

881209

UNIVERSIDAD ANAHUAC

ESCUELA DE DERECHO

Con estudios incorporados a la Universidad Nacional Autónoma de México



LA BIGAMIA COMO CAUSAL DE DIVORCIO

160772

T E S I S

**QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADA EN DERECHO
P R E S E N T A
BLANCA GRACIELA CONDE JUARISTI**

HUIXQUILUCAN, EDO. DE MEX.

2000



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.

A Dios

*Por darme fe y fortaleza para salir
siempre adelante.*

"El Señor es mi pastor, nada me falta..."

A mi Mamá

*Por ser siempre fuente de alegría, unión
amor, apoyo y comprensión. Amiga, compañera
y ejemplo de vida. Gracias.*

A mi Papá

*A quién le dedicó este trabajo, ya que a él
le debo mi empeño y deseo de culminarlo.*

A mis hermanos

*Por todo su apoyo, estímulo y cariño
incondicional.*

A mis sobrinos

Por ser luz y alegría en mi vida.

Al Dr. José Antonio Núñez Ochoa

*Maestro, asesor y amigo, a quién le debo
múltiples enseñanzas y la culminación de este
trabajo.*

A mis queridos maestros

*Lic. Juan Francisco Prieto Estrada y
Lic. Carlos Paniagua Bocanegra con gratitud
y respeto por todas sus enseñanzas y apoyo.*

A Guille

*Por todo el apoyo y cariño que siempre me ha
brindado.*

A todas las personas, familiares y amigos

*Que participaron en la elaboración de esta
tesis con su apoyo, estímulo y colaboración.*

Gracias.

ÍNDICE

LA BIGAMIA COMO CAUSAL DE DIVORCIO

	pág.
INTRODUCCION.....	III
Capitulo I. Conceptos Fundamentales sobre el Matrimonio.....	1
1.1. Antecedentes Históricos del matrimonio.....	5
1.2. Requisitos para contraer matrimonio.....	11
1.2.1. Elementos de Existencia.....	12
1.2.1.1. Consentimiento.....	12
1.2.1.2. Objeto.....	14
1.2.1.3. Solemnidad.....	18
1.2.2. Elementos de Validez.....	19
1.2.2.1. Capacidad.....	19
1.2.2.2. Formalidad.....	22
1.2.2.3. Licitud.....	23
1.2.2.4. Ausencia de Vicios.....	23
1.3. Impedimentos.....	25
1.3.1. Impedimientos Dirimientes.....	26
1.3.2. Impedimentos Impedientes.....	27

Capítulo II. Derechos y Obligaciones de los Cónyuges.....	29
2.1. Derechos y Obligaciones Derivados del Matrimonio.....	29
2.2. Respeto de la Persona de los Cónyuges.....	31
2.3. Deber de Cohabitación, Fidelidad y Ayuda Mutua.....	34
Capítulo III. El Divorcio.....	45
3.1. Antecedentes Históricos del Divorcio en Roma y en México.....	46
3.2. Concepto y Clasificación.....	57
3.2.1. Divorcio no Vincular.....	59
3.2.2. Divorcio Vincular.....	60
3.2.2.1. Divorcio Administrativo.....	60
3.2.2.2. Divorcio Judicial.....	62
3.2.2.2.1. Divorcio Judicial Voluntario.....	64
3.2.2.2.2. Divorcio Necesario.....	67
Capítulo IV. La Bigamia como Causal de Divorcio.....	73
4.1. Concepto de Bigamia.....	73
4.2. La Bigamia como Delito.....	76
4.3. La Bigamia como Causal de Divorcio.....	81
CONCLUSIONES.....	96
BIBLIOGRAFIA.....	101

INTRODUCCIÓN

La estabilidad en la sociedad está directamente relacionada con la estabilidad de la familia.

El mundo actual manifiesta un creciente deterioro en los valores que permiten su cohesión y sobrevivencia, porque la estabilidad familiar ha sido seriamente lesionada por las tendencias que, inconsciente o deliberadamente, se han propuesto destruir los valores tradicionales, para hacer una nueva sociedad en la que sólo sea valido lo que implique un beneficio sensible inmediato, abandonando cualquier idea de valores trascendentes.

El Derecho, que es el mínimo de moralidad que puede hacer posible la salvaguarda de la familia, con mucha frecuencia se ha convertido también en un instrumento de permisibilidad para propiciar precisamente lo contrario de lo que sería su esencia.

El deterioro familiar se evidencia cuando, habiendo abandonado al matrimonio como sacramento y habiéndolo considerado como un simple contrato, se ha llegado a facilitar de tal forma su destrucción que ha hecho nulos los fines que le dieron vida.

El Código Civil vigente para el Distrito Federal y todos los códigos de otras entidades federativas, enlistan limitativamente las causales por las que el

vínculo matrimonial puede quedar disuelto, es decir las causales de divorcio. Una de ellas -que con frecuencia se repite en esos cuerpos normativos - es el adulterio.

Por otra parte también en los códigos penales de las diferentes entidades federativas existe la bigamia como delito. En este trabajo de tesis, partiendo de los fines fundamentales del matrimonio, se tratará de demostrar que si bien es cierto que ya está previsto el adulterio como causal de divorcio, no menos cierto es que no se incluye a la bigamia dentro de dichas causales, siendo ésta, por mayoría de razón, una causa mucho más significativa y trascendente para evidenciar el ataque que se hace a los fines matrimoniales, puesto que mientras el adulterio puede ser un hecho aislado y eventual, la bigamia implica una premeditada conducta que tiene vocación de continuidad en la lesión a los compromisos adquiridos al celebrar el matrimonio en su aspecto meramente contractual.

Después de analizar los antecedentes históricos del matrimonio, sus elementos de existencia y sus elementos de validez, así como los impedimentos para contraerlo, se analizará al divorcio partiendo de su concepto y estudiando las diversas clases que de él existen.

Posteriormente se tratará el tema de los derechos y obligaciones entre los cónyuges, llevándolos al ámbito contractual, siempre haciendo referencia a que se trata de derechos y obligaciones que, a diferencia de otros contratos, son nulos si no cumplen con el requisito de la solemnidad que le da la presencia de un funcionario público.

En el último capítulo se propone que se incluya a la bigamia como una causal de divorcio, ya que, como se tratará de demostrar, la bigamia supone la negación del acuerdo de voluntades que llevó al matrimonio y la burla a la intervención de la autoridad, porque atenta no sólo contra el ámbito privado sino también en contra de la sociedad y de la familia, que es la razón de existir del matrimonio, más allá de un contrato entre particulares.

En efecto, la estabilidad de la sociedad supone la estabilidad de la familia; el adulterio es un atentado contra la estabilidad de la familia, porque implica el incumplimiento de los fines que libremente se adquirieron, pero no deja de ser un hecho casual; sin embargo, la bigamia no sólo supone todas las agravantes del adulterio, sino que conlleva el menosprecio del Estado, porque se le obliga a ser testigo de una nueva manifestación de la voluntad que expresamente contradice lo que también libremente se había expresado en una primera oportunidad.

Si la coacción es un propio del Derecho, y la sanción por el incumplimiento de las normas jurídicas hace posible el orden social; si el adulterio es sancionado -en algunos casos no sólo civil sino hasta penalmente- es de deducirse y así se tratará de probar, que la bigamia debe ser incluida como una causal más de divorcio.

CAPÍTULO PRIMERO

CONCEPTOS FUNDAMENTALES SOBRE EL MATRIMONIO

La unión entre un hombre y una mujer ha sido la causa última de la existencia de la sociedad, en su aspecto meramente material.

Así como la vida del ser humano es el supuesto de cualquier Derecho, esa vida de ese ser humano no existiría de no haber existido antes la unión entre un hombre y una mujer.¹

El hombre, más allá de su instinto natural de conservación, ha hecho de la unión entre el hombre y la mujer el centro de una de las instituciones más importantes en el Derecho: el matrimonio.

A lo largo de la evolución de la sociedad han existido diversos modos de reglamentar esa unión entre hombre y mujer. Desde un punto de vista estrictamente jurídico, la religión y la

¹ La afirmación anterior sin menoscabo de que los avances tecnológicos en materia de inseminación artificial, maternidad subrogada, clonación o cualquier otro método moderno de los que la ingeniería genética está inventando, ya que, en última instancia, siempre se mantendrá la esencia del origen de la vida. Una de las propuestas más importantes en relación con los bancos de semen y la fecundación "*in vitro*" consiste en que el donador quede jurídicamente obligado hacia el o los hijos que nazcan.

costumbre han sido una fuente importante para la elevar a norma positiva la unión que naturalmente se da entre un hombre y una mujer, evitando que ésta sea un mero hecho de fuerza que, eventualmente, tendría consecuencias en el grupo social. De la unión del hombre y la mujer surge también la familia.²

La familia es el grupo primario que tiene la mayor importancia sociológica, porque está presente en cualquier organización histórica de los seres humanos; además, es la primera forma de reunión comunitaria y asociativa al mismo tiempo.³ En ese sentido:

... la familia es una comunidad de intereses y de actitudes de tipo biológico, que generan la atracción sexual, el deseo de reproducción y el amor entre la pareja, que al proyectarse hacia los hijos por emociones, sentimientos y afectos psicológicos y encontrar reciprocidad de éstos a los padres, se institucionalizan a través del matrimonio, las obligaciones y derechos de padres e hijos y, a la inversa, entre hermanos, convirtiéndose en asociación sociocultural.⁴

Si una condición "*sine qua non*" para la existencia de la sociedad es el ser humano, en lógica consecuencia con esa afirmación, la vida del ser humano supone la unión de un

² En sentido amplio, la familia es el grupo de personas entre quienes existe parentesco. En sentido restringido, la familia está formada por los cónyuges y los hijos de ellos que vivan bajo el mismo techo. En el primer sentido se trataría de la familia gentilicia; en el segundo se trataría de la familia doméstica.

³ Cfr. FERNANDO GOMEZ SANDOVAL, *Sociología General*, Editorial Diana, México, 1993, pág. 187.

⁴ *Ibid.*

hombre y una mujer. Desde hace muchos siglos, a esa unión se le llama matrimonio.

Siguiendo ese razonamiento -y haciendo un silogismo compuesto- la existencia del ser humano no se entiende sin la unión del hombre y la mujer; esa unión ha tenido diversas formas de reglamentación de conformidad con la evolución que ha tenido la sociedad y el ser humano; la forma más acabada de reglamentación de ese hecho es el matrimonio; del matrimonio nace la familia y de las familias nace la sociedad. Luego entonces, el estudio del matrimonio es fundamental para entender cualquier derecho del ser humano, de la familia y de la sociedad.

Antes de entrar a los antecedentes del matrimonio en Roma, se considera conveniente que se de una visión general de su concepto, con independencia de que posteriormente se hagan los esquemas necesarios para vincularlo al Derecho positivo.

De acuerdo con lo expresado en el párrafo anterior, se puede decir que son tres las principales acepciones jurídicas que tiene. La primera se refiere al acto jurídico revestido de solemnidad, entre un hombre y una mujer con el fin de crear una *unidad de vida entre ellos*. En la segunda acepción, el matrimonio es el conjunto de disposiciones jurídicas que norman esa unión. En tercer lugar -y como consecuencia de los dos

anteriores- el matrimonio también es el estado general de vida resultante de los dos anteriores.⁵

El maestro Recaséns Siches se pregunta la razón por la que el matrimonio está jurídicamente regulado, siendo como es, que existen otras relaciones humanas no reguladas por el Derecho, a lo que agrega que

... especialmente no lo están muchas relaciones interindividuales, aparte de que otras relaciones sociales están sólo reguladas por la costumbre y por los convencionalismos. Las amistades se hacen y se deshacen libremente sin que la sociedad suela ocuparse de ello, y desde luego sin que en ello tenga ninguna intervención el Derecho. Ni el Derecho se ha ocupado de canalizarlas, ni apenas lo ha hecho la sociedad. Si el matrimonio fuese algo que afectara exclusivamente a los dos esposos y a nadie más, seguramente ni la sociedad, ni mucho menos el

⁵ Con independencia de que en este trabajo se trate principalmente el aspecto jurídico del matrimonio en el Derecho positivo, no está por demás mencionar algunos tipos de matrimonio que históricamente se han dado o que, por las más diversas razones, han tenido alguna importancia. Así se tiene que existe el matrimonio morganático (llamado también "de mano izquierda") que consiste en la unión entre un príncipe o un rey con una mujer de linaje inferior. La consecuencia entre las costumbres de la nobleza es que la mujer no adquiere el título de princesa o de reina. También -en el Derecho canónico- existe el matrimonio llamado "de conciencia", el cual se celebra y se tiene en secreto con la autorización del obispo. Uno de los más conocidos es el llamado "*in articulo mortis* o *in extremis*" el cual se celebra cuando uno de los contrayentes -o ambos- está en peligro de muerte o próximo a ella. De la misma forma, también existe el llamado matrimonio "por sorpresa" (también en Derecho canónico) el cual se celebra ante un sacerdote que está en su jurisdicción pero que no había sido llamado para ese efecto. Otro tipo de matrimonio es el llamado "rato", el cual se refiere al que, celebrado con todas las formalidades establecidas por la ley, no ha llegado a consumarse. Finalmente, también existe el matrimonio llamado "a yuras", que es el clandestino.

Estado, ni tampoco la religión, se habrían ocupado de regularlo.⁶

A lo anterior, el maestro en cita añade que si la relación sexual permanente o estable entre un hombre y una mujer fuese un asunto sólo de amor, no se habría producido la regulación jurídica de esa unión. Sin embargo, como de dicha unión lo normal es que haya prole y que esa prole tenga que ser educada y mantenida, las consecuencias de esa unión afectan a la sociedad y hacen necesaria la regulación jurídica del matrimonio.⁷

Si es importante el matrimonio porque, como se verá a lo largo del presente trabajo, es el supuesto de la familia y ésta es el supuesto de la sociedad, no menos importante es el análisis de todas las instituciones jurídicas que lo rodean o que tienen relación directa o indirecta con él, tal como sería el caso de la sociedad conyugal, la legitimidad de los hijos, la adopción, la tutela, la curatela y, en el caso particular de esta investigación, el divorcio.

1.1. Antecedentes Históricos del Matrimonio en Roma

Muchas de las instituciones jurídicas que tenemos en nuestros ordenamientos jurídicos tienen su origen en el Derecho

⁶ LUIS RECASÉNS SICHES, *Sociología*, Editorial Porrúa, 20ª Ed., México, 1986, págs. 471 y 472.

⁷ *Cfr. ibid.*

romano. Instituciones como la propiedad, la posesión, la accesión, etc. que están en nuestros códigos, no son más que traducciones o adaptaciones del Derecho romano. El matrimonio está en uno de esos supuestos y por esa razón se analizarán sus antecedentes en Roma.

Al antecedente romano del matrimonio actual se le llamaba *Justae nuptiae*, que era el matrimonio legítimo. Según el maestro Margadant, sus efectos jurídicos eran los siguientes:

1. Los cónyuges se deben fidelidad...
2. La esposa tiene el derecho -y también el deber- de vivir con el marido. Este puede reclamar la entrega de la esposa, si ésta se queda, sin su permiso, en una casa ajena.
3. Los cónyuges se deben mutuamente alimentos y éstos se determinan en vista de las posibilidades del que los debe y de las necesidades de quien los pide.
4. Los hijos nacidos de tal matrimonio caen automáticamente bajo la patria potestad de su progenitor...
5. Los hijos de justo matrimonio siguen la condición social del padre...
6. Los cónyuges no pueden hacerse mutuamente donaciones para que no se priven recíprocamente de sus bienes por mutuo amor...
7. Desde la época de Augusto, se prohíbe a la esposa que salga fiadora de su marido...
8. Un cónyuge no puede ejercer contra otro una acción por robo...
9. En materia civil la condena que obtenga un cónyuge contra otro no puede ir más allá de las posibilidades de la parte vencida...

10. En caso de quiebra o concurso del marido se presume que cuanto haya adquirido la esposa en el matrimonio procede del marido y entra en la masa de la quiebra...
11. La viuda *pobre* tiene ciertos derechos, bastante limitados, a la sucesión del marido, si este muere intestado.
12. La *adfinitas* con la suegra, o con el suegro, constituye un impedimento para el matrimonio con éstos, después de disolverse el matrimonio del que surgió esta forma de parentesco.⁸

Dada la organización social de Roma, el matrimonio se consideraba una necesidad para la continuación de la familia o *gens*, que era la comunidad de personas de los dos sexos que descendían por línea masculina y por legítimo matrimonio de un ascendiente común.

Tenía gran importancia la procreación de los hijos. La mujer adquiría por este hecho el rango social y los honores del marido. Si además estaba manumitada⁹ la unión era más estrecha. Modestino decía que el matrimonio:

⁸ GUILLERMO FLORIS MARGADANT, *Derecho Romano*, Editorial Esfinge, 15ª Ed., México, 1988, págs. 210 y 211.

⁹ La manumisión consistía en la liberación de un esclavo en cuanto a su condición de tal.

