Aztecas. Los jueces se resistían a otorgarlo cuando se presentaba uno de los cónyuges solicitándolo, y solamente después de reiteradas gestiones autorizaban al peticionario para hacer lo que quisiera

Cuando la petición era hecha por los dos, los jueces trataban de reconciliarlos, invitándolos a vivir en paz, y si no aceptaban, los desechaban rudamente dándoles su tácita autorización. La misma, solamente podía otorgarse ante las causales mencionadas con anterioridad.

Caso curioso para la época era la causal de incompatibilidad de caracteres que parece existía entre los tarascos ⁹

En el mismo territorio de Texcoco, cuando se tenía que dirimir " algún pleito de divorcio, que eran pocas veces, procuraban los jueces que debían intervenir y poner paz, pero estos reñían asperamente, al que era culpado les decían que miras en con cuanto acuerdo se habían casado y que no hechasen a vergüenza y deshonra a sus padres y parientes que habiendo entendido en los casarlos y que sabían que eran casados y les decían otras cosas y razones, todo a efecto de conformarlos."¹⁰

Entre los Mayas tenemos por ejemplo que dentro de las clases guerrera se reflejaba la poligamia únicamente. Los Mayas se casaban con una sola mujer a los

⁹ Cfr. MONTERO DUHALT, Sara; "Derecho de Familia", Editorial Porrúa, S.A, México, 1990, pág 208

¹⁰ CHAVEZ ASENCIO, Manuel F; "La Familia en el Derecho, Relaciones Jurídicas Conyugales", Editorial Porrúa, S.A, México, 1995, págs 441

veinte años de edad y los padres les buscaba a sus esposas a los hijos, comenta Chávez Asencio, **que la infidelidad era causa de repudio, si al tiempo del repudio los hijos eran menores de edad**, estos quedarían bajo el cuidado de la madre y al igual que con los Aztecas en caso de que los hijos fuerán mayores de edad las mujeres quedarían con la madre y los hijos con el padre. La mujer repudiada por su parte podía unirse con otro hombre y aún volver a unirse con el primero; existía una facilidad para poder tomarse o dejarse.

En cuanto al procedimiento que se debía seguir " las quejas del matrimonio se presentaban al gran sacerdote, Petamuti. Las tres primeras veces los amonestaba reprendiendo al culpable; a la cuarta decretaba el divorcio. **Si la culpable era la esposa, seguían, sin embargo viviendo en la casa marital**; a no ser el caso de adulterio en que entregada al Petamuti la mandaba matar. Si el culpable era el varón, recogían a la mujer sus parientes y la casaban con otro. No se permitía un segundo divorcio." ¹¹

Dentro de los señoríos que tenemos contemplados eran el de México, el de Tlascuco, de Tacuba, de los cuales dependían directamente las provincias. "En las casas del señor había unos aposentos y salas levantadas del suelo, siete y ocho gradas, que eran como entre suelos y en ellos recidían los jueces, que eran muchos y los de cada provincia de pueblo y barrio estaban a su parte allí cuando acudían los súbditos de cada uno, también oían y determinaban las causas de los matrimonios y divorcios." ¹²

¹¹ Idem

¹² Idem

En el México independiente, surge la Ley del matrimonio civil del 23 de Junio de 1859, misma que estableció el divorcio como temporal, “y en ningún caso deja hábiles a las personas para contraer nuevo matrimonio, mientras viva alguno de los divorciados (artículo 20). A esta ley se le quita el carácter religioso para ser considerada como una institución de derecho civil, imponiendo al funcionario que celebraba el acto matrimonial la obligación de leer y exhortar a los presuntos contrayentes sobre sus obligaciones y derechos, siempre con referencia al derecho civil haciendo a un lado los deberes religiosos, dando por resultado la sustitución de la lectura de la epistola de San Pablo, que la iglesia leía cuando se celebraba algún matrimonio. La indisolubilidad perdura hasta 1914, dado que la iglesia seguía ejerciendo su influencia sobre el matrimonio, fue entonces en este año cuando Venustiano Carranza pasa a la historia por permitir la Ley del Divorcio vincular en México.

Por ello de manera subsecuente primero aparece la Ley de 1859, los Códigos Civiles de 1870 y 1884, mismos que se caracterizaban por no aceptar el divorcio vincular, sino únicamente el divorcio por separación de cuerpos.

El primero de ellos contemplaba mayores requisitos en cuanto al procedimiento y mayor tiempo para las audiencias y aún para decretar la sentencia, en cambio el Código Civil de 1884 redujo notablemente las trabas que consideraba la ley sustantiva mencionada.*¹³

*¹³ Cfr CHAVEZ ASENCIO, Manuel F; Ibidem Págs. 442 - 443

1.4.1 CÓDIGO CIVIL DE 1870

Tomando como antecedentes las leyes de reforma de 1859 y los ordenamientos civiles franceses y españoles de la época, tuvieron los legisladores del Código Civil de 1870 la fuente de su inspiración en ellos, permitiendo de acuerdo con la política individualista y liberal la promulgación del citado código. Nestor de Buen hace una afirmación en el sentido de que el Derecho Español tuvo " mayor vigencia en la nueva que en la vieja España, donde los Fueros Locales constituían barreras que difícilmente podían superar un derecho con pretensiones de nacional." ¹⁴

Este código reglamentó a la familia, al matrimonio, el parentesco, la paternidad, la filiación y la separación de cuerpos, que fue una especie de divorcio, además de otras cuestiones. Dicho ordenamiento civil es el primero en la República Mexicana que regula tanto al matrimonio como al divorcio; en él se vieron reflejados además de los ordenamientos ya mencionados, el espíritu de la Ley de Reforma de 1859 , en lo relativo a los impedimentos para la celebración del matrimonio y que se plasmaron de la siguiente manera Artículo 163.- Son impedimentos para celebrar el matrimonio los siguientes:

- I.- Falta de edad requerida por la ley;
- II.- La falta de consentimiento del que conforme a la ley tiene la patria potestad;
- III.- El error cuando es esencialmente sobre la persona;
- IV.- El parentesco consanguíneo legítimo o natural sin limitación de grado, en la vía recta, ascendente o descendente. En línea colateral, igual el impedimento se

¹⁴ GUITRON FUENTEVILLA, Julian, "Derecho Familiar ", Editado por la Universidad Nacional Autónoma de Chiapas, México, 1978, pág. 94

extiende solamente a tíos y sobrinas y al contrario, siempre que estén en el tercer grado, y que no hayan obtenido dispensa, la computación de estos grados se hará en los términos prevenidos en el capítulo II de este título

V.- La relación de afinidad en la línea recta sin limitación de grados;

VI.- El atentado contra la vida de uno de los casados para casarse con el que quede libre;

VII.- La fuerza o miedo graves, en caso de rapto, subsisten los impedimentos sobre el raptor y la robada mientras ésta no sea restituida a lugar seguro, donde libremente manifieste su voluntad;

VIII.- La locura constante e incurable;

IX.- El matrimonio celebrado con persona distinta de aquella con quien se pretende contraer matrimonio.

El código de 1870 no distingue los impedimentos dirimientes y los impedientes, pero la reglamentación a pesar de ser poco técnica, si enumero sustancialmente las causas que impiden celebrar un matrimonio; en cuanto a las edades para contraerlo era de 14 años para el hombre y 12 para la mujer. Este dato es curioso según varios autores, dada la temprana edad con que era permitido el matrimonio, sin embargo un tiempo después se aumenta a 14 años para la mujer y 16 para el hombre, con consentimiento y de propia voluntad a los 21 años cumplidos.

Lo que corresponde al parentesco en el artículo 192 expresaba: afinidad es el parentesco que se contrae por el matrimonio consumado o por cópula ilícita, entre el varón y los parientes de la mujer y entre la mujer y los parientes del varón.

El legislador plasmó en el Artículo 240 del ordenamiento en cuestión las causas de divorcio de la siguiente manera.

I.- El adulterio de uno de los cónyuges,

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

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

IV.- El canato del marido o de la mujer para corromper a los hijos, o la convivencia en su corrupción;

V.- El abandono sin causa justificada del domicilio conyugal prolongado por más de dos años;

VI.- La sevicia del marido con su mujer o la de ésta con aquel;

VII.- La acusación falsa hecha por un cónyuge al otro.

Por último Julian Guitron Fuentesvilla concluye que la secularización del matrimonio aseguró su preponderancia como institución regulada por el Estado, dándole un carácter contractual. Además, se dió un papel preponderante a la potestad marital otorgando a la mujer un lugar de cosa, en función de que, por el sólo hecho de contraer matrimonio, quedaba aquella representada legítimamente por su marido, privándola de ejercer ciertos derechos y sólo podía hacerlo con la autorización por escrito de su marido. *¹⁵

*¹⁵ Cfr Ibidem, pág 95-98

Ignacio Chavez Asencio en su obra *la Familia en el Derecho, Relaciones Jurídicas Conyugales*, Edit. Porrúa, México 1995, Pág. 443. Unicamente hace alusión a la indisolubilidad del matrimonio, por lo que se rechazaba el divorcio vincular; y señala siete causas de divorcio. Manifiesta que se prohibía el divorcio por separación de cuerpos cuando el matrimonio tenía 20 años o más de constituido. Era condición para gestionar el divorcio el que hubiera transcurrido dos años, como mínimo, desde la celebración del matrimonio, antes de este tiempo era totalmente improcedente la acción de divorcio.

1.4.2 CODIGO CIVIL DE 1884.

" En este Código el artículo 226 señala como único divorcio el de separación de cuerpos, por lo tanto subsistía un vínculo matrimonial, suspendiéndose algunas obligaciones civiles que imponía el matrimonio. Como causas, a las contenidas en el Código Civil de 1870, se agregaban: el que la mujer diera a luz durante el matrimonio, a un hijo concebido antes del contrato de matrimonio y que judicialmente se declarará ilegítimo, el hecho de negarse a ministrar los alimentos conforme a la ley., los vicios incorregibles de juego, embriaguez, enfermedad crónica e incurable que fuera contagiosa y hereditaria, anterior al matrimonio., la infracción de las capitulaciones matrimoniales ., y el mutuo consentimiento".¹⁶

Inexplicablemente se produjo un Código Civil a los catorce años en promulgarse el primero en México, se puede decir que este contemplaba el setenta por ciento de el contenido del Código Civil de 1870, con la única aportación de que instituyó la libre testamentación.

¹⁶ CHAVEZ ASENCIO, Manuel F.; *Op. Cit.* págs 432-433

Se puede afirmar categóricamente que, después de la laicización del matrimonio hecha por Juárez a través de las Leyes de Reforma y considerarlo como Institución de Derecho Civil, no encontramos durante el pasado siglo ninguna novedad Jurídica, digna de mención, sobre todo en el renglón familiar

El Código Civil de 1884, fue de tal repetición, que incluso cayó en los mismos errores de redacción. En este sentido el Artículo 159 del Código de 1884 se refiere a impedimentos para contraer matrimonio y en la fracción VII expresa:

“La fuerza o miedos graves. En caso de raptó subsiste el impedimento entre el raptor y la robada mientras ésta no sea restituida al lugar seguro donde libremente manifieste su voluntad”. Se podría hacer un cuestionamiento con respecto a robarse una persona, en este caso el legislador debió referirse a la raptada, pues el delito es de raptó, no de robo, el cual sólo se comete sobre cosas ajenas, muebles, etc.

Otro error, repetido por el legislador que contempla este mismo ordenamiento, es el consagrado en el Artículo 183, al establecer el parentesco de afinidad por el hecho de una relación sexual, al margen del matrimonio; dice el artículo 183: “afinidad es el parentesco que se contrae por el matrimonio consumado o no, o cópula ilícita, entre el varón y los parientes de la mujer y entre la mujer y los parientes del varón”.

Esta disposición es absurda como se ha señalado por varios doctrinarios de la materia, pues es aberrante el error que se comete en ambas legislaciones, pues resultaría infantil crear un parentesco por el hecho de una cópula ilícita.

El ordenamiento civil de 1884 establecía una gran restricción, empleo una forma de prohibir el divorcio en el matrimonio que tuviera veinte años de celebrado o cuando la mujer ya hubiera cumplido 45 años, ésto último lo copiaron del artículo 277 del Código de Napoleón. El ordenamiento en comento, no reguló lo relativo al concubinato, regulando únicamente como novedad la libertad de testar en materia de sucesiones, como ya lo mencionamos con antelación.

Asimismo el artículo 230 reconocía la causal décima cuarta, consistente en que. "cuando un cónyuge haya pedido el divorcio o la nulidad del matrimonio, por causa que no haya justificado, o que haya resultado insuficiente, así como cuando haya acusado judicialmente a su cónyuge, el demandado tiene derecho a pedir el divorcio; no puede hacerlo sino pasados cuatro meses de la notificación de la última sentencia. Durante estos cuatro meses la mujer no puede ser obligada a vivir con el marido."

En cuanto al procedimiento, éste se redujo notablemente señalando únicamente dos juntas o audiencias con un plazo de un mes entre la primera y la segunda.

El Artículo 233 hacía referencia al procedimiento: "la separación no puede pedirse sino pasados dos años después de la celebración del matrimonio, presentando la solicitud, el juez citará a los cónyuges a una junta, en el que procurará restablecer entre ellos la concordia; y sino lo lograre, aprobará el arreglo provisorio con las modificaciones que crea oportunas con audiencias del Ministerio Público y cuidando de que no se violen los derechos de los hijos o de un tercero."

De igual manera el Artículo 234 señalaba el procedimiento: "Transcurrido un mes desde la celebración de la junta a petición de cualquiera de los cónyuges, el juez

citará a otra junta en que los exhortará de nuevo a la reunión, y si ésta no se logrará, decretará la separación, siempre que le conste que los cónyuges quieren separarse libremente, y mandará reducir a escritura pública al convenio que se refiere el artículo anterior."

1.4.3 LEY DE RELACIONES FAMILIARES.

Don Venustiano Carranza promulga esta Ley el 09 de abril de 1917. Su importancia es relevante, pues permite la disolución del vínculo matrimonial, permitiendo asimismo la posibilidad de que los divorciados pudieran volver a contraer nuevas nupcias.

Esta ley es el resultado de la lucha de clases de la Revolución de 1910, que no obstante de estar vigente la Ley de Divorcio de 1914, ésta es desplazada por la Ley de Relaciones Familiares.^{*17}

El Artículo 75 de la Ley Sobre Relaciones Familiares establecía que "el divorcio disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro."

Se conserva el divorcio por separación de cuerpos, que se relegó a segundo término quedando como excepción relativa la causal señalada en la fracción IV del artículo 76, que se refería a enfermandes crónicas e incurables, contagiosas y hereditarias, dejando a la voluntad del cónyuge sano, pedir el divorcio vincular o la simple separación de lecho y habitación. el Artículo 102 prevenía que los cónyuges recobraban su entera capacidad de contraer matrimonio, salvo lo dispuesto por el

^{*17} Cfr GUITRON FUENTEVILLA, Julian Op. Cit Págs. 103-104

Artículo 140 y cuando el divorcio se haya decretado por causa de adulterio, pues en éste caso el cónyuge culpable no podía contraer matrimonio, sino después de dos años de pronunciada la sentencia de divorcio.

El Artículo 140 prevenía que la mujer no podía contraer matrimonio, sino hasta pasados trescientos días de la disolución del primero. En los casos de nulidad o de divorcio, puede contarse ese tiempo desde que se interrumpió el acto de cohabitación.

Como es de observarse los dos ordenamientos civiles de 1870 y 1884 se encuentran ausentes de la realidad social que se vivía en ese entonces desatándose más tarde lo que ya todos sabemos y que es precisamente el movimiento armado de 1910, para traer consigo esta revolución las bases de un proteccionismo social, en el que desaparece de una vez por todas el individualismo de los ordenamientos civiles que eran promulgados y aplicados en México a una colectividad y que como ya hemos visto reflejaban su característica semejante a la legislación civil napoleónica.*¹⁸

*¹⁸ Cfr. CHAVEZ ASENCIO, Manuel F. Op Cit págs.443-445

CAPITULO SEGUNDO
CLASES DE DIVORCIO.

Por desgracia, no todos los matrimonios marchan como lo esperaban los esposos al casarse. Aún con la mejor voluntad de ambas partes, a veces descubren que son incompatibles a tal grado que seguir viviendo juntos los dañaría seriamente a ellos y a sus hijos; o un cónyuge se entera de que el otro comete adulterio, o corrompe a los hijos, o es drogadicto, alcohólico, o jugador empedernido, o padece determinadas enfermedades mentales, etc. Los esposos que ya no se pueden reconciliar y quieren recobrar la libertad total, o bien para contraer un nuevo matrimonio, o bien para disolver el vínculo matrimonial simplemente, deben de recurrir al divorcio sino tienen fundamento para pedir la anulación del vínculo matrimonial.

El divorcio ha sido y sigue siendo tema de grandes discusiones como síntoma y causa de disolución moral de la sociedad. Por una parte, indica incapacidad de cumplir con los deberes matrimoniales y de soportar las cargas y sacrificios que el matrimonio impone; por otra parte se considera como un mal necesario para evitar otros males mayores, que se presentarán inevitablemente si se mantienen unidos a los que ya están separados afectivamente y lejos de guardarse las consideraciones y respeto que se deben uno al otro, se ven con indiferencia, mala voluntad y hasta odio.

En cualquier decisión de divorciarse, los esposos deben de tener muy en cuenta las consecuencias de su acto, especialmente cuando el juez declare culpable a uno de ellos, y deben de pensar en el conflicto que representa para los hijos la división de su hogar, de la cual nacen en la mayoría de las veces problemas de índole emocional que los afecta en su momento y en un futuro en sus vidas. Dentro de este capítulo hablaré sobre el divorcio, clases de éste y las causas que existen en nuestra legislación para llevarlo a cabo.

.1 CONCEPTO DE DIVORCIO.

Cuando una pareja quiere contraer matrimonio basa su decisión en varios factores como es el amor, atracción sexual o afectiva o quizás hasta por conveniencia, quizá. El hecho es que los que se casan están seguros, o tienen fundadas esperanzas, en que van a ser recíprocamente felices.

Algunas parejas pueden prolongar su matrimonio durante algún tiempo o dedicarle gran parte de su vida a la felicidad que éste les puede otorgar.

Pero por otro lado hay parejas, que por otras razones, tan variadas como los seres humanos, fracasan en su intento por ser felices en su vida conyugal. Cuando esto ocurre los consortes empiezan a alejarse el uno del otro, e inclusive se provoca la desunión, etc. ; aunque sigan compartiendo el mismo techo, se rompe el vínculo que los impulsó a contraer matrimonio. Ante el inminente fracaso de su matrimonio, los cónyuges optan por diversas soluciones.

Algunos con madurez y sensibilidad tratan de salvar el matrimonio, ya sea con éxito o sin él, al menos lo intentan. Otros soportan indefinidamente una situación de matrimonio en la que se generan únicamente víctimas de esa relación llena de soledad e infidelidad matrimonial; entre las víctimas que se contemplan tenemos en otro plano a los hijos que se ven más claramente en los arrebatos de los cónyuges, que sin importarles en lo más mínimo hacen de su problema un drama, mismo que se reflejará más tarde en alguna figura jurídica.

En síntesis, en nuestra realidad social encontramos que los matrimonios se llegan a contraer por diversos factores. amor, atracción sexual o afectiva conveniencia, quizá. Sin embargo todo ello va encaminado a la relación de una felicidad que es lo que se pretende; sin embargo a través del tiempo se encuentran con ciertos problemas de diversa índole, por lo que fracasan en su intento por ser felices en su vida en común y para ello se requiere de la antítesis de ese matrimonio válido, que es la forma de disolverlo, y que no es otra cosa que el divorcio.

Podemos decir que el divorcio es una forma de disolver el matrimonio, sin embargo existen otras formas de extinción del matrimonio como:

Nulidad.- la nulidad se produce en vida de los cónyuges por causa anterior a su celebración.

Divorcio.- en vida de los cónyuges y por causas posteriores a su celebración.

Muerte.- de uno de los cónyuges.

El matrimonio está sujeto a una serie de requisitos que debe de revestir como acto jurídico, mismo que son los que le darán su validez .

Así mismo el matrimonio para su disolución dependerá como acabamos de ver del tiempo que tenga de celebrado; teniéndose contemplado la nulidad, que se produce por no haber cubierto algún requisito al momento de su celebración; por otro lado tenemos el divorcio que se produce por causa justificada y por acuerdo de los cónyuges y por último la muerte, que por lógica termina con el matrimonio y que con ello pone en libertad al cónyuge viudo para poder contraer nuevas nupcias.

CONCEPTO.

" La palabra divorcio deriva de la voz latina *divortium* que significa separarse de lo que esta unido, tomar líneas divergentes. Divorcio es la antítesis del matrimonio. Matrimonio significa unión, comunidad, encontrarse, dos seres enlazados con el mismo yugo: con-yugal".¹⁹

La conceptualización jurídica que da al divorcio Sara Montero Duhalt, en su obra el derecho de familia es:

"Divorcio es la forma legal de extinguir un matrimonio válido en la vida de los cónyuges decretada por autoridad competente que permite a los mismos contraer con posterioridad un nuevo matrimonio válido".²⁰

"El divorcio es la ruptura del matrimonio válido, en vida de los esposos, decretada por autoridad competente y fundada en alguna de las causas por la ley".²¹

Dice Galindo Garfias que la voz latina *divortium*, evoca la idea de separación de algo que ha estado unido. Desde el punto de vista jurídico, el divorcio significa la disolución del vínculo matrimonial y sólo tiene lugar mediante la declaración de la autoridad judicial y en ciertos casos de la autoridad administrativa, dentro de un procedimiento señalado por la ley, en que se compruebe debidamente la imposibilidad de que subsista la vida matrimonial.

¹⁹ GALINDO GARFIAS, Ignacio, "Derecho Civil Primer Curso, Parte General Personas y Familia", Editorial Porrúa, S.A, Novena Edición, México, 1989, pág. 579

²⁰ MONTERO DUHALT, Sara; "Derecho de Familia", Op. Cit. Pág. 196

²¹ GALINDO GARFIAS, Ignacio; Op. Cit pág. 577

Dentro de las Siete Partidas tenemos por ejemplo que Pallares Eduardo, en su obra *El divorcio en México*, manifiesta:

" **Divortium**, en latín, tanto quiere decir en romance como departamento, y esto es cosa que departe la mujer del marido é el marido de la mujer por embargo que hay entre ellos cuando es probado en juicio derechamente. Tomó este nombre de la separación de las voluntades del hombre y mujer a diferencia de las que tenían cuando se unieron ".²²

" **En el Antiguo Testamento, se puede leer en el Deuteronomio (XXIV-I) un Pasaje Bíblico, del que se desprende que el marido por torpezas de la mujer, sospecha de adulterio, impudicia, costumbres licenciosas ó haya dejado de amarla, podrá entregar a su consorte un libelo de repudio para despacharla a su casa.**

Se tiene conocimiento que al parecer más tarde le es permitido a la mujer la repudiación respecto del marido. Salomé, la hija de Antípatro, según noticia de Flavio Josefo, dió libelo a Custobaro su marido, deshaciéndose así, por esta vía expedita, de quien como consorte le resultaba incomoda para compartir la vida doméstica.

Este tipo de derecho de repudio aparece en el Derecho Romano Antiguo, en el que la disolución del vínculo conyugal, podía tener lugar por la sola voluntad del marido o de la mujer sin intervención del Magistrado o del Sacerdote, **a veces sin expresión de causa alguna (repudium sine nulla causa) y aunque en algunos**

²² PALLARES, Eduardo, " El Divorcio en México ", Editorial Porrúa, S A, México, 1991, pág.19

casos, el consorte que hacia uso de esta vía podía incurrir en penas graves, la repudiación subsistía plenamente ".²³

Galindo Garfías lo define como: "Aquella ruptura del matrimonio válido en vida de los esposos, decretada por autoridad competente y fundada en alguna de las causas expresamente establecidos por ley. Más adelante manifiesta que divorcio deviene de la voz latina *divortium*, evoca la idea de separación de algo que ha estado unido. Desde el punto de vista jurídico, el divorcio significa la disolución del vínculo matrimonial y solo tiene lugar mediante la declaración de la autoridad judicial y en ciertos casos de la autoridad administrativa y dentro de un procedimiento señalado por la ley, en que se compruebe debidamente. La imposibilidad de que subsista la vida matrimonial".²⁴

En nuestra legislación Civil Mexicana no contempla un mero concepto, sin embargo precisa "artículo 266.- El divorcio disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro".

Como podemos darnos cuenta de los anteriores conceptos se desprenden como elementos comunes que la institución del divorcio es la forma legal para darle fin al vínculo matrimonial y sólo tiene lugar mediante la declaración de la autoridad judicial y en ciertos casos de la autoridad administrativa, dentro de un procedimiento señalado por la ley, en que se pruebe debidamente la imposibilidad de que subsista la vida matrimonial.

²³ GALINDO GARFÍAS, Ignacio, *Op Cit.* págs. 578-579

²⁴ *Ibidem*, pág 577

En cualquiera de los casos, la resolución que decreta la ruptura del vínculo matrimonial debe ser pronunciada cuando no haya duda de que ha cesado la posibilidad de que continúen unidos en matrimonio los consortes, ya sea por que ha quedado probada en juicio la existencia de los hechos graves de tal manera que están considerados en la ley como causa de divorcio.

.2 CLASES DE DIVORCIO.

El Código Civil para el Distrito Federal vigente, regula al divorcio en sus artículos del 266 al 291.

Este ordenamiento permite, tanto el divorcio vincular como la separación de cuerpos sin romper el vínculo matrimonial (divorcio no vincular). El divorcio vincular se divide en dos clases: el necesario y el voluntario. El primero puede ser pedido por un sólo cónyuge en base a causa específica señalada por la ley (artículo 267 contempladas en XIX fracciones y art. 268). El divorcio voluntario es el solicitado por el mutuo consentimiento de ambos cónyuges; y a la vez el divorcio voluntario puede asumir dos formas: el judicial que se lleva ante el juez de lo familiar y el administrativo que se lleva ante el Juez del Registro Civil o más bien conocido en el mundo jurídico como Oficial del Registro Civil, en razón a que éste último en sus pronunciamientos no tiene la capacidad de juzgar.

Clases de divorcio:

I).- Divorcio no vincular (o separación de cuerpos sin romper el vínculo)

II).- Divorcio vincular

- 1.- Divorcio necesario
- 2 - Divorcio voluntario

- a). Divorcio Voluntario de tipo Administrativo.
- b). Divorcio Voluntario de Tipo Judicial.

Los tipos de divorcios que hemos visto de manera breve, son los que actualmente contempla nuestro código civil vigente; los códigos del siglo pasado no contemplaban el divorcio vincular, solamente la separación de cuerpos. Es hasta la Ley de Relaciones Familiares de 1917, expedida por Don Venustiano Carranza, cuando aparece de una manera definitiva el divorcio vincular. Dicha ley en su artículo 75 a la letra decía; “El divorcio disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro”. El Código Civil vigente en su artículo 266 plasma de manera total el contenido del artículo 75, de la citada Ley de Relaciones Familiares.

2.2.1 DIVORCIO NO VINCULAR.

Es el estado de los cónyuges, que han sido dispensados por autoridad competente, de la obligación de vivir juntos. Esta separación no rompe el vínculo matrimonial, sólo dispensa a los cónyuges del deber de cohabitación.

En este sistema el vínculo matrimonial perdura, quedando subsistentes las obligaciones de fidelidad, ministración de alimentos e imposibilidad de contraer nuevas nupcias; sus efectos son la separación material de los cónyuges, quienes ya no estarán obligados a vivir juntos y tampoco a hacer vida marital. Este tipo de divorcio fue el único que regularon las codificaciones anteriores de 1870 y 1884.

El artículo 267 en sus fracciones VI y VII dan la pauta para pedir la separación de cuerpos, pero también el cónyuge sano tiene la opción de pedir el divorcio vincular. El cónyuge sano tiene la alternativa de decidir que tipo de divorcio quiere, fundándose únicamente en las fracciones precitadas (art 267 del Código Civil para el Distrito Federal); es decir cuando uno de los cónyuges padece una enfermedad crónica o incurable, si sobrevive después de celebrado el matrimonio, o cae en enajenación mental incurable, previa declaración de interdicción, sólo en estos casos, el cónyuge sano, podrá optar por la simple separación de cuerpos o por el divorcio vincular.

El divorcio no vincular, es conocido como divorcio separación; y consiste en el derecho de uno de los cónyuges de concluir con la cohabitación con el otro, que viene siendo la autorización judicial y sin romper el vínculo matrimonial; quedando de tal manera subsistente los demás derechos u obligaciones del matrimonio, tales como la fidelidad, alimentos, etc.

Al extinguirse judicialmente el deber de cohabitación termina también la figura del domicilio conyugal. Cada cónyuge tiene derecho a señalar su domicilio voluntario.

Este tipo de divorcio fue el único conocido en los códigos mexicanos del siglo pasado por la influencia en los mismos del derecho canónico que establece la indisolubilidad del matrimonio.

El divorcio no vincular, es mas bien conocido en el derecho canónico bajo la locución, separación de cuerpos.

Atendiendo a la existencia o no existencia de culpa, en que haya incurrido el cónyuge que ha dado motivo a la disolución del vínculo matrimonial, nos hace una diferenciación entre el divorcio remedio y el divorcio sanción. El primero de ellos que en la actualidad quedaría contemplado dentro de las fracciones VI y VII y que corresponden a las enfermedades padecidas por uno de los esposos; en cuanto al divorcio sanción, son contempladas dentro de éste las restantes del artículo 267 de la citada ley; y que el juez al dictar la sentencia contemplará en ésta la pérdida, la suspensión o la limitación del ejercicio de la patria potestad sobre sus hijos habidos durante el matrimonio (Art. 283 del código civil): Dentro de otros efectos que tiene el hecho de ser probada la causal en contra de uno de los cónyuges, el culpable responderá de los daños y perjuicios que cause al cónyuge inocente por haber dado causa al divorcio (art 288); así como otras restricciones hacia el culpable y que son precisamente la del impedimento de no poder casarse hasta transcurrido dos años, entre otras tantas obligaciones que impone la propia ley sustantiva en materia civil.

Como se puede observar de una realidad social palpable, el legislador ha establecido este remedio y permite la separación de los cónyuges, por la existencia del estado patológico en que se encuentra uno de ellos.

En las causales restantes del artículo 267 (I, II, III, IV, V, VIII, IX, X, XI, XII, XIII, XIV, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XX), es decir las referentes al divorcio sanción diremos que estas se generan de manera voluntaria o caprichosamente, por lo que quedan los sujetos en los supuestos jurídicos que las fracciones señalan, por lo que arroja un resultado o culpa derivado del mismo.

Una característica esencial que se puede observar, es que en este tipo de divorcio no existe cónyuge culpable, dado que se desprende dicha separación de la separación habida en cualesquiera de los cónyuges. Otra característica de suma importancia que se debe de mencionar es que este tipo de divorcio no produce ningún otro efecto sobre la patria potestad, bienes, (excepto cuando se declare la enajenación mental por conducto de autoridad competente para hacerlo), en este caso el cónyuge sano debiera administrar los bienes.

Tratándose de la separación de cuerpos, no existe reconciliación entre los cónyuges por que el cónyuge sano no imputa al demandado haber incurrido en falta; por lo tanto la reconciliación no pone fin al procedimiento judicial, sólo procede al desestimiento de la acción, para que el juez pueda fundadamente sobreseer el procedimiento. ^{*25}

2.2.2 DIVORCIO VINCULAR

El divorcio Vincular tiene como principal característica, la disolución del vínculo matrimonial en donde se dejan sin efecto las obligaciones entre los cónyuges y se otorga la capacidad para contraer nuevas nupcias.

Sara Montero Duhalt, define al divorcio vincular; "es la disolución del vínculo matrimonial en vida de los conyuges, decretada por autoridad competente por causas posteriores a la celebración del matrimonio y establecidas expresamente".²⁶

^{*25} Cfr. Ibidem, pág. 584 -586

²⁶ MONTERO DUHALT, Sara; Op_Cit pág 221

Por otro lado el código civil no define al divorcio vincular, se limita a expresar sus efectos en el artículo 266 y dice a la letra: **“El divorcio disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los conyuges en aptitud de contraer otro”**.

Como se puede observar el divorcio vincular es lo contrario a la separación de cuerpos, es decir, el divorcio vincular rompe con algunas de las obligaciones que se contrajeron con la celebración del matrimonio (quedando subsistentes los derechos y obligaciones referentes a la patria potestad, alimentos y posibilidad de heredar), por lo cual una vez divorciados tienen la facultad de contraer un nuevo matrimonio sin tomar en cuenta cual fue la causa que originó la disolución del vínculo matrimonial, salvo para las anotaciones marginales correspondientes en el acta de matrimonio ya disuelto por sentencia firme o para el futuro matrimonio.

El divorcio vincular rompe con la tradición del derecho canónico, el cual consideraba que el matrimonio era un sacramento, por lo tanto se decía que no había ley que rompiera esa unión matrimonial. En el año de 1917, es cuando aparece en México el divorcio vincular con la creación de la Ley de Relaciones Familiares, expedida por Don Venustiano Carranza.

En resumen, diremos que el divorcio vincular es el que tiene por objeto la disolución del vínculo matrimonial, basado en las causas ya manifestadas con antelación y que sin embargo puede convertirse en no vincular, cuando el cónyuge sano lo único que solicita es la SUSPENSIÓN DEL DEBER DE COHABITACIÓN, por razones obvias.

2.2.3. DIVORCIO VOLUNTARIO

El divorcio voluntario es aquél que dá lugar a los cónyuges a solicitar el divorcio en base a un consentimiento mutuo, sin expresión de causa alguna.

Se cree que un divorcio voluntario oculta hechos penosos que quedan al margen del propósito para no dañar la reputación familiar y no dar con ello pie a un escándalo.

Este tipo de divorcio, se distingue del necesario por que en este no existe la necesidad de probar ninguna causa que dé origen a la ruptura del vínculo matrimonial, solo basta el acuerdo o convenio de divorciarse, así como su solicitud respectiva, sin embargo en el divorcio necesario se tiene que probar la causa que haya dado origen a la demanda del divorcio, y que puede ser solicitado por el cónyuge que no haya dado origen a ello.

Considero que el divorcio voluntario es una buena forma de disolver el matrimonio, al mismo se acompaña la convivencia sana entre los conyuges, una vez que se haya decretado el mismo, por lo que se podría considerar como primera opción para resolver un problema de índole familiar. Y que, por el contrario en el divorcio necesario se tiene que hacer un planteamiento ante la autoridad judicial de una cuestión litigiosa, fundando su demanda en alguna causa prevista por la ley sustantiva de la materia, dicha causal debe contener una narración suscita de los hechos que funden la demanda; causa que, deberá ser debidamente probada en el juicio para obtener debidamente una sentencia que decrete el divorcio solicitado.

En síntesis nuestro Código Civil vigente contempla dos tipos de divorcios, uno de ellos, por medio de un procedimiento simplificado, mismo que se ventila ante un Juez del Registro Civil y que se conoce como divorcio voluntario de tipo administrativo y el otro llamado divorcio voluntario de tipo judicial, este último se lleva ante un juez de lo familiar, mismos que se verán en los temas subsecuentes.

2.2.3.1. DIVORCIO VOLUNTARIO DE TIPO ADMINISTRATIVO.

" Nuestro Código de Procedimientos Civiles contempla al divorcio de tipo administrativo o el llevado ante el oficial del registro civil, que es el mismo; en el Artículo 272.- *Cuando ambos consortes convengan en divorciarse y sean mayores de edad, no tengan hijos y de común acuerdo hubieren liquidado la sociedad conyugal, si bajo ese régimen se casaron, se presentaran personalmente ante el Juez del Registro Civil del lugar de su domicilio; comprobarán con las copias certificadas respectivas que son casados y mayores de edad y manifestarán de una manera terminante y explícita su voluntad de divorciarse.*

El Juez del Registro Civil, previa identificación de los consortes, levantará un acta en que hará constar la solicitud de divorcio y citara a los cónyuges para que se presenten a ratificarla a los quince días. Si los consortes hacen la ratificación al Juez del Registro Civil los declarará divorciados, levantando el acta respectiva y haciendo la anotación correspondiente en la de matrimonio anterior.

El divorcio así obtenido no surtirá efectos legales si se comprueba que los cónyuges tienen hijos, son menores de edad y no han liquidado su sociedad conyugal, y entonces aquellos sufrirán las penas que establezca el código de la materia

Los consortes que no se encuentren en el caso previsto en los anteriores párrafos de este artículo, pueden divorciarse por mutuo consentimiento, ocurriendo al juez competente en los términos que ordena el Código de Procedimientos Civiles " ²⁷

Eduardo Pallares, nos hace algunos comentarios acerca de este tipo de divorcio y de acuerdo a lo que establece en el artículo citado con anterioridad

"a). En cuanto al requisito que exige la ley, en el sentido de que comparezcan personalmente ante el juez del Registro Civil, infiere la idea de que éste no puede efectuarse por medio de representante legal o apoderado. La ley considera a este divorcio de tal manera como acto personalísimo, que implícitamente prohíbe se haga por otras personas que no sean los cónyuges.

b). Dentro de la actividad del Oficial de Registro Civil, esta es meramente pasiva, a diferencia de la Autoridad Judicial, y en el que los Jueces de Primera Instancia desempeñan el papel activo, al procurar, **por medio de consejos que los cónyuges no se divorcien**, en cambio en los divorcios ante el Oficial del Registro Civil, asume una conducta pasiva:

En síntesis la forma de llevarlo a cabo sería:

1.- Cuando comparecen por primera vez los cónyuges, se levanta una acta en la que hace constar su comparecencia y la declaración de voluntad de querer divorciarse; sí se cumplen con los demás requisitos.

²⁷ PALLARES, Eduardo; Op Cit pág. 39

2.- Los cita para que comparezcan dentro de quince días, a ratificar su voluntad de divorciarse

3.- Hecho lo anterior los declarará divorciados y procede a anotar la disolución del vínculo conyugal en el acta respectiva del matrimonio

El papel pasivo que desempeña el funcionario es precisamente la actitud que asume al tomar conocimiento de que no hay hijos de por medio, ni conflicto de intereses pecuniarios procedentes del matrimonio, y por ende tanto la sociedad como el Estado carecen de intereses en que el vínculo conyugal subsista, y es considerado el divorcio como la rescisión de un contrato.

4.- Dentro del texto del artículo 272 del Código Civil para el Distrito Federal, existe una frase que dice “Se presentarán personalmente ante el juez del Registro Civil de su domicilio”.²⁸

Pero puede suceder que no lo tengan; por otro lado también se exige copia certificada relativa a su mayoría de edad, pero no se exige prueba alguna respecto de los otros tres requisitos, a saber: el concerniente al domicilio, el de no haber procreado hijos y por ultimo, el que hayan liquidado la sociedad conyugal. Todos ellos admitidos como verdaderos bajo protesta de decir verdad.^{*29}

²⁸ Ibidem págs 40 y 41

^{*29} Cfr. Idem.

2.2.3.2 DIVORCIO VOLUNTARIO DE TIPO JUDICIAL

" Para demostrar que es un verdadero juicio, parto del principio de que la jurisdicción voluntaria se caracteriza porque en ella no hay cuestión entre partes, según expresamente lo previene el Código. Ahora bien, en el divorcio voluntario no hay cuestión entre los dos esposos, porque presupone que se han puesto de acuerdo en disolver el vínculo conyugal y en lo consiguiente al convenio que someten a la aprobación judicial. Si no la obtienen, el juez no puede decretar el divorcio, porque es condición de este punto, la validez del propio convenio declarada y reconocida por sentencia firme.

No obstante lo anterior, existe una cuestión entre partes porque, según ordena la ley, lo es también el Ministerio Público, que debe examinar la validez del convenio y dar su aprobación o negarla. Por tanto, la cuestión entre partes en el divorcio voluntario judicial, no es la disolución del vínculo conyugal, **sino la validez del convenio que los dos esposos someten al dictamen del Ministerio Público y a la aprobación del juez.** Este punto contencioso, es la materia propia de dicho juicio, por lo cual el procedimiento no debe incluirse en la jurisdicción voluntaria, sino en la contenciosa. En realidad, la cuestión entre partes concierne a los intereses económicos, a la educación y ejercicio de la patria potestad respecto de los hijos; intereses éstos, que afectan directa o indirectamente a la sociedad e incluso al estado".³⁰

Dentro del mismo orden de ideas provee el artículo 272 último párrafo de nuestro Código Civil y 674 del Código de Procedimientos Civiles, las siguientes condiciones para que proceda dicho divorcio:

³⁰ *Ibidem*, págs. 44 y 45

1.- El divorcio por mutuo consentimiento debe promoverse ante la autoridad judicial, los cónyuges que sean mayores o menores de edad que no se encuentren en estado de interdicción.

2.- tengan hijos

3.- hayan concertado el convenio que exige el artículo 273 del Código Civil.

4.- Que tengan un año de casados (Art. 274 del Código Civil para el Distrito Federal.)

Dentro del procedimiento que debe de observarse en este caso concreto es preciso mencionar las siguientes:

A).- Determinar la competencia.

La determinación de la competencia es básico dentro del inicio del juicio de divorcio.

La competencia radica en este caso en particular, en la determinación de la autoridad ante la que se debe de promover el divorcio, basado para ello en determinar primeramente si el divorcio voluntario judicial, es un verdadero juicio o constituye un proceso en la vía de jurisdicción voluntaria.

En el primer caso, debe resolverse que el juez competente es el del domicilio conyugal de acuerdo con lo que dispone el artículo 156 del Código de Procedimientos Civiles; si se está en la condición del segundo caso, hay que aplicar la fracción VIII del mismo precepto, y que para tal caso es competente para conocer de los actos de jurisdicción voluntaria el juez del domicilio del que promueve, excepto cuando se trate de bienes raíces, por que entonces será el de la ubicación del inmueble

Es conveniente mencionar que se consideran partes en este juicio, tanto los dos cónyuges como el Ministerio Público, por la importante función que éste tiene, y que es la de velar por los derechos e intereses morales y patrimoniales de los hijos menores de edad e interdictos, así como también para hacer o exigir que se cumplan debidamente las leyes relativas al matrimonio y al divorcio.

Eduardo Pallares, explica los documentos que deben acompañar a la demanda, y son:

- 1.- Copia certificada del acta de matrimonio de las personas que lo demandan.
- 2.- Copias Certificadas de las actas de nacimiento de los hijos procreados en el matrimonio.
- 3.- El convenio que exige el artículo 273 del código Civil.
- 4.- El inventario y avalúo de los bienes de la sociedad conyugal que va a liquidarse por virtud del divorcio.

Más adelante nos explica la importancia de cada uno de ellos.

"La copia del acta de matrimonio es absolutamente necesaria, ya que por lógica jurídica se presupone que para solicitar el divorcio, debe existir un acta de matrimonio como prueba plena.

En cuanto a las copias certificadas de las actas de nacimiento son sumamente necesarias, ya que los peticionarios del divorcio voluntario se presupone han procreado hijos, por que de no ser así se estaría hablando de otro tipo de divorcio ya mencionando con anterioridad.

En cuanto al inventario y avalúo de los bienes debe de suponerse que para haber intentado ocurrir ante la autoridad judicial para solicitar este tipo de divorcio; los bienes debieron haberse adjudicado de acuerdo a la propia voluntad de los divorciantes; por lo que la sentencia que ponga fin a este juicio, tocará estos puntos en su considerandos, resultandos y por último en sus resolutivos.

Cabe hacer plena mención que la demanda debe de ir acompañada de las documentales ya señaladas, así como del convenio, ya que de éste depende la admisión correspondiente.

Así mismo nos explica la naturaleza jurídica del convenio que sirve de base al divorcio, manifestando: "el convenio es un contrato *suigèneris*, por que la ley obliga a los consortes a incluir en él diversas estipulaciones, sin las cuales carece de validez y eficacia jurídica.

En otros términos, los consortes no tienen plena libertad para otorgarlo fuera de las prescripciones legales. Teniendo gran fuerza u obligatoriedad para ambas partes, ya que en sentencia ejecutoriada, la violación al mismo no da lugar a la rescisión, para obtener mediante ello, que vuelvan las cosas al estado en que se encontraban hasta antes de celebrado." ³¹

Es muy cierto que se puede lograr la ejecución forzosa por la vía judicial, pero de ninguna manera lograrán que la violación del mismo nulifique el divorcio y se vuelva a estar unidos por el matrimonio.

³¹ Idem.

Para que el convenio reúna todos los requisitos exigidos por la ley, el juez estará a lo estipulado en el mismo conforme al artículo 273 del Código de Procedimientos Civiles, y prevendrá a los promoventes, para que en un término procedente se haga la aclaración o adición de alguna cláusula conforme al precepto legal invocado, por lo que una vez pronunciado el auto de admisión, se dará vista al Ministerio Público adscrito al Juzgado, para que manifieste lo que a su derecho convenga.

El juez nunca dictará una sentencia en divorcio que apruebe un convenio irregular, no es válido y debe ser apelada por el Ministerio Público, pero si se eleva a cosa juzgada, será por este concepto, inatacable.

Considero importante incluir las estipulaciones que debe de contener el convenio de divorcio; y que se pueden clasificar en los siguientes grupos:

- a). Las relativas a las personas de los cónyuges (divorciantes).
- b). Las concernientes a los hijos
- c). Las que se refieren a los bienes de la sociedad conyugal o liquidación de ésta.

B).- Estipulaciones relativas a los conyuges(divorciantes).

- 1.- El domicilio donde debe habitar la esposa durante la tramitación del juicio
- 2.- La determinación de la cantidad por concepto de alimentos que deba pagar un cónyuge al otro, sea que se trate de la mujer o del marido;
- 3.- La estipulación referente a la manera de administrar los bienes de la sociedad conyugal durante el procedimiento y hasta que sea liquidada; así como el modo de liquidarla y el nombramiento de sus liquidadores.

B) - Estipulaciones relativas a los hijos.

Artículo 273 del Código Civil para el Distrito Federal, establece:

Fracción I - Designación de persona a quien serán confiados los hijos del matrimonio, tanto durante el procedimiento como después de ejecutoriado el divorcio

Fracción II.- El modo de subvenir las necesidades de los hijos tanto durante el procedimiento como después de ejecutoriado el divorcio.

Fracción III - La casa que servirá de habitación a cada uno de los cónyuges durante el procedimiento.

Fracción IV.- En los términos del artículo 288, la cantidad que a capítulo de alimentos un cónyuge debe pagar al otro durante el procedimiento y después de ejecutoriado el divorcio, así como la forma de hacer el pago y la garantía que debe otorgarse para asegurarlo.

C).- Las que se refieren a los bienes de la sociedad conyugal o su liquidación

Fracción V.- La manera de administrar los bienes de la sociedad conyugal durante el procedimiento y la de liquidar dicha sociedad después de ejecutoriado el divorcio, así como la designación de liquidadores. A ese efecto se acompañará un inventario y avalúo de todos los bienes muebles o inmuebles de la sociedad.

Como es de observarse en su más extenso sentido del precepto antes citado, habla precisamente de la forma en que quedarán garantizados lo referente a los alimentos de los hijos, así como del domicilio de los cónyuges y por último de algo tan

importante para el Representante Social, que es el cuidado bajo el cual estarán los hijos; en términos generales el Ministerio Público deberá asegurarse bajo que condiciones se llevó al cabo el convenio que se anexa a la demanda de divorcio voluntario, pudiendo este oponerse, para su modificación en cuanto a sus cláusulas, cuando no se garanticen los intereses por los que éste vela y que son los que ya se enlistaron

Cabe mencionar que nuestro Código de Procedimientos Civiles en sus artículos 674 al 681 prevee dicho divorcio y la manera de llevarlo a cabo.^{*32}

2.2.4 DIVORCIO NECESARIO

Este tipo de divorcio, es conocido también como el divorcio de tipo contencioso.

El divorcio contencioso, es aquel que requiere de la existencia de un matrimonio válido, la acción de divorcio, debe hacerse valer ante el juez competente, por persona capaz y legitimada procesalmente para accionar. Es necesario que la causal involucrada, se encuentre comprendida en cualquiera de las causas taxativamente señaladas en los artículos 267 y 268 del código civil”.

" La autoridad competente que debe de conocer de este tipo de divorcio, es el juez de lo familiar del domicilio conyugal o en caso de abandono de hogar, el del domicilio del cónyuge abandonado.

^{*32} Cfr. Idem,

Por otro lado, se presentan las medidas provisionales, que son pronunciadas por el juez al admitir la demanda de divorcio, y que ordenan que se adopten ciertas medidas cautelares de naturaleza provisional mientras se tramita o se lleva acabo el divorcio, y que son pronunciadas en lo que atañe a la persona de los consortes respecto de las obligaciones de naturaleza patrimonial entre los esposos y en relación con los hijos (art 282 del Código Civil)."³³

"Artículo 282.- Al admitirse la demanda de divorcio, o antes si hubiere urgencia y sólo mientras dure el juicio, se dictarán las medidas provisionales pertinentes, conforme a las disposiciones correspondientes:

I.- Derogada

II.- Proceder a la separación de los cónyuges de conformidad con el Código de Procedimientos Civiles;

III.- Señalar y asegurar los alimentos que debe dar el deudor alimentario al cónyuge acreedor y a los hijos;

IV.- Las que se estimen convenientes para que los cónyuges no se puedan causar perjuicios en sus respectivos bienes ni en los de la sociedad conyugal en su caso.

V.- Dictar, en su caso, las medidas precautorias que la ley establece respecto a la mujer que quede en cinta.

VI.- Poner a los hijos al cuidado de la persona que de común acuerdo hubieren designado los cónyuges, pudiendo ser uno de éstos. En defecto de ese acuerdo, el cónyuge que pida el divorcio propondrá la persona en cuyo poder deben quedar provisionalmente los hijos. El juez, previo el procedimiento que fije el código respectivo resolverá lo conducente.

³³ GALINDO GARFIAS, Ignacio, *Op. Cit.*, págs 596 y 597

VII.- La prohibición de ir a un domicilio o lugar determinado para alguno de los cónyuges, así como las medidas necesarias para evitar actos de violencia familiar.

Salvo peligro grave para el normal desarrollo de los hijos, los menores de siete años deberán quedar al cuidado de la madre."

A la disolución del vínculo conyugal, **el legislador no ha querido que los Tribunales tengan la facultad de establecer causas diferentes de las que él consideró las únicas justificadas; y que por ende si el legislador omitió esa limitación, algunos hechos graves que merecen ser considerados como causas de divorcios, estos simplemente no pueden ser percibidos por el legislador.** El autor nos expresa que anteriormente en el Distrito Federal y territorios, era considerada la incompatibilidad de caracteres como causa de divorcio, que en muchos casos se hacía valer para evitar con ello hechos vergonzosos y que se convierten en públicos; hechos que deshonran al cónyuge culpable.

Otro de los casos comunes que comenta el autor, es precisamente, los casos frecuentes que el marido sea invertido y que mantenga relaciones sexuales con otro varón, hecho éste que no constituye un auténtico adulterio, aunque tenga grandes semejanzas con él.

Por ultimo comentando la idea del autor nos dice más adelante que en nuestra realidad se ve con frecuencia que la mujer o esposa es quien practica la degeneración, que no puede ser asimilada al adulterio, por las condiciones que éste debe presentar

Para tratar de comprender un poquito más el divorcio necesario, éste se funda en las veintiuna causales de divorcio del artículo 267 y el artículo 268 del Código Civil para el Distrito Federal.

Dentro de este sistema de divorcio se consideran dos tipos de divorcio: el divorcio sanción por un lado, y el divorcio remedio por el otro; el primero de ellos es el que se refiere a aquellas causales que señalan un acto ilícito o un acto en contra de la naturaleza misma del matrimonio.

Por otro lado el divorcio remedio se instituye como una protección en favor del cónyuge sano o de los hijos, contra enfermedades crónicas e incurables que sean además contagiosas o hereditarias. El divorcio necesario sólo puede ser demandado por el inocente y dentro de los seis meses siguientes al día en que se tuvo conocimiento de los hechos en que funde la demanda, es decir cuando el cónyuge inocente se entera que su esposo-(a), según sea el caso incurrió en una causal que contempla el artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal.*³⁴

2.3 ANALISIS DE LAS CAUSALES DE DIVORCIO CONTEMPLADAS EN EL ARTICULO 267 DEL CODIGO CIVIL VIGENTE PARA EL DISTRITO FEDERAL.

Para que uno de los cónyuges pueda iniciar un juicio de divorcio contra el otro, esto es, demandarlo ante el órgano jurisdiccional, tiene que existir una causa grave, reconocida por la ley como motivo suficiente para disolver el vínculo matrimonial.

*³⁴ Cfr PALLARES, Eduardo Op.cit. págs 60-61

Además, debe de probar que es cierta su acusación, pues en caso contrario el cónyuge que fue demandado y que por resolución del juez en sentencia haya, declarado como no probada la acción de la parte actora, el cónyuge demandado podrá obtener el divorcio sin dificultad alguna, si presenta su demanda después de tres meses de que le hayan notificado la absolución de la primera demanda. Durante ese plazo de tres meses los esposos no están obligados a vivir juntos.

Por otra parte, la culpa se tiene que haber cometido durante el matrimonio, no antes, y es necesario que el cónyuge demandante no haya perdonado expresa o tácitamente; es decir, que debe de presentar su demanda de divorcio en un plazo máximo de seis meses a partir del momento en que se enteró de la culpa que denuncia. Pasado este tiempo se entiende que el cónyuge ofendido perdona tácitamente la ofensa, y ya no cabe divorcio por la ofensa perdonada.

Entre las causas de divorcio, según su importancia, unas obligan al juez a decretar el divorcio y otras están sujetas a que el juez califique su gravedad y determine concederlo o negarlo; la doctrina ha utilizado diferentes criterios para clasificar las causales de divorcio, estos criterios son los siguientes: causas que implican un delito, causas que implican incumplimiento de las obligaciones conyugales, causa que constituyan hechos inmorales, causas remedio, causas que implican conductas desleales, etc.^{*35}

Dentro de este tema analizaremos cada una de las causales, pero haremos incapie a un criterio o principio de aplicación restricta de las causas de divorcio.

^{*35} Cfr Idem.

"La H. Suprema Corte de Justicia ha establecido la Jurisprudencia de que las causas de divorcio son autónomas, en el sentido de que es igual vincularlas entre sí, complementando o convinando lo que unas dicen con lo que otras ordenan. Está prohibido interpretarlas extensivamente y aplicarlas a casos diferentes de los que de manera expresa supone cada norma".³⁶

A). CAUSAS EN LAS QUE LOS TRIBUNALES GOZAN DE FACULTAD DISCRECIONAL PARA DECRETAR EL DIVORCIO O ABSTENERSE; y que desde luego se toma para ello en cuenta la gravedad de los hechos ejemplo: injurias graves, sevicia, calumnias, abandono del hogar sin oír causas justificadas, etc.

B). LAS CONTRARIAS A LAS ANTERIORES, es decir las que los tribunales no tienen esa facultad discrecional.

Ejemplo: adulterio, abandono de hogar por más de un año, falta de pago de alimentos, la promoción de un juicio improcedente.

Es importante la apreciación de que gozan los tribunales en materia de prueba, en cada uno de los casos analizados A y B.

C). EL TERCER GRUPO ESTA FORMADO POR LAS CAUSAS QUE IMPLICAN UN HECHO CULPABLE, E INCLUSO, LA COMISION DE UN DELITO, POR PARTE DEL CONYUGE DEMANDADO; tal es el caso como el adulterio, la incitación a cometer un delito, la corrupción de la mujer, el abandono del domicilio conyugal, etc., En sentido opuesto hay causas que no tienen esa naturaleza Jurídica, por ejemplo padecer algunas enfermedades que especifican las fracciones VI y VII del artículo 267.