... es la unión del hombre y de la mujer implicando igualdad de condición y comunidad de derechos divinos y humanos.¹⁰

Con el paso del tiempo las costumbres se relajaron y prácticamente desapareció la *manus*.¹¹

El maestro Eugene Petit¹² menciona 4 condiciones de validez del matrimonio: a) la pubertad de los esposos, b) su consentimiento, c) el consentimiento del jefe de familia y d) el *connubium*.

a) Pubertad es una etapa en la vida del ser humano que consiste en que conforme a la edad, tanto la mujer como el hombre, tienen las facultades físicas suficientes para realizar el objetivo principal que es la perpetuación de la especie.

¹⁰L.1,D., de r i t. NUPT., XXIII, citado por EUGENE PETIT, en *Tratado Elemental de Derecho Romano*, Ed., Época, S.A., México, 1977, pág. 104.

¹¹ Como se sabe, *manus* en el antiguo Derecho romano era el poder jurídico que el marido ejercía sobre la mujer. El matrimonio *cum manu* constituía una especie de adopción de la mujer por el marido; y si éste no era *sui juris*, de aquélla por el padre de familia de éste. La *manus* surgía de las tres formas matrimoniales denominadas *confarreatio*, *coemptio* y *usus*, que significaban, respectivamente, la compra, el par o el uso determinante del nexo. Incorporada por la *manus* a la familia del marido, la mujer se convierte en *heres sui* del cónyuge, en concurrencia con los hijos comunes. Pierde la agnación y gentilidad de su familia natural. El matrimonio *sine manus* es una especie de concubinato tolerado. No interviene en tal unión el magistrado público; sino que se constituye el nexo por la espontánea voluntad de los contrayentes y por la comunidad de vida. Cfr. GUILLERMO CABANELLAS, *Repertorio Jurídico*, Editorial Bibliográfica Argentina, Argentina 1959, pág.191.

¹²Cfr. *ibid*, PETIT.

- b) Consentimiento de los contrayentes. Quienes iban a contraer matrimonio debían estar de acuerdo en ello. Por mucho tiempo se impuso la autoridad paterna, pero para la época del imperio ya no era así, sino que se permitía una mayor autonomía de la voluntad.

- c) Consentimiento del jefe de familia. Los hijos bajo la autoridad deben contar con el consentimiento del jefe de familia, porque esa era la esencia de la *gens*, en la que el *pater familias* concentraba la voluntad de todo el grupo.

- d) *Connubium*. Consistía en la aptitud legal para casarse, debía ser ciudadano antes que nada, y con ello se excluía a los esclavos.

Como fácilmente puede deducirse, las condiciones establecidas en Roma para contraer matrimonio, básicamente se reducían al poder que tenía el jefe de familia para determinar cada una de las condiciones.

En efecto, cuando se habla de pubertad, al no haber un registro de los nacimientos y al tenerse -por causas físicas o de desarrollo personal- una diferencia en cuanto a la edad de esta etapa de la vida, muchas veces se tenía que recurrir a la inspección ocular. En cuanto al consentimiento, si eran aptos para el matrimonio desde la pubertad (doce o trece años), se

puede decir que difícilmente un púber tiene o tenía la capacidad para manifestar su voluntad y dar su consentimiento.

Lo anterior se hace más evidente si se relaciona con el siguiente requisito, o sea, el consentimiento del jefe de familia; lo que significa que, al consentimiento de los contrayentes, había que sumar el consentimiento del jefe de familia, lo cual, necesariamente implica que el primer consentimiento no era suficiente para que de él se creara un nuevo *status* jurídico.

Finalmente, el *connubium* al referirse a la aptitud legal de los contrayentes, simplemente lo que hace es una remisión, una vez más, al poder que el jefe de familia tenía sobre los integrantes de la misma.

Los romanos definían al matrimonio como:

Individua vitae consuetudo, consortium omnis vitae, divinae ad que humanae iuris comunicatio.
Es una comunidad de vida entre el varón y la mujer, que es un hecho natural que se impone al Derecho y que está elevado a la categoría jurídica para organizarlo y sancionarlo por medio del complejo de relaciones jurídicas que constituyen ese estado.¹³

Como es sabido, el cristianismo fue influyendo cada vez más en el imperio romano, hasta que su importancia no pudo ya

¹³IGNACIO GALINDO GARFIAS, *Derecho Civil, Primer Curso*, Ed., Porrúa, S.A., 4ª Ed., México 1980, pág. 471.

ser ignorada por los gobernantes. Evolucionó de tal forma que pasó de ser un grupo de perseguidos hasta ser -después del Edicto de Milán- la religión prácticamente oficial del imperio.¹⁴

En cuanto a la institución del matrimonio -motivo de este apartado- se consolidó como una institución monogámica, para cuya validez como sacramento requería -ordinariamente- la presencia de un testigo de la Iglesia.

Con la escolástica se analizó su esencia como institución fundamental de la familia; se perfeccionó su doctrina que lo afianzó como sacramento y se sentaron las bases de toda la legislación posterior.

12.1. Requisitos para Contraer Matrimonio

Para el maestro Carlos Paniagua Bocanegra el matrimonio es el acuerdo de voluntades entre dos individuos de sexo distinto entre sí, exteriorizado, formal y solemne que tiene por objeto crear la institución familiar a través de la cohabitación, la ayuda recíproca y la procreación familiar natural o legal (adopción).

Para el Derecho positivo, el matrimonio es una institución que tiene su origen en un acto jurídico revestido de solemnidad.

¹⁴ Llegó a ser tan importante el cristianismo que su apoyo fue determinante para que Constantino venciera a Majencio y se hiciera dueño absoluto del imperio.

Está encaminado a producir consecuencias que pueden ser las de crear, modificar, transmitir o extinguir derechos y obligaciones.

De conformidad con lo afirmado arriba, la institución matrimonial, al tener su origen en un acto jurídico, participa de todas las características de éstos, tanto en lo referente a sus elementos de existencia como a sus elementos de validez. En este subcapítulo se tratarán con detalle todos los requisitos para contraer matrimonio.

12.1.1. Elementos de existencia

Como condición para que esté en el mundo del Derecho un determinado acto, es necesario que reúna ciertos elementos que se llaman esenciales o de existencia. Son tres los elementos indispensables para la existencia de un matrimonio: el consentimiento, el objeto y la solemnidad.

12.1.1.1. Consentimiento

Si en los términos del artículo 1794 del Código Civil vigente para el Distrito Federal, un elemento de existencia de los contratos es el consentimiento, si esa afirmación es jurídicamente válida para cualquier tipo de contrato, con mayor razón el consentimiento es esencial para que se pueda celebrar el matrimonio.

En efecto, son innumerables los actos jurídicos que puede celebrar una persona en el transcurso de su vida. En la vida ordinaria diariamente se están celebrando actos jurídicos que van desde la compra de una casa hasta la utilización de una tarjeta de crédito, pasando por la utilización de un taxi. Si ese consentimiento es indispensable para actos jurídicos cotidianos, el matrimonio -que tiene como vocación propia la permanencia en el tiempo, la ayuda mutua y la procreación- hace más evidente la necesidad de la manifestación del consentimiento.

Por consentimiento se entiende el acuerdo de dos o más voluntades destinadas a producir consecuencias jurídicas. Nace en el momento en el que legalmente se hace la manifestación de la voluntad; es decir, en el momento en el que coinciden entre sí las voluntades. En ese sentido, también el consentimiento es la adhesión de una voluntad a otra. Todo consentimiento nace de una primera propuesta y se dará cuando la contraparte manifieste su voluntad para aceptar esa propuesta, siendo esencial que quien haya hecho tal propuesta se entere de la aceptación.

En el matrimonio existen tres formas de manifestar la voluntad, que son la de la mujer, la del hombre y la del Juez del Registro Civil.

La manifestación de la voluntad del hombre y la mujer forman el consentimiento, que consiste en expresar su deseo de unirse en matrimonio.

La función del Juez es expresar la voluntad del Estado para declararlos legalmente unidos.

La ausencia del consentimiento implica necesariamente la inexistencia del matrimonio. La manifestación del consentimiento sin la presencia del Juez, trae como consecuencia, como se verá más adelante, la invalidez del matrimonio, ya que en este caso, la solemnidad es un elemento también de existencia.

En la actualidad y en medio de nuestra cultura e idiosincrasia, el matrimonio no se concibe sin el consentimiento de los contrayentes, porque se trata de un acto jurídico que, por lo mismo, requiere de la manifestación de la voluntad libre de todo vicio para que pueda válidamente expresarse.

El artículo 102 del Código Civil citado¹⁵ hace referencia al interrogatorio que hace el Juez del Registro Civil para que los pretendientes declaren su libre voluntad de unirse en nombre de la ley y de la sociedad.

12.1.1.2. Objeto

¹⁵Cfr., *Código Civil para el Distrito Federal*, Ed., Sista., S.A., de C.V., México 1997., artículo 102.

Por objeto se entiende, en general, todo lo que puede ser materia de conocimiento por parte del sujeto. En Derecho, desde tiempo del Derecho romano, el objeto era la sustancia de las obligaciones y consistía en dar, hacer o prestar algo.

Ahora el objeto de los actos jurídicos, desde el punto de vista del acreedor, es una facultad o conjunto de facultades denominado crédito y, desde el punto de vista del deudor, es un deber o un conjunto de deberes denominado deuda, así al ser el matrimonio un acto jurídico éste deberá de reunir las características de un objeto jurídico.

Los actos jurídicos requieren que el objeto sea física y jurídicamente posible, así como lícito, entendiéndose por esto el que no sea contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres.

De igual manera debe existir en el comercio, existir en la naturaleza y ser determinado o determinable en cuanto a su especie.

En cualquier acto jurídico -y por ende en el matrimonio- existe un objeto directo y un objeto indirecto. El objeto directo en general consiste en la creación, transmisión, modificación y extinción de derechos y obligaciones, que surgen a partir del acto mismo celebrado entre los cónyuges, no sólo respecto de

sus personas, sino también de sus bienes, así como las derivadas en caso de procreación de hijos.

El objeto indirecto es la cosa que el obligado debe de dar o el hecho que el obligado debe hacer o no hacer. Nuestra Carta Magna establece en su artículo cuarto, párrafo segundo, que ésta protege la organización y el desarrollo de la familia.¹⁶

El objeto del matrimonio consiste en procrear hijos y en darse ayuda mutua. Este principio se apoya en el artículo 162 del Código Civil, que a la letra reza:

Los cónyuges están obligados a contribuir cada uno por su parte a los fines del matrimonio y a socorrerse mutuamente.- Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de sus hijos. Por lo que toca al matrimonio este derecho será ejercido de común acuerdo por los cónyuges.¹⁷

La disposición transcrita, que coincide con el artículo cuarto constitucional, hace referencia a distintos aspectos de la organización de la familia y a sus relaciones con el poder público, que éste esté muy lejos de poder concretar en medidas

¹⁶Cfr., *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.*, Ed., Porrúa., S.A., 126ª Ed., artículo 4º. 1998.

¹⁷Art. 162 del *Código Civil para el Distrito Federal*, Editorial Porrúa, S.A., México 1996, pág. 75.

eficaces y que son más muestra de una determinada posición ideológica que de una propuesta normativa.

En efecto, son muchas los comentarios que pueden hacerse a esta disposición constitucional y que transcribe el Código Civil. Baste considerar que es muy cuestionable el Derecho que tendría el Estado para entrar a determinar "el espaciamiento" y el "número de hijos", a no ser que se tratara de un Estado totalitario (como es el caso de China), ya que, de otro modo, se trataría simplemente de la manifestación de un deseo gubernamental, porque no existe -ni debería existir- una sanción a quien no respetara el "espaciamiento" o el "número de hijos".

Además del comentario anterior, quedaría por demostrar qué entiende el Constituyente Permanente y el Legislador ordinario por una decisión que sea de "manera libre, responsable e informada" para el espaciamiento y el número de hijos.

Resultaría prácticamente imposible que se pudiera sancionar a una determinada pareja porque tuvo hijos y no estaba debidamente informada o que no era libre al tenerlos y, el colmo, que no los tuvo de forma responsable.

Se puede decir, que por el momento político en el que se hicieron las reformas legales señaladas, más bien se trataba de detener la explosión demográfica pero sin lesionar los derechos

humanos. Desafortunadamente, el resultado fue una declaración ideológica de imposible instrumentación jurídica.¹⁸

1.2.1.1.3.Solemidad

Solemidad proviene de una voz latina *solemnitas* que a su vez proviene de *solemnis* y que hace referencia a los actos públicos que se desarrollaban en Roma una vez al año: *solus annus*. En la actualidad, la solemnidad es el conjunto de requisitos legales necesarios para la existencia de un acto jurídico al que la ley le da precisamente el carácter de solemne.

En cuanto al matrimonio, la solemnidad es un requisito de existencia que se traduce en una formalidad de la norma llevada al extremo. Es fácil de confundir, en un acto tan complejo, este elemento con las formalidades del mismo, incurriendo en este error el propio Código cuando al referirse a las mismas en algunos casos le da una u otra connotación.

Sin embargo, la doctrina es unánime al señalar que la intervención de los contrayentes, así como la del Juez del Registro Civil, son elementos solemnes, traduciéndose en la

¹⁸Aunque la reforma legal no ha servido para detener la explosión demográfica, como era la orden del Banco Mundial y que respondía al Plan Kissinger para detener los nacimientos en los llamados países del Tercer Mundo, es ya un lugar común el señalar que las entidades públicas de salud, hacen una planeación familiar "forzosa" al intervenir en los partos ligar a las mujeres sin su consentimiento "responsable, libre e informado", lo que, finalmente, no es más que una violación flagrante a los Derecho Humanos.

manifestación de voluntad de las partes de unirse en legítimo matrimonio, la declaratoria de la autoridad de unirlos en matrimonio en nombre de la ley y de la sociedad, la firma de los contrayentes y la del Juez del Registro Civil.

Las solemnidades son esenciales para la existencia del matrimonio, en tanto que las formalidades sólo se requieren para su validez.¹⁹

En tanto que las solemnidades, como ya se mencionó, se refieren a la presencia de los contrayentes y del Juez de Registro Civil, las formalidades, como se verá más adelante, se refieren a que estén presentes los testigos; a que se hayan requisitado las formas y a la ausencia de impedimentos impeditivos para realización del matrimonio.

1.2.1.2. Elementos de Validez

Así como los actos jurídicos deben de reunir elementos esenciales del mismo, es necesario para su perfeccionamiento la presencia de los elementos de validez, los cuales son: capacidad, formalidad, licitud y una manifestación de voluntad libre y cierta.

1.2.1.3. Capacidad

¹⁹RAFAEL ROJINA VILLEGAS, *Derecho Civil Mexicano*, 8ª Edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 1993, pág. 248.

Se entiende por capacidad la aptitud de ser titular de derechos y obligaciones y como la facultad de hacerlos valer por sí mismo. En este orden de ideas se clasifica en capacidad de goce y en capacidad de ejercicio.

La capacidad de goce es un atributo de la personalidad que se adquiere con el nacimiento (aunque desde la concepción está dentro de la protección del Derecho) y se pierde con la muerte.

La capacidad de ejercicio es la aptitud que requieren las personas para actuar por sí mismas sus derechos y obligaciones; se inicia con la mayoría de edad o con la emancipación y se pierde junto con las facultades mentales ya sea por idiotismo, locura o muerte. En los términos del artículo 450 del código sustantivo para el Distrito Federal, tienen incapacidad natural y legal:

- I. Los menores de edad;
- II. Los mayores de edad disminuidos o perturbados en su inteligencia, aunque tengan intervalos lúcidos; y aquéllos que padezcan alguna afección originada por enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico, psicológico o sensorial o por la adicción a sustancias tóxicas como el alcohol, los psicotrópicos o los estupefacientes; siempre que debido a la limitación, o alteración en la inteligencia que esto les provoque no puedan gobernarse y obligarse por sí

mismos, o manifestar su voluntad por algún delito.²⁰

Para los efectos de los actos jurídicos tiene dos aspectos: por una parte, se trata de una capacidad general para la realización de cualquier acto jurídico; por otra parte, la capacidad de ejercicio también es especial cuando se trata de una aptitud requerida a determinadas personas para la realización de actos jurídicos específicos.

Para el caso del matrimonio la capacidad se admite si la mujer es mayor de 14 y el hombre de 16 años, con el consentimiento manifestado por escrito de quien o quienes ejercen la patria potestad o la tutela de los mismos o, en ausencia de ellos por los representantes del poder público facultados para hacerlo. Así lo establece el código en comento cuando dice:

Para contraer matrimonio, el hombre necesita haber cumplido dieciséis años y la mujer catorce. El Jefe del Departamento del Distrito Federal, o los Delegados, según el caso, pueden conceder dispensas de edad por causas graves y justificadas.²¹

En los dos numerales siguientes del mismo cuerpo normativo se puede leer que el hijo o la hija que no haya cumplido dieciocho años, no pueden contraer matrimonio sin que hayan tenido el consentimiento de su padre o de su madre -en el

²⁰ Art. 450 *Código Civil, Op. cit.*

²¹ *Ibid.*, artículo 148.

caso de que vivan ambos- o del que sobreviva, si es el caso. También se dispone que el derecho lo tiene la madre aunque haya contraído nuevas nupcias, o si quien se va a casar vive con ella. Cuando los padres no puedan dar ese consentimiento, es necesario el consentimiento de los abuelos paternos, si vivieren ambos, o del que sobreviva; si ya no viven los abuelos paternos, seguirían de la misma forma los abuelos maternos. Si no existieran abuelos, la decisión la tomarían los tutores y, si faltan éstos, el consentimiento lo suplirá el Juez de lo Familiar.²²

1.2.1.4. Formalidad

Para el perfeccionamiento del acto se requiere el cumplimiento de la forma del mismo.