³⁶ Idem.

D).EL CUARTO GRUPO COMPRENDE LO REFERENTE AL INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES MATRIMONIALES, y que son precisamente la relativas a suministrar alimentos al otro cónyuge y a sus hijos, y la de el deber de cohabitación en el domicilio conyugal.

Se incluyen dentro de este contexto las causas que tratan sobre el hecho de evitar la influencia perniciosa en la vida de los hijos o del otro consorte.

E). EL ULTIMO GRUPO, comprende las causas por motivos de honor o por que ponen al cónyuge que ha incurrido en ellas, en la imposibilidad de continuar cumpliendo con sus obligaciones familiares; ejemplo XIV y XV ".³⁷

Así, pues el artículo 267 del Código Civil vigente para el Distrito Federal, establece las causales de divorcio:

PRIMERA CAUSA DE DIVORCIO

"El adulterio debidamente probado de uno de los cónyuges;"

Esta causal, ha tenido varias modificaciones entre una de ellas, es la de poner en igualdad de circunstancias a la mujer, es decir se ha igualado la situación jurídica del hombre y de la mujer; ello debido a que tanto en la Ley de Relaciones Familiares, como en el código de 1884, esta conducta era imputada de una forma muy frecuente y en cualquier circunstancia a la mujer; lo que la dejaba en cierta desigualdad vista a plena luz.

³⁷ Ibidem. págs.62-63

Esta causal tiene dos vertientes principalmente: Una que es la vía civil y que constituye propiamente dicho la causal de divorcio, y que deja al cónyuge inocente en posibilidad de ejercitarla ante el juez de lo familiar para solicitar el divorcio.

La otra corriente la contempla nuestro código penal vigente, ilícito que no define al adulterio, únicamente lo sanciona.

Adulterio: "consiste en la unión sexual que no sea contra natura de dos personas que no estén unidas por el matrimonio civil, y de las cuales una de ellas o las dos, estén casados civilmente con un tercero."³⁸

Esta definición nos da como elementos que; no hay adulterio en los actos contra naturaleza aun cuando existan los demás elementos de la definición; y que tampoco puede haberlo cuando las personas que se unen sexualmente que sólo están casadas por vínculos religiosos con un tercero.

El adulterio sólo existirá, cuando exista como acto consumado, de otra manera la ley penal no castiga la tentativa. Sin embargo en otros Estados de la República Mexicana, no es necesario que se haya consumado; como es el caso en el Código Civil vigente para el Estado de Guanajuato, a la letra dice el artículo.- 322 Son causas de divorcio: Fracción I.- "El adulterio de uno de los cónyuges." este precepto jurídico nos da la razón en el sentido, que, no es necesariamente que deba de quedar debidamente probado el adulterio como lo exige nuestro Código Civil vigente para el Distrito Federal.

³⁸ Idem

La jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, señala:

"Para la comprobación del adulterio como causal de divorcio, la prueba directa es comúnmente imposible, por lo que debe admitirse la prueba indirecta para la demostración de la infidelidad del cónyuge culpable".³⁹

Como es de observarse, claramente existen diferencias entre los ordenamientos legales, porque en el Distrito Federal, se requiere de mayor certeza para llevar a cabo la acción de divorcio mediante esta vía, por lo que en caso de no quedar debidamente probada dicha causal, quedará en una mera acusación calumniosa, y que dejará en posibilidad al otro cónyuge en poder de ejercitar su derecho conforme crea conveniente, y de acuerdo a la imputación hecha.

Los jueces para tratar de ser justos en su determinación se han basado en cierta manera en la prueba indirecta, sin embargo se deja la posibilidad de que verdaderamente no quede probado el adulterio, al menos por la acción civil intentada, debido a que deberá existir cierto número de elementos que ya se mencionaron en un principio y que como asegura Eduardo Pallares, " **en la practica es más acertado demandar el divorcio por injurias graves y no por adulterio o por las dos cosas a la vez, considerando como tales injurias la conducta seguida por el adulterio con su cómplice.**"⁴⁰

³⁹ Cit. por CHAVEZ ASECIO, Manuel F. Op. Cit Págs 494-495

⁴⁰ PALLARES, Eduardo Op. Cit pág 63 y 64

SEGUNDA CAUSA DE DIVORCIO

"El hecho de que una mujer dé a luz, durante el matrimonio, un hijo concebido antes de celebrarse este contrato, y que judicialmente sea declarado ilegítimo;"

Nuestro Código Civil para el Distrito Federal, en su artículo 324.- "Se presumen hijos de los cónyuges:

I- Los hijos nacidos después de ciento ochenta días contados desde la celebración del matrimonio;

II - 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 del divorcio. Este término se contará, en los casos de divorcio o nulidad, desde que de hecho quedaron separados los cónyuges por orden Judicial."

Interpretando este precepto jurídico en sentido contrario, esto quedaría de la siguiente manera:

I.- El hijo sólo puede ser declarado ilegítimo cuando nace antes de que se cumplan los 180 días siguientes a la celebración del matrimonio, porque si el nacimiento se efectúa después, el hijo se presume legítimo, y por tanto, del marido

En consecuencia el artículo 325, nos dice: "Contra esta presunción no se admite otra prueba que la de haber sido físicamente imposible al marido tener acceso carnal

con su mujer en los primeros ciento veinte días de los trescientos que han precedido al nacimiento."

Art. 328.- "El marido no podrá desconocer que es padre del hijo nacido dentro de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio.

Fracción I.- Si se probaré que supo antes de casarse el embarazo de su futura consorte; para esto se requiere un principio de prueba por escrito.

Fracción II.- Si concurrió al levantamiento del acta de nacimiento y esta fué firmada por él, o contiene su declaración de no saber firmar;

Fracción III.- Si ha reconocido expresamente por suyo al hijo de su mujer,

Fracción IV.- Si el hijo no nació capaz de vivir.

Art. 329.- Las cuestiones relativas a la paternidad del hijo nacido después de trescientos días de la disolución del matrimonio podrán promoverse en cualquier tiempo por la persona a quien perjudique la filiación.

Debemos concluir que la ley siempre protegerá al nacido o infante, dado que esa es una característica de nuestra legislación civil por lo que no es fácil poder deslindarse de esta responsabilidad, cuando verdaderamente se es padre de manera irresponsable de un embarazo.

Es preciso mencionar que la acción de divorcio en este caso, únicamente puede ser intentada después de que se obtenga por parte del marido una sentencia ejecutoriada en la que se declare la ilegitimidad del hijo;

El artículo 31 del Código de Procedimientos Civiles, dice que no podrán ser acumuladas dos acciones de las cuales el éxito de una de ellas dependa del resultado que se obtenga de la otra que ha de iniciarse en primer término, que el marido no podrá promover el divorcio sino después de que con la autoridad de la cosa juzgada se declare que el hijo no es suyo. Por otro lado el vínculo matrimonial quedará siempre subsistente y con ello las obligaciones alimentarias que debe guardar para con su esposa, hasta en tanto no se resuelva la ilegitimidad del nacimiento, por ende al interponer esta acción, podrá a su vez, solicitar el depósito de la mujer como acto preparatorio. Sin embargo la obligación de alimentar a su probable hijo subsistirá, dada la protección que brinda nuestra legislación civil en estos casos.

Por último diremos que según el artículo 330 del código civil, otorga un término para poder interponer la acción de desconocimiento de la paternidad, y que es de 60 días contados desde el nacimiento, si está presente el marido; desde el día en que llegó al lugar, si estuvo ausente; desde el día en que descubrió el fraude, si se le ocultó el nacimiento.

TERCERA CAUSA DE DIVORCIO

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

Esta causal se refiere a los LENONES, y como lo menciona el Diccionario de Estriche, citado por Pallares, señala: Lenocinio "El infante comercio de prostitución de mujeres

La Ley I, Tit. 22 Part. 7, divide en cinco clases a las personas que se dedican a este oficio: 1a.- de los bellacos que guardan las rameras públicas en el burdel, tomando parte de su ganancia; **2da.-** de los que, como chalanes, corredores o medianeros, andan solicitando las mujeres que está, en sus propias habitaciones para los hombres que les dan algún interés en premio de su vileza; **3a.-** de los que tienen en su casa mozas que se prostituyen, con el objeto de percibir las ganancias que ellas hacen por su medio; **4a.-** de los viles maridos que sirven de alcahuetes a sus mujeres **5a.-** de los que por algún lucero consenten en su casa la concurrencia de mujer casada vota de buen lugar para hacer fornicio, sin ser sus mediane".⁴¹

La propuesta del marido debe ir encaminada a que su mujer , con su consentimiento, ejerza la prostitución, siendo la prueba idónea para probar esta causal, testigos a la persona con la cual la mujer tenga relaciones sexuales por una paga o cualquier remuneracion.

Ahora bien ¿ puede también la mujer prostituir a su marido ?.

Pensemos que sí, pero como la causal también hace referencia a la propuesta del marido para prostituir a su mujer, si ésta prostituye a su marido, no existira la causal de divorcio reglamentada en la fracción que comentamos .

⁴¹ Ibidem pág.62

CUARTA CAUSA DE DIVORCIO

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

Esta causal es nula en cuanto a su existencia y aplicación.

QUINTA CAUSA DE DIVORCIO.

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

Existen infinidad de actos inmorales ejecutados por el marido o por la mujer para corromper a los hijos, pero el abogado postulante y los jueces correspondientes, deben de tener en cuenta que los actos inmorales son aquellos que van en contra de la moral o las buenas costumbres, pero no solamente deben ser inmorales sino corromper a los hijos. Ejemplo: si un padre manda a su hija a tener relaciones sexuales con determinada persona para que le dé dinero, será a todas luces un acto inmoral, o si un padre lleva a sus hijos, estando casado, con otra mujer y les dice que esa mujer es su mamá y que le deben llamar como tal .

SEXTA CAUSA DE DIVORCIO.

"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".

La prueba idónea para probar esta causal es la pericial médica, aunque cabe preguntarnos **si la impotencia sexual también se puede referir a la mujer.**

Al respecto, tomando en consideración la conformación biológica de la mujer, pensamos que la impotencia solamente se puede aplicar al hombre, siendo idónea para probarla, la prueba pericial médica .

SEPTIMA CAUSA DE DIVORCIO.

"Padecer enajenación mental incurable, previa declaración de interdicción que se haga respecto del cónyuge demente;"

Esta causal no amerita mayor comentario por ser clara.

OCTAVA CAUSA DE DIVORCIO.

"La separación de la casa conyugal por más de seis meses sin causa justificada;"

Estamos en presencia de la causal más socorrida en materia de divorcio, pues basta probar que el cónyuge se separó por más de seis meses sin causa justificada, siendo **la prueba idónea para probar esta causal la testimonial de los vecinos y la inspección**, así como también una certificación de la oficialía de partes de los juzgados en el sentido de que el cónyuge que se separó no demandó dentro del plazo de un año el divorcio, contado a partir del día de la separación.

NOVENA CAUSA DE DIVORCIO.

"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 separó entable la demanda de divorcio;"

Se discute si la causal está establecida en favor del cónyuge presente o el cónyuge ausente, pensando nosotros que está establecida en favor de los dos cónyuges, ya que el cónyuge que se separe del hogar conyugal por causa justificada dispone de un año para demandar el divorcio y demostrar la causa bastante que tuvo para separarse del domicilio conyugal, pero si no lo hace en ese término, el derecho para pedir el divorcio pasa al cónyuge abandonado.

DECIMA CAUSA DE DIVORCIO.

"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 preceda la declaración de ausencia;"

Esta causal de divorcio no amerita mayor comentario, ya que es posible que se haya presentado en contadisimas ocasiones.

DECIMOPRIMERA CAUSA DE DIVORCIO.

"La sevicia, las amenazas o las injurias graves de un conyuge para el otro;"

Conjuntamente con el abandono injustificado del hogar conyugal, esta causal de divorcio es muy socorrida en la realidad y en la práctica forense del divorcio, siendo la prueba idónea para acreditarla la testimonial de personas, preferentemente vecinos.

Debe tenerse mucho cuidado de señalarse en la demanda el lugar, día y hora en que se produzca las sevicias, las amenazas o las injurias, que son tres causas de divorcio reglamentadas en una sola fracción

DECIMOSEGUNDA CAUSA DE DIVORCIO.

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

Como se verá, la fracción contiene dos causales de divorcio: el incumplimiento por alguno de los cónyuges de lo dispuesto en el artículo 164, y el incumplimiento también de la sentencia ejecutoriada dictada conforme a lo establecido en el artículo 168.

La primera causal debe probarse con testigos o documentales (recibo de préstamo por alimentos y otras) y la segunda con prueba documental pública, consistente en copia certificada de la sentencia ejecutoriada que puede reforzarse con testigos.

DECIMOTERCERA CAUSA DE DIVORCIO.

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

Esta causal debe probarse con documental pública, consistente en copia certificada del acta de averiguación previa, debiéndose tener cuidado de que no opere en favor del cónyuge alguna excusa absolutoria o una excluyente de responsabilidad penal que hagan improcedente el ejercicio de la acción penal, ya que si ésta no procede, tampoco procederá la causal indicada.

También opera ésta causal cuando es absuelto el cónyuge en sentencia firme ejecutoriada que se dicte con motivo de la imputación delictuosa.

DECIMOCUARTA CAUSA DE DIVORCIO.

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

Resulta ilógico pensar que haya delitos no infamantes, cuando todos lo son. Pensamos que esta causal es injusta, precisamente porque en esos casos se ve el amor y la solidaridad del cónyuge hacia el otro, por lo que si fuera derogada, nadie la hecharía de menos. Esta causal de divorcio, en nuestro criterio debe suprimirse del Código Civil.

DECIMO QUINTA CAUSA DE DIVORCIO.

"Los hábitos de juego o de embriaguez o el uso indebido y persistente de drogas enervantes, cuando amenazan causar la ruina de la familia o constituyen un continuo motivo de desavenencia conyugal;"

Aquí se contemplan varias causales de divorcio como son el juego, la embriaguez y la drogadicción.

Pero ¿ a qué clase de ruina se refiere la fracción ? ¿ a la moral, económica o a ambas ?

Opinamos que la causal es operante cuando se amenaza tanto la ruina moral como económica de la familia, por que tan mala es la una como la otra, siendo las pruebas idóneas para probar estas causales, la pericial médica y la testimonial.

DECIMOSEXTA CAUSA DE DIVORCIO.

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

Esta causal es clara, siendo algunos actos punibles: el robo, fraude, abuso de confianza, lesiones, etc.

DECIMOSEPTIMA CAUSA DE DIVORCIO

"El mutuo consentimiento;"

Este es un tipo de divorcio en el que no amerita mayor información, ya que en el capítulo respectivo lo tratamos a fondo, simplemente se hace mención por que es considerado por la ley como una causa de divorcio

DECIMOCTAVA CAUSA DE DIVORCIO.

"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;"

La separación de los cónyuges por el término de dos años, **demuestra palpablemente que se perdió el cariño, el amor, el respeto y que ya los esposos no desean compartir sus vidas,** por lo que esta causal es un acierto.

DECIMONOVENA CAUSA DE DIVORCIO.

"Las conductas de violencia cometidas por uno de los los cónyuges contra el otro o hacia los hijos de ambos o de alguno de ellos. Para los efectos de este artículo se entiende por violencia familiar lo dispuesto por el artículo 323-ter de este Código;"

Esta causa de divorcio acaba de entrar en vigor el treinta de diciembre de mil novecientos noventa y siete.

VIGESIMA CUAUSA DE DIVORCIO.

"El incumplimiento injustificado de las determinaciones de las autoridades administrativas o judiciales que se hayan ordenado, tendientes a corregir los actos de violencia familiar hacia el otro cónyuge o los hijos, por el cónyuge obligado a ello;"

De igual forma esta causal entró en vigor el día treinta de diciembre de mil novecientos noventa y siete.^{*42}

VIGESIMA PRIMERA CAUSA DE DIVORCIO.

"La declaracion unilateral de repudium, por la pérdida de la affectio maritalis, como clase de divorcio."

Existe la necesidad de crear una figura jurídica nueva que evite gradualmente el deterioro de la célula de la sociedad. En este sentido se han adicionado dos causales más al artículo 267 del Código Civil, sin embargo ello no cumple con los laceraciones provocadas a nuestras familias mexicanas. Existe un criterio en el sentido de que las leyes ni el propio Estado pueden evitar las separaciones de las parejas unidas en matrimonio, ni creando figuras rígidas que sancionen estos hechos. Lo que en todo caso, se debería hacer es prevenir la violencia intrafamiliar en los matrimonios que se encuentran ante una perturbación insuperable para evitar con ello la desintegración familiar, dándole de esta manera la protección hacia los hijos y el cónyuge afectado.

^{*42} Cfr BAILON VALDOVINOS, Rosalío, "Teoria y Practica del Divorcio ", Editorial Mundo Jurídico, México, 1914. Págs. 97-101

Corresponde al Estado Mexicano la obligación de velar por el interés del futuro de México, crear la atmósfera propicia para su crecimiento y desarrollo, lo anterior mediante la creación de un Institución que reúna los elementos y requisitos de atención en ese sentido.

Por último crear una figura jurídica de esta naturaleza, nos pondría bajo la lupa de una verdadera observación de los encargados de impartir justicia, al momento de emitir su resolución, y permitir el divorcio mediante esta vía; apreciando desde luego la perturbación insuperable del matrimonio, tratando de evitar a toda costa la evasión de la fijación de las pensiones alimenticias respectivas con la vista que se le de al Ministerio Público adscrito al juzgado que corresponda, lo anterior por las características esenciales que recubren a los alimentos.

CAPITULO TERCERO

DEL MATRIMONIO.

En el presente capítulo veremos lo relativo a los diferentes conceptos que se vierten sobre el matrimonio, su naturaleza jurídica del matrimonio, el matrimonio como acto solemne, la invalidez del matrimonio, la nulidad / la ilicitud del matrimonio y los efectos del matrimonio.

Como primer punto se plasmaron los conceptos que se consideraron idóneos para la definición del matrimonio, analizados desde el punto de vista histórico, hasta llegar a los conceptos más actualizados. La naturaleza jurídica del matrimonio, nos ayudará a desentrañar su verdadero sentido jurídico, las diferentes consideraciones que se han tomado en cuenta al respecto y que se refieren al matrimonio como contrato, institución, acto de poder, estado jurídico y acto jurídico. La solemnidad del matrimonio, refiere a la forma de llevarse a cabo y los elementos que deben revestir el acto de la celebración del matrimonio. La invalidez y la nulidad así como la ilicitud, son producto de la falta de alguno de los elementos que deben de observarse al momento de la celebración del matrimonio, se podría afirmar que son las consecuencias de la falta de cumplimentación de alguno de estos elementos y que pueden ser esenciales o de validez e inclusive de forma, lo que por falta de alguno de ellos, produce diferente consecuencia como se verá en el transcurso del estudio del tema. Por último los efectos del matrimonio se verán de una manera breve, pero significativa por la amplitud del tema; y que refieren precisamente a los derechos y obligaciones que se generan con la celebración del matrimonio respecto de los hijos.

El desarrollo y estudio de este capítulo, es la base de partida del estudio del tema de tesis que se plantea; ya que como lo menciona en su obra la tratadista de la materia Sara Montero Duhalt, "el divorcio es la antítesis del matrimonio", por lo que corresponde tomar en consideración los diferentes enfoques que al respecto se vierten.

.1 CONCEPTO

"Se ha señalado que la palabra matrimonio es de origen latino y deriva de la unión de **matris (madre) y monium (carga o gravamen)**; su significación etimológica da idea pues que las cargas más pesadas que derivan de la unión recaen sobre la madre ".⁴³

En este sentido decían las partidas que: "**Matris et munium**, son palabras de latín, de que tomó nome matrimonio, que quiere tanto en romance, como officio de madre. E la razón por que llaman matrimonio al casamiento, e non patrimonio, es esta. Porque la madre sufre mayores trabajos con los hijos que el padre. Ca como quier que el padre los engendra, la madre sufre gran embarazo con ellos, de mientras que los trae, e sufre muy grandes dolores quedando han de nacer, e desoués que son nascidos, ha muy grande trabajo en criar a ellos mismos por sí. E demás desto, por que los hijos mientras son pequeños, mayor menester han de la ayuda de la madre, que del padre. Es por todas estas razones sobredichas que caben a la madre de fazer, e non al padre, por ende es llamado matrimonio, e non patrimonio."⁴⁴

Don Jose Castan Tobeñas, lo define como:

"El contrato solemne regulado exclusivamente por las leyes civiles, por el cual se unen perpetualmente el varón y la mujer para el mutuo auxilio, procreación y educación de los hijos."⁴⁵

⁴³ CHAVEZ ASENCIO, Manuel F.; Op.Cit Pág. 42

⁴⁴ Idem,

⁴⁵ Ibidem, pág 70

Knecht lo expresó así.

La unión válida de un hombre y una mujer celebrada conforme a las leyes del estado y ante el magistrado civil, es la declaración de voluntad de contraer matrimonio prestada ante un magistrado civil y la situación jurídica creada por este acto.

Para el autor argentino **Carlos Jose Alvarez** "Unión legítima indisoluble del hombre y la mujer con el fin de procrear alimentar y educar a sus hijos y auxiliarse los esposos reciprocamente en la vida.

Para **Rodolfo de Ibarrola**: Unión del hombre y la mujer en una comunidad de vida, destinada a la formación de la familia, precedida de la manifestación del consentimiento, por el acto Jurídico de la celebración ante el oficial del Registro Civil.

Proyones: Institución Social, mediante la cual se establece la unión entre dos personas de distinto sexo, para realizar la propagación de la especie y los demás fines materiales y morales necesarios para el desarrollo de la personalida.

Spota: Acto Jurídico complejo que surge en virtud de que el hombre y la mujer declaran su voluntad de unirse a fin de construir una familia legítima siguiendo a estas declaraciones la del Oficial Público hecha en nombre de la ley y por la cual nos declara marido y mujer.

Borda: Es la unión del hombre y la mujer para el establecimiento de una plena comunidad privada

Por último para **Lagomarcino** da dos definiciones:

MATRIMONIO. “El matrimonio es la Institución Social fundada en la unión entre el hombre y la mujer tendiente al nacimiento de la familia legítima a la propagación de la especie y al cuidado de la prole.

MATRIMONIO ACTO: El contrato del Derecho familiar en virtud del cual un hombre y una mujer formalizan una unión reconocida por la ley con base en la familia legítima.

A manera de aterrizar en nuestra definición diremos que existen elementos que forman la base de un concepto común y que en la mayoría de los conceptos ya mencionados nos hablan de ellos de manera indistinta y que son pues: **unión de hombre y mujer, consorcio, indisolubilidad, sociedad, comunidad, perpetuación, ayuda, común destino, constitución legítima de la familia, institución social y jurídica para formar familia, entre otros.**

El matrimonio es un compromiso JURIDICO, PUBLICO Y PERMANENTE DE VIDA CONYUGAL.^{*46}

^{*46} Cfr. CHAVEZ ASENCIO, Manuel F Ibidem ,págs 71-72

Asimismo para Chavez Asencio desde un punto de vista personal manifiesta que el matrimonio debe comprender dos aspectos de vital importancia y que refieren.

PRIMERO.- A UN ACTO CONSTITUTIVO, que comprende como su nombre lo indica a la constitución del acto mismo, es decir a la solemnidad que reviste el acto y que es ante la presencia del Juez del Registro Civil para constituir el vínculo conyugal, denominado matrimonio estado.

SEGUNDO.- Que es precisamente EL ESTADO DE VIDA, y que refiere al compromiso intrínseco indisoluble, que los cónyuges no podrán disolver por sí solos el vínculo matrimonial que los ha unido, sino, que, tendrán que requerir de la intervención de un Juez de lo Familiar o del Registro Civil en su caso, para llevar a cabo tal fin

Todo ello conlleva a la obligatoriedad que debe observarse en dicha relación, es decir a la observancia de los derechos y obligaciones que se crean con la Constitución del Acto y una vez celebrado el mismo el ESTADO DE VIDA PERMANENTE, que en todo caso persigue el estado con este hecho tan importante que es precisamente el matrimonio.

En los Decretales de Gregorio IX , decían que para la madre el niño antes del parto es oneroso, doloroso en el parto y después del parto gravoso, y por esa razón a la unión del hombre y la mujer se ha llamado matrimonio.

Por último a manera de conclusión diremos, que en nuestra legislación, en los Códigos Civiles de 1870 y 1884 aparece muy claro que la relación jurídica matrimonial se integra de un solo hombre y una sola mujer.

En nuestra legislación civil vigente no se encuentra definición alguna del matrimonio; sólo en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su versión original es donde se consideraba como contrato.

.2 EVOLUCION DEL MATRIMONIO

Considerada como una de las siete bendiciones del pueblo Ebreo, la exclamación “¡Bendito seas tú, oh Señor, que creaste el júbilo y la alegría, al novio y a la novia!”⁴⁷

El tema del matrimonio como institución abarcaría gran parte de la ocupación de los juristas dada su profunda importancia que ello implica para nuestra sociedad y nuestra vida diaria como parte de una selva de organización que a lo largo del tiempo se ha venido transformando.

Hoy en día es notable el evolucionismo considerado como un sistema científico en sí y en los resultados de su aplicación a la etnología ha hecho quiebra ruidosa, tanto en la esfera de la sociología etnológica como en el de la historia de las religiones.

⁴⁷ DE IBARROLA, Antonio; "Derecho de Familia ", Tercera Edición, Editorial Porrúa, S A , México, 1984, pág 149

Como corriente doctrinal, partiendo de la base hipotética evolucionista de las ciencias naturales, con su procedimiento en México de construcción subjetivista, ha reemplazado de manera muy significativa en estos últimos años la etnología fundada en orientación espiritualista de la ciencia, y que aporta a favor de los métodos de la historia de la cultura, soluciones de carácter meramente objetivo.

De Ibarrola, considera que, el matrimonio es un Instituto Jurídico de gran relevancia dentro del Derecho Privado dado que constituye el fundamento de la sociedad civil, representando la completa comunidad de vida de un hombre y una mujer, reconocida, amparada y regulada por el derecho.

En la raíz etimológica del significado del matrimonio, que quiere decir **CARGA** o gravamen o cuidado de la madre; y que viene de **MATRIS** y **MUNIUM**, carga o cuidado de la madre más que el padre.

Es pues el matrimonio una mera institución que surge de la necesidad de aplicar un orden de grupo, puesto que como se daban las relaciones de grupo dice A.A. Goldenwiseer (Early Civilization. An Instrukción La Antropology, Nueva York, 1922) Califica de pura invención la afirmación de la existencia de una familia primitiva con relaciones sexuales animales de los miembros masculinos con los femeninos.

Según San Idelfonso en 1928 y Alfonso caso, resalta la clasificación hecha por Bachofen y Morgan y su escuela, resultando la siguiente:

A). Promiscuidad absoluta

B). Familia de los parientes de sangre (prohibición del matrimonio solamente entre padres e hijos, en general, entre diversos grados de una generación).

C). Punalva-Familia (Prohibición del matrimonio entre hermanos y, en general, entre los parientes del mismo grupo), entrada libre de los procedentes de un grupo con las mujeres de otro y viceversa: El matrimonio por grupos:

D). Familia matriarcal, principio de matrimonio individual, poligamia, inseguridad en la paternidad.

E). Familia patriarcal, poligamia, vida en común bajo la potestad del cabeza de familia, más antigua;

F). Familia monógama, matrimonio individual pleno.

Sin embargo ante esta Teoría surgen otras que desdican lo anterior. J. McLENNAN (studies in Anciet History, Primitive Marriage, Londres, 1876) apartandose de la teoría anterior estableció como grados de evolución: la promiscuidad, Poliandría, matriarcado y matrimonio matriarcal monógamo.

Contra las dos teorías que hemos mencionado se levantan C.V. Starke (Die priimitive familic, 1888) y Edward Westermarck (the History of Human Marriage, tres tomos, Londres 1921).

Esta teoría toma la idea que nos lleva a descartar la promiscuidad absoluta y del matriarcado como imperantes en un principio en los pueblos reinantes en esta tierra. Sustentándose en la idea que el hombre siempre se ha distinguido por la nobleza, el pundonor y el espíritu de fuerza; por lo que resultaría ilógico pensar que en todo el tiempo de existencia de la humanidad, el hombre no haya manifestado su acendrado cariño hacia la mujer, y los hijos.

El hombre y la mujer están hechos para sostenerse mutuamente, para ayudar el uno al otro.

De Ibarrola adopta la teoría de Knecht, que está basada sobre la relación y mutua convivencia del hombre con la mujer, de padres e hijos. La familia humana aparece históricamente hasta donde alcanza la investigación como la base de toda comunidad de vida; como institución social primigenia que nace en todos los lugares, siglos y donde quiera que actúa el hombre histórico y contemporáneo; en otras palabras no ha existido vida humana sin lazo familiar.

Podemos tomar como punto de partida en la historia del matrimonio a Roma, es decir las formalidades y significancias que tenía el matrimonio en para los ciudadanos romanos y clases sociales en que se dividía el pueblo romano.

Para los grandes Jurisconsultos al tratar el tema del matrimonio incluye hablar de la *justae nuptiae*, *justum matrimonium*, que quiere decir “justas nupcias” y que por su gran importancia del acto en su celebración, incluye a la patria potestad, parentesco

civil (**agnatio**) los derechos de familia, en otras palabras todo ello comprendía el único matrimonio de derecho civil. Eran considerados a **la mujer como UXOR**, *el esposo como VIR* que al unirse formaban el *matri nonium*, considerada como una expresión genérica. A la unión de un hombre y una concubina (**concubinatus**), no constituyendo esta figura un ilícito o delito; se dice que eran frecuentes, pero que nada tenían de honorables, y en especial para la mujer. En las uniones de los esclavos (*contubernium*), eran consideradas como uniones meramente naturales.

El matrimonio civil en Roma fue visto como un contrato privado que tuvo matices de tipo religioso y que después se incrementó cuando fue **convertido por Cristo en SACRAMENTO**.

La forma en llevarse a cabo la celebración del matrimonio, fue meramente simbólica, es decir la pompa de que se hacía gala no era exigido por la ley.

Para que este fuera válido; entre estos el velo que portaba la desposada, la rúeca, el huso y el hilo que llevaba consigo, el dirigirse hacia la casa nupcial, las colgaduras y juegos de tapices y damascos, las llaves que eran entregadas, las palabras consagradas, la recepción por el agua y el fuego y todas las alusiones mitológicas; todo esto como se dijo no era necesario para que el matrimonio fuera plenamente válido.^{*48}

En México; el pueblo Nahua tenía en muy alto nivel el concepto del matrimonio, éste dependía para su validez de la celebración exclusivamente religiosa.

^{*48} Cfr DE IBARROLA, Antonio *Ibidem*, págs 149-153

Por el contrario cuando no era celebrado de esta manera carecía de toda validez.; es digno de resaltar que no intervenía ningún funcionario para darle la validez que ello merecía.

Cuando un varón estaba en edad de contraer matrimonio, se reunían los padres y familiares de éste, para tomar el acuerdo o confirmar el hecho y lo comunicaban a los maestros del mancebo, a quienes se les ofrecía una comida, y además un hacha para obtener su conformidad. Después se volvían a reunir para escogerle mujer, dirigiendo dicha petición a las damas de madura edad, intermediarias o casamenteras, para que éstas fueran a pedir a la doncella a sus padres.

Antonio de Ibarrola, cita que el día escogido eran invitados, tanto maestros, familiares y parientes de los pretendientes, a las respectivas casas, celebrando una fiesta en la casa de la novia, haciendose diversos regalos. Por la tarde en la celebración del matrimonio, bañaban a la novia lavándole los cabellos y le enderezaban brazos y piernas con plumas coloradas, y le pegaban margaritas en el rostro.

Acto seguido la novia era colocada en un petate o estera, cerca del hogar y allí pasaban a saludarla los viejos de parte del mozo, aprovechando la ocasión le hacían atinadas advertencias y consejos que le serían de utilidad en su vida conyugal. A la puesta del sol, llegaban los parientes del novio, acompañados de señoras honradas y matronas. Arrodillábase la novia sobre una manta grande, era tomada a cuestras, se encendía hachones de teas, y llevabanla a la casa del futuro marido en procesión.

**ESTA TEND NO DEDE
MIR DE LA BELLEZA**

Colocabanla luego junto al hogar, a mano izquierda del varón. Las suegras hacían presentes a los dos posados, entre ellos sahumerio copal.

Las casamenteras tenían la función semejante a la de ministras que se encargaban de dar el último toque al matrimonio; pues introducían a los contrayentes a la cámara y anudaban las puntas delanteras de la falda de la novia con la manta que cubría al novio, quedando de esta manera unidos para siempre.

Las casamenteras los custodiaban durante cuatro días, de día y de noche, al cumplirse el cuarto día sacaban el petate donde dormían los novios y los sacudían según las formalidades, durante este tiempo todos los familiares permanecían en la casa comiendo y durmiendo las suculentas comidas. **SOLAMENTE A QUIENES SE UNIAN CONFORME A LAS DICHAS CEREMONIAS, SE LES CONSIDERABAN MARIDO Y MUJER.**

La existencia del clan era preservada, no estaba permitido el casamiento entre hombres y mujeres de éste, sino que, se tenía que dar los casamientos entre personas de diferente clan, para evitar con ello el deterioro o la disminución del tronco común.

Se daba el caso, que cuando una mujer era capturada por otra tribu enemiga, esta perdía su primacía pasando con ello del matriarcado al patriarcado; por lo que desaparece la prohibición de casarse entre miembros del clan de origen y la raptada.

La posición de la mujer nahua dentro del matrimonio nunca fue de inferioridad frente al varón. Si bien éste era el jefe de familia, ella podía poseer bienes, celebrar contratos y acudir a los tribunales en solicitud de justicia, sin necesidad de autorización de su conyuge.

Ibarrola niega que haya habido en México la promiscuidad absoluta, como lo aseguran algunos sociólogos dados a la utopía, nunca existió entre ellos. Sin embargo, se dá el caso que algunos dignatarios y los soberanos podían vivir hasta antes de casarse con varias concubinas; afirma Jacques Soustelle.

El sistema matrimonial de los mexicanos: era una especie de transacción entre monogamia y poligamia: solo existía esposa legítima, o sea aquella con la cual el hombre se había casado.

Observando todas las ceremonias ya definidas; pero también había un número indefinido de concubinas oficiales que tenían su sitio en el hogar, y cuyo estatuto social no era en manera alguna objeto de burlas o desprecios.

Es conveniente comentar que posiblemente en el valle central (asentamiento Tolteca) se dió la pologamia, pero esto es sólo un ejemplo que nos presenta el autor en el sentido de que; Netzahualpilli, Rey de Texcoco, sucesor de Netzahualcóyotl, tuvo 144 hijos; por lo que considerando los momentos Politicos por los que atravezaba ese pueblo, sirvió de contrapeso precisamente a las bajas producidas en las guerras.

Otros autores como Edgar Baqueiro Rojas, sintetizan de una manera muy económica la evolución del matrimonio.

La importancia de la unión intersexual de la pareja y la consecuente procreación de los hijos que da origen a la organización familiar, base y fundamento de la sociedad - a motivado que se le preste mayor especial atención, tanto desde el punto de vista religioso como desde la perspectiva jurídica. Por tal motivo, sin retroceder a tiempos prehistóricos nos remontamos a períodos lo suficientemente lejanos, de modo que la información que de ellos contamos nos permita observar su trascendencia en nuestra presente organización. Así, tomaremos como punto de partida el origen de la *reglamentación del matrimonio*, como antecedente de la actual.

En Roma el matrimonio fue un hecho reconocido por el derecho para darle efectos; de tal concepción se derivó la naturaleza del matrimonio como un estado de vida de la pareja, al que el Estado otorgaba determinados efectos. En un principio no se requería de ninguna ceremonia para la constitución del matrimonio: sólo era necesario el hecho mismo de la convivencia de la pareja, si bien es cierto que la celebración a propósito del acto era frecuente, esta revestía carácter religioso, no jurídico, con ello comenzaba el nuevo Estado, aunque tal ceremonia tampoco era indispensable; de aquí que hubiera varias formas de iniciar el matrimonio: desde la ceremonia de la *conferratio* y la *coemptio*, hasta la simple entrega de la mujer en casa del marido, o la ausencia total de formalidades en el matrimonio por *usus*.

Con el cristianismo se establece la manifestación del consentimiento de los contrayentes ante la iglesia y registro de la ceremonia en actas parroquiales, con lo que el matrimonio adquiere una forma determinada de celebración, que permitió distinguir claramente la unión matrimonial de otras uniones como el concubinato, pero no obstante que la celebración se hizo indispensable para que hubiera matrimonio - como lo estableció el concilio de Trento - la iglesia siguió distinguiendo el simple matrimonio celebrado del matrimonio consumado por la unión real de los cónyuges. Así dabase el caso de que no obstante haberse celebrado el matrimonio, no hubiera tal por no existir la relación sexual circunstancia que lo colocaba como matrimonio *ratum vel no consumatum*.

A partir de las peculiaridades de esta evolución, Carlo Jemolo hace una distinción entre matrimonios constituidos y matrimonios celebrados. Para él los matrimonios constituidos son aquellas uniones que conforman un género de vida independiente de ser precedidos o no por una ceremonia y son matrimonios, celebrados las uniones precedidas por ceremonias creadoras del vínculo, sin que sea necesario, para que existan los derechos y deberes consiguientes que a la celebración siga una relación carnal en la pareja o un estado de convivencia.

Para algunos países que la adoptaron esta distinción entre dos tipos de matrimonio hizo prevalecer el matrimonio celebrado desde el Concilio de Trento, un sistema de legislación civil. Tal fue el caso de España - y consecuentemente de sus colonias en virtud de un decreto de Felipe II y, para otras naciones el reconocimiento de efectos al matrimonio religioso, el caso de Italia, al mismo tiempo de la celebración laica.

Con la revolución francesa, por primera vez se efectúa laicización del matrimonio de modo que el único matrimonio válido es el celebrado ante la iglesia o bien ante los funcionarios del Estado civil.

En tiempos recientes se ha tratado de retornar al tipo de matrimonio constituido. Así lo reglamentan entre otros, Cuba, algunos Estados de los Estados Unidos de América y el Estado de Tamaulipas en México, con el llamado matrimonio por comportamiento. En el fondo no se trata sino de reconocer el concubinato los mismos efectos que al matrimonio celebrado con las formalidades legales. Resultado similar han venido a tener las últimas reformas al Código Civil vigente para el Distrito Federal, al regular a los concubinos con los casados en los derechos a la sucesión y a los alimentos . " *49

.3 NATURALEZA JURIDICA DEL MATRIMONIO.

Hablar de la naturaleza jurídica del matrimonio implica retomar nuevamente el significado del matrimonio y como lo manifiesta Chavez Asencio la palabra matrimonio se aplica indistintamente a dos situaciones diferentes, si bien unidas entre sí por una relación de causa y efecto: la celebración del matrimonio y el matrimonio en sí (Sociedad Conyugal) que forman marido y mujer.

Bellucio señala que la palabra matrimonio puede tener tres significados diferentes de las cuales solo dos tienen interés desde el punto de vista jurídico. En el

*49 BAQUEIRO ROJAS, Edgard y BUENROSTRO BAEZ, Rosalía, "Derecho de Familia y Sucesiones", Facultad de Derecho Universidad Nacional Autónoma de México, Editorial HARLA, México D F, 1994 Págs 36-39

primer sentido, matrimonio es el acto de la celebración; en un segundo es el estado que para los contrayentes se deriva de ese acto; y en el tercero es la pareja formada por los esposos.

Por otro lado los sujetos de la relación jurídica en el matrimonio juegan un papel de suma importancia, pues el matrimonio no es sólo un vínculo de unión, sino un varón y una mujer unidos entre sí. La unidad en que consiste el matrimonio, no es sólo una situación de hecho sino que comporta esencialmente un nexo o vínculo jurídico. En el mismo orden de ideas entre el hombre y la mujer existen relaciones, y muchas de ellas son jurídicas. Por lo tanto los sujetos de la relación jurídica son el varón y la mujer porque el matrimonio es la unión de ellos a través de las diferencias naturales propias de la distinción de sexos (virilidad y femineidad). Y un solo varón y una sola mujer por ser la singularidad propiedad esencial suya. Son los sujetos del matrimonio un hombre y una mujer, en toda su complejidad que comprende cuerpo y espíritu y está excluída cualquier otra relación sexual humana.

En nuestra legislación aparece claro que la relación jurídica matrimonial se integra de un solo hombre y una sola mujer según pudimos apreciar en los Códigos Civiles de 1870 y 1884. Los mismos se expresan en la Ley de Relaciones Familiares, aún cuando se consideró, en esta ley, que la unión y el vínculo era disoluble.

Por último nuestro Código Civil vigente no contempla definición alguna del matrimonio, a diferencia del artículo 130 de la Constitución en su versión original que lo consideraba como un contrato. En la actualidad el legislador mexicano ya no formula

concepto alguno, sino, que lo deja a cargo de la doctrina para su conceptualización y su apreciación desde el punto de vista complementario de cada posición.

Ahora bien, en relación al problema de la naturaleza jurídica del matrimonio, entendemos que se refiere al acto de su constitución y también al estado matrimonial que se genera. Sobre este tema la Escuela Argentina a través de Zannoni expresa que “ el problema de la naturaleza jurídica del matrimonio se refiere al acto mismo por el cual se lo celebra, en cambio, las relaciones jurídicas que siguen de esta celebración, sean patrimoniales o extrapatrimoniales, ya atañen al estado civil mismo de casados que revisten los contrayentes haciendo surgir los derechos de deberes personales.”⁵⁰

Dentro de las doctrinas que hemos de tomar en consideración para expandir el problema de la naturaleza jurídica, y que desde luego las contempla nuestra obra de consulta, así pues tenemos:

- A). Como contrato
- B). Como institución
- C). Como acto de poder
- D). Como estado jurídico
- E). Como acto jurídico

⁵⁰ Cfr CHAVEZ ASECIO, Manuel F Op. cit. págs. 41-42

A) CONCEPCIÓN CONTRACTUAL.

Dentro de las consideraciones de los juristas medievales, consideraban al matrimonio en su fuente de origen en dos, que consistía en: "La *lex y el contratus*" En cuanto a los posibles causas de las obligaciones jurídicas al contrato se le adhirió de acuerdo con la *doctrina justiniana* el cuasicontrato el delito y el cuasidelito, lo que en muchas legislaciones incluyendo la ley sustantiva de nuestro país lo consideró hasta hace algún tiempo como contrato, versa sobre algo tan simple como lo es el vínculo matrimonial, los derechos y deberes de los cónyuges tienen su origen en el mutuo consentimiento. Su causa y origen no su delimitación y configuración, puesto que los derechos y deberes conyugales están delimitados y configurados por el derecho natural.

El matrimonio considerado como contrato civil hubo diversas ideas de separarlo del sacramento; desde los siglos XV y XVI las ideas de Montesquieu y Voltaire ya se manifestaban en este sentido, el de la separabilidad en Francia desde 1791 alcanzó su mayor auge, pues en su Constitución se le consideró como contrato algunos juristas como Pothier, lo señalan como excelente por ser el que más interesa a la sociedad civil y antiguo por haber sido el primero realizado entre los hombres.

Sin embargo las reacciones no se hicieron esperar en la doctrina italiana existen partidarios en el sentido contractual, y hay quienes señalan que se trata de un contrato de derecho familiar. Degni se adhiere a la concepción contractual, con la delimitación que por tratarse de contrato de derecho familiar no puede ser regulado por las normas de los contratos verdaderos y propios, sería contrato por su origen y su constitución, pero su estructura especial, ligada íntimamente a los fines sociales que el matrimonio

se propone, lo distinguiría de todos los demás contratos y justificaría los límites que la ley pone a la autonomía de la voluntad de los contrayentes. Gangi también parte de la base de un concepto del contrato más amplio que el del Código Civil y equivalente al negocio jurídico bilateral, para sostener que se trata de un contrato de derecho familiar netamente distinto a todos los otros contratos de carácter patrimonial en cuanto a sus condiciones de existencia y validez, y particularmente la capacidad de los contrayentes, los vicios del consentimiento la forma y los efectos, que tienen una regulación jurídica propia.

Las diferencias que surgen en considerar al matrimonio como un mero contrato civil es variada en su regulación en la ley en cuanto a las limitaciones de la voluntad que no aparecen en los contratos en general; “ para algunos al exceder los límites de las figuras contractuales clásicas, las inducen a considerar el matrimonio como un negocio jurídico bilateral de contenido amplio. Por eso hablan de negocio jurídico bilateral de carácter solemne.

Por otro lado las opiniones de Planiol y Ripert, reconocen que aún cuando el matrimonio es una institución y constituye un acto complejo, tiene también carácter contractual. Sin embargo admiten que en el matrimonio tiene una naturaleza mixta.

Señalan que el matrimonio se le consideraba como contrato civil pero que en el siglo XX se ha criticado muy severamente esta concepción **habiéndose considerado el matrimonio como una institución** y se quiere expesar con ello que constituye un conjunto de reglas impuestas por el estado que forman un todo y al cual las partes no

tienen más que adherirse .. señalan que el matrimonio es una institución natural y de orden público y por eso se explica que sea obra del representante del Estado pero agregan que no por lo dicho en el matrimonio deja de ser un contrato aunque al mismo tiempo sea una institución.

Magallón Ibarra, en sus ideas con respecto a considerar al matrimonio como contrato civil considera que el concepto tradicional de contrato ha sufrido una metamorfosis derivada del intensivo desarrollo de la civilización material, de la revolución laboral e industrial, intercambio gradual y explosivo y del comercio del cambio en la naturaleza de las riquezas del lamentable aumento del poder del estado en detrimento de la voluntad humana habiendo todo ello repercutido necesariamente en la forma de la legislación. El matrimonio se adecua a la idea exactamente de la concepción contractual del matrimonio en el cual el orden público no permite a la voluntad consignar formas variables más que en los rígidos sistemas de los regímenes económicos del matrimonio.

El mismo Magallón en su idea del matrimonio en México, expresa que el legislador en nuestro país ha tenido cierta razón al considerarlo como contrato, dado que se reúnen dos de los elementos: por un lado el consentimiento que se convierte en la unión y su objeto que se cristaliza en la procreación y ayuda mutua. Aterrizo la idea en que el legislador mexicano sin estar alejado de su consideración, del matrimonio como contrato, éste ha soportado todas las embestidas porque la técnica no ha podido encontrar otra forma jurídica para estructurarla legalmente.

Otro de los tratadistas de la materia J. Castan Tobeñas, se muestra como uno de los que manifiestan ciertas objeciones en el sentido de considerar la verdad es que pensando racionalmente, si por contrato entendemos un acto creador de obligaciones patrimoniales el matrimonio tiene con el contrato la analogía de ser acto jurídico; pero ni crea obligaciones pues no hace más que reconocer y prometer el cumplimiento de los deberes que nace naturalmente de la unión sexual, ni menos obligaciones económicas - patrimoniales pues los deberes que del matrimonio emanan son de carácter moral e irreductibles a metalico e intimamente unidos a los más sagrados intereses de los hijos y de la sociedad .

Hervada y Lombardía, consideran que el matrimonio no es un contrato, por la sencilla razón de que es una relación jurídica. El contrato lo será, en todo caso la causa del matrimonio, el pacto conyugal. La cuestión de contrato reside pues, en la naturaleza jurídica del pacto conyugal que será estudiada en su momento aunque por supuesto tiene reflejos en el modo de entender la configuración de la relación jurídica matrimonial.

A Bonnacase se le ha considerado como contrario predominante de la tesis contractualista y basta hacer las siguientes consideraciones al respecto:

- El contrato dentro del Código Civil se encuentra reglamentado dentro del derecho patrimonial; en cambio el matrimonio se refiere más a los valores familiares y conyugales.
- En el contrato la supremacía de la voluntad es la regla; en cambio el matrimonio se encuentra fuertemente limitadas.

- Desde el punto de vista de su formación Bonnecase señala las diferencias que existen con los contratos en general en donde el consentimiento es limitada y los vicios del mismo, en relación a la nulidad tienen aplicación diversa en el matrimonio; no existiendo el dolo en el contrato matrimonial.
- En relación a su objeto, ya se dijo que en los contratos es eminentemente económico.
- En lo que respecta a la intención de la voluntad también hay diferencias aplicándolo a nuestro derecho podemos encontrar que “ en los contratos civiles cada uno se obliga en la manera que aparezcan que quiso obligarse ” (artículo 1832 del Código Civil); en general, en el Código Civil se habla de la intención de los contratos y del consentimiento, en el que esta limitado en el matrimonio.
- En cuanto a la disolución los contratos pueden disolverse por acuerdo entre ambos contratantes, toda vez que el artículo 1792 del Código Civil, prohíbe que los contratos se dejen al arbitrio de los contratantes. En el matrimonio la disolución requiere la resolución de un funcionario oficial.
- La formalidad y solemnidad es muy especial en el matrimonio. La compraventa valdrá simple y sencillamente por la voluntad autónoma de las partes sin otro requisito, salvo las disposiciones que deben observarse la formalidad es ante notario público y es muy distinta a la solemnidad para la celebración y perfeccionamiento del matrimonio sin la cual el matrimonio sería inexistente a pesar de la voluntad de las partes lo que implica una dimensión distinta a cualquier otro contrato.
- El matrimonio sólo puede celebrarse ante el juez del domicilio, y los contratos en donde quieran las partes ante el notario que deseen en caso de formalidad

- En cuanto a la capacidad para la celebración del matrimonio es diferente; en el matrimonio la edad requerida es menor que la que se requiere para la celebración de contrato.
- En el matrimonio, en el derecho familiar el mandato es limitado, y no lo hay en la vida matrimonial.
- En el matrimonio el cumplimiento de los deberes derechos y obligaciones es privativo de los cónyuges, en cambio los derechos y obligaciones que nacen del contrato pueden cumplirse por terceros.
- Se encuentran prohibidos los términos y condiciones dentro de la limitación de voluntad en el matrimonio.
- En el matrimonio se encuentran más claras las reglas impuestas por el estado, aún cuando hemos visto en todo el aspecto contractual la intervención estatal es evidente en beneficio de la comunidad.
- Por último dentro de la tesis contractual ha considerado las características generales de los contratos de adhesión toda vez que los consortes no pueden estipular derechos y obligaciones distintas de aquellas que imperativamente determina la ley sin embargo muy a pesar de ello otra gran diferencia en los contratos de adhesión es una de las partes la que formula todas las cláusulas, consigna los derechos y obligaciones y, en cambio, en el matrimonio es la ley; es decir, es el legislador quien fija los requisitos para su celebración, así como los derechos y obligaciones de los conyuges.*⁵¹

*⁵¹ Cfr Ibidem págs 45-48

B) COMO INSTITUCION.

Esta teoría se antepone a la contractualista y se erige en Francia. El concepto retomado del diccionario enciclopédico hispanoamericano, institución proviene de latín " Institutio " que significa establecimiento o fundación de una cosa "... " introducción, educación, enseñanza... " " colección metódica de los principios o elementos de una ciencia arte, etc. ", mismo que concuerda con el diccionario de la lengua española de la real academia española (1970).

Algunos conceptos que se generan al respecto, del término institucional: Demofilo de Buen, institución "es el conjunto de relaciones jurídicas concebidas en abstracto y como una unidad por el ordenamiento jurídico siendo por consiguiente un ensayo más o menos definido de tipificación de las relaciones civiles.

Eduardo Pallares señala que el matrimonio se le debe considerar como institución y señala que es un conjunto de normas jurídicas debidamente unificado, que reglamente determinadas funciones o actividades sociales cuya importancia sea tal, que merezcan estar sujetas a la tutela del Estado en forma especial.

Rafael Rojina Villegas afirma que significa un conjunto de normas que rigen el matrimonio. Una institución jurídica es un conjunto de normas de igual naturaleza que regulan un todo organico y que persiguen una misma finalidad.

Rojina Villegas, citando a Ihering manifiesta la institución jurídica debe quedar integrada por un conjunto de normas que persigan la misma finalidad. Por consiguiente la unidad se alcanza desde el punto de vista funcional entre preceptos de igual naturaleza que se combinan entre sí, para lograr un conjunto de relaciones jurídicas. En este enlace teológico no encontramos una jerarquía normativa, ya que los preceptos que constituyen la institución son de igual rango.

Por otro lado Magallón Ibarra señala: creemos que el único sentido real y adecuado que puede tener el matrimonio en un aspecto de institución es aquel que lo admite como colección metódica de los principios o elementos de una ciencia arte, etc".

Dentro de las definiciones que anteceden aparecen ciertas constantes como institución que es un conjunto orgánico de normas jurídicas, orientadas al mismo fin que reglamentan funciones o actividades sociales y sus relaciones jurídicas, que por su importancia esta sujeta a la tutela del Estado. Referida al matrimonio ese conjunto de leyes tiene como fin el de reglamentar la comunidad conyugal.

Hauriou, en sus pensamientos encontramos que se encuentran íntimamente ligados en esta teoría " todo elemento de la sociedad cuya duración no depende de la voluntad subjetiva de individuos determinados ", encontrando un campo adecuado para la estructura de la teoría al exponer su criterio en relación a las instituciones político constitucionales. Por su parte la define como sigue: una institución social por un

fundador, idea que recluta adhesiones en un medio social y sujeta así a su servicio voluntades subjetivas indefinidamente renovadas.

Hauriou sostiene que, Una institución de obra o de empresa que se realiza jurídicamente en un medio social; para la realización de esta idea se organiza un poder que le proporciona sus órganos; además entre los miembros del grupo social interesado en la realización de la idea, se producen manifestaciones de unidad de propósito dirigidas por los órganos del poder y reglamentados por determinados procedimientos. Hay dos tipos de instituciones: las personificadas y las no personificadas, en las primeras las conforman una categoría de las instituciones de personas o de cuerpos constituidos (estados, asociaciones, sindicatos, etc.), el poder organizar y las manifestaciones de unidad de propósito de los miembros del grupo, se encierran en los límites de la idea de la obra; después de haber sido el objeto de la institución corporativa, la idea se convierte en el sujeto de la persona moral que se desprende del cuerpo constituido. En las instituciones de la segunda categoría, que podemos llamar instituciones - cosas el elemento poder organizado y las manifestaciones de unidad en el propósito de los miembros de grupo no están incluidos dentro de los límites de la idea de la obra; existen, sin embargo, en el medio social pero permanecen independientes de la idea la regla de derecho establecida socialmente es una institución de este segundo tipo; es institución porque como idea se propaga y vive en el medio social, aunque evidentemente no engendra una corporación que le sea propia; vive en el cuerpo social por ejemplo en el Estado, recibiendo de él su poder sancionador, aprovechando las manifestaciones de unión que se producen en él. No puede engendrar una corporación, porque no es un principio de acción o de empresa, sino por el contrario un principio de limitación. Las instituciones nacen, viven y mueren

jurídicamente nacen con motivo de operaciones de fundación que, extendiéndoseles proporcionan un fundamento jurídico; viven una vida a la vez objetiva o subjetiva, gracias a operaciones jurídicas de gobierno y de administración repetidas y ligadas por determinados procedimientos; en fin mueren con motivo de diversas operaciones jurídicas de disolución .

Haciendo una comparación entre institución y contrato según Renard, serian las siguientes:

Primer elemento diferencial: el contrato se desanuda de acuerdo como se forma. Esto es, si la voluntad es la materia prima para la celebración del contrato, su desintegración es también por causa de la misma voluntad. Por el contrario la institución es irrevocable por escapar a sus fundadores. O sea adquiere una vida independiente se despersonaliza y deja de depender de ellos mismos, de ahí que sea durable, esto es, permanente y como consorcio que se convierte, como diría Hauriou en una comunión.

Segundo elemento diferencial: en el contrato hay igualdad, igualdad de las partes ante la ley; por el contrario en la institución hay jerarquía entre los miembros, ya que algunos son fundadores, otros dirigentes, etc.