Las formalidades previas al matrimonio se han reducido en el Código de 1928 a llenar una solicitud que ya viene impresa, con todos los datos que en la misma se piden, y acompañarla con otros documentos.

A partir de 1917, con la Ley sobre Relaciones Familiares, se simplificaron los requisitos de manera como lo regula nuestro actual Código, en el artículo 97.²³

Tanto el acto como el Acta de Matrimonio revisten serias formalidades como son el que se celebre el mismo en el lugar,

²² *Ibid.*, artículos 149 y 150.

²³ SARA MONTERO DUHALT, *Derecho de Familia*, 3ª Edición, Editorial Porrúa, S.A. México 1987, pág. 130

día y hora señalados, la presencia de los padres, la presencia de los testigos, la ausencia de impedimentos para la celebración del matrimonio, así como el régimen patrimonial al que se sujetarán los contrayentes.

1.2.1.5. Licitud

La licitud de un acto jurídico estará determinada porque se realice de conformidad con la ley. La licitud es la calidad de lo lícito. En sentido contrario -que es como se encuentra en el código sustantivo- será ilícito el acto que contravenga a las leyes de conformidad con lo siguiente:

Es ilícito el hecho que es contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres.²⁴

La ilicitud en el matrimonio se ve reflejada en los impedimentos impeditivos -que se estudiarán más adelante- para la celebración de éste, por lo que habrá ilicitud cuando se celebre entre parientes consanguíneos en línea recta, ascendente y descendente y colateral hasta el cuarto grado; el casarse cónyuge adúltero con persona adúlterina; el que atenta contra la vida de un cónyuge para casarse con el cónyuge supérstite, por contraer matrimonio siendo preexistente otro válido.

1.2.1.6. Ausencia de vicios de la voluntad

²⁴Art. 1830 del Código Civil, *Op cit.*

Lo ideal es que el acto jurídico se manifieste libremente. Cuando esto no sucede se incurre en el supuesto de vicios de la voluntad.

Para que el acto jurídico tenga validez es necesario que la voluntad se haya manifestado sin vicios. Quien interviene en un acto jurídico debe tener conciencia de la realidad y debe manifestar libremente su decisión. Lo que perturba la manifestación libre de la voluntad son los vicios a los que se refiere este apartado y que pueden ser: el error, el dolo y la violencia también llamada intimidación.

Los vicios que pueden presentarse en el matrimonio son: el error, y la violencia.

Se entiende por error al total o parcial desconocimiento de una cosa o persona. La ley prevé la existencia del error sobre la persona en el caso del matrimonio mismo que no podrá recaer en las condiciones o cualidades del sujeto sino únicamente sobre su identidad, debiendo hacerse valer el error "inmediatamente que es conocido".

En cuanto a la violencia, se entiende por ésta a la fuerza física o amenazas que importen peligro de perder la vida, la honra, la libertad, la salud o una parte considerable de los bienes del contratante, de su cónyuge, ascendiente, descendientes y colaterales hasta el segundo grado.²⁵

²⁵Art. 1819 del Código Civil, *Op.cit.*

La violencia puede tener dos formas: la llamada *vis absoluta* (la fuerza física) y la llamada *vis compulsiva* (las amenazas). Cuando se trata de la fuerza física se entiende que se está ejerciendo coacción material sobre el cuerpo de la persona. Por su parte, las amenazas tienen como objetivo forzar una manifestación de la voluntad, que no se hubiera producido de no existir esas amenazas. Se trata de una violencia moral que se ejerce sobre el ánimo de una de las partes, que implica el peligro de perder la vida, la honra, la libertad, la salud o cualquier otro bien, ya sea directamente de la persona que manifiesta su voluntad o de su cónyuge, hijos, ascendientes, descendientes o de sus parientes.

Las amenazas deben ser de tal magnitud y seriedad que puedan impresionar el ánimo de quien interviene en el acto jurídico que se trate y, todavía más, si se trata del matrimonio. El daño que causa la amenaza está directamente relacionado con el mal que se produce con una manifestación viciada de la voluntad. En esos casos, la víctima está ante un dilema: por una parte, de no acceder a los reclamos de quien la presiona, puede producirse un daño; por otra parte, al manifestar la voluntad atendiendo a la amenaza, también se le está produciendo un daño. Esa víctima sólo puede elegir lo que considere como mal menor.

1.3. Impedimentos

Los impedimentos son obstáculos que afectan a un determinado acto, bien sea llevándolo a su ilicitud o a su nulidad. En otras palabras, en tanto que los impedimentos dirimentes hacen el acto nulo, los impeditivos lo hacen ilícito.

1.3.1. Impedimentos Dirimentes

Conforme al artículo 156 del Código Civil para el Distrito Federal²⁶ existen diez impedimentos para contraer matrimonio y, en su capítulo IX, el artículo 235 establece que cualquiera de ellos dará lugar a la nulidad del mismo.

Los impedimentos antes citados son:

- I. La falta de edad requerida por la ley, cuando no haya dispensa;
- II. La falta de consentimiento del que, o los que ejercen la patria potestad, el tutor o el juez según el caso;
- III. El parentesco de consanguinidad legítima o natural, sin limitación de grado en línea recta, ascendente o descendente. En la línea colateral igual, el impedimento se extiende a los hermanos y medios hermanos. En la colateral desigual el impedimento se extiende, solamente a los tíos y sobrinos, siempre que estén en el tercer grado y no hayan obtenido dispensa;
- IV. El parentesco de afinidad en línea recta, sin limitación alguna;

- V. El adulterio habido entre las personas que pretenden contraer matrimonio, cuando ese adulterio haya sido judicialmente comprobado;
 - VI. El atentado contra la vida de alguno de los casados para contraer matrimonio con el que quede libre;
 - VII. La fuerza o miedo graves;
 - VIII. La impotencia incurable para la cópula; y las enfermedades crónicas e incurables que sean, además, contagiosas o hereditarias;
 - IX. Padecer alguno de los estados de incapacidad a que se refiere la fracción II del artículo 450;
 - X. El matrimonio subsistente con persona distinta de aquella con quién se pretenda contraer.
- De estos impedimentos sólo son dispensables la falta de edad y el parentesco de consanguinidad en línea colateral desigual.

Siempre el matrimonio tendrá la presunción de que es válido y sólo se le considerará nulo cuando exista una sentencia que haya causado ejecutoria y que así lo haya declarado.

1.3.2. Impedimentos impedientes

Para el maestro Galindo Garfias, estos impedimentos son las prohibiciones que han sido establecidas por la ley para contraer matrimonio y que no producen la nulidad del acto sino

²⁶Cfr., Art. 235 *Ibid.*

sólo su ilicitud,²⁷ como sería el caso de que el matrimonio se celebre estando pendiente de resolución uno de los impedimentos que sea susceptible de dispensa, como la edad, el parentesco, que el matrimonio se efectúe sin haberse otorgado al tutor la aprobación de las cuentas de la tutela, que la mujer que pretenda contraer nuevas nupcias, las realice sin que hayan transcurrido trescientos días contados a partir de la disolución del matrimonio anterior, excepto si durante ese tiempo la mujer dio a luz.

Cuando se trate de divorcio o de nulidad del matrimonio, el término empieza a correr desde que se interrumpió la cohabitación.

Por otra parte, el cónyuge culpable tiene prohibido contraer nuevo matrimonio antes de dos años, contados a partir de la disolución del vínculo.

Los cónyuges que se divorcian por mutuo consentimiento, no pueden contraer matrimonio sino después de un año, contado a partir de que quedó disuelto el vínculo.

²⁷GALINDO GARFIAS, *Op. cit.*, pág. 497.

CAPÍTULO SEGUNDO

DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LOS CÓNYUGES

2.1. Derechos y obligaciones derivados del matrimonio.

La figura del matrimonio no siempre ha existido como la conocemos actualmente. Durante muchos siglos la mujer fue considerada inferior al hombre y, si una de las teorías que explican el vínculo matrimonial es la contractual, difícilmente se podría hablar de matrimonio cuando la relación hombre-mujer no era paritaria.²⁸

En efecto, durante muchos siglos el hombre tenía todos los derechos sobre las mujeres, llegándose a extremos en que filósofos de la talla de un Séneca, hablaban despectivamente de las mujeres diciendo que "sólo son pellejos para tener hijos". Este menosprecio a la mujer no sólo era en el ámbito de la vida privada, sino que trascendía a toda actividad humana.

No deja de ser ilustrativo de las afirmaciones anteriores el hecho de que, en nuestra patria, fue al inicio de los años cincuentas cuando se permitió que la mujer votara. Ello por decir lo menos, siendo lo más las aberrantes prácticas que actualmente se siguen realizando con respecto a la mutilación que se hace a las mujeres con el fin de evitarles placer sexual.

En virtud de lo anterior, hablar de los derechos y obligaciones derivados del matrimonio implica la aceptación tácita de que se trata de una figura jurídica que involucra a iguales, porque, con la evolución de la sociedad también ha evolucionado el concepto antiguo de la inferioridad natural de la mujer, y son muchos los organismos internacionales y los convenios multilaterales -ratificados por los gobiernos- que se han preocupado por hacer que la igualdad entre hombre y mujer no sólo sea una mera declaración de principios, sino una realidad.²⁹

Llama la atención que el artículo primero de nuestra Constitución de 1917, es uno de los pocos artículos que no ha sido tocado desde que el Constituyente de Querétaro lo redactó y que dice a la letra:

En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de garantías que otorga esta Constitución

²⁸*Vid. Supra.*

²⁹ Según los más recientes estudios (tesis doctoral de la Lic. Ma. Estela Ayllón), la Constitución ha sido reformada más de 378 veces.

las cuales no podrán suspenderse ni restringirse sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece.³⁰

De la simple lectura del numeral transcrito podría derivarse -en una primera lectura- que implícitamente se está reconociendo la igualdad de todos los seres humanos. Sin embargo, fue necesaria la reforma que el Ejecutivo Federal presentó al Constituyente Permanente el 24 de septiembre de 1974, para hacer explícita la igualdad entre el hombre y la mujer de tal forma que el nuevo texto constitucional, de conformidad con el párrafo segundo del artículo cuarto dice:

El varón y la mujer son iguales ante la ley; ésta protegerá la organización y el desarrollo de la familia.³¹

Se hizo indispensable esta reforma constitucional para que quedara suficientemente clara la igualdad jurídica entre el hombre y la mujer, sin menoscabo de que el matrimonio, desde las Leyes de Reforma, fue considerado como un contrato.

De conformidad con lo anterior -una vez establecida a nivel constitucional la igualdad referida- y ya estando en igualdad de circunstancias existen derechos y obligaciones recíprocos que se derivan del matrimonio.

³⁰Art. 1° Constitución Política, *Op.cit.*

³¹Ibid. Art. 4°

2.2. Respecto de la Persona de los Cónyuges.

Los derechos y obligaciones entre los cónyuges pueden ser analizados desde dos perspectivas que, si en ocasiones son excluyentes, en otras son complementarias. De esta forma si nos atenemos a lo establecido por el Derecho positivo, fácilmente podremos caer en contradicciones tan graves como la que se deriva de que el texto constitucional citado, expresamente manifiesta que la ley protegerá la organización y el desarrollo de la familia, y al mismo tiempo la fracción XVIII del artículo 267 del Código Civil establece como causal 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.³²

En los divorcios necesarios puede haber un cónyuge culpable; puede haber una persona que haya actuado de mala fe en la relación matrimonial; no obstante, y a pesar de lo dicho por la Constitución, la ley "premia" con el divorcio al cónyuge culpable.

En razón de lo anterior, este análisis tendrá la vertiente de Derecho positivo y las posibles críticas que podrían hacerse a un ordenamiento jurídico que no siempre ha tenido la congruencia

³²Art. 267, Código Civil, *Op.cit.*

jerárquica necesaria para su validez, ni siempre ha respondido a las necesidades que su heteronomía debería respetar³³.

Dada la importancia que tiene la familia como célula esencial de la sociedad, el Maestro Rojina Villegas afirma que esos derechos y obligaciones son de orden público y no solamente de orden privado, y que los cónyuges no pueden renunciar a esos derechos y obligaciones ni antes ni durante el matrimonio, de tal suerte que si se hiciera un pacto en contrario no produciría efectos y se tendría que tener por no hecho.

El citado jurista ejemplifica lo anterior diciendo que sería nula la cláusula que exonerara a la mujer de seguir en su domicilio o en la que se estipulara que el marido fija un determinado sitio como residencia que no podría cambiar.³⁴

Naturalmente, a esos dos ejemplos mencionados se le podrían agregar todos los derivados de la descripción que se dará más adelante.

³³ Al hablar de que las leyes no siempre han respondido a las necesidades que su heteronomía debería respetar, se está haciendo referencia a la calidad jurídica que tiene la representación política. En efecto, si el pueblo mexicano en su inmensa mayoría es católico -si se quiere hasta fanáticamente católico- y los integrantes de los congresos son los representantes de ese pueblo, lógicamente las leyes que esos representantes elaboren tendrían que responder a las necesidades y deseos de ese pueblo. Sin embargo, la representación política no implica vínculo jurídico entre mandantes y mandatarios del que se pueda deducir una acción para exigir una conducta. Eso provoca que, con mucha frecuencia -y el Derecho familiar sería un buen ejemplo- las leyes vigentes respondan a las necesidades e intereses de la oligarquía, olvidándose del pueblo que es a quien se deben.

Los derechos y obligaciones derivados del matrimonio, siguiendo al mismo maestro, descansan sobre dos bases: la igualdad que debe existir entre los cónyuges y el principio de dirección y autoridad que debe existir en toda sociedad.

Para describir los derechos y obligaciones de la base primera podemos remitirnos a lo establecido por el Capítulo II del Código Civil.

2.3. Deber de Cohabitación, Fidelidad y Ayuda Mutua

El objeto de este trabajo es proponer la inclusión de la bigamia como una causal independiente de divorcio, porque está estrechamente ligada a los deberes y derechos de los cónyuges y en especial a los tres que se establecen en este apartado, ya que la bigamia atenta directamente contra el deber de mantener relaciones sexuales únicamente con su cónyuge, siendo esta premisa expresa en el llamado contrato matrimonial y cualquier estipulación en contrario -sobre todo en estos casos- necesariamente tendría que considerarse como no puesta. De esta forma:

En nuestra legislación no se alude al deber de cada uno de los cónyuges a prestarse las relaciones génito sexuales con otro. Sin embargo, no es posible desconocer su existencia, pues difícilmente sería satisfacer el amor conyugal y la

³Cfr. ROJINA VILLEGAS, *Op.cit.* pag. 310.

procreación responsable, con los cuales este deber guarda íntima relación.- En el Código vigente se hace referencia a la perpetuación de la especie en el artículo 147, que prohíbe toda condición contraria a ella, y también en el artículo 162 que consagra el Derecho a la paternidad responsable.- Dentro del amor conyugal está la parte de la relación sexual que es característica del matrimonio y no se encuentra en otra comunidad humana. El amor conyugal comprende, tanto el aspecto de relación sexual como la relación espiritual, y para dar satisfacción a esta relación corporal, está el débito conyugal que un cónyuge debe a otro en forma recíproca.³⁵

Se entiende por deber de cohabitación la residencia en el mismo domicilio y el débito carnal.³⁶

Por fidelidad, de conformidad con la definición que de ella da el Diccionario para Juristas de Juan Palomar de Miguel, se entiende la cualidad que consiste en guardar la fe que un cónyuge le debe a otro.³⁷ Se trata, evidentemente, de una analogía llevada al Derecho civil que tiene como antecedente la fe en Dios.

Cuando en la civilización occidental se hablaba de "fidelidad", la referencia necesaria era hacia Dios. Esto se daba

³⁵MANUEL CHÁVEZ ASENCIO, *La Familia en el Derecho*, Ed. Porrúa, 2ª Ed., México 1990, págs. 144 y 145.

³⁶El tema relacionado con el "débito carnal", puede dar lugar a que se analice si dentro del matrimonio puede darse la violación; sin embargo, sería una cuestión que sobrepasa los límites de este trabajo.

aún antes de que el matrimonio tuviera las características actuales. De esta forma, los pueblos "infieles" eran aquellos a quienes no les había llegado la fe cristiana. La entonces justificada lucha contra ellos, era la lucha contra quienes ponían en peligro la fe cristiana.