Tercer elemento diferencial: el contrato es inmutable, por lo tanto no puede quedar al arbitrio de una de las partes y una vez que sea perfeccional debe cumplirse y su incumplimiento da motivo a la rescisión o a la reclamación para que lleve adelante

Por el contrario, la institución es adaptable, es decir va modificándose y adecuándose en forma flexible a las circunstancias de tiempo y lugar.

Cuarto elemento diferencial: el contrato es instantáneo o en la expresión del consentimiento, aún cuando hay contratos continuos o sucesivos por el contrario, la institución es durable y permanente, y su funcionamiento es continuo.

Ejemplo de esto es una persona moral que es nacionalizada, sin que por ello cambie, sino que continua siendo la misma aún cuando bajo una forma nueva

Bonniecose nos da su concepto de institución “ Es un conjunto de reglas de derecho, que se penetran unas a otras hasta el punto de constituir un todo orgánico, que comprende una serie indefinida de relaciones transformadas en relaciones de derecho y derivadas todas de un hecho único fundamental, de orden físico, biológico, económico, moral o meramente social, cuando no se reúnen en él todos esos diversos aspectos; este hecho, origen y base de la institución la denomina necesariamente ordenando su estructura y desarrollo.

Por último diremos que las diferencias entre contrato e institución nos permite concluir que si bien el matrimonio es un conjunto de normas jurídicas que tienen un fin, y en ese sentido es una institución, no lo será desde el punto de vista de una institución irrevocable que escapa a sus fundadores y se despersonaliza, en donde hay jerarquía, que es adaptable en el sentido que se modifica, por que si hay algo personalisante, que nunca escapa a sus fundadores (cónyuges) es el matrimonio, donde la jerarquía no

existe al ser los dos iguales, y en nuestro derecho comparte la autoridad, y por su fin social e interes público no es adaptable.*⁵²

C) COMO ACTO DE PODER.

Antonio Cicu, jurista italiano es de quien proviene la idea de considerar al matrimonio no como contrato, sino, como acto de poder estatal.

"El matrimonio, es un acto del Estado, suponiendo, con miras sobre todo a la legislación Italiana que es el Estado quién constituye el matrimonio a través de la declaración del oficial del estado civil. El consentimiento de los esposos es sólo un presupuesto de aquel acto del Estado El matrimonio no es contrato, ni un negocio bilateral sino un acto bilateral del Estado, que sólo presupone la declaración de la voluntad de los esposos sin las cuales el acto no podría seguir.

Esas consideraciones ponen en claro la especial importancia que tiene el hecho que la declaración de voluntad de los esposos deba ser dada al oficial y por él recogidas personalmente en el momento que se prepara para el pronunciamiento; y que toda otra declaración de contrato realizado entre esposos no contiene ningún valor jurídico. Nosotros deducimos de esto que la ley no considera al matrimonio como contrato tampoco formalmente y el acuerdo de voluntad de los esposos no es más que

*⁵² Cfr Ibidem, págs.50-55

la condición para el pronunciamiento, éste y solo éste es constitutivo del matrimonio".⁵³

D) COMO ESTADO JURIDICO.

"Los estados jurídicos se distinguen de los hechos y de los actos jurídicos en virtud de que constituyen situaciones jurídicas permanentes permitiendo la aplicabilidad de todo un estatuto legal a situaciones determinadas renovándose en forma más o menos indefinida. En este sentido, el matrimonio evidentemente constituye un estado jurídico entre los consortes, pues crea para los miembros una situación jurídica permanente que origina consecuencias constantes por aplicación del estatuto legal respectivo a todas y cada una de las situaciones que se van presentando durante la vida matrimonial. Además, el matrimonio se presenta como un estado de derecho en oposición a los simples estados de hecho. La ley puede reglamentar estados permanentes, tomando en cuenta ciertas situaciones, como ocurre en materia de servidumbre por desnivel de los predios, o con el subsuelo minero para originar la propiedad del Estado; o bien puede referirse a relaciones humanas, que por implicar derechos y obligaciones derivadas de un acto jurídico constituye verdaderos estados de derecho. Así es, como podemos distinguir los estados de hecho que nacen de hechos jurídicos y los estados de derecho que nacen de actos. También cabe distinguir los estados naturales y los estados del hombre, en el primer caso se trata de situaciones derivadas de hechos que son independientes del hombre, pero que el derecho organiza para establecer múltiples consecuencias, como sucede con los ejemplos en materia de servidumbres y de propiedad del Estado sobre el subsuelo. En el segundo caso se

⁵³ Idem.

comprende aquellas situaciones permanentes relacionados con el hombre que la ley regula asimismo, tales como el parentesco consanguíneo, el concubinato y el matrimonio. Los estados del hombre pueden ser estados de hecho y estados de derecho según que nazcan de hechos o de actos jurídicos. Por ejemplo, el concubinato es un estado de hecho y el matrimonio es estado de derecho. En el parentesco tenemos estados del hombre que a su vez pueden ser de hecho o de derecho. Vg.: el parentesco consanguíneo que nace de un hecho y constituye un estado también de hecho en cambio el parentesco por adopción que nace de un acto jurídico constituye un estado de derecho."⁵⁴

Refiriéndose ya al matrimonio, lo caracterizamos un estado de derecho en oposición al concubinato que es un simple estado de hecho. En ambos casos existen analogías desde el punto de vista de que constituyen estados del hombre debidos a la unión sexual más o menos permanente; pero en tanto que el matrimonio es un estado de derecho sujeto a un estatuto jurídico que origina derechos y obligaciones entre los consortes, crea una forma permanente de vida regulada en constitución en sus efectos y en su disolución por la ley, en el concubinato no encontramos esas regulaciones normativas aún cuando sí producen determinadas consecuencias jurídicas.

E) ACTO JURIDICO.

"Entre las variadas posiciones que la doctrina ha adoptado se le considera también como acto jurídico, en cuanto procede de la voluntad de los esposos, pero no

⁵⁴ Idem.

contrato ya que no tiene naturaleza económica y de aquí derivan distintas conclusiones de actos jurídicos.

El matrimonio como acto jurídico - condición se debe a Leon Duguit. Define el acto - condición, referido al derecho constitucional " como el acto jurídico que tiene por objeto determinar la aplicación permanente de todo un estatuto de derecho a un individuo o a un conjunto de individuos, para crear situaciones jurídicas concretas que constituyen un verdadero estado, por cuanto que no se agotan en la realización de las mismas sino que permiten su renovación continua."⁵⁵

En el derecho privado tenemos también situaciones semejantes en el matrimonio y en la tutela. Por virtud del matrimonio se condiciona la aplicación de un estatuto y vendrá a regir la vida de los consortes de forma permanente. Es decir, un sistema de derecho en su totalidad puesto en movimiento por virtud de un acto jurídico que permite la realización constante de consecuencias múltiples y la creación de situaciones jurídicas permanentes.

Se le considera también como acto jurídico mixto, como distinción entre los actos jurídicos públicos y actos jurídicos privados. En los últimos intervienen sólo particulares, en los públicos intervienen los órganos estatales, y en los mixtos hay la concurrencia de los particulares y también de funcionarios públicos, haciendo sus respectivas manifestaciones de voluntad. El papel constitutivo lo tiene el representante oficial que declara unida a la pareja.

⁵⁵ Ibidem. pág 56

Gran parte de la doctrina moderna sostiene que el matrimonio es un acto jurídico familiar. Claro está que se trata de caracterizar el acto de celebración del matrimonio de modo, que esta posición no es incompatible con ver el matrimonio-estado una institución no sólo social sino también jurídica.

Los autores que aceptan que el matrimonio sea un acto jurídico discuten si se trata de un simple acto bilateral, o si la intervención oficial en su celebración lo convierte en acto complejo; en Argentina Spota entiende que " hay acto complejo todas las veces que la celebración y perfeccionamiento del negocio jurídico depende, no sólo de una o varias declaraciones de voluntad que se hayan en un pie de igualdad jurídica, sino también de otra declaración de voluntad que actúa en un plano distinto al de quien o quienes formulan aquellas declaraciones; esta última voluntad no sería un asentamiento, aprobación o autorización sino otra declaración que integra el acto. La celebración del matrimonio constituiría así un acto jurídico bilateral en cuanto a que las partes son los dos contrayentes, pero también sería complejo en cuanto a su perfeccionamiento depende de una declaración de voluntad constitutiva, la del oficial público; no habría yuxtaposición de actos jurídicos ni complejo de actos jurídicos ya que la intervención del oficial público no sería un acto jurídico por sí mismo sino integrante del plexo de voluntades del cual surge el matrimonio."⁵⁶

La oposición de Spota ha sido refutada en la doctrina italiana por varios autores fundamentalmente porque el vínculo nace de la voluntad de los contrayentes, en tanto de que la del Estado no tiene el mismo valor ni puede ser puesta en el mismo plano que en las declaraciones de voluntad de los esposos ... que la declaración del oficial no es

⁵⁶ *ibidem*, pág 57

voluntad sino de ciencia, no declara una voluntad discrecional del Estado de unir a los novios en matrimonio sino que los proclama unidos no porque quiere sino porque debe, quedando enteramente a merced de voluntad de los novios ritualmente manifestada. En España, Albadalejo "cree que es complejo de actos integrados por un negocio bilateral (constituido por las declaraciones de los contrayentes) y un acto administrativo (la declaración del oficial público) que, unidos crean el vínculo matrimonial.

Bellucio no está de acuerdo con lo anterior y manifiesta que a su juicio es fundamental para negar la calidad de acto complejo del matrimonio y reafirmar su carácter bilateral es que ningún juego tiene en la formación del acto la voluntad del oficial público, o la del Estado por él manifestado. Su función se limita a comprobar - a través de los medios que la ley específicamente le señala - la identidad de las partes, su habilidad para casarse y la expresión de consentimiento. Reunidos los requisitos legales no podría deliberar entre la celebración o la no celebración del matrimonio, simplemente está obligado a celebrarlo. En esas condiciones, por más que deba pronunciar que los esposos quedan unidos en matrimonio, no puede ver si hay una declaración de voluntad sino simplemente la expresión fehaciente de que el acto se ha cumplido en legal forma.

Agrega como fundamento de su opinión que si la manifiestación de voluntad del oficial público se considera como integrante, habría que aplicarle todo lo relativo a los vicios del consentimiento, lo que sería absurdo por tratarse de un oficial público es "un control de legalidad ", por ser un acto administrativo. Que la voluntad de los contrayentes del acto administrativo son inseparable y " aunque puedan considerarse separadamente la naturaleza del acto bilateral (el consentimiento) y la del acto

administrativo (intervención del oficial público). Lo importante es que la celebración del matrimonio sintetiza la conjunción de los demás actos. Sólo esa síntesis constituye un vínculo ^{*57}

3.4 EL MATRIMONIO COMO ACTO SOLEMNE.

El matrimonio se trata de un acto jurídico, y para ello se basa en la teoría que considera al matrimonio (boda) como un acto jurídico dentro del cual existen diversidad de actos y en los cuales se pretende comprender el matrimonio. Así se menciona el acto jurídico condición, el acto de adhesión, al mixto y, por último, un acto jurídico complejo; en los cuales es conveniente considerar configurado al matrimonio para su estudio.

Se parte de la base en la consideración que los contrayentes manifiestan su consentimiento, lo que es esencial para la celebración de cualquier acto jurídico, de lo contrario no habría acto jurídico alguno; de donde parte la importancia que tiene el matrimonio para el Esdo y la sociedad, es menester que participe en su celebración el representante de la autoridad, que en este caso vendría a ser el Juez del Registro Civil, pero en la realización del acto intervienen tres personas, los contrayentes y el representante de la autoridad. En dicho acto se hacen las dos clases de participación la de los contrayentes y la de el juez, la de los primeros sería su consentimiento para contraer nupcias o el matrimonio en sí, pero el juez realiza un acto jurídico plurilateral y mixto, ambos a la vez, pues por un lado consiente la celebración del acto y por otro

^{*57} Cfr Ibidem. Pág 58

lado una declaración, éste último en base a las facultades que revisten su encargo como funcionario público. Ahora bien, cabe hacernos la pregunta dentro de la celebración de este acto jurídico, que es lo esencial?, o bien, que lo que constituye el matrimonio-acto?.

Al respecto nuestro Código Civil vigenta para el Distrito Federal, en su artículo 102.-" En el lugar, día y hora designados 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 por el artículo 44 y dos testigos por cada uno de ellos, que acrediten su identidad."

Acto continuo, el Juez del Registro Civil leerá en voz alta la solicitud de matrimonio, los documentos que con ella se hayan presentado y las diligencias practicadas, e interrogará a los testigos acerca de que si los pretendientes son las mismas personas a que se refiere la solicitud. En caso afirmativo, preguntará a cada uno de los pretendientes si es su voluntad unirse en matrimonio, y si estan conformes, los declarará unidos en nombre de la sociedad.

Como podemos observar, el Estado y la sociedad son quienes se encuentran interesados en la existencia y la permanencia del matrimonio; de donde se desprende que no basta con el simple consentimiento de los contrayentes, sino que es necesario se les declare que son cónyuges. Por ende podemos afirmar que de lo anterior, los consentimientos y la declaración no son esenciales para la constitución del matrimonio-acto. Pero el consentimiento y la declaración no son lo mismo. El consentimiento es la

manifestación de voluntad, consecuencia de un proceso de la persona que conoce, valora , decide y por el consentimiento se comprometen a ciertos y determinados deberes, derechos y obligaciones. En cambio, por la declaración el juez no se compromete personalmente, sólo consta que han cumplido con los requisitos de forma y fondo y declara unidos a los contrayentes que se convierten en cónyuges. La declaración que realiza el Oficial del Registro Civil o Juez del Registro Civil, tiene efectos de levantamiento del acta de matrimonio en las formas que se tienen consideradas en el Registro Civil, por lo tanto dicha acta no solo prueba el estado de casados de los cónyuges, sino que al cumplirse esa solemnidad el matrimonio surte efectos *erga omnes*; no sólo es la prueba de un estado familiar de los contrayentes, sino también es la prueba de una comunidad de vida, es decir, de un matrimonio que produce efectos frente a todo el mundo. Sino hubiera la participación del Juez, el compromiso de los contrayentes quedaría al nivel de concubinato con los efectos limitados entre ellos y sus hijos.

El matrimonio como acto solemne, es pues el acto jurídico que reviste la intervención de los contrayentes, con la manifestación su consentimiento y por otro lado al Juez del Registro Civil con su mixta actuación, manifestación la de declaración de dar por celebrado el matrimonio y el consentimiento para dicha celebración por haber reunido los requisitos de forma y fondo los contrayentes, a no ser que no se lleve a cabo por existir algún impedimento, pero en caso de que no lo haya y el Juez se negare a celebrar el matrimonio se le impondrá una sanción económica y en caso de reincidencia puede pensarse con la destitución del cargo (art.111 y 112 del Código Civil). Desde luego que una manifestación (la de los cónyuges) y la declaración del Juez, no pueden ir una sin la otra, toda vez que sin el consentimiento al momento de

cuestionarles el funcionario público si es su deseo unirse en matrimonio, uno de ellos manifiesta que no, el Juez respetará la desición y éste no lo celebrará. Por ello, debe darse la participación de los contrayentes al externar su consentimiento de casarse y el juez respetar su desición al consentir su celebración (solemnidad) en caso de que reúnan los requisitos que la ley señala. Diremos pues, que la solemnidad es la sanción legal a la voluntad de los contrayentes.

El acto jurídico en sí, este se produce en su motivo de realización en cada uno de los contrayentes por diferentes razones y que estas pueden ser: amor, interés o razones políticas, etc; pero que para que ese acto jurídico se concrete, requiere del consentimiento de las partes para su realización, de la declaración del juez y de un presupuesto legal, que se traduce esto en un vínculo conyugal, mismo que reviste deberes, derechos y obligaciones conyugales.

Desde luego que para que este acto jurídico tenga plena validez se requiere en su esencia cumpla con ciertos requisitos, mismos que por el grado de importancia se pueden entender como de existencia y de válidez.

“Sara Montero Duhalt, en su obra el Derecho de familia, considera que la generalidad de los actos jurídicos se constituyen con sólo dos elementos: la voluntad y el objeto. Pero el matrimonio en casi todas las legislaciones, es un acto solemne, por lo tanto requiere de un tercer elemento que es la solemnidad.”⁵⁸

⁵⁸ MONTERO DUHALT, Sara Op Cit. pág 122

Dentro de estos elementos como podremos observar, preexisten los elementos de existencia para el matrimonio y son: la voluntad, el objeto y la solemnidad.

A) La voluntad.

El matrimonio es un acto jurídico bilateral que requiere el consentimiento de ambos cónyuges. Esta doble voluntad se manifiesta en dos momentos: primero, cuando se presenta la solicitud de matrimonio ante el Juez del Registro Civil y segundo, en la ceremonia misma de la boda, al contestar "sí" a la pregunta del Juez en el sentido de que sí acepta como esposo (a) a la persona con quien se va a casar. Si al momento de la pregunta uno de los cónyuges o los dos contestan negativamente, o no contestan, el matrimonio no tendrá efecto y no habrá matrimonio.

Y si el que se negare a contraer el matrimonio en el momento de la ceremonia, y constreñido por la violencia o amenazas del otro cónyuge o de sus parientes, si este otorgara el sí, podría posteriormente invocar la nulidad del matrimonio por vicio de la voluntad.

B) El objeto.

El objeto consiste en establecer una comunidad de vida total y permanente entre dos personas de distinto sexo.

Los códigos del siglo pasado y la Ley sobre Relaciones Familiares de 1917 definían al matrimonio por su objeto de la siguiente manera: "El matrimonio es un

contrato civil entre un solo hombre y una sola mujer, que se unen con vínculo disoluble para perpetuar su especie y ayudarse a llevar el peso de la vida "

El código vigente se abstiene de definir al matrimonio y únicamente establece los derechos y los deberes que se adquieren por el matrimonio. La perpetuación de la especie ya no se considera el objeto determinante por el que se contrae matrimonio; el artículo 162 en su segundo párrafo estipula que: " Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de sus hijos. Por lo que toca al matrimonio, este derecho será ejercido de común acuerdo por lo cónyuges ".

El precitado artículo en su primer párrafo establece un deber entre los cónyuges, y puede entenderse como el objeto del matrimonio; los cónyuges están obligados a contribuir cada uno por su parte con los fines del matrimonio y a socorrerse mutuamente. La comunidad de la vida total y permanente entre los cónyuges implica la ayuda mutua, por que la esencia misma del matrimonio, implica compartir la vida de manera más armónica posible, en la cual está implícita forzosamente la ayuda mutua.

C) La solemnidad.

El matrimonio es un contrato solemne, pues requiere de la intervención de una autoridad especial, de ciertas palabras expresas y del levantamiento de un acta en que estén incluidos ciertos requisitos.

El Código Civil en su artículo 102, expone en que consiste la solemnidad con las siguientes palabras:

"... El Juez del Registro Civil leerá en voz alta la solicitud del matrimonio, los documentos que con ella se hayan presentado las diligencias practicadas, e interrogará a los testigos acerca de si los pretendientes son las mismas personas a que se refiere la solicitud. En caso afirmativo, preguntará a cada uno de los pretendientes si es su voluntad unirse en matrimonio, y si están conformes, los declarará unidos en nombre de la ley y de la sociedad" El levantamiento del acta respectiva es otro aspecto de la solemnidad y está señalado en el artículo 103 en las fracciones I y VI que son consideradas como requisitos de existencia, y el párrafo final del mismo artículo. "Se levantará luego el acta de matrimonio en la cual se hará constar :

Fracción I.- los nombres, los apellidos, edad, ocupación, domicilio y lugar de nacimiento de los contrayentes; Fracción VI, la declaración de los pretendientes de ser su voluntad unirse en matrimonio y en la de haber quedado unidos, que hará el juez en nombre de la ley y de la sociedad. El acta será firmada por el Juez de 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 contrayente."

Las fracciones anteriores expuestas, nos muestran que son auténticos elementos de existencia por que si no se cumplen, el matrimonio no se llevará al cabo o, si se efectuó faltando alguno o varios de los mismos, el matrimonio, no existirá como acto jurídico y no podrá producir las consecuencias relativas.

Tenemos que si faltará algún elemento de existencia o de validez se repercutirá en el acto jurídico y se tendría como nulo el matrimonio, quedando sin efectos. Dentro de los elementos de validez, tenemos que son:

a). La capacidad de las partes.

Se puede considerar de antemano que el único fin que persigue la ley en cuanto a la capacidad de las partes, es que fisiológicamente estén aptos para la concepción de la especie, o cuando menos se encuentren en plena pubertad o edad núbil.

En nuestro Código Civil vigente para el Distrito Federal, tenemos la edad que se fija como requisito para los contrayentes, es para la mujer de catorce y para el hombre de dieciseis. Por otro lado cuando los contrayentes no cumplen con la edad requerida, la ley establece que el Jefe del Departamento del Distrito Federal o los Delegados según sea el caso podrán otorgar dispensa de edad por causas graves o justificadas.

b). Ausencia de vicios de la voluntad.

La voluntad dentro del acto jurídico se puede ver generalmente afectada por los siguientes vicios: el error y la violencia o intimidación y no cualquier clase de error sino únicamente error de identidad.

El error de identidad, este tipo error consiste en casarse con una persona distinta con la que se desea unir, esto sólo puede darse en los matrimonios que se celebran a través de apoderado ya que es muy difícil que exista el error de identidad en el

matrimonio que se celebra con la presencia de los contrayentes como sucede en la mayoría de los casos. Si se admitiera el dolo (maquinación o artificio para hacer caer en error) o la mala fe (disimulación del error), como los vicios de la voluntad en el matrimonio, no se darían a basto los juzgados de lo familiar para atender los juicios de nulidad que se produjeran por este tipo de vicios.

La violencia, puede ser muy genérica “hay violencia cuando se emplea fuerza física o amenazas que importen peligro de perder la vida, la honrra, la libertad, la salud, o una parte considerable de los bienes del contratante o de su cónyuge, de sus ascendientes, de sus descendientes o de sus parientes colaterales dentro del segundo grado”. Una forma de violencia en particular podríamos decir que el rapto, mismo que esta contemplado en el artículo 156 fracción VI DEL Código del Distrito Federal, establece “la fuerza o miedo. En caso de rapto, subsiste el impedimento entre el raptor y la raptada, mientras está no sea restituida a un lugar seguro, donde libremente pueda manifestar su voluntad.”

El rapto es un ilícito que se encuentra contemplado en los artículos 267 al 271 del Código Penal. El 267 tipifica el delito de rapto como el apoderamiento de una persona, por medio de la violencia física o moral, de la seducción o el engaño, para satisfacer algún deseo erótico-sexual o para casarse.

NOTA ACLARATORIA: Artículo 267 del Código Penal que hago referencia, no obstante de encontrarse derogado así como los subsecuentes artículos hasta el 271, con la finalidad de dar una definición sobre el rapto.

c). licitud del matrimonio.

Significa este requisito de validez que el matrimonio debe de realizarse sin que medien prohibiciones legales señaladas en el Código Civil como impedimentos. Pero impedimentos es un término no muy usual en el derecho, sino que se emplea únicamente al hablar de las prohibiciones legales para contraer matrimonio.

La licitud del matrimonio consiste, en que él mismo se efectue sólo entre personas que no tienen prohibiciones legales para llevarlo a cabo.

Los impedimentos están considerados en los artículos 156, 157, 158, 159, y 289 del Código Civil.

1.- La falta de edad (14 y 16 años para la mujer y el hombre respectivamente) si no ha sido dispensada.

2.- La falta de consentimiento de quien debe de darlo (los representantes legales de los menores o el Juez en su caso).

3.- El parentesco de consanguinidad en línea recta sin limitación de grado y en la colateral hasta el segundo grado (hermanos y medios hermanos). El parentesco por consanguinidad en tercer grado (tíos, sobrinos) si no se obtiene previamente la autorización judicial.

4.- El parentesco por afinidad en línea recta sin limitación de grado.

5.- El adulterio habido entre personas que pretendan contraer matrimonio. Adulterio judicialmente comprobado.

6.- El atentado contra la vida de alguno de los casados para contraer matrimonio con el que quede libre.

7.- La fuerza o el miedo grave y el rapto.

8.- El uso habitual del alcohol y demás drogas. La impotencia incurable ciertas enfermedades peligrosas para la salud del cónyuge sano y para la posible descendencia

9.- El idiotismo y la imbecilidad

10.- El matrimonio subsistente

11.- El lazo de adopción entre los que pretendan casarse mientras no sea disuelto

12.- El plazo de viudez para la mujer (300 días después de extinguido un matrimonio por muerte, divorcio o nulidad).

13.- La relación de tutela entre el tutor y el pupilo mientras no se hayan rendido cuentas de la misma.

14.- El divorcio previo al matrimonio en el que el divorcio debe de esperar uno o dos años, antes de contraer nuevo matrimonio.

D) Formalidades.

Además de las solemnidades ya citadas y que al no cumplirse, con alguna de estas el matrimonio carecerá de existencia legal, pero al igual que los ya mencionados se debe de cumplimentar con ciertos requisitos de forma, al solicitar el matrimonio y en el momento mismo de contraerlo.

Artículo 97.-" Las personas que pretendan contraer matrimonio presentarán un escrito al juez del registro civil del domicilio de cualquiera de ellas, que exprese:

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

II.- Que no tienen 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."

A dicha solicitud deben de acompañarse otros documentos, como lo contempla el Artículo 98.- " Al escrito a que se refiere el artículo anterior, se acompañará:

I).- El acta de nacimiento de los pretendientes y en su defecto, un dictamen médico que compruebe su edad, cuando por su aspecto no sea notorio que el varón es mayor de dieciseis años y la mujer de catorce;

II).- La constancia de que prestan su consentimiento para que el matrimonio se celebre las personas a que se refieren los artículos 149, 150 y 151.

Artículos que refieren a las personas que pueden dar el consentimiento y el orden que se establece (Representantes legales , juez de lo familiar, el Jefe del Gobierno del Distrito Federal, los Delegados o el Presidente del Tribunal Superior de Justicia);

III).- La declaración de dos testigos mayores de edad que conozcan a los pretendientes y les conste que no tienen impedimento legal para casarse. Si no hubiere

dos testigos que conozcan a ambos pretendientes, deberán presentarse dos testigos por cada uno de ellos;

IV).- Un certificado suscrito por un médico titulado que asegure, bajo protesta de decir verdad, que los pretendientes no padecen sífilis, tuberculosis, ni enfermedad alguna crónica e incurable, que sea, además, contagiosa y hereditaria

V).- El convenio que los pretendientes deberán celebrar con relación a sus bienes presentes y a los que adquieran durante el matrimonio. En el convenio se expresará con toda claridad si el matrimonio se contrae bajo el régimen de sociedad conyugal o bajo el de separación de bienes. Si los pretendientes son menores de edad, deberán aprobar el convenio las personas cuyo consentimiento previo es necesario para la celebración del matrimonio. No puede dejarse de presentar este convenio ni aun a pretexto de que los pretendientes carecen de bienes, pues en tal caso, versará sobre los que adquieran durante el matrimonio. Al formarse el convenio se tendrá en cuenta lo que disponen los artículos 189 y 211, y el juez del Registro Civil deberá tener especial cuidado sobre este punto, explicando a los interezados todo lo que necesiten saber a efecto de que el convenio quede debidamente formulado.

Si de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 185 fuere necesario que las capitulaciones matrimoniales consten en escritura pública, se acompañará un testimonio de esa escritura;

VI.- Copia del acta de defunción del cónyuge fallecido si alguno de los contrayentes es viudo, o de la parte resolutive de la sentencia de divorcio o de nulidad de matrimonio, en caso de que alguno de los pretendientes hubiere sido casado anteriormente, y

VII).- Copia de la dispensa de impedimentos, si los hubo."