Así, de la fidelidad a Dios que todo cristiano debe guardar, se lleva a la fidelidad que un cónyuge le debe al otro. En ambos casos se trata de la "fe" que se deriva en la confianza, elemento que es esencial en la vida conyugal. Porque la fidelidad:

Nace del matrimonio y comprende, no sólo actos de no hacer relativos a abstenerse de relaciones génito sexuales con persona distinta del cónyuge, sino en especial al cumplimiento de la promesa dada y al compromiso diario y permanente entre cónyuges; comprende la permanencia del matrimonio como forma y camino de vida. La fidelidad es un deber que se da en igualdad, complementario y se exige como recíproco, es intransmisible, intransigible e irrenunciable.³⁸

La fidelidad como obligación de los cónyuges no está explícita en la legislación vigente; sin embargo, en los códigos de 1870 y 1884 así como en la Ley sobre Relaciones Familiares sí era expresa la obligación de fidelidad matrimonial.

³⁷JUAN PALOMAR DE MIGUEL, *Diccionario para Juristas*, voz "fidelidad", Ed. Mayo, 1981.

³⁸CHÁVEZ ASENCIO, *Op. Cit.*, pág. 145.

Aunque ahora no sea explícita la referencia a la fidelidad, lo cierto es que, dado el carácter monogámico del matrimonio -reconocido en nuestra legislación y en prácticamente todas las legislaciones del mundo occidental- implícitamente sí se reconoce la fidelidad, ya que ésta no sólo se agota con el hecho material de únicamente tener relaciones sexuales entre los cónyuges, sino que va mucho más allá del aspecto meramente físico.

La fidelidad es algo físico, sí, pero también es un hecho espiritual, ya que el motivo determinante de la voluntad en el matrimonio no puede constreñirse a la parte sexual (que existirían muchos y diversos modos de satisfacerla), sino que, lo que determina a la voluntad de quienes contraen matrimonio es algo muy superior y que no por gastado y mercantilizado deja de existir: la parejas se unen por amor y el cuanto de amor que exista entre ellas, será el detonante de la fidelidad.³⁹

Es evidente que la fidelidad es una situación que comprende no sólo los aspectos meramente jurídicos, va mucho más allá de una consideración de ese tipo: es condición para la estabilidad de la familia y, por ende, de la estabilidad social.

Uno de los métodos para considerar si una determinada postura es válida, consiste en llevarla a los extremos: si una

³⁹Un hecho curioso -pero ilustrativo- es que los llamados "cinturones de castidad" nunca fueron garantía de fidelidad...

determinada proposición es válida, seguirá siendo válida en cualquier extremo. Así, si se afirma que la parte es menor que el todo o que el todo es mayor que cualquiera de sus partes, esa afirmación llevada a cualquier extremo sigue siendo válida.

En el caso analizado si en la sociedad todas las parejas fueran fieles, la familia y la sociedad se fortalecerían; por el contrario si, como principio, hubiera una total permisibilidad para que las parejas pudieran tener relaciones sin guardar la fidelidad, tanto la familia como la sociedad se destruirían.

En los años setentas -con el fenómeno hippie- se experimentó un nuevo concepto "de familia" en el que no existía la fidelidad entre las parejas, porque en realidad no había "parejas"; se trataba de "matrimonios comunitarios" en los que varios hombres unían sus vidas a varias mujeres y viceversa. Los niños procreados no conocían quién era su padre y, al menos en teoría, eran aceptados por todos los hombres de la comunidad. El experimento fracasó, el valor fidelidad reclamó por sí mismo los absurdos a los que se puede llegar en aras de una permisibilidad sin límite.

Más recientemente en el proyecto de Código Civil para Coahuila, se ha introducido un nuevo concepto en cuanto a la fidelidad y al matrimonio: se trata de que *ipso jure*, cuando una pareja vive un año junta, ese tiempo hace las veces de la

solemnidad del Estado, lo mismo en relación inversa, un año de separación produce una causal de divorcio.

En los países socialistas (como sería el caso de Cuba) existe el “Palacio de los Matrimonios” y el “Palacio de los Divorcios” significando con ello la gran facilidad con que se puede adquirir cualquiera de los dos *status*. A pesar del bloqueo informativo resulta evidente la crisis social que vive Cuba puesto que se ha atentado contra la integridad familiar y se ha afectado a la sociedad. Una vez más se demostraría la bondad de la fidelidad dentro del matrimonio.

En cuanto a la “ayuda mutua” -que no se entendería sin la fidelidad- ésta consiste en el socorro que se deben los cónyuges desde el primer momento de su matrimonio “hasta que la muerte los separe”. Tal situación si ésta debidamente consignada en los artículos 147 y 162 del Código Civil. Los cuales dicen:

Art. 147 Cualquier condición contraria a la perpetuación de la especie o a la ayuda mutua que se deben los cónyuges se tendrá por no puesta.

Art. 162 Los cónyuges están obligados a contribuir cada uno por su parte a los fines del matrimonio y a socorrerse mutuamente.⁴⁰

Sin duda la ayuda mutua ha sido uno de los temas más controvertidos y que han causado los más ásperos litigios dentro de la vida matrimonial. La ayuda mutua comprende los alimentos

que se deben los cónyuges entre sí. Ambos son deudores y acreedores alimenticios hasta el límite de la posibilidad y hasta el límite de la necesidad.

Como es sabido, los alimentos no sólo comprenden lo que literalmente significaría “alimentos”. Es un concepto mucho más amplio que comprende también el vestido, la habitación, la educación y todo lo necesario para la formación de los hijos y el bienestar de la pareja. Así lo dispone el artículo 308 del cuerpo normativo en comento que dice:

Los alimentos comprenden la comida, el vestido, la habitación y la asistencia en casos de enfermedad. Respecto de los menores, los alimentos comprenden, además, los gastos necesarios para la educación primaria alimentista y para proporcionarle algún oficio, arte o profesión honestos y adecuados a su sexo y circunstancias personales.⁴¹

La evolución de la familia ha hecho que el concepto de “alimentos” haya cambiado en el mismo sentido que ha cambiado el papel de la mujer dentro de la sociedad y de la familia.

En efecto, de tener la mujer un *status* inferior dentro de la familia y la sociedad, ahora cada vez más ocupa cargos de mayor responsabilidad semejantes a los que tradicionalmente ocupaban los hombres. La mujer se ha independizado y ya no es, en

⁴⁰Art. 147 y 162, Código Civil, *Op. cit.*

muchos casos, dependiente del hombre para su realización. Por el contrario, frecuentemente el peso de la carga alimentaria de la familia recae en la mujer.

Son dos vertientes las que se pueden derivar de esta evolución que ha tenido la mujer dentro de la sociedad. Por una parte nadie puede dudar de la bondad del avance que el reconocimiento a la mujer tiene. De ser considerada inferior en los ámbitos civiles y políticos ahora ha logrado una igualdad casi plena.⁴²

Así, en los códigos civiles antes del “Año Internacional de la Mujer” se establecía que era obligación exclusiva del hombre proveer en la esfera de lo económico lo necesario para el sustento de la familia. A raíz de los cambios inducidos por ese evento ahora se establece lo ya citado en el sentido de que es deber de ambos cónyuges lo que antes era sólo de uno de ellos. Ilustra lo anterior lo que decía el Código Civil para el Distrito Federal y Territorios Federales cuando expresamente disponía que:

⁴¹*Ibid.* Art. 308.

⁴²No deja de ser irónico que, a pesar de que nuestra Constitución desde 1917 dijera que “todo individuo gozará las garantías que otorga la Constitución”, no fue sino hasta 1953 cuando se le permitió votar reconociéndole sus derechos políticos. Y no fue sino hasta el régimen de el Lic. Echeverría, después del llamado “Año Internacional de la Mujer”, cuando se hicieron distintas adecuaciones legales (demagogia aparte) que han permitido la igualdad entre el hombre y la mujer.

... el marido debe dar alimentos a la mujer y hacer todos los gastos necesarios para el sostenimiento del hogar.⁴³

De esta forma se dio el tránsito entre una obligación exclusiva del hombre a una obligación compartida por ambos cónyuges. Para muchos eso ha sido un avance; sin embargo, con frecuencia lo que la mujer ha ganado en independencia económica lo ha perdido en atención al hogar, notándose esta situación en la pérdida de valores y en una gran necesidad que tienen los niños y los jóvenes de ser atendidos, llegándose en ocasiones al extremo de que la mujer, sin dejar de atender al hogar, también se ve precisada a contribuir económicamente al sostenimiento de la familia propiciando una irresponsabilidad cada vez mayor del marido.

En caso de litigio, el hecho de que ahora las obligaciones alimentarias sean compartidas, no significa que necesariamente se prive a la mujer de demandar alimentos al hombre. La obligación de contribuir subsiste al litigio aunque no está por demás compartir la pregunta que se hace el Maestro Chávez Asencio cuando al tratar este tema se interroga sobre ¿Cuánto costaría a la pareja el cuidado, atención y sostenimiento del hogar si ambos trabajaran?, a lo que el mismo Maestro se contesta diciendo:

⁴³Art. 191 del *Código Civil de 1884* y Art. 42 de la *Ley sobre Relaciones Familiares*.

Es necesario valorar, no sólo desde el punto de vista humano el trabajo de la mujer en la casa y atención de hijos, sino también desde el punto de vista económico puesto que la mujer, como es sabido no trabaja sólo ocho horas, ni sólo cinco o seis días a la semana; trabaja con un horario permanente, inclusive durante las noches y los siete días de la semana.⁴⁴

En otra de sus obras el mismo autor que se cita dice que no son semejantes los conceptos de mutuo auxilio y socorro mutuo porque la ayuda mutua hace referencia al aspecto meramente económico, o sea lo referente a los alimentos, administración de bienes etc., en tanto que el socorro mutuo se refiere a la asistencia recíproca en casos de enfermedad, auxilio espiritual, ayuda en la vejez. Cuando se combinan ambos conceptos se logra la promoción integral de los cónyuges.⁴⁵

Para lograr esa promoción integral de los cónyuges es necesario que exista dialogo entre los cónyuges, entendiéndose por ello no sólo la palabra sino la actitud de comunicación constante entre marido y mujer que se deduciría de la vivencia en el mismo domicilio, a *contrario sensu*, todo lo que impida el dialogo que también comprende las manifestaciones de afecto crearán grave conflicto y harán peligrar la estabilidad matrimonial, abonando el camino al divorcio.⁴⁶

⁴⁴CHAVEZ ASENCIO, *La Familia en el Derecho*, Op. cit. pág. 393.

⁴⁵Cfr. CHÁVEZ ASENCIO, *Relaciones Jurídicas Conyugales en la Familia en el Derecho*, Op. cit. pág. 146.

Por otra parte, es indispensable para el socorro y la ayuda mutua en la vida conyugal el que exista respeto entre marido y mujer. En concepto del Maestro en cita:

El respeto a la persona es otro de los valores conyugales. Es un deber que nace del matrimonio y se da como recíproco y complementario.- El respeto a la persona se encuentra y promueve en el matrimonio y está relacionado estrictamente con la promoción humana. Hay disposiciones dentro de la legislación que se orientan al respeto de la dignidad humana, y en especial a la dignidad de los cónyuges.⁴⁷

Como puede apreciarse, para el Maestro Chávez Asencio - dada su conocida posición tradicionalista en relación con la familia- resalta como uno de los valores fundamentales del matrimonio el respeto entre los cónyuges.

Si nos atenemos a la relación que ya se hizo sobre la posibilidad de probar las afirmaciones en materia social, llevándolas a los extremos, más que nunca resulta evidente que el respeto entre los cónyuges es un elemento esencial de estabilidad familiar que sin duda tiene como consecuencia el mejoramiento social.

Por el contrario, cuando se "cosifica" a la persona humana haciéndola sólo un objeto para un placer momentáneo o por fines económicos, o todavía más, por alcanzar una determinada

⁴⁶*Ibid.* pág. 147.

⁴⁷*Ibid.* pág. 148.

posición social, esa falta de respeto provoca la desintegración familiar, la deformación educativa de los hijos -a los que se les hace un enorme daño- y, finalmente, la desintegración social.⁴⁸

⁴⁸No deja de ser alarmante el hecho de que los medios de comunicación, principalmente la televisión, cada vez con mayor naturalidad presentan la desintegración familiar como un hecho "normal", lo mismo que las ofensas entre los cónyuges. Pareciera ser que existe una premeditada campaña en contra de la familia, dada la importancia en tiempo que se le da a determinados programas que, analizados fríamente, carecen de todo valor ético y sólo pretenden exaltar lo menos humano del ser humano. Tal sería el caso de la conocida serie "Los Simpson".

CAPÍTULO TERCERO

EL DIVORCIO

Desde cualquier punto de vista -y esto es un lugar común- el divorcio es una institución controvertida. Aunque ahora pareciera algo natural en la sociedad, no siempre ha sido así. Como se analizará más adelante, por diversas razones, pero principalmente en la civilización cristiana occidental, durante muchos siglos se consideró al divorcio como una institución que, además de atacar a la integridad familiar, resultaba expresamente contraria a la sentencia bíblica de que "Lo que Dios ha unido, no lo separe el hombre".

Por supuesto que para contraponer directamente la sentencia bíblica mencionada a la institución del divorcio, habría lógicamente que partir del supuesto de que la unión cuya separación se produce por el divorcio realmente la hubiera unido Dios.

Fácilmente se puede deducir que no siempre es así y de ahí que sean procedentes las anulaciones canónicas que, en última instancia, no significan otra cosa que la certificación -por parte de la autoridad eclesial- de que aquella unión sólo era una

apariencia de matrimonio; que en realidad no había una unión "unida" por Dios que el hombre estuviera separando.

Sin embargo, la evolución de la sociedad; la cada vez mayor permisibilidad y, sobre todo, el mayor conocimiento de las instituciones civiles y eclesiásticas, han tendido como consecuencia el que se haya aumentado considerablemente el número de divorcios así como el número de anulaciones canónicas.

Precisamente para conocer la forma en la que se ha llegado a la situación actual en cuanto al divorcio se refiere - porque la anulación canónica no rebasa los límites de este trabajo- es necesario hacer un recorrido histórico sobre los antecedentes de esta institución, en los dos principales lugares que han tenido mayor influencia en nuestra realidad jurídica. Se considera que tratar todos los antecedentes del divorcio en todos los sistemas jurídicos y en todos los pueblos, haría que el centro de gravedad de esta tesis se cambiara y, en lugar de tratar la propuesta de que la bigamia sea una causal de divorcio, se trataría de una historia del divorcio. Valga lo anterior como justificación del porqué sólo se mencionan dos antecedentes.

3.1. Antecedentes Históricos del Divorcio en Roma y en México

En Roma fue admitido desde su origen el divorcio. La mujer se encontraba sometida a la *manus*, es decir era considerada como una hija bajo la autoridad paterna y se convertía en un derecho de repudiación la facultad de divorciarse en estas uniones, en donde sólo el marido podía ejecutarlo y por causas graves.

Sólo eran casos muy raros de matrimonios *sine manus* donde ambos esposos tenían iguales derechos. Con el paso del tiempo se fueron relajando las costumbres al grado de que eran cada vez más frecuentes los divorcios.

Quizás la forma más conocida de divorcio era la que se producía por la declaración unilateral hecha por uno de los cónyuges. Era el llamado *repudium*. Además, los romanos consideraban que no debía subsistir un matrimonio si una de las partes se percataba de que había desaparecido el *affectio maritalis*, y no tenía validez el convenio de no divorciarse.⁴⁹

En tiempo de Justiniano, había cuatro clases de divorcio:

- a) Por mutuo consentimiento.
- b) Por culpa del cónyuge demandado en los casos tipificados en la ley.
- c) Sin mutuo consentimiento, y sin causa legal, en cuyo caso el divorcio es válido

⁴⁹ Cfr. *Ibid.*, pág. 211.

pero da lugar a un castigo del cónyuge que hubiera insistido en el divorcio.

- d) *Bona gratia*, es decir, no basado en la culpa de uno de los cónyuges, pero sí fundado en circunstancias que harían inútil la continuación del matrimonio (impotencia, cautividad prolongada) o inmoral (voto de castidad).⁵⁰

Dice el maestro Margadant que Justiniano restringe el divorcio castigando a quienes por mutuo consentimiento pretendieran divorciarse, lo que provocó inconformidades y obligó a sus sucesores a derogar esas normas. Sin embargo, la influencia de la Iglesia hizo que una vez más se prohibiera el divorcio permitiendo sólo lo que se conoce como "anulación canónica" del matrimonio como remedio a situaciones inaguantables. Se le conocía como "divorcio en cuanto a cama y mesa, pero no en cuanto a vínculo" (*divortium quod torum et mensam, non quod vinculum*).⁵¹

Como es sabido, el cristianismo fue influyendo cada vez más en el imperio romano, hasta que su importancia no pudo ya ser ignorada por los gobernantes. Evolucionó del tal forma que pasó de ser un grupo de perseguidos hasta ser -después del

⁵⁰ *Ibid.*, pág. 212.

⁵¹ *Ibid.*, pág. 213.

Edicto de Milán- la religión prácticamente oficial del imperio.⁵²

Con el paso del tiempo se busco complicar las causas de repudio para evitar que se convirtiera en una practica indiscriminada. Se empiezan a imponer penas en las *Constituciones*⁵³ contra el esposo culpable o quién solicitara la repudiación sin causa legítima.