El convenio respecto al régimen de bienes que van a establecer durante el matrimonio puede ser: sociedad conyugal, separación de bienes o régimen mixto

3.5 LA INVALIDEZ DEL MATRIMONIO.

" La invalidez del matrimonio, entraña problemas, -algunos de ellos muy graves- de naturaleza específica y con características propias, que no pueden ni deben ser resueltos aplicando sin más, la teoría general de las nulidades, relativa a los actos patrimoniales, de la autonomía privada."⁵⁹

Dentro del derecho patrimonial, la invalidez del acto jurídico da lugar a la restitución de lo que las partes han recibido con motivo del acto (artículos 2239, 2241 del Código Civil), pero tratándose del matrimonio, los efectos de la sentencia que decreta la nulidad del vínculo cónyugal, no son restitutorios, sino que en forma primordial, tienden a hacer cesar para lo futuro, el estado matrimonial. El juez, por la fuerza de las cosas, tiene que respetar aquellas situaciones creadas, que por su propia naturaleza no pueden ser destruidas sin causar males mayores.

El artículo 235 del Código Civil vigente para el Distrito Federal, establece "Son causas de nulidad del matrimonio ...", lo que nos deja hacer un examen acerca de las prohibiciones que señala al respecto.

⁵⁹ GALINDO GARFIAS, Ignacio Op. Cit pág 517

Dentro de los principios que informan sobre la invalidez del matrimonio, tenemos:

A). El matrimonio, tiene a su favor una presunción de validez, mientras no se haya pronunciado una sentencia que declare su nulidad (artículo 253 del Código Civil para el Distrito Federal).

B). El matrimonio declarado nulo, pero contraído de buena fe, produce todos sus efectos, mientras dure, en favor del consorte que ignora los vicios del acto (artículo 255 del Código Civil).

C). Siempre se presume la buena fé de los cónyuges, salvo prueba en contrario (artículo 257 del Código Civil).

D). La sentencia de nulidad no destruye los efectos del matrimonio, en favor de los hijos (artículo 255 del Código Civil).

E). La posesión de estado del matrimonio, unida a la existencia del acta, subsana los vicios de forma de que adolezca el acta e impide la impugnación de su validez (artículo 250 del Código Civil).

La enumeración de estos principios pone de manifiesto de que manera nuestra legislación civil restringe las consecuencias que traería una sentencia declaratoria de nulidad el matrimonio, lo anterior debido a la finalidad de las normas jurídicas que

organizan y **la ratio legis** que preside la institución del matrimonio, basado en la protección de los derechos de los cónyuges y de los hijos, todo ello con función de los fines superiores de la organización social.

Cabe destacar que las normas relativas a la nulidad del matrimonio descansan en el postulado de ciertos autores tales como: **Japiot y Bonnecase**, consistente en "el equilibrio de los poderes en presencia."

Ahora bién hablar de la inválidez del matrimonio es tratar los casos de inexistencia, nulidad absoluta y nulidad relativa del matrimonio y a las particularidades que presentan las diversas causas de nulidad, señalando de cierta manera a que persona corresponde conforme a derecho, ejercitar la acción de nulidad.

En el derecho canónico no se conocía la distinción entre lo que era los **matrimonios inexistente, nulos o anulables**. En ese sistema el concepto de nulidad comprendía la inexistencia del acto, así pues en todos esos casos el matrimonio no existe, porque es nulo de una manera absoluta. Sin embargo los que eran declarados nulos por causas de origen de algún impedimento dirimente, por vicios del consentimiento o por falta de forma, **podía ser convalidado mediante la revalidación simple o la subsanación en la raíz**. En el derecho canónico se estableció el principio de que aún el matrimonio declarado nulo, produce sus efectos como si hubiere sido válido, en favor del cónyuge o cónyuges que lo hayan celebrado de buena fe Creándose con ello una nueva figura que es el matrimonio putativo.

Se observa pues que en este régimen actual, la nulidad del matrimonio aunque absoluta, no impide la convalidación del acto, mediante la revalidación simple o mediante la **sanatio in radice**.

El matrimonio canónico, que ha resultado nulo porque en el momento de la celebración existía algún impedimento dirimente o si a habido dispensación ulterior, la parte que descubrió la existencia del impedimento u obtuvo su dispensa, pueda ratificarlo.

La subsanación en raíz se concede por gracia, pero requiere para que esta se otorgue, que subsista el consentimiento de ambas partes o si no existió válidamente otorgado en el momento de la celebración del matrimonio, que se presente exento de vicios al otorgarse la subsanación en la raíz. **La sanatio in radice**, sólo puede ser concedida por la Sede Apostólica.

Cuando el matrimonio es nulo por defecto de forma, es preciso celebrarlo de nuevo, cumpliendo con las formalidades de prescritas por el Código.

En el derecho canónico el consentimiento de los conyuges legítimamente manifestado, **"consentimiento que ninguna potestad humana puede suplir"**, produce por sí solo el matrimonio, siempre que la declaración de voluntad reúna todas las condiciones para hacer del matrimonio un acto naturalmente válido.

Puede ser ese acto naturalmente válido, merced a la voluntad declarada de los cónyuges de considerarse como marido y mujer pero jurídicamente ineficáz, si carece de alguno de los requisitos que establece el derecho canónico para la completa validez del matrimonio, es decir, si se celebró a pesar de que exista algún impedimento, o si no se han reunido todas las formalidades que la ley exige.

Conviene precisar que esta distinción canónica entre matrimonio naturalmente válido pero jurídicamente ineficaz, tiene importancia para conocer y precisar la razón y la naturaleza del matrimonio putativo en el derecho civil, que es aquel matrimonio inválido, que se celebró ignorando uno de los cónyuges, o ambos, el vicio de nulidad.

El matrimonio naturalmente válido en el derecho canónico, nace del acuerdo de voluntades intrínsecamente consideradas de los contrayentes. Por lo tanto, el matrimonio para el *Codex Juris Canonici* es un contrato, un simple acuerdo de voluntades que se convierte en un "vínculo perpetuo y exclusivo sobre las personas de los contrayentes", merced al carácter sacramental que la iglesia otorga solemnemente en el acto de la celebración, a la voluntad de las partes.

Haciendo un análisis en cuanto a la falta de algún requisito que deba de revestir la celebración del matrimonio, tenemos que el matrimonio como acto jurídico, no escapa a la posibilidad de que sólo tenga apariencia de celebración y que el acto en sí sea la nada para el derecho; es decir que no exista tal matrimonio y esto puede ocurrir en tres hipótesis:

- 1). Cuando falta la declaración de Voluntad
- 2). Cuando falta las Solemnidades
- 3). Cuando falta el Objeto (En estos casos se dice que el acto es inexistente)

Como se mencionó con antelación el artículo 235 del Código Civil, se ocupa de los matrimonios nulos por error de la persona, por que exista algún impedimento para la celebración del acto o porque finalmente no se haya cumplido con las solemnidades y formalidades que el propio código establece.

Tomemos en consideración que si uno de los cónyuges o ambos no declararon expresamente, en forma terminante su voluntad para contraer matrimonio, si esta declaración no se hace ante el Juez del Registro Civil autorizado legalmente para recibirla, no declarara unidos en legítimo matrimonio a los contrayentes, si no consta firmada en los libros del Registro Civil el acta de matrimonio, si el matrimonio no se celebró entre un hombre y una mujer, si no entre dos personas del mismo sexo, tenemos que concluir aplicando el artículo 2224 del Código Civil que refiere "El acto jurídico inexistente por falta de conocimiento o de objeto que pueda ser materia de él no producira efecto legal alguno. No es susceptible de valer por confirmacion, ni por prescripcion; su inexistencia puede invocarse por todo interesado". En ausencia de estos no podemos concebirlo como matrimonio.

Para que el estado jurídico matrimonial surja, se requiere:

a). Que exista el acuerdo de voluntades de ambos contrayentes y la declaración del Juez del Registro Civil

b). Que se cumpla con las solemnidades o ritos propios del acto

c). Que exista la diversidad de sexos entre quienes pretenden contraerlo, como posibilidad para que ese estado llene los fines biológicos que son propios de él.

La doctrina ha contemplado tres casos de matrimonios inexistentes: el matrimonio contraído por personas de un mismo sexo, el matrimonio en que no ha existido el consentimiento, y el matrimonio en el cual se han omitido solemnidades que son esenciales.

La falta de una manera absoluta la voluntad ante el Juez del Registro Civil, o a la inversa la falta de la concurrencia del Juez del Registro Civil, arroja la inválidez del acto; o visto de otra manera el manifestar la voluntad en el sentido negativo a la pregunta del funcionario, automáticamente no se cumple con el elemento del consentimiento. Por otro lado existe la voluntad coaccionada o llamada de otra forma "**vis compulsiva**", que no dá lugar a la inexistencia, sino a la nulidad.

La falta de solemnidades, dicho acto debe de celebrarse bajo lo dispuesto por los numerales 97, 98, 100, 102 y 103 del Código Civil. Dentro de los requisitos que se preveen algunos son considerados como meras formalidades y otros como verdaderas solemnidades, estas últimas suponen la existencia del acto y producen su inválidez, cuando no se observan. La inexistencia del matrimonio no requiere declaración judicial, no produce ningún efecto legal. La nada no produce ningún efecto. Las

consecuencias que produjere el matrimonio inexistente, son consecuencias de hecho y no de derecho

Por último, la identidad de sexos entre los contrayentes produce la inexistencia del acto por falta de objeto. La imposibilidad para realizar uno de los fines primordiales del matrimonio, la procreación de la especie, lo hace inexistente.

Quizá en la actualidad existan relaciones de personas de un mismo sexo, que viviendo inclusive bajo un mismo techo, pugnan por querer alcanzar el mismo grado de un matrimonio plenamente válido, ello como producto de dicha relación. Sin embargo se encuentran ante una imposibilidad fisiológica como lo es precisamente falta de procreación, siendo esta en realidad la única finalidad de suma importancia que le da su razón de ser al matrimonio.

Derivado de lo anterior, tenemos que los cónyuges que se han considerados como casados durante el tiempo que están viviendo juntos por haber celebrado el acto del matrimonio, pero que se encuentra a la vez afectado por algún elemento esencial y que por ello se encuentre afectado, **lo reviste un acto aparente, sin embargo a un concubinato no se le considera ni como acto aparente.**

Cabe destacar que al matrimonio no se le puede considerar la aplicación de las reglas generales sobre la nulidad de los actos jurídicos, lo anterior por que la naturaleza del matrimonio impide la sentencia que declara la invalidez produzca efectos restitutorios, y más aún por que la conservación de la familia y los intereses de ésta se

verían afectados. Por esto se consideran aplicables al respecto las siguientes consideraciones:

1.- El matrimonio tiene a su favor la presunción de ser válido.

2.- El matrimonio de buena fe, puede producir total o parcialmente sus efectos, aún después de la declaración de la nulidad.

3.- siempre se presume la buena fe de los contrayentes.

4.- La posesión de estado de matrimonio unida a la existencia del acta correspondiente, subsana los vicios de forma e impide que el matrimonio sea declarado nulo, por falta de solemnidades.*⁶⁰

3.6 LA NULIDAD Y LA ILICITUD DEL MATRIMONIO.

Al respecto el artículo 235 del Código Civil vigente para el Distrito federal, señala tres causas de nulidad:

A). El error sobre la persona

B). La existencia de impedimentos (art.156 del Cód. Civil)

C). La falta de formalidades que debe de observarse en la celebración del matrimonio (ausencia de solemnidades produce la inexistencia del acto; artículos 97, 98, 100, 102, y 103).

*⁶⁰ Cfr. Ibidem. págs 517-523

Conviene mencionar que a diferencia del tema anterior, pronunciada la invalidez de los actos jurídicos, éstos no pueden producir dichos efectos, por que se refiere a lo pasado, por lo que a pesar de que la nulidad invalida el acto de la celebración del matrimonio, la consecuencia de esa invalidez no es en ciertos casos, la total privación de efectos del matrimonio.

"Las nulidades del matrimonio, excepto en los casos en que se derivan de hechos delictuosos, son nulidades relativas".

El error en la persona, es una causa de nulidad, y que es la falta de conocimiento de la realidad o un defectuoso conocimiento de ésta. Es decir se trata de **un error de identidad de la persona** con quien se contrae matrimonio.

Existen otros tipos de error en la persona, que no ocasionan la nulidad del acto; por ejemplo el error en la persona en cuanto a las cualidades o condiciones propias de la misma, es decir cuando el contrayente o cualesquiera de ellos pretende casarse con persona determinada porque posee determinadas cualidades para determinado oficio o en lo que respecta a la condición o posición social de uno de ellos. Esta causa de nulidad del matrimonio, se extingue si el cónyuge que se encuentra en el engaño, no lo hace valer inmediatamente que la advierta (artículo 236 del Código Civil) La abstención del cónyuge engañado, se tiene por ratificación tácita del matrimonio. Dicha nulidad solo puede ser intentada por el cónyuge que se encuentra en el error y no por otra persona.

Galindo Garfías, manifiesta que son causas de nulidad:

I).- La falta de edad requerida para contraer matrimonio (artículo 156 fracción I, del Código Civil) y que comprenden en tanto que la mujer no ha cumplido los 14 años o el varón no ha alcanzado los 16 años de edad (artículo 148 del Código Civil) y se funda en la ineptitud fisiológica para la procreación.

Esta nulidad desaparece cuando ha habido hijos entre los consortes o con el simple transcurso del tiempo con el que se alcanza la mayoría de edad, o basta con el simple hecho de que la mujer se embarace para que esta causa de nulidad desaparezca inmediatamente.

II).- La falta de autorización para el matrimonio, es decir cuando el contrayente es menor de edad requiere del consentimiento de padre y madre, si ambos vivieren o del progenitor que sobreviva. A falta o por imposibilidad de éstos, se necesita el consentimiento de los abuelos paternos, o del que sobreviva; a falta o por imposibilidad de éstos el consentimiento debe de ser por los abuelos maternos o por el que sobreviva (artículo 149 del Código Civil); a falta de éstos, necesitan el consentimiento del tutor, y a falta de este último, el Juez de lo Familiar, suplirá el el consentimiento (artículo 150 del Código Civil).

Queda de una manera clara que el menor requerirá del consentimiento de sus ascendientes, del tutor o del juez, por que el menor tiene incapacidad legal que impide disponer de su persona o de sus bienes sin el consentimiento (autorización) de la persona capaz a quien el derecho confía el cuidado del menor. No obstante lo anterior

es necesaria la manifestación de la voluntad del menor para la celebración del matrimonio, aunque sean menores de edad. Sin embargo se puede decir que es el único acto jurídico en el que los ascendientes, tutor o juez de lo familiar, no pueden intervenir en la manifestación de la voluntad, de lo contrario se estaría afectando el acto

El término para interponer alguna acción la persona encargada de dar la autorización es de treinta días subsecuentes a la fecha en que haya tomado conocimiento del mismo.

Puede existir otro tipo de reconocimiento tácito con la manifestación de los siguientes actos:

- 1.- Haciendo donación a los hijos.
- 2.- Recibiendo a los cónyuges a vivir en la casa de los ascendientes.
- 3.- Presentando a la prole como legítima, ante el Juez del Registro Civil, y
- 4.- La realización de cualquier otro acto que permita en forma indubitable, deducir la aceptación del matrimonio celebrado por los hijos (artículo 239 del Código Civil).

III).- El parentesco por consanguinidad en línea recta sin limitación o en la colateral en el tercer grado o por afinidad en línea recta sin limitación alguna, produce la nulidad del matrimonio. En la línea recta y en la colateral o si se trata de hermanos o medios hermanos, el impedimento no es susceptible de dispensa.

IV).- El adulterio, habido entre las personas que pretendan contraer matrimonio, cuando ha sido judicialmente comprobado, es causa de nulidad el celebrado entre adúlteros. La acción de nulidad en este caso, corresponde al cónyuge ofendido y al correspondiente, debe intentarse dentro de los seis meses siguientes a la fecha de la celebración del matrimonio.

V).- Es impedimento dirimente y por lo tanto causa de nulidad del matrimonio, el atentado contra la vida de uno de los cónyuges.

VI).- El miedo y la violencia graves, es decir bastantes para producir temor en el cónyuge.

VII).- El alcoholismo y la toxicomanía, la impotencia incurables para la cópula y las enfermedades incurables o crónicas que además sean contagiosas o hereditarias, produce la nulidad del matrimonio. La acción caduca después de los sesenta días de la fecha de la celebración del matrimonio.

VIII).- La bigamia (substancia de un matrimonio válido anterior). La acción derivada de esta causa de nulidad es imprescriptible y puede hacerla valer tanto el cónyuge del primero, como el del segundo matrimonio. Esta acción puede hacerse valer por el Ministerio Público.

IX).- La falta de formalidades del matrimonio, es causa de nulidad. No se admitirá demanda de nulidad por falta de formalidades, sí a la existencia del acta del matrimonio se une la posesión de estado matrimonial.

Presentada la demanda de nulidad de matrimonio, la vida en común entre el actor y el demandado debe cesar inmediatamente, por decreto del juez que conoce del juicio de nulidad.

El juez de lo familiar dictará las medidas necesarias para evitar la suposición de parto, la sustitución de infante o que se haga pasar por viable al hijo que no esta en condiciones de vivir y para la protección de los hijos.

La sentencia de nulidad, en ningún caso perjudica a los hijos de los cónyuges, quienes se consideran como hijos de matrimonio.

Respecto del cónyuge que ha procedido de buena fe los efectos de la nulidad no se retrotraen al momento de la celebración del matrimomonio. Por lo que a él se refiere, tales efectos se producen a partir de la fecha de la sentencia de nulidad (matrimonio putativo).

En relación con los bienes de los consortes, las donaciones antenuptiales hechas por un tercero. Pueden ser revocadas; las que realizó el contrayente inocente, en favor del contrayente culpable quedan sin efecto; este último deberá devolver todo lo que haya recibido como donación y sus productos; el cónyuge inocente podrá retener lo que recibió del culpable.

Si ambos consortes han recibido de mala fe, las donaciones que se hayan hecho y los productos de la sociedad cónyugal, quedarán en favor de los hijos de ambos. Si no ha habido hijos, subsisten las donaciones antenuptiales que se hicieron recíprocamente los esposos.

La sociedad cónyugal se disuelve y si uno de los cónyuges ha procedido de mala fe, a él se aplicarán todos los productos de la sociedad conyugal se aplicaran a éstos

Si no hubiere habido hijos y ambos cónyuges han procedido de mala fe, cada uno de ellos recobrará los bienes que aportó a la sociedad y los productos se repartirán de acuerdo con las capitulaciones matrimoniales.

El matrimonio ilícito, no es nulo; es un matrimonio válido celebrado a pesar de que exista una prohibición para efectuarlo , que pudo haber sido superada, ya sea por dispensa (parentesco consanguíneo en línea colateral directa a falta de edad núbil) o porque no han transcurrido los plazos que la ley establece, dentro de los cuales no puede un segundo matrimonio en los casos de disolución del primero.

El **matrimonio ilícito**, es aquel que se celebra sin que se haya cumplido alguno de los requisitos cuya omisión no está sancionada con la nulidad del acto, es válido, aunque produce sanciones de otra naturaleza distinta de la nulidad. Es un matrimonio ilícito. En ese caso, el legislador no ha querido que pierdan eficacia los matrimonios que así celebrados, por irregulares, considera ilícitos.

La **ilicitud** en el matrimonio, conota la idea de reprobación jurídica contra el acto que no debió haberse celebrado, porque no se reunieron determinadas condiciones jurídicas, previas a la celebración del matrimonio y que no son intrínsecas, ni a las personas ni al acto mismo, sino que se refieren a cierta situación particular en que se encuentra alguno de los contrayentes.

Dentro de las causas que producen la ilicitud, son:

1.- Los impedimentos susceptibles de dispensa (falta de edad núbil y el parentesco de consanguinidad en línea colateral desigual), si se ha solicitado una dispensa y el Juez del Registro Civil celebra el matrimonio, antes de que se haya concedido aquélla.

2.- Si entre los contrayentes existe el vínculo de la tutela o de la curaduría y el matrimonio se celebra antes de que el Juez de lo Familiar haya concedido autorización para celebrarlo.

3.- Si no ha transcurrido el plazo de trescientos días, después de que ha sido disuelto el primer matrimonio (por muerte del marido, por divorcio o nulidad) durante el cual, la mujer no debe contraer el segundo (artículo 264 del Código Civil).

4.- Cuando no han transcurrido los plazos, en caso de divorcio, que se impone a los divorciados, ya se trate de divorcio contencioso o de divorcio voluntario, para que puedan contraer nuevas nupcias (artículo 289 del Código Civil).

La sanción que se establece, no se dirige a la destrucción del acto, sino que consiste en la imposición de penas de otra naturaleza, contra sus autores. La hipótesis de que un mayor de edad, contraiga matrimonio con un menor de edad, sin autorización correspondiente, **el artículo 265 del Código Civil, hace referencia a los matrimonios que se celebren entre una persona mayor de edad 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.

El juez del Registro Civil, que autorice un matrimonio ilícito incurre en responsabilidad, que puede ser sancionada con la destitución de empleo, sin perjuicio de las penas aplicables, por la comisión del delito que pueda existir (artículos 46 y 47 del Código Civil).

La diferencia que existe entre el matrimonio ilícito y el matrimonio putativo, son que el segundo se ha celebrado de buena fe, la sentencia de nulidad no tiene efecto retroactivo. El artículo 255 del Código Civil impide que en ese caso, se destruyan en el pasado, los efectos del acto.

La buena fe consiste en la ignorancia en el momento de celebrar el matrimonio, de las causas que lo invalidan. La buena fe se presume (artículo 257 del Código Civil); para destruir esta presunción se requiere prueba plena.

Nos encontramos pues, en el caso de que un acto inválido produce temporalmente los mismos efectos jurídicos del negocio válido.

La ignorancia en que se encuentra uno de los cónyuges o ambos, constituye un error, ya de hecho ya de derecho. El cónyuge que padece esa ignorancia, puede

conocer el impedimento, pero ignora que constituya una prohibición legal para celebrar el matrimonio (**error juris**) y esto basta para que se configure la buena fe, para que el matrimonio así contraído produzca todos sus efectos.

3.7 EFECTOS DEL MATRIMONIO

El estado del matrimonio produce así mismo respecto de los hijos, importantes efectos que son estudiados en el capítulo respectivo a la filiación.

Conviene sin embargo hacer mención de dichos efectos:

A). Facilitar la prueba de la filiación de los hijos nacidos de matrimonio, quienes para acreditar ésta, sólo deberán presentar la partida de su nacimiento y el acta de matrimonio de sus padres " (artículo 340 del Código Civil).

B). Crea una presunción de hijo de matrimonio, en favor de aquél, nacido después de 180 días contados desde la celebración de matrimonio y de los nacidos dentro de los 300 días siguientes a la fecha de disolución o separación de los cónyuges por orden judicial (artículo 324 del Código Civil).

Es de tal fuerza esta presunción, que el marido no podrá desconocer a los hijos concebidos por su mujer, ni aún alegando adulterio de su madre, sino en el caso en que pruebe haber sido físicamente imposible tener acceso carnal con su mujer Durante los

primeros 120 días, de los 300 que han procedido al matrimonio (artículo 325 y 326 del Código Civil).

C). La esposa, el hijo o tutor de éste, podrán sostener la paternidad del marido, aún de los hijos nacidos 300 días después de la separación provisional por causa de divorcio o nulidad del matrimonio, cuando aquel desconoce al hijo de quien fue su esposa (artículo 327 del Código Civil).

D). Sólo en casos a que se refiere el artículo 328 del Código Civil, el marido no podrá desconocer que es padre del hijo nacido dentro de los 180 días siguientes a la celebración del matrimonio.

E). El matrimonio del menor produce de derecho la emancipación (artículo 641 del Código Civil).

F). Si un individuo ha sido reconocido constantemente como hijo de matrimonio por la familia del marido, y en la sociedad, quedará probada la posesión de estado (artículo 343 del Código Civil) y por tanto se le tendrá como hijo de matrimonio.

G). Probada la filiación del hijo nacido de matrimonio, este último tiene derecho a alimentos, a llevar apellido de de sus padres y a participar en la sucesión hereditaria de éstos (artículo 389 del Código Civil), sin necesidad de que haya habido reconocimiento de la filiación, por su pretendido padre.

H). El matrimonio subsecuente de los padres hacen que se tengan como nacidos de matrimonio a los hijos habidos antes de su celebración, si éstos han sido reconocidos por ambos consortes (artículos 354 y 354¹ del Código Civil)"

Otros efectos surgidos del matrimonio, es que los cónyuges tendrán en el hogar la misma autoridad y consideraciones iguales. Todo ello referente a la decisión del establecimiento del domicilio cónyugal, la educación de los hijos, administración de los bienes que pertenezcan a éstos, que en caso de desacuerdo el juez de lo familiar resolverá lo conducente (artículo 168 del Código Civil).

Tanto marido y mujer podrán disponer de los bienes sin que ello requiera de autorización legal, salvo cuando sean menores de edad artículo 172, 173 del Código Civil). Requerirán de autorización los cónyuges que son menores de edad para enajenar, gravar o hipotecar sus bienes, ser fiador o contraer obligaciones solidarias, otorgar fianza para que su cónyuge obtenga la libertad (art. 175 del Código Civil) salvo autorización por su tutor para sus negocios judiciales. Así mismo los cónyuges entre ellos no podrán realizar compra-venta, excepto cuando hayan celebrado su matrimonio bajo el régimen de separación de bienes (artículo 176 del Código Civil).

"Ambos cónyuges están obligados a contribuir al sostenimiento del hogar distribuyéndose las cargas en la forma y proporción que para ese efecto ellos acuerden, y siempre que no se dañe la moral o la estructura de la familia. Podrán desempeñar un empleo, ejercer una profesión, industria o comercio que les acomode. Tanto el marido como la mujer podrán oponerse fundamentalmente a que su consorte desempeñe las

actividades mencionadas si éstas son inmorales o dañaren la estructura de la familia En caso de oposición el Juez resolverá lo que proceda (artículo 169 del Código Civil).⁶¹

Finalmente mientras el matrimonio dura, interrumpe la prescripción de los derechos y las acciones que pueda tener un cónyuge contra el otro (artículo 177 del Código Civil).

⁶¹ ibidem pág. 555

CAPITULO CUARTO

***LA DECLARACION UNILATERAL DEL REPUDIUM,
POR LA PERDIDAD DEL AFFECTIO MARITALIS,
COMO CLASE DE DIVORCIO.***

En este capítulo cuarto y último, analizaremos lo referente a la definición del repudium, la affectio maritalis, antecedentes del repudium o repudio en Roma, en la República Oriental de Uruguay y por último la proposición sobre el tema de investigación.

La realidad social da la pauta para poder llevar a cabo las iniciativas de ley en todos los aspectos posibles, no permite estar distantes de esa realidad ya que al legislar sobre un tema que se desprenda de un individualismo esto conllevaría a un error de apreciación, y que sin duda se llegó a cometer en el pasado por el legislador mexicano de forma muy frecuente. Cuando se trata un tema como de esta naturaleza, y que se considera será el detonante para ser retomado como objeto de discusión y a la vez como una propuesta viable para su aplicación.

La información reunida hubiera sido más abundante de tener los medios para poder extenderse de una manera más profunda, sin embargo se hizo la recopilación de los autores que tratan el tema para analizar y hacer una comparación de sus ideas y comentarios que al respecto se vierten. La Embajada de Uruguay me brindó todo el apoyo que estuvo a su alcance, lamentablemente la información actualizada de su Código Civil, no pudo ser posible para realizar un análisis más exhaustivo.

.1 DEFINICION DEL REPUDIO

Los Profesores de la Universidad Nacional Autónoma de México, Licenciados Edgard Baqueiro Rojas y Rosalía Buenrostro Báez, hacen una clasificación de las causas de disolución matrimonial y, atendiendo a la voluntad de los cónyuges, se encuentra clasificado el repudio como divorcio, mismo que lo definen de la siguiente manera:

"DIVORCIO UNILATERAL O REPUDIO.- Es aquel en el que la sola voluntad de uno de los esposos basta para poner fin al matrimonio. Es clásico el derecho de repudio concedido al varón en el derecho romano. Actualmente la misma facultad se le confiere a la mujer en el derecho uruguayo, y a cualquiera de los cónyuges en el derecho soviético."⁶²

CAUSAS DE DISOLUCIÓN MATRIMONIAL: EL DIVORCIO.

DIVORCIO.

Concepto.- Disolución del vínculo matrimonial declarada por la autoridad. Separar un Juez competente por sentencia legal a personas unidas en matrimonio.

⁶² BAQUEIRO ROJAS, Edgard y BUEN ROSTRO BAEZ, Rosalía Op Cit págs 148 y 149

CLASIFICACION

I.- Por sus efectos.

I.- En atención a la voluntad de los conyuges.

A). Divorcio vincular

a) Divorcio Unilateral Repudio

B). Divorcio por simple
separación de cuerpos.

b) Divorcio por mutuo consentimiento

c) Divorcio causal, necesario o contencioso

1) Divorcio sanción

2) Divorcio remedio

Clasificación de Edgard Baqueiro Rojas y Rosalía Buenrostro Báez.⁶³

"El matrimonio se podía disolver por diversas razones: por un lado a partir de la forma natural; es decir, por la muerte de uno de los cónyuges y, por otro, cuando existían determinadas causas para no seguir adelante en la unión marital.

Esta manera de terminar la relación marital fue muy frecuente a partir de la época de Augusto, sobre todo en los casos en los que no había hijos pero, lógicamente respetando todas las formalidades del caso; entre estas razones encontramos en primer término al **repudium**, o sea la **declaración unilateral de uno de los cónyuges en el sentido de no querer continuar unido en matrimonio, ya que se consideraba que si una de las partes no deseaba seguir unida a la otra, era una razón más que suficiente para que se disolviese el vínculo.**

⁶³ Idem

Por otro lado es necesario hacer mención que existía el divorcio por mutuo consentimiento, mismo que fue cada vez más frecuente sobre todo en la época de los emperadores cristianos, ya que por motivos básicamente de carácter religioso, se empieza a estar en contra de la práctica del repudio.

Cuando Justiniano sube al trono existen cuatro clases de divorcio:

1.- Divorcio por mutuo consentimiento

Es decir, la decisión de los cónyuges de no continuar casados, aunque Justiniano imponga sanciones a las personas que disuelven el vínculo matrimonial de esta manera como, por ejemplo, el no permitirles contraer nuevo matrimonio hasta que hubiese transcurrido determinado tiempo.

2.- Divorcio por culpa de uno de los cónyuges

Que alguno de ellos alegue determinada conducta realizada por el otro, basándose en los casos expresamente señalados en la ley.

El marido podía invocar el adulterio de la mujer, el hecho de que ésta concurriera a lugares públicos sin su consentimiento, o hablar con extraños fuera del domicilio conyugal. La esposa podía repudiar al marido si éste intentaba prostituirla, cometía adulterio en la casa común o la acusaba falsamente de adulterio.

Cualquiera de ellos podía alegar como causa de repudio, el atentado contra la vida, las injurias graves, la sevicia y el crimen de alta traición.

3.- Divorcio por declaración unilateral

sin existir causa legal para la disolución del matrimonio, en cuyo caso, una vez reconocido el divorcio, se sancionaba al cónyuge que lo había promovido.

4.- Divorcio por bona gratia

Es decir, aquella separación que se fundaba en circunstancias que hiciesen inútil la continuidad del vínculo. Tal sería el caso de impotencia, cautiverio, castidad o ingreso a ordenes religiosas." ⁶⁴

.2 LA AFFECTIO MARITALIS.

La configuración jurídica del matrimonio romano es tema que suscita tesis contrapuestas. Para unos, en la concepción romana, el matrimonio no es un acto jurídico en el que emitan los contrayentes, con arreglo a determinadas formalidades legales, la manifestación de la voluntad. El matrimonio romano es una mera situación de convivencia de dos personas de distinto sexo, situación cuyo comienzo no está marcado por la exigencia de formalidad alguna de orden jurídico, manteniéndose por la **affectio maritalis, o intención continua de vivir como marido y mujer .**

La forma de disolución del matrimonio y segundas nupcias, se disuelven por la muerte de uno de los cónyuges, por sobrevenir respecto a cualquiera de ellos una incapacidad matrimonial y por cesación de la affectio maritalis.

⁶⁴ MORINEAU IDUARTE, Martha e IGLESIAS GONZALEZ, Román, "Derecho Romano", Editorial HARLA, México, 1985, págs.87 a 89

Podríamos definir a la *affectio maritalis* de acuerdo a los puntos de vista del autor, atendiendo al momento de la disolución del matrimonio como: **La cesación de la *affectio maritalis*, o sea el cambio en la voluntad de ambos o uno sólo de los cónyuges, que acaba el matrimonio en los casos de divorcio y repudio.**^{*65}

Dicho de otra manera es la falta o ausencia de amor o falta de afecto conyugal o bién la cesación de la voluntad de uno de los cónyuges para continuar la vida conyugal.

Características del verdadero *affectio maritalis*.

Tengamos en cuenta una doble consideración:

A). En cuanto al matrimonio mismo, jamás debe acudirse a él por móviles lujuriosos, interesados o egoístas, que son causa de matrimonios que sólo son de nombre, y acarrear la crisis de la institución matrimonial y el divorcio.

B). En cuanto a la elección del cónyuge, la debida preparación matrimonial implica:

1). Evitar errores funestos como son la disparidad intelectual o sentimental ahuyentadora del amor. La disparidad de caracteres no es causa canónica de separación.

^{*65} Cfr. VENTURA SILVA, Sabino. Op. Cit. págs.733-735

2). No llegar al matrimonio sino movidos por el verdadero amor conyugal, donde se armonizan y comprenden la atracción fisiológica, la estima moral, la coincidencia intelectual y sentimental, y el complemento de caracteres. Amor que no puede reducirse a la animal lasciva sensual como pretenden ciertos evolucionistas, ni al gusto de la comunicación de ideas a sentimientos estéticos, ni a la convivencia de intereses o comodidades, sino que ha de reunir todos los elementos vitales diversamente ponderados según las características personales de los contrayentes, pero necesariamente encaminadas a un firme y desinteresado propósito de colaboración, cimentado en el sentimiento del deber y corroborado por el santo lazo de la religión y el auxilio impresindible de la gracia sacramental. Tenemos siempre presentes las palabras dirigidas a los novios en ocasión del matrimonio de Luis F. Uribe Labastida el 8 de mayo de 1940: " Basada está firmemente la felicidad conyugal, aún en contra del transcurso del tiempo, y es que el tiempo nada puede contra lo que es divino. Y la gracia diviniza el amor."⁶⁶

"Juan Pablo II en breves meditaciones sobre *el* cantar de los cantares. La realidad del amor, proclamada en éste, no puede separarse del lenguaje del cuerpo. La verdad del amor hace ciertamente que el mismo lenguaje del cuerpo se relea en la verdad. Esta es también la verdad del progresivo acercamiento de los esposos, que crece por medio del amor; y la cercanía significa también la iniciación en el misterio de la persona, pero sin que implique su violación. **La verdad de la creciente cercanía de los esposos por medio del amor se desarrolla en la dimensión subjetiva del corazón, del afecto y del sentimiento, que permite descubrir en sí al otro como don y, en cierto sentido, degustarlo en sí. (Oración 10 de junio de 1984)"**⁶⁷

⁶⁶ DE IBARROLA, Antonio. Op. Cit págs 234

⁶⁷ Ibidem pág. 235

"**Pío XII** expone estas tres características del amor conyugal cristiano, elemento el más impresindible para la posible perfección del matrimonio:

a). Todo lo que se hace en la familia debe ser en algún modo fruto de colaboración, obra común en cierto grado de los esposos. La colaboración humana tiene que hacerse con la mente, con la voluntad y con la acción ... y consistirá en subordinar orgánicamente la obra de cada uno a un pensamiento común, hacia un fin común que lo ordenará todo jerárquicamente y cuyo común deseo aproximará a todas la inteligencias en un mismo interés, y estrechará los ánimos en una afección recíproca moviendolos a aceptar la renuncia y el sacrificio de la propia independencia, por lo cual será tanto más estrecha y fecunda, cuanto más estrechamente obren el pensamiento, la fe y el amor, persisten más vivamente en la acción (olocución 18 de marzo de 1942).

b). En las vicisitudes de la vida familiar, como en todas las circunstancias del vivir humano, el heroísmo necesario muchas veces tiene siempre su raíz esencial en el sentimiento profundo y dominador del deber, de aquel deber con el cual no es posible transigir ni pactar; que tiene que prevalecer en todo y sobre todo; sentimiento del deber que para el cristiano es el reconocimiento consiente del dominio de Dios sobre nosotros, de su soberana autoridad y de su soberana bondad . . . **sentimiento que no proviene de una obligación abstracta de una ley prepotente e inexorable, hostil y destructora de la libertad humana, sino que responda y se incline a las exigencias de un amor, de una amistad infinitamente generosa.**" (alocución del 18 de marzo de 1942) ⁶⁸

⁶⁸ Idem

3 ANTECEDENTES DEL REPUDIUM O REPUDIO

Hablar de los antecedentes propiamente del repudio, tenemos que aparece desde los pueblos de la historia antigua como es Babilonia, China, India, Israel y Egipto, así como en el Derecho Romano y en el Derecho Canónico, en los pueblos mahometanos (prescindiendo del Turco), en el derecho judío del Talmud, y posteriormente en el Derecho Francés, en los países de la ex-Unión Soviética, en Polonia, en la República Oriental de Uruguay, en algunos estados de Los Estados Unidos de Norte America y por supuesto en México.

El divorcio ha asumido formas y producido efectos diversos, dependiendo de cada cultura en particular, pero siempre ha estado presente en todos los ordenes jurídicos.

"El hombre tiene derecho a repudiar a la mujer, sea sin causa, ya por determinadas causas, mientras que la mujer no tiene derecho alguno a disolver por sí el matrimonio o lo tiene sólo en casos raros; en el derecho judío puede exigir judicialmente, por ciertas causas (adulterio, malos tratos), que el marido de la carta de divorcio." ⁶⁹

El divorcio se consideró siempre como un derecho exclusivo del varón de repudiar a su mujer por causas diversas como el adulterio, la esterilidad, torpeza, impudicia, vida licenciosa, etc., y ocasionalmente como un derecho de la mujer por causa casi única del maltrato del marido.

⁶⁹ KIPP, Teodor y WOLFF, Martín, Traducido por PEREZ GONZALEZ, Blas y CASTAN TOBENAS, Jose; traducido de la 20ava. Edición alemana (sexta revisión), "Tratado de Derecho Civil, Derecho de Familia" Editorial BOSCH, segunda Edición, Barcelona, 1953, págs 221-222

El divorcio en la Biblia.- En el antiguo Testamento existe un pasaje en el Deuteronomio (XXIV-1) en el que el marido podía entregar a su consorte un libelo de repudio para despacharla a su casa por torpezas de la mujer tales como: la sospecha de adulterio, la impudicia, las costumbres licenciosas.

La repudiación tenía que ser con la manifestación expresa de la voluntad del marido exteriorizada a través de un documento escrito que debía contener la fecha, lugar nombre de las partes y sus antecesores inmediatos; debiendo decir que abandonaba a su mujer y que la repudiaba libremente dándole la libertad de casarse con otro.

El marido perdía lo que había donado al suegro a título de compra; pero si la repudiación era por falta de virginidad, tenía derecho a que se le restituyera el precio de la compra (había comprado un "objeto" usado).

Tiempo después la legislación hebrea concedió a la mujer el derecho de repudiar, basado en el adulterio de su marido, por ser maltratada, por que el marido fuera pródigo o perezoso, o no diera cumplimiento a los deberes conyugales.

La ley Talmúdica reconocía como causales la esterilidad y el adulterio.

El divorcio fue condenado en los textos del Nuevo Testamento en términos generales. "Según San Marcos, a la pregunta de unos fariseos sobre si es lícito al marido repudiar a la mujer, Jesús dijo: ¿ Qué os mandó Moisés ?, y ellos contestaron: Moisés permitio repudiarla, precediendo escritura legal y repudio. Replicó Jesús, " En vista de la dureza de vuestro corazón, os dejo mandado eso ". Pero más adelante

aclara: " Cualquiera que rechase a su mujer y tomare otra, comete adulterio contra ella y si la mujer se aparta de su marido y se casa con otro es adúltera " (San Mateo X ,2-12).

"Así pues os declaro que cualesquiera que despidiere a su mujer sino en caso de adulterio y aún en este caso si se casare con otra ; este tal, comete adulterio; y quien casare con la divorciada también lo comete" (San Mateo XIX, 9).

San Pablo en la Epistola a los Corintios (VII, 10 XII)condena el divorcio, aún cuando parece que es lícito al cónyuge creyente separarse de su consorte no cristiano.

En Israel.- El divorcio era admitido como un deber para el marido y aún contra la voluntad del mismo, era obligado en justicia en caso de adulterio.

El adulterio de la mujer se castigaba con pena de muerte; el del marido únicamente si era sorprendido con la mujer casada; en los demás casos quedaba impune.

Reconocían el repudio. En tal caso el marido debía entregar un libelo de repudio y echar dela casa a la mujer en presencia de dos testigos hebreos. La mujer tenía que recurrir al sacerdote para que éste le redactara en su caso, el escrito de repudio.

Regulaban diversas causales; algunas servían a ambos, tales como la esterilidad de la mujer y la impotencia del hombre, a los diez años de matrimonio, enfermedad isoportable (epilepcia), o contagiosa (lepra), cambio de religión y ausencia.

Las causales para el marido eran: no encontrar en la mujer las cualidades que pensaba que tenía, adulterio cuando no era condenada a muerte, negativa de la mujer a consumir el matrimonio, pasearse con la cabeza o el brazo descubierto, dar al marido comida fermentada, permitirse bromas con un joven, no ser virgen al casarse.

La mujer tenía como causales: si el marido no cumplía sus deberes conyugales, si llevaba vida desarreglada, si maltrataba a la mujer.

En Babilonia.- El Código de Hammurabi conocía al repudio para el hombre, pero debía devolver la dote a su mujer y en caso de que hubiera hijos le tenía que dar tierras en usufructo.

El Xend-Avesta señalaba que si la mujer no ha tenido hijos después de nueve años de casada, el marido tiene el derecho de repudiarla.

En Persia .- El divorcio era desconocido, pero la repudiación podía operar si la mujer no lograba dar un hijo durante nueve años de convivencia.

En China.- Reconocían el divorcio para el hombre cuando la mujer tenía muy malas cualidades, como esterilidad, impudicia, falta de consideración y respeto debido al suegro o suegra, charlatanería, robo, mal carácter, enfermedad incurable. Sin embargo la repudiación era poco frecuente.

En India.- Las leyes de Manú admitían el repudio a la mujer en el caso de que fuera estéril a los ocho años de matrimonio, que todos los hijos murieran en la minoría de edad, que hubiera engendrado solamente mujeres, si bebía licores, que padeciera

enfermedad incurable, que fuera pródiga, si hablaba con dureza al marido, podía ser repudiada de inmediato.

La mujer podía abandonar al marido que fuera un criminal, impotente, atacado por la lepra, o tuviera ausencia prolongada en naciones extranjeras.

En el Derecho Musulman.- El matrimonio podía disolverse de cuatro maneras en vida de los cónyuges: repudio del hombre, divorcio obligatorio para ambos, el mutuo consentimiento, y el divorcio consensual retribuido.

El marido podía repudiar a la mujer por adulterio o por indocilidad de la misma.

El divorcio era obligatorio en los siguientes casos: impotencia, enfermedad que hiciera peligrosa la cohabitación, incumplimiento de las condiciones del contrato de matrimonio como no pagar la dote al marido y no suministrar éste alimentos a la mujer; el adulterio.

El mutuo consentimiento era causa de divorcio y el divorcio consensual retribuido era aquél en que el marido renunciaba a los derechos que tenía sobre su mujer, mediante una compensación que ésta le pagaba. Para la validez de este convenio se requería que la mujer tuviere una plena capacidad de disposición. Los efectos que producía este convenio eran los mismos que los del repudio.

En Grecia.- Cualquiera de los esposos tenía la facultad de pedir la disolución del matrimonio. El marido daba un libelo de repudio como en Judea. La mujer solicitaba sentencia del arconte.

Eran causas de divorcio: el adulterio, la esterilidad, los malos tratamientos. El marido podía devolver o abandonar a la mujer aún sin razón, pero en este caso ella podía reclamar que se le restituyera la dote o que se le pagaran intereses o alimentos ^{*70}

En la República Oriental de Uruguay.- existe como repudio el divorcio llamado "**por la sola voluntad de la mujer**", mismo que entró en vigor a partir de 1907, figura jurídica que sigue vigente hasta la fecha, la manera de llevarlo a cabo es la siguiente:

Código Civil de la República Oriental de Uruguay.

Artículo 187.- "El divorcio sólo puede pedirse:

- 1.- Por las causas enumeradas en el artículo 148 de éste código.**
- 2.- Por mutuo consentimiento de los cónyuges.**
- 3.- Por la sola voluntad de la mujer."**

A continuación se transcribe la forma de llevarse a cabo:

"3º.- Divorcio por la sola voluntad de la mujer.

En este caso la solicitante deberá comparecer personalmente ante el Juez letrado de su domicilio a quien expondrá su deseo de disolver el matrimonio. **El Juez hará constar en acta este pedido y en el mismo acto fijará audiencia para celebrar un comparendo entre los cónyuges, en el que se intentará la conciliación y se resolverá la situación de los hijos, si los hubiere, se fijará la pensión alimenticia que el marido debe suministrar a la mujer, mientras no se decrete la disolución del**

^{*70} Cfr. MONTERO DUHALT, Sara. Op. Cit págs 201-207

vínculo y se resolverá sobre la situación provisoria de los bienes. Sino comparece el cónyuge contra quien se pide el divorcio, **el Juez resolverá, oídas las explicaciones del compareciente, sobre la situación de los hijos y la pensión alimenticia,** decretando en todos los casos la separación provisoria de los cónyuges y fijando nueva audiencia con plazo de seis meses, a fin de que comparezca la parte que solicita el divorcio a manifestar que persiste en sus propósitos. También se labrará acta de esta audiencia y se señalará una nueva con plazo de un año, para que la peticionante concurra a manifestar que insiste en su deseo de divorciarse.

En esta última audiencia el Juez citará a los cónyuges a un nuevo **comparendo** e intentará de nuevo la conciliación entre ellos y, comparezca o no el esposo, decretará siempre el divorcio, en caso de no conciliarse, sea cual fuere la oposición de éste.

Siempre que la que inició el procedimiento dejará de concurrir a alguna de las audiencias o comparendos prescritos, en este numeral se le tendrá por desistida.

El divorcio por esta sola voluntad no podrá solicitarse sino después de haber transcurrido dos años de la celebración del matrimonio.

La mujer tendrá derecho, desde el momento que se decreta la separación provisoria de los cónyuges, de elegir libremente su domicilio.

Cuando al cónyuge que no ha pedido el divorcio no se pudiera citar personalmente o estuviera ausente del país, el Juez lo citará por edictos y si no

compareciese vencido el término del emplazamiento, se le nombrará defensor de oficio."⁷¹

"En México, en el territorio de Texcoco, cuando se tenía que dirimir "algún pleito de divorcio", que eran pocas veces, procuraban los jueces que debían intervenir y poner paz, pero reñían asperamente, al que era culpado les decían que miras en con cuanto acuerdo se habían casado y que no hechasen a vergüenza y deshonor a sus padres y parientes que habiendo entendido en los casarlos y que sabían que eran casados y les decían otras cosas y razones, todo a efecto de conformarlos."⁷²

Entre los mayas tenemos por ejemplo que dentro de las clases guerreras se reflejaba la poligamia únicamente. Los Mayas se casaban con una sola mujer a los veinte años de edad y los padres les buscaban a sus esposas a los hijos; **comenta Chavez Asencio, que la infidelidad era causa de repudio, si al tiempo del repudio los hijos eran menores de edad, estos quedarían al cuidado de la madre y al igual que con los Aztecas en caso de los que los hijos fueran mayores de edad las mujeres quedarían con la madre y los hijos con el padre.**

La mujer repudiada por su parte podía unirse con otro hombre y aún volver a unirse con el primero; existía una facilidad para poder tomarse o dejarse. En cuanto al procedimiento que se debía seguir "Las quejas del matrimonio se presentaban al gran secerdate, petamuti. Las tres primeras veces los amonestaba reprendiendo al culpable; a la cuarta decretaba el divorcio. Si la culpable era la esposa, seguían, sin embargo viviendo en la casa marital; a no ser el caso de

⁷¹ CARNELLI, Santiago Dr. Y otros, "Código Civil de la Republica Oriental de Uruguay ", Editado por NIN Y SILVA, Celedonio y GATTI, Hugo y CERRUTI AICARDI, Hector, Montevideo, 1979 págs 44-46

⁷² CHAVEZ ASENCIO, Manuel F. Op Cit págs 432 y 433

adulterio en que entregada al Petamuti la mandaba matar. Si el culpable era el varón recogía a la mujer sus parientes y la casaban con otro. No se permitía un segúndo divorcio." ⁷³

Dentro de los Señoríos que tenemos contemplados eran el de México, el de Tlascuco, de Tacuba, de los cuales dependían diirectamente las provincias. "En las casas del Señor unos aposentos y salas levantadas del suelo , siete y ocho gradas, que eran como entre suelos y en ellos residían los jueces, que eran muchos y los de cada provincia de pueblo y barrio estaban a su parte allí cuando acudían los súbditos de cada uno, también oían y determinaban las causas de los matrimonios y divorcios."⁷⁴

En épocas más recientes en México tenemos por ejemplo el artículo 267 del Código Civil vigente para el Distrito federal, que establece: "Son causas de divorcio"; y dice en su causal XVIII.- "La separación de los cónyuges por más de dos años, independientemente del motivo que haya originado la separación, la cual podrá ser invocada por cualesquiera de ellos."

Dicha causal a criterio de Chavez Asencio, es un claro **repudio** dado que no se requiere para ello la comprobación de dicha causal, **basta con acreditar el tiempo de separación**, y al final no importa el motivo de la separación, es decir no hay un culpable al momento de dictarse la sentencia.

⁷³ Ibidem, pág.441

⁷⁴ Idem.

Rosalío Bailón sin profundizar en sí es o no una clase de repudio nos manifiesta la importancia de la introducción de dicha causal

"La separación de los cónyuges por el término de dos años, demuestra palpablemente que **se perdió el cariño, el amor, el respeto, y que ya los esposos no desean compartir sus vidas, por lo que esta causal es un acierto.**"

El Código Civil de Estado de Tlaxcala, en su capítulo VI del Divorcio, Artículo 123, establece como causal de divorcio en la **Fracción XVII "La incompatibilidad de caracteres."**⁷⁵

Dicha causal **equivale a un repudio** de manera clara, pues no se demuestra o prueba nada, simplemente una ausencia de compatibilidad de caracteres; lo que hace imposible la vida en común.

Otra forma de repudio es la disposición que establece el numeral 268 del Código Civil para el Distrito Federal, "**Cuando un cónyuge haya pedido el divorcio o la nulidad del matrimonio por causa que no haya justificado o se hubiere desistido de la demanda o de la acción sin la conformidad del demandado, éste tiene a su vez el derecho de pedir el divorcio, pero no podrá hacerlo sino pasados tres meses de la notificación de la última sentencia o del auto que recayó al desistimiento. Durante estos tres meses los cónyuges no están obligados a vivir juntos.**"⁷⁶

⁷⁵ BAILÓN VALDOVINOS, Rosalío, "Teoría y Práctica del Divorcio", Editorial Porrúa, S A, México, 1994 pág 101

⁷⁶ Ibidem pág 24

4.3.1 EN ROMA

De interés especial para nuestra legislación es el conocimiento del derecho romano por ser su antecedente directo y remoto.

Desde los orígenes de Roma el divorcio fue conocido y regulado jurídicamente. Tenía lugar en diferente forma si el matrimonio había sido celebrado *cum manus* o *sine manus*, es decir, quedando la mujer bajo la potestad del marido en el primer caso, o libre de ella el segundo.

"En el matrimonio *cum manus*, el divorcio consistía en un derecho de repudio por parte del marido. Según Cicerón, este tipo de divorcio fue admitido desde la Ley de las XII Tablas. En esta forma de matrimonio el repudio era un acto unilateral y exclusivo del marido, quedando el mismo con la única obligación de restituir la dote de la mujer.

Si el matrimonio había sido celebrado en forma solemne por medio de la *confarreatio*, se *disolvía por la disfarreatio*, en la que se necesitaban también ciertas formalidades, como el **hacer una ofrenda a Júpiter**, dios tutelar del matrimonio, acompañada de expresiones verbales. El sacerdote podía negarse a officiar en la *disfarreatio* cuando no existiere alguna de las causas de divorcio reconocidas por el derecho sacro.

El matrimonio celebrado por **coemptio** (compra de la mujer , se disolvía por la **remancipatio**, otra especie de venta a semejanza de una **manumissium**, forma de salir de la esclavitud.

La **remancipatio** de la mujer casada equivalía a la emancipación de la hija, era realmente un repudio.

En el matrimonio celebrado *sine manus* el derecho de disolver el vínculo era recíproco y asumía a su vez dos formas:

El **divorcio bona gratia** que no requería de ninguna formalidad y surtía sus efectos por el mutuo consentimiento, llamado también **divortium comuni consensu**. Requería únicamente darle carácter de soriedad y notoriedad a la intención de divorciarse a través de una declaración expresa. La segunda forma era el **repudio sin causa repudium sine nulla causa** por la sola voluntad de cualquiera de los esposos y sin la intervención del magistrado o sacerdote y sin necesitarse el consentimiento de la otra parte. Las consecuencias de la repudiación eran un tanto semejantes, para ambos consortes. La mujer que repudiaba perdía su dote y las donaciones matrimoniales. Si era el marido perdía el derecho a la dote y las donaciones, y cuando éstas no existían tenía que darle a la mujer la cuarta parte de su patrimonio.

Bajo el imperio de Augusto se promulgó la "**Ley Julia de Adulteris**", que exigía la **notificación de la voluntad ante siete testigos mediante un acta libellus repudiū, o por medio de palabra , bastando decir tua res tibi habeto o sea, "ten para ti tus cosas"**.

A fines de la República y bajo la época del imperio, la demayor esplendor y extensión del poder romano, advino el relajamiento de las costumbres, otrora severas, de los patricios. El divorcio proliferó en forma alarmante y coadyuvó, al disolver la sólida unidad familiar primitiva romana, a la decadencia del Imperio y a su posterior caída en manos de los bárbaros.

Bajo el Imperio de Justiniano, se reconocía cuatro tipos de divorcio:

- 1). El mutuo consentimiento, suprimido posteriormente
- 2). A petición de un cónyuge invocando una causa legal
- 3). La voluntad unilateral y sin causa legal con sanción para el cónyuge demandante
- 4). El bonagratia que se fundaba en la impotencia, la cautividad prolongada o el voto de castidad.

Las causas de divorcio para **el hombre** eran:

- a). Que la mujer hubiera encubierto algún crimen contra la seguridad del estado.
- b). Adulterio probado de la mujer
- c). Atentado contra la vida del marido
- d). Tratos con otros hombres contra la voluntad del marido o haberse bañado con ellos
- e). Alejamiento de la casa marital sin voluntad del esposo
- f). Asistencia de la mujer a espectáculos público (banquetes o circo) sin permiso del marido.

Las causales para **la mujer**:

- a). La alta traición del marido

- b). Atentado contra la vida de la mujer
- c) Tentativa de prostituirla
- d). Falsa acusación de adulterio
- e). Locura
- f). Que el marido tuviera su amante en la propia casa conyugal o fuera de ella en el mismo pueblo.

El siguiente emperador, Justino, tuvo que restablecer el divorcio por mutuo consentimiento por exigirlo así la opinión pública, ya que esta forma se encontraba arraigada profundamente en el espíritu del pueblo romano.