Lo que frenaba el divorcio era el miedo del esposo de devolver la dote. Desde Constantino, los emperadores cristianos luchaban contra la facilidad del divorcio en caso de repudio, no cuando era de mutuo consentimiento.

Entre los romanos el divorcio y el matrimonio no eran vistos como en la actualidad, para ellos era un vínculo que se formalizaba por el consentimiento de ambas partes, seguido de la tradición, por lo que no lo consideraban indisoluble, se tenía la idea de que todo lo que se podía ligar se podía desligar.

No hay nada en la historia que nos haga pensar que los romanos abusaron del divorcio, sino hasta los últimos años de la República, en cuyo tiempo la relajación de las costumbres

⁵² Llegó a ser tan importante el cristianismo que su apoyo fue determinante para que Constantino venciera a Majencio y se hiciera dueño absoluto del imperio.

⁵³Las Constituciones eran leyes que establecía el príncipe, bien fuese por carta, bien por edicto, decreto, orden o rescripto. *Cfr.* Voz "Constitución", JUAN PALOMAR, *Op. cit.* pág. 307.

penetró en las familias perdiéndose la dignidad y la duración del matrimonio.

El emperador Augusto en el año 7 de la era actual, promulgó un edicto de represión del adulterio, conocido como *Lex Julia de fundo dotalis et adulteris*, que contenía además disposiciones sobre matrimonio, celibato, paternidad y bienes dotales. Este emperador promulgó también otras leyes entre las que destaca la conocida como *Papia Poppea*, que ampliaba y complementaba las disposiciones de la *Lex Julia*, regulando el divorcio y sus causales, y estableciendo el divorcio por mutuo consentimiento.

Desde los romanos existe la disertación sobre si el repudio que le correspondía en un principio al marido y que después lo podían ejercer ambos consortes, podría ser libre, sin decir la causa o si tenía que fundarse en motivos justificados. Se mencionan algunas faltas graves como:

1. Adulterio.
2. Corrupción de los hijos.
3. Prostitución de la esposa o por parte del marido.
4. La incitación de un cónyuge hacia el otro para cometer algún delito.

Pero no era sólo por las causas antes mencionadas que se podía recurrir al divorcio por medio de la repudiación, es por

ello que se le considera libre, ya que a veces podía ser sin expresión de causa alguna.

La admisión legal del matrimonio fue desde la monarquía, sin embargo su uso era poco frecuente por los antiguos romanos, posteriormente señala Cicerón, el divorcio se encontraba permitido en la Ley de las XII Tablas⁵⁴

La caída del imperio romano con las invasiones de los bárbaros, determinó el inicio de una nueva época: la Edad Media. Durante este periodo que comprendió cerca de mil años (desde la caída de Roma en el año 476, hasta la caída de Constantinopla en al años 1453), las instituciones romanas sobrevivieron y se convirtieron en el eje del Derecho, gracias a la influencia que tuvo la Iglesia católica a través del Derecho canónico.

Es en la Edad Media cuando el derecho canónico lucha contra el divorcio y declara que el matrimonio es indisoluble por naturaleza.

También en Babilonia existió el repudio, pero el marido debía devolver a la mujer, en tal supuesto, la totalidad de su dote y en caso de haber descendientes, debía darle asimismo tierras en usufructo. Se establecía que correspondía a la mujer el derecho de educar a los hijos y, aún más, Babilonia fue más lejos, ya que si practicó el repudio, como en todo Oriente,

conoció también el divorcio. Y podemos comentar al respecto que si el repudio fue un repugnante fruto de la esclavitud de la mujer, el divorcio nace en Babilonia, donde ésta es libre.

Vale la pena tomar en cuenta el antecedente que nos brinda la historia, con relación a la relajación de las costumbres, de la moral y la pérdida de valores. En la actualidad nuestra sociedad muestra síntomas parecidos. Es tiempo ya de plantear nuevas soluciones para detener esta tendencia disolvente del matrimonio y de la familia. Deberían establecerse mecanismos y figuras jurídicas que tiendan a proteger y preservar principalmente la familia.

La solución no se encuentra en agregar nuevas causales de divorcio a nuestra legislación, sino a que se promulgue un Código Familiar que de soluciones prácticas a los problemas que enfrentan las familias de hoy tanto en el Distrito Federal como en toda la República.

En México, en la época independiente, la Iglesia tenía una participación exclusiva y absoluta en lo relativo al matrimonio.

Es hasta 1859, cuando surge la primera disposición autónoma en materia de divorcio, con la ley del matrimonio civil del 23 de julio de 1859.

* JOSE MARIA SÁINZ GÓMEZ, *Derecho Romano I*, Editorial Limusa, S.A., pág. 204.

Establecía que el matrimonio era lícito y válido si se efectuaba ante la autoridad civil, mediante un contrato regido y vigilado por el Estado, además prohibía la bigamia y la poligamia, considerando al matrimonio como indisoluble. Sólo consideraba el divorcio temporal, la separación de cuerpos de los cónyuges sin la posibilidad de volver a contraer matrimonio.

Es hasta 1870 que en el Código para el Distrito y Territorio de Baja California, surge la regulación del divorcio entendiéndolo como una separación de cuerpos, pero establecía siete causales de procedencia para la misma:

1. El adulterio de uno de los cónyuges.
2. La propuesta del marido para prostituir a la mujer, no sólo cuando el mismo marido lo haya hecho directamente, sino cuando se pruebe que ha recibido dinero o cualquier remuneración con el objeto expreso de permitir que otro tenga relaciones ilícitas con su mujer.
3. La incitación o la violencia hecha por un cónyuge al otro para cometer algún delito, aunque no sea de incontinencia carnal.
4. El conato del marido o la mujer para corromper a los hijos.
5. El abandono sin justa causa del domicilio conyugal prolongado por más de dos años

6. La sevicia del marido con su mujer, o la de ésta con aquél.
7. La acusación falsa hecha por un cónyuge al otro

Sebastián Lerdo de Tejada el 15 de septiembre de 1873, siendo Presidente de México, llevó a cabo varias adiciones a la Constitución para elevar a rango Constitucional las Leyes de Reforma, y en 1874 se expide la Ley Orgánica que reglamenta dichas adiciones y que establece en su artículo 23 fracción IV “El matrimonio civil no se disuelve más que por la muerte de uno de los cónyuges”

Posteriormente en el Código Civil de 1884, se reproducían las 7 causales anteriores y se agregaban las siguientes:

1. El hecho de que la mujer dé a luz en el matrimonio un hijo concebido antes de celebrarse el contrato y que judicialmente sea declarado ilegítimo.
2. La negativa de uno de los cónyuges a suministrar alimentos conforme a la Ley.
3. Los vicios incorregibles de juego o embriaguez.
4. Una enfermedad crónica e incurable, que sea también contagiosa o hereditaria, anterior a la celebración del matrimonio y que no haya tenido conocimiento el otro cónyuge.
5. La infracción de las capitulaciones matrimoniales.
6. El mutuo consentimiento.

Los Códigos de 1870 y 1884 permitían que los cónyuges pudieran reunirse de común acuerdo en cualquier tiempo, aún después de que causara ejecutoria la sentencia de divorcio.

Para el Código de 1884 sólo podía solicitar el divorcio necesario el cónyuge que no hubiera dado causa a él, y debía ser dentro de un plazo de un año después de tener conocimiento de los hechos en que fundara la demanda.

También establecía en el artículo 243 la facultad del cónyuge que no hubiere dado causa al divorcio de prescindir de sus derechos y obligar al otro a reunirse con él, aun cuando ya hubiera causado ejecutoria la sentencia.

El diputado Juan A. Mateos presentó en 1891, una iniciativa ante la cámara de diputados para derogar la fracción IX y que se permitiera el divorcio vincular. Dicha propuesta fue analizada y se determinó que dicha fracción es inconstitucional, removiendo así el principal obstáculo legal para el divorcio vincular.

Fue con Venustiano Carranza en 1914 que se expidió en el puerto de Veracruz una ley⁵⁵ que establecía por primera vez en

⁵⁵No está por demás comentar que 1914 se vivía en México la Revolución. Siendo así, tanto esta legislación carrancista como la que en su tiempo creó y promulgó Juárez (casualmente, los dos en Veracruz), estaban viciadas porque

México el divorcio, entendiéndolo como el rompimiento del vínculo matrimonial, tanto en el caso de mutuo consentimiento, como en el caso de necesidad.

Esta ley señalaba solamente dos causales de divorcio:

El matrimonio podrá disolverse, en cuanto al vínculo, ya por mutuo y libre consentimiento de los cónyuges cuando el matrimonio tenga más de tres años de celebrado y, en cualquier tiempo, por causas que hagan imposible o indebida la realización de los fines del matrimonio o por faltas graves de alguno de los cónyuges, que hagan irreparable la desavenencia conyugal.

Desde entonces, disuelto el matrimonio los cónyuges pueden contraer una nueva unión legítima.

La ley de Carranza fue poco conocida, con motivo de los problemas políticos por los que pasaba el país en este momento histórico. Y es por esta razón, por lo que se piensa erróneamente que la primera ley que contempla el divorcio como rompimiento del vínculo, es la Ley sobre Relaciones Familiares.

los dos personajes no estaban facultados legalmente para legislar y porque se trataba de materia que correspondía regular a las entidades federativas y no a la Federación. Simplemente se trataba de hacer adeptos en momentos en que nuestra patria estaba siendo desangrada por las luchas fratricidas y se quería, por cualquier medio, hacer a un lado al Iglesia, restándole su poder económico y su poder moral.

Es a través de dos decretos expedidos por Venustiano Carranza que se transforma el concepto de divorcio-separación a divorcio-vincular, el primero es del 29 de diciembre de 1914, y el segundo del 29 de enero de 1915.

Mencionaremos por último el Código Civil de 1928, que siguiendo los lineamientos de la Ley de Relaciones Familiares, reglamentó también el divorcio, pero además del judicial, añadió el divorcio administrativo que se reglamentaba en el artículo 272. Su nombre lo recibe de que es una autoridad administrativa la que declara disuelto el vínculo matrimonial, a diferencia del divorcio judicial en el que es la autoridad judicial quién disuelve dicho vínculo. Cabe mencionar que este Código es el que se encuentra vigente en la actualidad en el Distrito Federal.

Haciendo un breve análisis de la evolución del divorcio en el derecho mexicano, podemos deducir que el proceso evolutivo se ha dirigido a facilitar la disolución del vínculo matrimonial, eliminando los obstáculos que antes se tenían. Se ha cambiado el concepto de matrimonio indisoluble y eterno al de disoluble y temporal.

3.2. Concepto y Clasificación

Uno de los sistemas más conocidos y válidos para entrar al análisis de cualquier institución o problema -además de la narración de los antecedentes- consiste en el llamado "método

escolástico". Este se inicia siempre con la "aclaración de términos". En ese sentido, antes de entrar a la problemática del divorcio, conviene "aclarar los términos". Para ello se iniciará este apartado con la definición de divorcio en los siguientes términos:

Divorcio proviene del latín *divortium*, que significa disolución del matrimonio (Barcia). Forma sustantiva del antiguo *divortere*, que significa separarse. En un sentido jurídico, abarca dos posibilidades, una mayor y otra menor: la disolución del vínculo matrimonial y la mera separación de cuerpos que deja subsistente el vínculo⁵⁶

De esta forma, se puede decir que el divorcio es la forma prevista por la ley para terminar con el vínculo matrimonial, estando en vida los cónyuges, por causas que han nacido con posterioridad a la celebración del matrimonio (porque no deben confundirse las causales de divorcio con las causales de nulidad) y que crea un nuevo estado civil, consistente en que los divorciados quedan en aptitud legal para contraer nuevas nupcias.

Los que se oponen al divorcio argumentan que éste ataca a la integridad de la institución familiar y que, como consecuencia, también ataca a la sociedad puesto que cualquier ataque a la familia redundaría en un ataque a la sociedad, ya que la familia es -como se ha dicho hasta el infinito- la célula familiar.

⁵⁶ RAFAEL Rojina Villegas, Derecho Civil Mexicano, Editorial Porrúa, S.A. pág. 383

Por otra parte, los que están a favor del divorcio dicen que, sin desconocer que se trata de una medida no prevista y, en ocasiones, no deseada, el hecho concreto es que por las más diversas razones la convivencia de los cónyuges se hace imposible con el agregado de que no sólo se afecta la vida de ellos sino que -y eso es lo más doloroso- con frecuencia la convivencia entre dos personas que no se toleran llega a ser de tal forma que constituye un mal ejemplo para los hijos, siendo menor el daño que se les hace con el divorcio al daño que se les haría si se continuara la convivencia.

3.2.1. Divorcio no Vincular

Al disolver el divorcio el vínculo matrimonial, produce el efecto de que todos los deberes que impone el matrimonio a los cónyuges, dejan de existir y cada uno de ellos queda en aptitud de contraer nuevo matrimonio. Se le denomina divorcio vincular.

En cambio cuando se trate de que alguno de los cónyuges sufra una enfermedad crónica o incurable, que sea además contagiosa o hereditaria, cuando después de celebrado el matrimonio, padezca impotencia o bien cuando sufra enajenación mental incurable, el cónyuge sano, si no quiere disolver el vínculo matrimonial mediante estas causales, puede solicitar al juez competente la autorización para vivir separado del cónyuge enfermo (suspensión del deber de cohabitación), y quedan

subsistentes las demás obligaciones que derivan de la relación conyugal, como son la fidelidad y la ayuda mutua.

Los efectos de la sentencia son restringidos, sólo se refieren a la dispensa del cumplimiento del deber de cohabitación, y no a un verdadero divorcio, por ello se le denomina divorcio no vincular. En Derecho Canónico se usa un término más claro: separación de cuerpos.

Con referencia a la existencia o no existencia de culpa, así como al grado de gravedad de esa culpa, en que haya incurrido el cónyuge que motivo la disolución del vínculo matrimonial, Planiol distingue entre divorcio remedio para los casos en que el divorcio se base en la enfermedad padecida por uno de los esposos y el divorcio sanción que abarca las sanciones mencionadas en los artículos 267 y 268 del Código Civil.

3.2.2. Divorcio Vincular

3.2.2.1. Divorcio Administrativo

Este tipo de divorcio requiere la voluntad de los cónyuges para divorciarse.

La introducción de este tipo de divorcio voluntario en el Código Civil vigente, facilita en forma indebida la disolución del matrimonio por

mutuo consentimiento, llenándose ciertas formalidades⁵⁷.

En los Códigos Civiles de 1870 y 1884 se reglamentó en el rubro de divorcio la separación conyugal. Estipulaban que cuando ambos cónyuges convinieran en divorciarse en cuanto al lecho y habitación, deberían haber pasado dos años de la celebración del matrimonio y ocurrir ante un juez.

El juez decretaba la separación cuando le constara que los cónyuges querían separarse libremente.

El Código Civil vigente señala en la fracción XVII del artículo 267 como causa de divorcio el mutuo consentimiento, pero con disolución del vínculo. Este tipo de divorcio puede ser administrativo o judicial.

El divorcio de mutuo consentimiento no puede solicitarse sino hasta pasado un año de la celebración del matrimonio (Art. 274 C. C.).

El divorcio por mutuo consentimiento administrativo se seguirá ante el juez del Registro Civil del domicilio de los cónyuges y deberán comprobar, con copias certificadas de sus actas de nacimiento, que son mayores de edad, que no tienen hijos y, si están casados bajo sociedad conyugal, presentarán el

⁵⁷ *Ibid*, pág. 396.

convenio para liquidarla. Deberán ocurrir personalmente ante el Juez del Registro Civil que conozca de la solicitud de divorcio.

El Juez del Registro Civil procederá a identificar a los consortes y hará constar la solicitud de divorcio en una acta que levantará al efecto y citará a los cónyuges para que se presenten a ratificar esa solicitud a los quince días.

Si los cónyuges ratifican la solicitud presentada, el Juez del Registro Civil los declarará divorciados, levantará el acta correspondiente, hará una anotación marginal en la del matrimonio anterior, y comunicara al Juez del Registro Civil que levantó el acta de matrimonio, la resolución de divorcio.

El oficial del Registro Civil tiene funciones meramente pasivas, sin que tenga la obligación de procurarle consejos a los cónyuges a fin de lograr su reconciliación. En realidad sus funciones son semejantes pero no iguales a las de un Notario porque se reducen a constar dichos actos y a declarar el divorcio. Da fe de la voluntad de los cónyuges y por medio de un acto de declaración de voluntad, no obrando como Notario, sino ejerciendo una potestad que le otorga el Estado, disuelve el matrimonio⁵⁸.

3.2.2.2. Divorcio Judicial

⁵⁸ EDUARDO PALLARES, *El Divorcio en México*, 2ª Edición, Editorial Porrúa, México, 1979, pág. 40.

A diferencia del divorcio administrativo, el divorcio judicial necesariamente tiene que tramitarse ante las instancias de los tribunales locales, haya o no controversia. Esta diferencia se explica -si se tiene en cuenta lo mencionado en relación con la inclusión del divorcio en la vida jurídica- porque siguen existiendo valores que la sociedad tiene que conservar.

Es decir, por definición, ninguna sociedad considera que el divorcio sea un valor en sí; sin embargo, dado el desconocimiento que con cada vez mayor frecuencia se tiene de la persona con la que se pretende hacer vida en común para siempre, y a que -también con mucha frecuencia- es muy grande el daño que se les puede hacer a los hijos (que son terceros muchas veces ajenos a los problemas conyugales), el divorcio sólo es "un mal necesario", no un ideal en las relaciones humanas.

Precisamente por lo mencionado en el párrafo anterior, cuando ya no es posible la convivencia conyugal, pero hay hijos o los cónyuges llegan al conflicto, es necesaria la intervención del poder jurisdiccional para que, cumpliendo su misión, diga a quién asiste qué derecho y quién tiene qué obligaciones, siempre dando vista a la representación social, que es de vital importancia en los casos de custodia o de patria potestad.

De esta forma, existen tres supuestos generales en los que es necesaria la intervención del poder judicial: cuando hay hijos;

cuando alguno de los cónyuges incurre en alguna de las causales establecidas por la ley o, finalmente, cuando los cónyuges -por cualquier razón- no dan su consentimiento para la disolución del vínculo matrimonial.

3.2.2.2.1. Divorcio Judicial Voluntario

En el artículo 272 del Código Civil para el Distrito Federal, en su parte final, establece que los divorciantes que no se encuentren en el caso previsto en la parte primera del citado artículo, es decir que no reúnan los requisitos establecidos para la procedencia del divorcio voluntario administrativo, pueden divorciarse por mutuo consentimiento, ocurriendo al Juez de lo Familiar en turno que les sea asignado, en los términos que ordena el Código Procesal Civil, en los artículos del 674 al 682.

Por lo antes mencionada este tipo de divorcio procede cuando los cónyuges, de común acuerdo, deciden divorciarse, tienen hijos o son menores de edad, o se encuentran casados bajo el régimen de sociedad conyugal y no la han disuelto y liquidado. Deberán presentar su solicitud de divorcio ante la Oficialía de Partes Común del Tribunal Superior de Justicia, junto con su acta de matrimonio en copia certificada expedida por el Registro Civil y el acta de nacimiento de los hijos habidos en el matrimonio, acompañada de un convenio que regule las consecuencias inherentes a la disolución del vínculo matrimonial, relativo a los menores procreados en el matrimonio

y a la liquidación de los bienes que conforman la sociedad conyugal.

Dicho convenio es de suma importancia, toda vez que si el mismo no se ajusta a la ley, el Juez no lo aprobará y por lo tanto no podrá decretarse el divorcio. En el artículo 273 del Código Civil para el Distrito Federal se establecen los puntos que debe abarcar.

Con la solicitud del divorcio debe adjuntarse un convenio en que se fijen los siguientes cinco puntos:

1) La persona que tendrá la custodia de los hijos, tanto durante el procedimiento, como después de ejecutoriado el divorcio.

2) El modo de cubrir las necesidades de los hijos tanto durante el procedimiento como después.

3) El domicilio de cada uno de los cónyuges durante el procedimiento.

4) Los alimentos que un cónyuge dará al otro, en los términos del Artículo 288, tanto durante el procedimiento como después de ejecutoriado el divorcio; la forma de hacer el pago y la garantía que debe otorgarse

5) la forma de administrar la sociedad conyugal durante el procedimiento y la de liquidarla al ejecutoriarse el divorcio

Deben comprobar, además, que llevan más de un año de casados, pues antes de este término no puede pedirse el divorcio por mutuo consentimiento⁵⁹

El procedimiento de divorcio voluntario judicial esta regulado por el Código de Procedimientos Civiles para el

Distrito Federal en los artículos del 674 al 682 de la siguiente forma:

Los cónyuges que deseen divorciarse por mutuo consentimiento deben ocurrir al Juez de lo Familiar de su domicilio presentando el convenio que exige el artículo 273 del Código Civil. Deben adjuntar una copia certificada del acta de matrimonio y de las de nacimiento de sus hijos menores⁶⁰

Una vez recibida la solicitud, se cita a los cónyuges a una primera junta de avenencia, después de ocho días y antes de quince de que se admitió la solicitud.

La función del Juez es tratar de conciliar a los cónyuges, de no lograrlo, aprobará provisionalmente el convenio oyendo el parecer del agente del Ministerio Público.

El Código Civil para el Distrito Federal señala en su artículo 282 las disposiciones provisionales que deben tomarse en cuenta, y que se refieren a los alimentos de los hijos, quién se hará cargo de ellos, etc.⁶¹

En este tipo de divorcio como los cónyuges acuden al juez por mutuo consentimiento, su función es, además de la de dictar la sentencia en la que se disuelva el vínculo matrimonial, establecer con toda la precisión y seguridad posibles la custodia

⁵⁹ MONTERO, *Op. cit.* págs. 255 y 256

⁶⁰ *Ibid.*, pág. 256.

⁶¹ *Cfr. Código Civil, Op. cit.*

de los hijos y, oyendo al Ministerio Público, aceptar, modificar o determinar el convenio en el que se establece la forma en la que se asistirá a las necesidades de los hijos.

3.2.2.2. Divorcio Necesario

El supuesto siempre es el conflicto o el que se haya incurrido en alguna o algunas de las causales establecidas por la ley. En estos casos, el Legislador, buscando siempre el bien - cuando éste sea posible- o el mal menor, cuando sea inevitable, ha establecido una serie de "causales" que dejan expedita esta vía judicial.

Si en el caso del divorcio voluntario y en el de por mutuo consentimiento se ha considerado necesaria la presencia del juez, dado los valores que están en juego, más necesaria resulta su intervención en este caso, así como también la intervención de la representación social.

Para el Maestro Rafael Rojina Villegas, esas causales de divorcio -que limitativamente se encuentran en el Artículo 267 del Código Civil mencionado, pueden clasificarse en cinco grupos, atendiendo a su especie o a su común denominador. Así:

- I. Las que impliquen delitos.
- II. Las que constituyen hechos inmorales.

III. Las contrarias al estado matrimonial o que impliquen el incumplimiento de obligaciones conyugales.

IV. Determinados vicios.

V. Ciertas enfermedades.⁶²

De acuerdo con lo anterior y teniendo a la vista las fracciones del numeral citado, se tiene que cuando se habla de "las que impliquen delitos" se refiere a las causales primera, que habla del adulterio.

El maestro Joaquín Escriche en el Diccionario razonado de Legislación Civil, Comercial y Forense considera al adulterio como: La violación de *muger* casada con otro. Como este delito es de muy difícil prueba, porque los adúlteros ponen mucho cuidado en ocultarle, puede probarse también por vehementes sospechas. También opina sobre los adúlteros y comenta al respecto: El hombre y la *muger* que han cometido adulterio. El hombre que los hallare en fragante, tiene facultad para matarlos, pero no para matar al uno y dejar al otro, sino a los dos si pudiere verificarlo así. Sólo el marido se haya autorizado para acusar a los adúlteros, debiendo entablar la acusación ante el juez secular, no solo contra el uno, sino contra los dos si ambos viven, dentro del término de cinco años contados desde la perpetración del delito; pero si la *muger* fue forzada, puede entonces intentarse la acción contra el agresor dentro del término de cinco años, quedando aquella esenta de castigo. Los

⁶²ROJINA VILLEGAS, *Op. cit.* pág. 433.

adúlteros eran puestos antiguamente en poder del marido para que hiciera lo que quisiese de sus personas y de sus bienes; pero en el día es castigado el adúltero con la pena de destierro, y la adúltera con la reclusión y pérdida de la dote.

Más es de advertir que para que el hombre este sujeto a la pena de adúltero, es necesario que supiese que la *muger* era casada que según la opinión más probable se liberta la muger del castigo, si el matrimonio nulo por falta de consentimiento, ó si creía con justo motivo que su marido era muerto; y últimamente, que el marido no gana la dote ni bienes algunos cuando por su propia autoridad mata a los adúlteros en el hecho.

La fracción cuarta que trata de la incitación a la violencia por parte de uno de los cónyuges para cometer algún delito; la quinta que hace referencia a los actos inmorales ejecutados por cualquiera de los cónyuges para corromper a los hijos o tolerar su corrupción; undécima que describe como causales la sevicia, las amenazas o las injurias graves de un cónyuge para otro; la décima tercera trata de la acusación calumniosa de un cónyuge para con otro, por delito que merezca pena mayor de dos años de prisión; la décima cuarta que relata como causales el que uno de los cónyuges haya cometido un delito que sea infamante y que también se pueda castigar con pena de prisión mayor de dos años; la décima sexta que señala la hipótesis de que un cónyuge haya cometido un acto que sería punible si se tratara de un tercero, contra la persona o los bienes del otro cónyuge y que se pueda castigar con pena mayor a un año prisión y la décima

novena y la vigésima que hace referencia a las conductas de violencia familiar y al incumplimiento de las resoluciones administrativas relacionadas con la mencionada violencia familiar.

Cuando el autor se refiere a los "hechos inmorales", en esa clasificación está incluyendo las causales siguientes: la fracción segunda, que se refiere al hecho de que la mujer de a luz un hijo durante el matrimonio concebido antes de celebrarse éste y que judicialmente sea declarado ilegítimo; la tercera que trata del hecho de que el marido prostituya a su esposa y la quinta que no sólo puede considerarse dentro de las que hacen referencia a delitos, sino también a los hechos inmorales.

En el grupo tercero, el Maestro Rojina hace referencia a "los hechos contrarios al estado matrimonial" y comprende las siguientes causales: la fracción octava que trata de la separación de la casa conyugal por más de seis meses -por cualquiera de los cónyuges- sin causa justificada; la novena que se refiere a la separación del hogar conyugal, originada por una causa que sea bastante para pedir el divorcio, si se prolonga por más de un año sin que el cónyuge que se separó entable la demanda de divorcio; la décima que se refiere a la declaración de ausencia legalmente hecha o la de presunción de muerte y la décima segunda que trata de la negativa injustificada de los cónyuges a cumplir con las obligaciones relativas al sostenimiento del hogar y a la educación de los hijos, sin que sea necesario agotar

previamente los procedimientos tendientes a su cumplimiento, así como el incumplimiento, por parte de alguno de los cónyuges, sin causa justa, de la sentencia ejecutoriada relativa a las obligaciones ya mencionadas sobre los hijos, a lo que se agrega la administración de sus bienes.

Mención especial merece la fracción décima octava del numeral citado, en la que se dispone como una causal de divorcio el hecho de que haya habido una separación de los cónyuges por dos años, con independencia del motivo que haya originado la separación, y que esta causal podrá ser invocada por cualquiera de los cónyuges.

Como sucede con muchas de las normas que nos rigen, éstas no son necesariamente implantadas por necesidades sociales sino que, con mucha frecuencia responden a intereses particulares. Tal es el caso de la fracción que se comenta. En efecto, por una parte el texto constitucional -ya citado- en relación con la protección de la familia, resultaría contrario a lo que se dispone en esta fracción, puesto que siguiendo su supuestos, el cónyuge culpable, el que abandona, tiene acción para solicitar el divorcio.

Son muchos los principios que se vulneran con esa disposición. Entre otros, se vulnera el principio de que nadie puede alegar en su beneficio sus propias torpezas y, en el caso,

se privilegia al que dolosamente se separa para concederle el divorcio.⁶³

En cuanto a la clasificación que se relaciona con "determinados vicios", el autor en cita, señala a la fracción décima quinta que relata conductas como los hábitos de juego o embriaguez, así como el uso indebido y persistente de drogas enervantes, cuando amenazan causar la ruina de la familia.

Cuando el Maestro Rojina Villegas clasifica a algunas de las fracciones dentro del grupo de "ciertas enfermedades", hace referencia a las fracciones sexta y séptima, que tienen que ver con enfermedades como la sífilis, la tuberculosis y las enfermedades crónicas o incurables.

Como se dijo anteriormente, nadie contrae matrimonio con la perspectiva del divorcio; sin embargo, la realidad es que por el desconocimiento de los cónyuges entre sí, y por las miserias humanas, en ocasiones, para evitar males mayores -sobre todo cuando hay hijos- el divorcio necesario es la única alternativa para evitar que se dañe a inocentes y para hacer más llevadera la existencia.

⁶³ Fue un secreto a voces el comentario en el sentido de que la fracción que se comenta se incluyó para que un Secretario de Estado pudiera obtener su divorcio.

Si la convivencia humana es difícil cuando existe armonía, por mayoría de razón, será doblemente difícil esa convivencia si se han roto los lazos afectivos y se ha llegado a la falta de respeto y a la lesión entre los cónyuges.

Como se trata de un proceso judicial "civil", se ha llegado a abusar de él, y en la medida en la que ha evolucionado se han multiplicado los casos de engaños judiciales; de simulación de pruebas; de testigos comprados y de todos los "artilugios" que nuestros ordenamientos adjetivos permiten. Siendo así, y como se trata de estricto Derecho positivo, si en el proceso se hace fraude a la ley (y las partes no lo impugnan en tiempo), jurídicamente queda disuelto el vínculo matrimonial, lo cual difiere esencialmente de las anulaciones canónicas, porque se trata de procesos de conciencia, de tal forma que aunque una sentencia eclesiástica declare una anulación canónica de lo que era apariencia de matrimonio, por tratarse de un tribunal de conciencia, el vínculo matrimonial, o la apariencia de matrimonio, subsiste aunque mil veces se haya declarado su anulación.

CAPÍTULO CUARTO

LA BIGAMIA COMO CAUSAL DE DIVORCIO

En este último capítulo se tratará, partiendo del concepto de bigamia, de proponer que ésta debe considerarse como una causal independiente de divorcio, dados los argumentos que en su momento se expondrán.

Para llegar a esa propuesta se analizará también a la bigamia como un delito relacionándola con el incumplimiento de los deberes conyugales, para llegar a la conclusión de que, siguiendo el precepto constitucional de que la ley debe proteger a la familia, se agregue a los artículos que contienen las causales de divorcio, tanto en el Código Civil para el Distrito Federal como en los códigos de los estados, una nueva causal que contemple lo que es el objeto de este trabajo, es decir, a la bigamia como una causal independiente de divorcio.

4.1. Concepto de Bigamia

Etimológicamente la palabra bigamia proviene de *bis* que significa dos en latín y *gamos* que significa matrimonio en griego; es decir que significa doble matrimonio. Dicho de otro

modo, la bigamia es el hecho de que una persona esté casada simultáneamente con dos personas.⁶⁴

Gramaticalmente la voz "bigamia" deriva de bigamo que a su vez tiene como raíz la voz latina "bigamus", que significa casado con 2, o bien, que se casa por segunda vez, viviendo el primer cónyuge, y casado con viuda o casada con viudo. Bigamia, pues, en el idioma español tiene diversas acepciones:

- a) Estado de un hombre casado con dos mujeres a un mismo tiempo, o estado de la mujer casada con dos hombres;
- b) Segundo matrimonio que contrae el que sobrevive de los dos consortes.

También literalmente existe el sentido de la bigamia interpretativa, que es la que resulta del matrimonio con una mujer que notoriamente ha perdido su virginidad, bien por haberse prostituido, bien por haberse declarado nulo su primer matrimonio. La bigamia similitudinaria surge como idea de los canonistas, y es aquella en que incurre un religioso profeso o un clérigo casándose de

⁶⁴En el Diccionario para Juristas de Juan Palomar de Miguel, se define a la bigamia como "estado de la persona casada simultáneamente con otras dos de distinto sexo al suyo". Al parecer, olvidó el mencionado autor que en el Derecho mexicano no es jurídicamente válido un matrimonio entre personas del mismo sexo. También define la bigamia como "el segundo matrimonio contraído por el que sobrevive de los dos consortes". En este caso no se trataría propiamente de bigamia, puesto que si se trata del matrimonio que contrae "el que sobrevive de los dos cónyuges", al darse la viudez el cónyuge supérstite no cometería bigamia ni civil ni penalmente hablando puesto que su estado civil es de soltero. El mismo autor hablando de la "bigamia interpretativa", dice que es "la resultante del matrimonio con una mujer que notoriamente ha perdido su virginidad, ya sea por haberse prostituido, o por haberse declarado nulo su primer matrimonio". Dentro del cuerpo de esta tesis esta última definición se aleja totalmente del concepto que se tratará. *Cfr.* Voz Bigamia en *Diccionario para Juristas, op. cit.*

hecho, aunque de derecho sea nulo su matrimonio.

De las nociones gramaticales existentes se desprende que solamente existe una conducta ilícita cuando un hombre o una mujer se casa por segunda ocasión sin haberse disuelto el primer vínculo matrimonial, y no así en los demás sentidos en los que no existe el elemento de la falsedad en cuanto al estado civil de los contrayentes en segunda ocasión.