A partir de Constantino, en el siglo III en que empezó a difundirse el cristianismo, el divorcio se hizo más difícil, aunque no fue suprimido. El cónyuge que repudiaba tenía que precisar las causas legítimas de repudiación. Con posterioridad, en distintas constituciones imperiales se publicaron diversas penas contra el autor de alguna repudiación sin causa legítima, o contra el esposo culpable ".

"El matrimonio se podía disolver por las siguientes causas:

I). Muerte de uno de los cónyuges

II). Por incapacidad sobrevenida a alguno de los consortes:

A). *Capitis deminutio máxima y media*

B). **Incestus superviniens**, o sea, si el suegro adopta como **filius** al yerno, con lo que, desde el punto de vista de la agnatió, los dos cónyuges se encontraban en la condición de hermanos.

La situación anterior podía evitarse emancipando previamente el pater a su hija.

C). En el derecho clásico, al llegar al cargo de senador se disolvía el matrimonio del que estuviere casado con una liberta (bajo Justiniano desaparece esta causa).

La pérdida de la libertad o de la ciudadanía disolvía el matrimonio. El cónyuge que caía prisionero del enemigo no recuperaba su anterior matrimonio por el **ius postliminii**. Justiniano, sin embargo, dispuso que el cónyuge libre no podía contraer nuevo matrimonio, mientras supiese que el cautivo vive o hasta que hayan transcurrido cinco años sin noticias suyas. La pérdida de la ciudadanía fue suprimida por Justiniano como causa de disolución del matrimonio.

III).- Por voluntad de los cónyuges, **de uno sólo, o por cesación de la affectio maritalis**. El matrimonio terminaba en los casos de divorcio y repudio. El empleo de estas dos palabras se hace en las fuentes con una ausencia de precisión que dá pie a diversas conjeturas entre los intérpretes. Es muy posible, como decía *Bonfante*, que *repudium* significase, en el derecho clásico, **el acto de manifestación de voluntad contra la continuación del matrimonio, y *divortium* aludiese al efecto producido por dicho acto: cesación del vínculo de la vida marital; y que, ya en el Derecho cristiano, se aplicase más bien la voz divorcio a la disolución por mutuo disenso, y la de repudio a la disolución por voluntad unilateral.**

El *divortium* no ésta sujeto a formalidad alguna; bastaba un simple aviso, comunicado de palabra, por escrito o por medio de mensajero. La **lex iulia de**

adulteriis, del año 18 A de C., estableció que el repudio debía comunicarse por medio de un liberto, en presencia de siete ciudadanos púberes.

EL DIVORCIO EN LA LEGISLACION ROMANO-CRISTIANA. - En esta materia seguía estas tres direcciones:

a). Se exigen para el divorcio unilateral causas justas, señalándose las que debían tenerse como tales.

b). Es objeto de pérdidas patrimoniales, que afectan a la dote y a la **donatio propter nuptias** al que se divorcia sin justa causa.

c). Impone, además, penas graves de reclusión en un monasterio.

EL DIVORCIO EN EL CODEX JUSTINIANEO.

DISTINGUE:

A). **Divortium communi consensu.** Se permite sin ninguna restricción.

B). **Divorcio por voluntad unilateral (repudium);** se distinguieron tres clases:

1.- **Divortium ex iusta causa.**- por los motivos señalados en la ley, implicando una falta del otro cónyuge; adulterio de la mujer, atentado contra la vida del marido.

2.- **Divortium sine causa,** es decir, sin justa causa legal, que traía consigo pérdidas patrimoniales.

3.- **Divorcio bona gratia**; se produce sin culpa del cónyuge, pero motivado en causa que impiden realizar los fines del matrimonio: locura, cautividad, guerra, elección de vida claustral e impotencia incurable." ⁷⁷

4.3.2 EN LA REPUBLICA ORIENTAL DE URUGUAY

En la República Oriental de Uruguay existe un divorcio sumamente parecido al repudio, al respecto, el ilustre tratadista de la materia del derecho romano como lo es el maestro y guía Guillermo Floris Margadat S., que precisa **"en Uruguay existe de nuevo el divorcio por repudio unilateral de la esposa, sin necesidad de indicar y comprobar una causa"**.⁷⁸

Este fue el principio que me motivo a llevar a cabo dicha investigación de esta naturaleza, así como su origen y sus fuentes históricas, principalmente el derecho romano, una vez que se realizó la preinvestigación para tomarlo como referencia o punto de partida, acudí a la Embajada de Uruguay, en la que fui atendido por un abogado, quien me informó que no existía ningún divorcio parecido al que se le consultaba, es decir el referido al repudio, sin embargo manifestó que existe uno que es **"el divorcio por la sola voluntad de la mujer"**, por lo que me proporcionó un Código Civil de su país, al llevar a cabo la búsqueda resultó ser un Código un poco atrasado en su edición, bueno de 1979. Una vez localizada la información se procedió a consultar a la persona que me estaba atendiendo, informandome que dicho divorcio aún sigue vigente en la República Oriental de Uruguay.

⁷⁷ VENTURA SILVA, Sabino. Op. Cit págs.133 a la 135

⁷⁸ FLORIS MARGADANT S., Guillermo, Dr. Op. Cit pág 12

Dicha edición del código uruguayo nos da una relación con la obra de consulta del doctrinario precitado, lo anterior de acuerdo a la fecha de edición de cada uno de ellos.

Creo conveniente hacer una amplia referencia a dicha edición del Código Uruguayo debido a que existen notas explicativas al respecto de las modificaciones llevadas a cabo, y en el que los mismos autores de dicho código nos explican el motivo por el cual se llevaron a cabo, después de muchísimos años que no se revisaban varias legislaciones.

El código de referencia reúne según los autores una facilidad de consulta que se considera muy apropiada para los estudiosos del derecho civil, dado que la obra reúne por un lado la labor técnica de fichaje y clasificación sistemática del articulado del código. Anterior al año de 1866 se habían formado pocas comisiones para sentar las bases del Código Civil Uruguayo. Ocupándose primeramente de las cuestiones relativas a la legislación mercantil dos años antes; pero la Comisión que sienta las bases para la creación de un verdadero Código Civil, es precisamente la de 1866, de ahí le siguió otra de mucha relevancia la de 1889 (reformas que entraron en vigor el 19 de septiembre de 1893), le siguieron otras reformas como son: **El 26 de octubre de 1907 entra en vigor en el Código Civil Libro I Título V "de la Disolución del Matrimonio"**, 1914, 1979 y 1985, mismas que únicamente trajeron cambios de forma pero no de fondo.

"Decreto de 1866.- Se encarga a la Comisión Codificadora, la revisión del Proyecto de Código Civil del Dr. Eduardo Acevedo, corregido por el Dr. Tristán Narvaja; y la redacción de un proyecto de ley General de Procedimientos"

GOBIERNO PROVISORIO.- Montevideo, 20 de marzo de 1866.

"Habiendo concluído sus trabajos la comisión nombrada, para la revisión del Código de Comercio y que ha sido promulgado debidamente; considerando la necesidad y conveniencia de completar los trabajos de legislación con la promulgación de un Código Civil que comprenda en un sólo texto todas las disposiciones vigentes con las correcciones que la práctica y el estudio de los jurisconsultos aconsejen; y considerando al mismo tiempo que es de la mayor urgencia simplificar el procedimiento de los juicios, tanto civiles como criminales y mercantiles, el Gobierno Provisorio en Consejo de Ministros, ha acordado:

Artículo 1º.- La Comisión nombrada con fecha 5 de junio del año proximo pasado, a la que se agrega el Dr. Don Joaquin Requena, procederá a la revisión del proyecto del Código Civil del **Doctor don Eduardo Acevedo**, y corregido por el Dr. Don Tristán Narvaja, presentando a la brevedad posible sus trabajos concluidos para su examen y correspondiente aprobación y promulgación.

Artículo 2º.- La misma Comisión queda encargada de la redacción de un proyecto de ley general de procedimientos en los distintos juicios, tanto civiles como mercantiles y criminales, eliminando en lo posible de la legislación vigente las trabas que se oponen a la más pronta y eficaz administración de justicia. Dicho proyecto será igualmente presentado en oportunidad al gobierno para los fines a que se refiere el artículo primero.

Artículo 3º.- Los miembros de la Comisión nombrada gozarán mientras dure su cometido, de la misma dotación acordada a los anteriores.

Artículo 4º - Comuníquese, publíquese y dése al Registro competente." ⁷⁹

La Comisión de 1866, en su informe que rinde al Gobierno Provisorio, en cuanto a la elaboración de dicho código se basó para ello en el derecho extranjero, entre ellos el romano, francés (Código de Napoleón), prusiano, así como en las legislaciones de Argentina, Brasil, Chile, España, Estados Unidos de Norte America, el proyecto del Doctor Acevedo, el del señor Goyena, el de el Señor Freitas, el de el Doctor Vélez Sárfield, el de el Doctor Narvaja, estos últimos por la grandiosa aportación de sus proyectos, así como de otros pueblos cultos que mantienen la unidad y la lógica en su sistema y bastante claridad en su método.

El Código Civil quedó conformado de Cuatro Libros: el Primero de ellos de Las Personas, el Segundo de Los Bienes y del dominio o propiedad, el Tercero del dominio y las diferentes formas de adquirirlo y Cuarto que comprende 1ª en materia de obligaciones en general, 2ª diversas especies de obligaciones, 3ª el modo de extinguirse las obligaciones y 4ª del modo de probarse las obligaciones.

Cabe hacer mención que este código no contempló de ninguna forma el divorcio; pudiera ser posible debido al poder que ejercía en ese momento la iglesia.

Una vez que entró en vigor el Libro I Título V "de la Disolución del Matrimonio" al Código Civil, el 26 de octubre de 1907, quedo de la siguiente manera:

"Artículo 186.- El matrimonio se disuelve:

⁷⁹ CARNELLI, Santiago Dr y otros Op Cit págs. 13-14

1º.- Por la muerte de uno de los cónyuges.

2º.- Por el divorcio legalmente pronunciado." ⁸⁰

"Artículo 187.- El divorcio sólo puede pedirse:

1º.- Por las causas enunciadas en el artículo 148 de este código;

"Art. 148.- la separación de cuerpos sólo puede tener lugar:

1ª Por el adulterio de cualquiera de los cónyuges;

2ª Por tentativa de uno de los cónyuges contra la vida del otro, pronunciada la sentencia criminal condenatoria.

3ª Por sevicias o injurias graves de uno respecto del otro. Estas causales serán apreciadas por el Juez teniendo en cuenta la educación y condición del cónyuge agraviado.

4ª Por la propuesta del marido para prostituir a su mujer;

5ª Por el conato del marido o el de la mujer para prostituir a sus hijos, y por la convivencia en la prostitución de aquéllos;

⁸⁰ Ibidem Pág 44

6ª Cuando hay entre los cónyuges riñas y disputas continuas, que les hagan insoportable la vida en común;

7ª Por la condenación de uno de los esposos a pena de penitenciaría por más de diez años.

8ª Por el abandono voluntario del hogar que haga uno de los cónyuges, siempre que haya durado más de tres años.

9ª Por la separación de hecho, ininterrumpida y voluntaria de por lo menos uno de los cónyuges durante más de tres años sea cual fuere el motivo que le haya ocasionado;

10ª Por la incapacidad de cualquiera de los cónyuges cuando haya sido declarada por enfermedad mental permanente o irreversible (artículo 431 y siguientes en cuanto sean aplicables) y siempre que se cumplan los siguientes requisitos:

a) Que haya quedado ejecutoriada la sentencia que declaró la incapacidad;

b) Que, a juicio del Juez, apoyado en dictamen pericial, la enfermedad mental sea de tal naturaleza que racionalmente no pueda esperarse el restablecimiento de la comunidad espiritual y material propia del estado de matrimonio.

Ejecutoriada la sentencia de divorcio, el ex-cónyuge deberá contribuir a mantener la situación económica del incapaz, conjuntamente con todos los demás obligados por ley a la prestación alimenticia, según las disposiciones aplicables (artículo 116 y siguientes)."

2º.- Por mutuo consentimiento de los cónyuges;

En este caso será necesario que los cónyuges comparezcan personalmente en el mismo acto ante el Juez Letrado de su domicilio, a quien expondrán su deseo de separarse. El Juez propondrá los medios conciliatorios que crea convenientes, y si éstos no dieran resultado, decretará desde luego la separación provisoria de los cónyuges y las medidas provisionales que correspondan.

De todo se labrará acta que el Juez firmará con las partes y al final fijará nueva audiencia con plazo de tres meses a fin de que comparezcan nuevamente los cónyuges a manifestar que persisten en sus propósitos de divorcio. También se labrará acta de esta audiencia y se citará nuevamente a las partes que comparezcan en un nuevo plazo de tres meses, a fin de que hagan manifestación definitiva de su voluntad de divorciarse. Si así lo hicieren, se decretará el divorcio, pero si los cónyuges no compareciesen a hacer la manifestación se dará por terminado el procedimiento.

No requiere conciliación ante Juez de Paz en el caso de divorcio por mutuo consentimiento.

3º.- Divorcio por la sola voluntad de la mujer.

En este caso la solicitante deberá comparecer personalmente ante el Juez Letrado de su domicilio a quien expondrá su deseo de disolver el matrimonio. El Juez hará constar en acta este pedido y en el mismo acto fijará audiencia para celebrar un comparendo entre los cónyuges, en el que se intentará la conciliación y se resolverá la situación de los hijos, si los hubiere, se fijará la pensión alimenticia que el marido debe suministrar a la mujer, mientras no se decrete la disolución del vínculo y se resolverá sobre la situación provisoria de los bienes. Si no comparece el cónyuge contra quien se pide el divorcio, el Juez resolverá, a las explicaciones del compareciente, sobre la situación de los hijos y la pensión alimenticia, decretando en todos los casos la separación provisoria de los cónyuges y fijando nueva audiencia con plazo de seis meses, a fin de que comparezca la parte que solicita el divorcio a manifestar que persiste en sus propósitos. También se labrará acta de esta audiencia y se señalará una nueva con plazo de un año, para que la peticionante concurra a manifestar que insiste en su deseo de divorciarse.

En esta última audiencia el Juez citará a los cónyuges a un nuevo comparendo a intentará de nuevo la conciliación entre ellos y, comparezca o no el esposo, decretará siempre el divorcio, en caso de no conciliarse, sea cual fuere la oposición de éste.

Siempre que la que inició el procedimiento dejará de concurrir a alguna de las audiencias o comparendos prescritos, en este numeral se le tendrá por desistida.

El divorcio por esta sola voluntad no podrá solicitarse sino después de haber transcurrido dos años de la celebración del matrimonio.

La mujer tendrá derecho, desde el momento que se decreta la separación provisoria de los cónyuges, de elegir libremente su domicilio

Cuando el cónyuge que no ha pedido el divorcio no se pudiera citar personalmente o estuviera ausente del país, el Juez lo citará por edictos y si no compareciese vencido el término del emplazamiento, se le nombrará defensor de oficio " ⁸¹

⁸¹ ibidem Págs 44-46

CONCLUSIONES:

Primera.- Para estudiar al divorcio fué necesario remontarse a sus orígenes, para comprender la forma de como surge y las necesidades a que debía responder; lo anterior surge como una necesidad de la sociedad para resolver situaciones lacerantes y de rompimiento en la familia, y que se implementó como un mal necesario según los estudiosos de la materia.

Segunda.- Existen sin duda muchos países que por sus tradiciones tan arraigadas, mantienen la no disolución del vínculo matrimonial, como lo son: por ejemplo España e Italia entre otros, sin embargo ello no fué obstáculo para la separación de los cónyuges en los matrimonios; datos recientes hablan de la infinidad de parejas que viven desde hace muchos años separados y sin embargo esto no representa una realidad social para dichos Estados.

Tercera.- El divorcio en México, aparece desde la ley de 1870 y 1884, pero la disolución al vínculo matrimonial se da a partir de la Ley de Relaciones Familiares sancionada por Don Venustiano Carranza en el año de 1917. Existen críticas muy variadas en relación a la entrada en vigor de esta ley, debido a que se creó que era una ley individualista, dado que no respondía a la realidad social mexicana en ese entonces.

Cuarta.- En México el divorcio se encuentra regulado del artículo 266 al 261 del Código Civil para el Distrito Federal. Tenemos pues que dicha ley sustantiva contempla los siguientes tipos de divorcio:

Separación sin romper el vínculo matrimonial y el divorcio vincular, a su vez se divide en Divorcio Necesario o Contencioso, también existe el divorcio por mutuo consentimiento y se divide en dos vías; la vía Judicial y la vía Administrativa

Quinta.- En el Código Civil para el Distrito Federal, en su artículo 267, establece las causas de divorcio, de las cuales bajo se análisis son clasificadas como: causas que implican un divorcio remedio, las que implican un ilícito, otras que generan incumplimiento de las obligaciones e inclusive causas que constituyen actos inmorales, desleales y repudio, etc.

Sexta.- La familia como institución jurídica se encuentra protegida por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su artículo 4.- "El varón y la mujer son iguales ante la ley. Establece las bases sobre su organización y derollo de la familia, toda familia tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamento de sus hijos. Toda familia tiene derecho a disfrutar de vivienda digna y decorosa. La ley establecerá los instrumentos y apoyos necesarios a fin de alcanzar tal objetivo."

Septima.- La familia es la célula de la sociedad. La cual el Estado protege para conservar su unidad bajo su más estricta responsabilidad.

Octava.- Características básicas revisten la creación del matrimonio, y son. Una institución de orden público, la permanencia de la unión de los cónyuges, la legalidad, singularidad, unidad, igualdad y libertad.

Novena.- Para que el matrimonio perdure y se conserve la unidad es necesario tomar en consideración las características de la verdadera affectio maritalis, es decir el más sincero afecto o amor de pareja inclusive desde el momento de entablar una relación de noviazgo para que en caso de llegar a formalizarse o convertirse en matrimonio se evite con ello los muchísimos errores de pareja que se ventilan en un futuro.

Para evitar caer en la crisis del matrimonio por causas de la pérdida del afecto marital es necesario tomar en consideración los siguientes puntos:

Características del verdadero affectio maritalis (Tengamos en cuenta una doble consideración).

A). En cuanto al matrimonio mismo, jamás debe acudirse a él por móviles lujuriosos, interesados o egoístas, que son causa de matrimonios que sólo son de nombre, y acarrear la crisis de la institución matrimonial y el divorcio.

B). En cuanto a la elección del cónyuge, la debida preparación matrimonial implica:

I). Evitar errores funestos como son la disparidad intelectual o sentimental ahuyentadora del amor. La disparidad de caracteres no es causa canónica de separación.

II). No llegar al matrimonio sino movidos por el verdadero amor conyugal, donde se armonizan y comprenden la atracción fisiológica, la estima moral, la coincidencia intelectual y sentimental, y el complemento de caracteres. Amor que no

puede reducirse a la animal lasciva sensual como pretenden ciertos evolucionistas, ni al gusto de la comunicación de ideas a sentimientos estéticos, ni a la convivencia de intereses o comodidades, sino que ha de reunir todos los elementos vitales diversamente ponderados según las características personales de los contrayentes, pero necesariamente encaminadas a un firme y desinteresado propósitos de colaboración, cimentado en el sentimiento del deber y corroborado por el santo lazo de la religión y el auxilio impresindible de la Gracia sacramental. Tenemos siempre presentes las palabras dirigidas a los novios en ocasión del matrimonio de Luis F. Uribe Labastida el 8 de mayo de 1940: " Basada está firmemente la felicidad cónyugal, aún en contra del transcurso del tiempo, y es que el tiempo nada puede contra lo que es divino. Y la gracia diviniza el amor."

Décima.- En el pueblo Nahua, tenemos pues que aparecen los indicios del repudio de diferente manera que en el Imperio Romano e inclusive en la actualidad sigue vigente de manera diferente en el pueblo uruguayo, no obstante de ser pueblos de costumbres semejantes éstos dos últimos, o bien los pueblos de la ex-Unión Soviética, que teniendo formas diferentes de vida e inclusive costumbres muy distintas a la población mexicana o uruguaya se refleja el repudio como una forma de disolver el matrimonio, en ellos aparece el repudio como una forma de terminar con la vida marital por la vía unilateral sin probar causa alguna.

Décima Primera.- En la actualidad encontramos causas o formas muy variadas para disolver el vínculo matrimonial, que sin conocerse a profundidad son causas que reflejan al repudio como una forma de disolver el matrimonio; como se puede observar en la causal diesciocho del artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal; así como otros códigos de los Estados de la República que lo contemplan, como es el caso

del Código Civil del Estado de Tlaxcala que precisa en su artículo 123 - Son causas de divorcio. Fracción XVII "**la incompatibilidad de caracteres.**"

Como se puede probar el hecho de que ya no se llevan bien en su matrimonio los cónyuges por falta de afecto marital y que inclusive ya no se aman y a esto le llame incompatibilidad de caracteres.

Décima segunda.- El Estado Mexicano protege la unidad social basada en la familia, sin embargo las leyes o las instituciones no pueden evitar que los cónyuges se separen por distintas razones, ahora bien se preocupa por no brindar tan fácilmente el divorcio por cualquier razón que se invoque, dado que para ello se debe probar plenamente una causa, sin embargo los daños son irreversibles en cuanto a la familia, puesto que de hecho se dan dichas separaciones, y el Estado ausente de la posibilidad de observar dichas separaciones por la vía voluntaria de las partes desprotege a los hijos y a la mujer en todos los sentidos.

Décima Tercera.- El matrimonio que se encuentra perturbado moralmente hablando y que se haya perdido toda esperanza o posibilidad de que desaparezca dicha perturbación de la vida cónyugal; es decir que dicha perturbación sea insuperable; merece ser considerado como una realidad social por el legislador. Que revasando el individualismo de que ha sido objeto algunas de nuestras leyes tenga por objetivo proteger principalmente a los hijos, a la mujer y como fin a la familia de manera recíproca.

Décima cuarta.- Dicha perturbación nos conduce a agotar el amor que existía en la vida marital, **por lo que ante la grave falta de afecto marital**, dicha relación se

traslada a una solución de separación de los cónyuges, sea ésta de hecho o conforme a derecho. Quedando de esta manera al descubierto los problemas que tendrán que afrontar los hijos y la mujer.

Décima quinta.- El Estado mexicano puede prevenir las separaciones de los cónyuges, más no evitarlas; sin embargo puede crear la figura jurídica que se propone para evitar de esta manera muchas de las consecuencias motivadas de la separación de los cónyuges, y que la mayor parte de éstas son de hecho sin que ello interese en lo más mínimo al Estado, y se propone de la manera siguiente:

Una vez presentada la demanda ante el Organismo Jurisdiccional y llevado a cabo el procedimiento respectivo, al momento de emitir la resolución respectiva, el Juez de lo familiar observará que **la declaración unilateral del repudium (divorcio), por la pérdida de la affectio maritalis, como clase de divorcio. Debe estar basado en la perturbación existente en el matrimonio, misma que a criterio del juez sea insuperable en la vida conyugal para que éste decreta la disolución correspondiente.**

"La declaración unilateral del repudio, por la pérdida del afecto marital, como clase de divorcio."

Las formalidades que debe de revestir en cuanto a la DEMANDA deberán ser igual al del divorcio necesario basado en el juicio ordinario: Proemio, hechos, derecho y puntos petitorios y en cuanto a la SENTENCIA: Preámbulo, resultandos, considerandos y resolutivos. Los hechos de la demanda deberán ser **narrados de una manera clara, breve y suscita; tendientes a la comprensión de la perturbación**

de la vida cónyugal, y que sea insuperable. Respetando por supuesto las formalidades del procedimiento.

Dicho divorcio deberá tener como una de sus finalidades la de crear certeza en la fijación o imposición de los alimentos, así como la atención psicológica necesaria que requieran los hijos y la mujer, según sea el caso.

Décima sexta.- La declaración unilateral del repudio por la pérdida de la affectio maritalis, como clase de divorcio Debe ser una figura aplicable a nuestra sociedad.

Décima séptima.- Creada esta figura jurídica se garantizaría la observación directa del juez a cada caso concreto; creando seguridad a la familia desprotegida y podría evitar gradualmente las separaciones de los cónyuges en los matrimonio.

Décima octava - Para hacer posible la atención a los matrimonios que se encuentren en estas situaciones lamentables, es necesario la intervención del poder ejecutivo con la implementación de algún programa especial de atención a las familias mexicanas, en el que se les brinde los servicios de atención jurídica, psicológica, medico . . . etc. entre otros.

Décima novena.- No se pretende que sea este tema la panácea que resuelva directamente la problemática en cuestión, si no que, sirva de detonante para la implementación de dicho programa y se logre con ello la atención directa del Estado.

Vigesima.- Esta figura jurídica podría evitar en cierta medida la ampliación de las causales de divorcio e inclusive podría reducir las ya existentes que carecen de aplicabilidad en la actualidad.

BIBLIOGRAFIA

Doctrina

- ARIAS RAMOS, J; " Derecho Romano II ", Editorial Porrúa S.A, México, 1995.
- BAQUEIRO ROJAS, Edgard y BUENROSTRO BAEZ, Rosalía; " Derecho de Familia y Sucesiones ", Facultad de Derecho Universidad Autónoma de México, Editorial HARLA, México, D.F., 1994, págs.36 a la 39.
- BAILON VALDOVINOS, Rosalío; " Teoría y Practica del Divorcio ", Mundo Jurídico, México, 1994.
- CARNELLI, Santiago, Dr. Y otros; " Código Civil de la República Oriental de Uruguay", Editado por NIN Y SILVA, Celedonio y GATTI, Hugo y CERRUTI AICARDI, Hector; Montevideo, 1979.
- CASTAN TOBEÑAS, Jose; " La Crisis en el Matrimonio ", Editorial Bosch, Madrid, 1914.
- CHAVEZ ASENCIO, Manuel F; " La Familia en el Derecho, Relaciones Jurídicas Conyugales ", Editorial Porrúa, S.A, Mexico, 1995.
- DE IBARROLA, Antonio; " Derecho de Familia ", Tercera Edición, Editorial Porrúa, S.A, Mexico, 1984.

-FLORIS MARGADANT S, Guillermo; “El Derecho Privado Romano”; Décima Cuarta Edición corregida y aumentada, Editorial Porrúa, S.A., México, 1986.

-GALINDO GARFIAS, Ignacio; “Derecho Civil Primer Curso, Parte General, Personas y Familia”, Editorial Porrúa, S.A, Novena Edición México, 1989.

-GUITRON FUENTEVILLA, Julián; Derecho Familiar “Editado por la Universidad Nacional Autónoma de Chiapas, México, 1978.

-“LA FILOSOFIA DEL CODIGO CIVIL DE NAPOLEON, APLICADA AL DERECHO DE FAMILIA”, Editorial José María Cajiga Jr., Puebla, México, 1945

-MARINEAU IDUARTE, Martha e IGLESIAS GONZALEZ, Román; “Derecho Romano”, Editorial HARLA, México, 1985.

-MONTERO DUHALT, Sara; “Derecho de Familia”, Editorial Porrúa, S.A. México, 1990.

-PALLARES, Eduardo; “El divorcio en México”, Editorial Porrúa, S.A., México. 1991.

-PLANIOL, MARCELO Y RIPERT, Jorge; “El Tratado de Derecho Civil Francés”, Traducido por DIAZ CRUZ, María, Tomo II, Editorial Cultura S.A., México, 1946.

-KIPP, Teodor y WOLFF, Martín, Traducido por PEREZ GONZALEZ, Blas y CASTAN TOBEÑAS, Jose; traducido de la 20 ava. Edición alemana (sexta revisión), " Tratado de Derecho Civil, Derecho de Familia ", Editorial BOSCH, segunda edición, Barcelona, 1953.

-VENTURA SILVA, Sabino; " Derecho Romano " Editorial Porrúa S.A, México, 1995.

Legislación

-Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

-Código Civil para el Distrito Federal.

-Código de Procedimiento Civiles para el Distrito Federal.

-Código Penal para el Distrito Federal.

- Código Civil para la República Oriental de Uruguay.

Editorial NIN y SILVA, Celedonio y GATTI, Hugo, y CERRUTI AICARDI, Hector; 1979.