Concepto Jurídico: Bigamia es el acto jurídico doloso exteriorizado por un hombre o una mujer ocultando a sus respectivas parejas su verdadero estado civil de casado anteriormente, con el fin de apoderarse de un derecho de familia que legítimamente pertenece al primer consorte.⁶⁵

En términos normales, como ya se ha dicho, la bigamia consiste en el hecho de que una persona, válidamente casada, contraiga nuevas nupcias. Sin embargo, históricamente también se ha utilizado este término para referirse al hecho de contraer matrimonio varias veces estando ya casado o al hecho de, sin estar casado, pertenecer al estado religioso, vinculado por votos solemnes. Si se trata de varios matrimonios, lo más propio -y por supuesto más condenable- sería llamarla "poligamia".⁶⁶

⁶⁵ Diccionario de la Lengua Española.- Real Academia Española. Vigésima primera edición. 1992. Editorial Unigraf, S.L. Madrid, España.

⁶⁶ Con los ojos de finales del Siglo XX no resulta fácil entender que se haya considerado como bigamia al hecho de que una persona vinculada a una determinada conducta por votos religiosos, contrajera nupcias. Por supuesto, en nuestro Derecho positivo no podría ser así. Sin embargo, no se puede hacer a un lado que, durante muchos siglos la Iglesia y el Estado estuvieron unidos y que muchas de las resoluciones del ámbito estrictamente religioso tenían efectos en lo estrictamente civil. Quizás el caso más ejemplificativo sea el de la Inquisición, cuando después de un juicio por herejía -ámbito religioso- al culpable se le transfería al poder civil -ámbito estatal- para la ejecución de las

Este término lo comenzó a utilizar San Isidoro de Sevilla. Como se mencionó anteriormente, tanto el matrimonio como el concepto mismo de persona -en su validez intrínseca- ha sido el mismo en el transcurso de la historia y si San Isidoro de Sevilla utiliza este término de bigamia fue solamente un antecedente de lo que se tratará en este trabajo. En efecto, el matrimonio no siempre fue monogámico.

Tradicionalmente el hombre podía tener tantas esposas cuantas pudiera mantener o cuantas su situación dentro del grupo se lo permitiera. Todavía en la actualidad millones de personas de culturas distintas a la nuestra conservan la costumbre de que el hombre pueda tener varias esposas, como sería el caso de los países musulmanes.

En nuestra cultura occidental, que tiene un origen judeo-cristiano, también el concepto de matrimonio monogámico fue una evolución de las instituciones sociales que tuvo dos orígenes: por una parte, existía el concepto de sacramento matrimonial en el que explícitamente Cristo determinó la monogamia al decir "Ya no sois dos, sino una sola carne"; por otra parte, desde tiempo inmemorial existió la necesidad de determinar quién sería el sucesor de los bienes (en los casos de los simples particulares) o de los títulos en los casos de las

penas. En la vida religiosa se considera que las monjas son "esposas de Cristo".

líneas nobiliarias que, eventualmente, determinarían la sucesión al trono.

En efecto, cuando un príncipe o un rey tenía herederos, no tenían el mismo derecho los hijos de la esposa principal que los hijos de las concubinas o de las otras esposas. La historia está llena de casos en los que los hijos "ilegítimos" resultaban ser más aptos para reinar que los hijos "legítimos".

De esta forma tanto a nivel de los particulares como de los gobernantes -sin olvidar la frase de Cristo- las uniones entre hombre y mujer fueron transformándose en exclusivas, creándose así el matrimonio monogámico.

Cuestión aparte sería el estudio de la evolución actual que está teniendo el matrimonio. En este trabajo se sostiene que tanto social como jurídicamente la monogamia es un valor que debe ser protegido, con independencia de otras tendencias que serían objeto de un estudio separado y que rebasarían por mucho los límites propuestos en esta tesis.

4.2. La Bigamia como Delito

El delito de bigamia se basa en la legitimidad de un matrimonio anterior y en la celebración formal de uno posterior. Sin duda, el bien jurídico tutelado no es solamente el estado

civil, sino también la estabilidad de la familia y, en lógica consecuencia, el beneficio social.

En concordancia con lo expuesto en el punto anterior, el legislador ha considerado como un valor al matrimonio monogámico y, en ese sentido, ha tipificado el delito de bigamia en el artículo 279 del Código Penal para el Distrito Federal en los siguientes términos:

Se impondrá hasta cinco años de prisión o de ciento ochenta a trescientos sesenta días de multa al que, estando unido con una persona en matrimonio no disuelto ni declarado nulo, contraiga otro matrimonio con las formalidades legales.⁶⁷

Lo primero que llama la atención con la simple lectura del artículo citado es la prácticamente nula penalidad con que se sanciona una conducta que atenta directamente contra los fines del matrimonio, contra la estabilidad familiar y contra la integración social, ya que al decir el Legislador "hasta cinco años", podría ser lo mismo un mes, un año, dos años o cinco años.

Lo anterior significaría que una persona que ha mentido ante un funcionario público, burlándose de la representación del Estado y que se ha mofado de la fidelidad que le protestó a quien fue su cónyuge en el primer matrimonio, para hacer otro

⁶⁷Art. 279, *Código Penal para el Distrito Federal*, Editorial Themis, México 1991.

tanto con el segundo, se le podría castigar, en el mejor de los casos, con cinco años de cárcel, y en el peor, con unos cuantos días.

Si a lo expresado en el punto anterior se le agrega que la bigamia no es considerada como un delito grave, el bigamo o la bigama pueden salir inmediatamente bajo fianza, con lo que se reintegraría a la sociedad una persona que ante la fe pública de un funcionario estatal llevó hasta la solemnidad la burla que hizo de las reglas mínimas de moral que constituyen el Derecho.

Si se sigue con el castigo que el numeral en cita impone al que incurre en bigamia en cuanto a la multa, ésta no deja de ser también ridícula ya que se establece que la cantidad con la que se castigará este delito puede ser "hasta de trescientos sesenta días de salario mínimo" y, siguiendo la misma argumentación que se hizo cuando se habló de la cárcel, esto equivaldría a decir que, en el mejor de los casos, la multa sería de trescientos sesenta días de salario mínimo y en el peor, de ciento ochenta días de salario mínimo.

Los dos extremos anteriores -en cuanto a las penas diferentes de las cantidades mínimas o del tiempo menor- tendrían que estar debidamente motivados porque, como en repetidas ocasiones lo ha manifestado la Jurisprudencia tanto de Colegiados como de la Suprema Corte, la motivación de una penalidad debe expresar las características circunstanciales del

acto delictivo así como todos los factores que se pueden tener en cuenta para determinar que el castigo se le impuso al delincuente respetando su garantía de seguridad jurídica. De no ser así tanto la pena privativa de la libertad como la multa que se impusiera serían inconstitucionales.

Continuando con el análisis del citado artículo también dice que la penalidad antes dicha se le impondrá a quien "... estando unido con una persona en matrimonio no disuelto ni declarado nulo, contraiga otro matrimonio con las formalidades legales".

Como puede apreciarse de la disposición legal transcrita son dos extremos los que contempla para que se configure el delito de bigamia: ésta se dará cuando haya un matrimonio no disuelto y se realice uno nuevo o, haya un nuevo matrimonio sin haber declarado nulo el anterior. Así se pronuncia civilmente el artículo 248 cuando dice:

El vínculo de un matrimonio anterior, existente al tiempo de contraerse el segundo, anula éste, aunque se contraiga de buena fe, creyéndose fundadamente que el consorte anterior había muerto. La acción que nace de esta causa de nulidad puede deducirse por el cónyuge del primer matrimonio, por sus hijos o herederos y por los cónyuges que contrajeron el segundo. No deduciéndola ninguna de las personas mencionadas, la deducirá el Ministerio Público.⁶⁸

⁶⁸Art. 248, *Código Civil*, .Op. cit.

De acuerdo con el Código Civil en cita, un matrimonio puede declararse disuelto cuando muere uno de los cónyuges o hay sentencia que así lo declare. Así mismo, existen en el mismo Código Civil causales para la nulidad del matrimonio.

Lo que es evidente, de acuerdo con los numerales transcritos y citados, es que el delito de bigamia se realiza cuando existiendo un matrimonio válido, uno de los cónyuges contrae otro. Por esta conducta debe ser castigado el cónyuge culpable y es nulo de pleno derecho el segundo matrimonio.

En cuanto a la clase de delito que es la bigamia puede decirse que se trata de un delito instantáneo puesto que tiene efectos permanentes. Este delito se consuma en el momento mismo en que el cónyuge culpable celebra el nuevo matrimonio, y su continuidad seguirá hasta que, una vez probado, el juez declara que el segundo matrimonio es nulo.

Este delito puede ser tanto doloso como culposo. En el primer caso el cónyuge está consciente de que está casado con una persona y a sabiendas de que su matrimonio no ha sido declarado nulo ni ha sido disuelto, contrae uno nuevo. Ésta sería la conducta reprobable y punible de conformidad con lo establecido en este trabajo. Y es así porque es precisamente este tipo de conductas las que atentan contra los fines matrimoniales, contra la integridad familiar y contra la sociedad.

Sería culposo cuando, como se estableció en el último artículo que se cito del Código Civil, un cónyuge contrae un nuevo matrimonio partiendo del supuesto de que su matrimonio anterior había terminado bien fuera porque existían fundadas pruebas de que había muerto el otro cónyuge o que por cualquier causa el matrimonio ya no era válido y el motivo determinante de su voluntad era recto.

4.3. La Bigamia como Causal de Divorcio.

En este último subcapítulo se tratará de resumir lo analizado anteriormente de hacer la propuesta que se considera procedente, en el sentido de que debe incluirse a la bigamia como causal autónoma, independiente, para solicitar el divorcio.

Se fundamentará el centro de esta tesis en los razonamientos que a continuación se exponen:

Según se ha estudiado, actualmente el matrimonio es un acto jurídico para cuya existencia es necesario el objeto, el consentimiento y la solemnidad. Dentro de los derechos y obligaciones que nacen del matrimonio está la fidelidad, la ayuda mutua y la cohabitación.

Aunque nadie se casa con la idea de divorciarse, lo cierto es que el divorcio llega a ser un mal menor, dentro de los

conflictos que, con mucha frecuencia, surgen dentro de la vida conyugal.

Existen varias clases de divorcios, siendo las principales el administrativo y el judicial. Dentro del divorcio judicial podemos encontrar al divorcio voluntario y al necesario. Para los fines de los argumentos que se desarrollarán en este apartado, se pueden dejar a un lado tanto el divorcio administrativo como el judicial voluntario. Ello es así porque en ambos casos no existe conflicto sino un nuevo acuerdo de voluntades que determinará, en su oportunidad y con los requisitos que para cada uno de ellos establecen las disposiciones aplicables, la existencia de un nuevo estado civil de quienes fueron cónyuges.

Por el contrario, en el caso del llamado divorcio necesario, no existe un nuevo acuerdo de voluntades. Existe un conflicto que se da dentro de la convivencia de los cónyuges y, al menos uno de ellos, opta por el litigio para que, después de que haya sentencia firme, se disuelva el vínculo matrimonial.

Como fundamento del divorcio necesario, todos los códigos sustantivos de nuestra República hacen una lista limitativa de las situaciones que, eventualmente, serán consideradas como "causales de divorcio". No se debe perder de vista lo que se dijo párrafos arriba, en el sentido de que el matrimonio es un acto jurídico que nace del acuerdo de voluntades pero que, a

diferencia de otros muchos, necesita estar revestido de solemnidad para que tenga plena validez.

De esa forma se tiene que el matrimonio nació de un acto jurídico en el que los contrayentes libremente expresaron su consentimiento ante el representante del poder público y que, cuando la vida de esa pareja ha llegado al conflicto por alguna de las causales a las que se ha hecho referencia, entonces queda expedita la vía para ejercitar la acción procesal que tendrá como pretensión la disolución del vínculo matrimonial.

Todas las causales que existen en los códigos para fundamentar la acción de divorcio tienen como común denominador el hecho de que hacen inviable la continuación de la vida de la pareja o que van en contra de los fines del matrimonio. Vale la pena recordar que, como se mencionó, dentro de los derechos y obligaciones del matrimonio se encuentra la fidelidad, la cohabitación y la ayuda mutua.

Como centro de este trabajo se tratará de demostrar que, más allá de cualquier de las causales que ya existen, la bigamia debe ser incluida como una causal autónoma para la acción del divorcio, porque existe mayoría de razón para que así pueda ser considerada.

En efecto, si se recuerdan las causales de divorcio descritas limitativamente en el código sustantivo, fácilmente se podrá

apreciar que ninguna de las causales atenta de forma tan expresa contra los derechos y obligaciones del matrimonio, como la bigamia. De la misma forma, ninguna de las causales que existen puede considerarse que, de forma tan directa, va en detrimento del acto jurídico que dio lugar al matrimonio.

Como una primera parte de las argumentaciones para fundamentar que la bigamia deba ser considerada como causal autónoma de divorcio, considérese qué es lo que da existencia a un acto jurídico. Como ya se expresó, es el consentimiento y el objeto a lo que, en el caso del matrimonio debe sumársele la solemnidad.

El objeto directo del matrimonio consiste en la creación de derechos y obligaciones entre los cónyuges; el objeto indirecto consiste la procreación y en la ayuda mutua, según lo dispone el ya citado artículo 162 de Código Civil vigente para el Distrito Federal. Por su parte, el consentimiento consiste en la manifestación de la voluntad. Finalmente, la solemnidad la proporciona la presencia del funcionario que representa al poder público.

La bigamia ataca directamente tanto al objeto directo como al objeto indirecto del matrimonio. Esto es así porque del acto jurídico que le da nacimiento, se desprenden las tres obligaciones citadas: la ayuda mutua, la fidelidad y la cohabitación.

Quien ha cometido el delito de bigamia no puede cumplir con el compromiso de ayuda mutua puesto que, habiendo aceptado en una primera instancia tener esa ayuda mutua con su primera pareja, le promete también esa misma ayuda mutua a su segunda pareja; había prometido socorrer a su primera pareja; había manifestado su voluntad en ese sentido y, posteriormente, manifiesta esa misma voluntad hacia otra persona. Por eso la bigamia debe ser considerada como causal independiente de divorcio.

Quien ha cometido el delito de bigamia no puede cumplir con el compromiso de fidelidad. En este caso, se hace más evidente la violación a los votos matrimoniales. Expresamente se había manifestado el compromiso de "ser fiel en lo próspero y en lo adverso" y, a pesar de ese primer público compromiso, el bigamo o la bigama públicamente vuelve a expresar su compromiso de fidelidad en lo próspero y en lo adverso, lo que implica, además de las consecuencias jurídicas, un enorme cinismo. Por eso la bigamia debe ser considerada como una causal independiente de divorcio.

Quien ha cometido el delito de bigamia no puede cumplir con el compromiso de cohabitación. Con independencia de que también en este caso existe la doble manifestación del mismo compromiso hacia dos personas, violándose de esa forma la primera expresión de la voluntad, la cohabitación implica estar

bajo el mismo techo; hacer vida en común. Naturalmente, nadie puede estar cohabitando al mismo tiempo con dos personas, por lo que quienes cometen este delito violentan también la obligación de cohabitar. Por eso la bigamia debe ser considerada como una causal independiente de divorcio.

Desde otro punto de vista -y siguiendo la misma línea de análisis, se sostiene que ninguna otra causal está tan directamente relacionada con la destrucción de los fines matrimoniales como la bigamia y que, por lo tanto, se insiste en que tiene que ser considerada de la forma en la que se ha descrito.

En el tantas veces citado artículo 267 del Código Civil, se establecen limitativamente las veinte causales de divorcio. En esta tesis se sostiene que debe agregarse una más, debido a que ninguna de las que ya se contienen considera a la bigamia como causal, siendo como es que se trata de un hecho que destruye los fines del matrimonio. En los párrafos siguientes se tratará de demostrar la validez de las afirmaciones anteriores.

El mencionado numeral dispone como su primera causal de divorcio el adulterio debidamente probado de uno de los cónyuges. La bigamia va más allá del adulterio. Por definición, el adulterio consiste en la relación sexual que una persona casada tiene con otra que no lo está.

Como se aprecia, para que exista adulterio no es indispensable que éste se realice después de poner como testigo a un representante del poder público, ni que quienes lo cometen se prometan fidelidad y ayuda mutua; solamente se trata de una relación sexual, en la que uno de los contrayentes (o los dos) está casado. Se trata de un hecho accidental. Por el contrario, la bigamia sí implica que quien se pone en ese supuesto solicita la intervención del representante del poder público para manifestar su voluntad de fidelidad y de ayuda mutua, de la misma forma en la que ya lo había manifestado en una ocasión anterior.

En tanto que el adulterio puede ser un hecho accidental, el matrimonio -en este caso, el segundo matrimonio- tiene vocación de permanencia, de la misma forma que el primer matrimonio, por lo que es de mayor gravedad la bigamia que el adulterio y, siendo así, debe considerarse como una causal independiente de divorcio.

En su segunda fracción, el mismo artículo dice que es causal de divorcio el hecho de que la mujer de a luz, durante el matrimonio, un hijo concebido antes de celebrarse este contrato, y que judicialmente sea declarado ilegítimo. Como se aprecia de la simple lectura de la fracción anterior, se trata no de una manifestación de la voluntad que transgreda los derechos y obligaciones que nacen del matrimonio. En este caso se trata de una sanción a la mujer por una acción que realizó antes de formalizar su compromiso matrimonial.

Visto con los ojos de la igualdad constitucionalmente reconocida entre el hombre y la mujer, se trata de una disposición que atenta contra esa igualdad, pues nada dice de la posibilidad de que el hombre pudiera tener, también dentro del matrimonio, un hijo que hubiera engendrado antes de celebrarse éste.

De cualquier forma, aunque esté considerada como causal de divorcio, el hecho de que la mujer de a luz un hijo concebido antes del matrimonio (con independencia del abusivo término de "ilegítimo") no va en menoscabo de que válidamente intervenga en el acto jurídico que da lugar al matrimonio.

En la tercera fracción el código señala como causal la propuesta del cónyuge de prostituir a la mujer, no sólo cuando el mismo marido la haya hecho directamente, sino cuando se pruebe que ha recibido dinero o cualquier remuneración con el objeto expreso de permitir que otro tenga relaciones carnales con su mujer.

De la misma forma que en la fracción anterior, lo primero que se aprecia, una vez más, es la situación de desventaja y de menoscabo en la que el código coloca la mujer en relación con el hombre. Esto es así porque nada se dice de que la mujer también puede prostituir al hombre, en las mismas circunstancias que se mencionan para el caso contrario. En segundo lugar, sin

dejar de reconocer que se trata de un hecho vergonzoso, la propuesta de que se habla no implica a un representante del poder público, por lo que no puede ser considerado de la misma gravedad que la bigamia.

La fracción siguiente se refiere a la incitación a la violencia hecha por uno de los cónyuges al otro para cometer algún delito, aunque no sea de incontinencia carnal. En esta oportunidad el legislador sí fue igualitario en el supuesto normativo, puesto que habla simplemente de "un cónyuge" y no de la mujer o del hombre. También resulta una causal de gravedad menor a la bigamia, puesto que se trataría de un hecho puntual, accidental que está muy distante de implicar el reconocimiento que se solicita del poder público para que presencie la negación de los fines del matrimonio y del objeto de los actos jurídicos.

Enseguida el numeral en comento dice que también es causal 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. Resulta evidente que se trata de una causal plenamente justificada, porque difícilmente podrían cumplirse los objetivos del matrimonio si se corrompe a los hijos o se tolera su corrupción. Sin embargo, sin desconocer la gravedad de esta causal, esta no logra el grado de desconocimiento de los compromisos adquiridos como el grado que tiene la bigamia.

Más adelante, la sexta fracción se refiere a que también son causal de divorcio el padecer alguna enfermedad, como la sífilis, tuberculosis, o cualquiera otra enfermedad crónica e incurable, que sea, además, contagiosa o hereditaria, y la impotencia incurable que sobrevenga después de celebrado el matrimonio. De la lectura de la fracción transcrita resulta evidente que no se trata de situaciones voluntarias, al menos en una primera instancia. Nadie voluntariamente adquirirá una enfermedad incurable -salvo que ya esté trastornado- y nadie voluntariamente se volverá impotente. También es de observarse que todos los casos descritos de enfermedad no implican de forma alguna el acuerdo de voluntades que dio lugar al matrimonio de manera directa, aunque sí indirectamente porque un enfermo estará limitado para lograr los fines matrimoniales.

En la siguiente fracción -que está muy relacionada con la anterior- el código dice que también es causal de divorcio padecer enajenación mental, previa declaración de interdicción que se haga del cónyuge demente. Si, como se mencionó en su oportunidad, para poder realizar un acto jurídico como el matrimonio es necesario tener capacidad, es entendible que un demente no puede cumplir los fines matrimoniales. No obstante lo anterior, también en este caso se evidencia que no se trata, como en la bigamia, de una traición a las promesas hechas, sino de un estado patológico que tendría como consecuencia que el cónyuge demente no fuera imputable.

Tanto la fracción octava, la novena como la décima octava, se refieren a la separación como causal de divorcio. No obstante, mientras que la octava se refiere a seis meses; la novena a un año y la décima octava se refiere a dos años. La diferencia estriba en que, las dos primeras sólo puede hacerlas valer el cónyuge que se haya quedado en la casa conyugal, en tanto que la causal de la décima octava puede ser invocada por cualquiera de los cónyuges. Ya en su oportunidad se comentó que en esta última causal se viola el principio de que nadie puede alegar en su beneficio sus propias torpezas. Pero, en referencia al tema que nos ocupa, se puede apreciar que en las dos fracciones se trata de la separación y, aun suponiendo sin conceder, que tuviera materialmente los mismos efectos que la bigamia, no menos cierto es que aquí no sólo no existe una nueva expresa manifestación de la voluntad por parte de uno de los cónyuges, lo cual hace -una vez más- que la bigamia sea una causal más grave para invocarla en el divorcio.

Muy relacionada con las anteriores se encuentra la fracción décima que establece como causal de divorcio la declaración de ausencia legalmente hecha, o la presunción de muerte, en los casos de excepción en que no se necesita para que se haga ésta que proceda la declaración de ausencia. Como en los casos anteriores, es de deducirse que cuando se da la presunción de muerte o se declara ausente a uno de los cónyuges, ese hecho hace que sea imposible el cumplimiento de los fines

matrimoniales, pero ello no implica que se realice una nueva manifestación de la voluntad por lo que, se insiste, no reviste la gravedad de la bigamia.

En la fracción undécima el código se refiere a que también es causal de divorcio la sevicia, las amenazas o las injurias graves de un cónyuge para el otro. Es indiscutible que, con independencia de que el matrimonio nazca de un acto jurídico, el motivo determinante de la voluntad para la realización de ese acto jurídico está relacionado con los fines que se persiguen al celebrarse éste. Pero, más allá de la manifestación estrictamente de consecuencias jurídicas, existe lo que se llama amor. Será muy difícil entender cómo se puede injuriar o se puede amenazar a la persona que se ama.⁶⁹ Más allá de esas injurias o de esas amenazas, aparece la bigamia como delito en el que se deduce el menosprecio que se hace al cónyuge inocente, siendo esto una injuria mayor.

En la duodécima fracción el Legislador local dice que también es causal de divorcio la negativa injustificada de uno de los cónyuges al cumplimiento de las obligaciones que se derivan de la celebración del matrimonio. Si, como se ha insistido, el acto jurídico que da origen al matrimonio tiene unos objetivos claramente determinados en la ley, la negativa por parte de uno de los cónyuges a su cumplimiento necesariamente debe ser

⁶⁹ San Agustín lo sostenía en su conocida frase que dice "Ama y haz lo que quieras".

considerada como una causal de divorcio. En el mismo sentido, si eso así está reconocido por el código, cuando se da la bigamia se está atentando precisamente contra los fines del matrimonio y no se trata de una negativa por parte de uno de los cónyuges para cumplir sus obligaciones, sino que se trata de una nueva manifestación de la voluntad en la que el cónyuge culpable -ante el representante del poder público- asegura, *a contrario sensu*, no cumplirá con sus obligaciones matrimoniales con su primera pareja. Por eso también se considera que debe incluirse a la bigamia como causal de divorcio.

La fracción décima tercera hace referencia a la causal derivada de la acusación calumniosa hecha por un cónyuge contra el otro, por delito que merezca pena mayor de dos años de prisión. Llama la atención que se trate de una calumnia por un delito que merezca dos años de prisión. Entendido en sentido contrario, significaría que si la calumnia se refiere a un delito cuya pena sea menor de dos años, no se consideraría como causal de divorcio. Si por la simple calumnia se considera que se está en presencia de una causal de divorcio, el delito de bigamia debería ser también considerado como causal.

En la fracción décima cuarta se describe la causal que tiene como fundamento el que uno de los cónyuges haya cometido un delito que no sea político, pero que sea infamante, por el cual tenga que cumplir una pena de prisión mayor de dos años. En una primera instancia se deduce que si se trata de delito político

no sería una causal de divorcio; en una segunda instancia, la fracción que se comenta dice que debe tratarse de un delito que sea infamante. Como es sabido, el artículo 22 de la Constitución prohíbe las penas infamantes; pero, más allá de esos dos comentarios, el delito de bigamia debería ser considerado como causal independiente, porque también se trata de un delito que no está comprendido dentro de los extremos que se describen en esta fracción.

La fracción décima quinta establece como causal 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. Ahora es un lugar común decir que los drogadictos y los alcohólicos no son viciosos sino enfermos. En lo que de cierto haya en esa afirmación significa que serán menos culpables de sus actos. De cualquier forma, sean viciosos o enfermos, resultaría evidente que su conducta hace de imposible o de difícil cumplimiento las obligaciones matrimoniales. Si el código lo considera así en casos cuya culpabilidad sería discutible, con mayor razón debe considerar a la bigamia como una causal independiente de divorcio.

La fracción siguiente dispone que también es causal de divorcio el 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. Si esto es así en relación con los bienes o la persona de uno de los cónyuges, cuánto más debería ser con la bigamia que consiste, como se ha repetido, en atentar contra las obligaciones contraídas en el primer matrimonio, ante el representante del poder público. Si el Legislador considera que atentar contra los bienes de uno de los cónyuges es una causal de divorcio, debería considerar a la bigamia también como una causal más importante y grave.

Las dos últimas fracciones del artículo 267 que se comenta son de reciente adición. Se incluyeron en diciembre de 1997. Las dos se refieren a la causal de violencia derivada de la violencia familiar. Ahora los medios de comunicación han puesto en la mesa del debate nacional el grave problema que se vive en muchos hogares relacionados con la violencia entre los cónyuges o entre éstos con sus hijos. Sin duda se trata de un problema de gran trascendencia social; pero, sin desconocer esa gravedad, no menos grave resulta la bigamia que pudiendo implicar a prácticamente todas las fracciones señaladas, tiene la característica de que se realiza en un acto revestido de solemnidad.

De todo lo anterior es de deducirse, y así se deduce, que la bigamia participa de muchas de las causales de divorcio que se han descrito pero, a diferencia de todas esas causales, tiene el agravante de que se realiza provocando la solemnidad que le da

la presencia de un representante del poder público, por lo que debe ser considerada como causal independiente de divorcio.

CONCLUSIONES

Primera. Fue en Roma cuando el matrimonio tuvo su primera o más importante reglamentación jurídica, constituyendo un antecedente directo no sólo de nuestro Derecho sino también de la mayoría de las instituciones jurídicas del mundo occidental. La institución del matrimonio, tiene desde entonces requisitos esenciales para su celebración como el consentimiento de los contrayentes, la edad y el *connubium*, consistente en la aptitud legal para casarse.

Segunda. El matrimonio, como cualquier otro acto jurídico, necesita elementos para su existencia y elementos para su validez. A diferencia de cualquier otro contrato en los que la voluntad de las partes expresada en el consentimiento es esencial; así como el objeto, en el matrimonio se da un tercer elemento que lo hace un acto jurídico único (la ley lo llama contrato), consistente en que para su existencia se requiere la solemnidad que le da la presencia de un representante de la autoridad. De la misma forma, y claramente por influencia del Derecho romano, el matrimonio necesita cubrir elementos de validez, tales como la capacidad, la formalidad, la licitud y la ausencia de vicios.

Tercera. Por influencia principalmente de la Iglesia Católica, existen dos tipos de impedimentos para contraer matrimonio: los impedientes y los dirimentes. Ambos, aunque no están expresamente contemplados en la legislación civil, se infieren en algunos casos y se mencionan en otros, estando constantes en la doctrina. En tanto que los impedimentos impedientes hacen ilícito pero válido el matrimonio, los impedimentos dirimentes lo hacen ilícito e inválido produciéndose la nulidad.

Cuarta. Como una lógica consecuencia derivada del matrimonio, se desprenden derechos y obligaciones entre los cónyuges, los cuales con independencia de que estén reglamentados en diversas disposiciones jurídicas, nacen de la esencia misma que determina la voluntad de un hombre para unir su vida a una mujer. Tales derechos y obligaciones recíprocos se pueden agrupar en tres apartados: el derecho y la obligación de cohabitar; el derecho y la obligación de fidelidad, y el derecho y la obligación de la ayuda mutua. De esa forma los cónyuges vivirán en el mismo domicilio, se guardarán fidelidad y velará el uno por el otro.

Quinta. Aunque la vocación natural del matrimonio en la cultura occidental y en el mundo contemporáneo sea la de la unión de los contrayentes para su permanencia en el tiempo "hasta que la muerte los separe", la realidad es que por las más diversas razones se hace necesario que las parejas se separen, no porque esa separación sea buena o deseable, sino porque con ella se

evitan males mayores, tanto para los cónyuges como para una eventual descendencia.

Sexta. Cuando existe la ruptura emocional y física de una pareja, se recurre al divorcio. Éste deja a los cónyuges en aptitud de contraer nuevas nupcias. Existen diferentes tipos de divorcios que dependen de las causas que le dieron origen. Así, se tiene el divorcio vincular, el no vincular, el administrativo, y el judicial en sus dos principales variantes o sea, el voluntario y el necesario. Para que se llegue a dar cualquiera de los tipos de divorcio es indispensable estar en los supuestos normativos que den vigencia a una "causal". Todas las legislaciones, de forma limitativa no enunciativa, enlistan las razones por las cuales se puede acudir a la autoridad, ya administrativa ya judicial, para pedir o demandar la disolución del vínculo matrimonial.

Séptima. La fidelidad constituye quizá el elemento principal para la estabilidad del matrimonio. Cuando se viola la promesa de fidelidad hecha de un cónyuge a otro, más allá del rompimiento y la destrucción del amor, la ley considera que se trata de una falta tan grave que se transforma en una causal de divorcio: el adulterio.

Octava. La familia es esencial para la estabilidad social. El fortalecimiento de la familia redundará en el mejoramiento de la sociedad en sus valores, en sus tradiciones y en su economía. La destrucción de la familia acarrea el deterioro de la sociedad y el

menoscabo de la cohesión que permite el desenvolvimiento de cualquier Estado en la consecución de la razón de su existencia, es decir, el bien común. Esta destrucción tiene como una de sus fuentes principales el ataque a la fidelidad que se da con el adulterio. De ahí que todas las legislaciones lo consideren como una causal de divorcio, ya que se trata de defender los derechos de la familia.

Novena. Si el adulterio constituye una violación a la palabra empeñada y a la fidelidad prometida, es bueno que se considere como una causal de divorcio, puesto que se trata de que la ley resguarde la fidelidad ahí donde no pudo hacerlo el amor. Sin embargo, el adulterio con todo lo condenable que sea, no llega a tener la gravedad de la bigamia, porque ésta además de que implícitamente puede comprender al adulterio, tiene características propias que hacen de ella un hecho distinto al adulterio. En efecto, en la bigamia no es indispensable el que haya habido relaciones sexuales; la bigamia se castiga principalmente porque significa el que una persona haya declarado dos veces, ante la autoridad civil competente (que le da la solemnidad esencial del matrimonio), los mismos derechos y obligaciones derivados del matrimonio.

Décima. Del análisis hecho a cada una de las fracciones del artículo 267 del Código Civil vigente para el Distrito Federal, se deduce que muchas de las causales de divorcio, ya reconocidas, participan de alguna forma de los mismos hechos que la bigamia.

Sin embargo, ésta implica mayor gravedad pues, conteniendo algunos de esos hechos, se realiza con solemnidad.

Undécima. Por las razones antes señaladas se propone la adición de una causal de divorcio que sea independiente del adulterio, en el artículo 267 del Código Civil vigente para el Distrito Federal y en sus equivalentes en las legislaturas de los estados, que diga:
Son causales de divorcio:

.....

.....

"XXI. La bigamia debidamente probada de uno de los cónyuges".

BIBLIOGRAFÍA

LEGISLACIÓN CONSULTADA.

Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para Toda la República en Materia Federal; Editorial Sista, México, 1999.

Código Penal para el Distrito Federal, Editorial Themis, México, 1991.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 126ª Edición, Editorial Porrúa, México, 1998.

OBRAS CONSULTADAS.

CABANELLAS, GUILLERMO, *Repertorio Jurídico*, Editorial Bibliográfica Argentina, 1959.

CHÁVEZ ASECIO, MANUEL, *La Familia en el Derecho, Relaciones Jurídicas Conyugales*, 2ª Edición, Editorial Porrúa, México, 1990.

- *La Familia en el Derecho, Derecho de Familia y Relaciones Jurídicas Familiares*, 4ª Edición, Editorial Porrúa, México, 1997.

FLORIS MARGADANT, GUILLERMO, *Derecho Romano*, 15ª Edición, Editorial Esfinge, México, 1988.

GALINDO GARFIAS, IGNACIO, *Derecho Civil, Primer Curso*, 4ª Edición, Editorial Porrúa, México, 1980.

GÓMEZ SANDOVAL, FERNANDO, *Sociología General*, Editorial Diana, México, 1993.

MONTERO DUHALT, SARA, *Derecho de Familia*, 3ª Edición, Editorial Porrúa, México, 1987.

PALOMAR DE MIGUEL, JUAN, *Diccionario para Juristas*, Mayo Ediciones, México, 1981.

PALLARES, EDUARDO, *El Divorcio en México*, 2ª Edición, Editorial Porrúa, México, 1979.

PETIT, EUGENE, *Tratado Elemental de Derecho Romano*, Editorial Época, México, 1977.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Lengua Española, Vigésima primera edición, 1992, Editora e Impresora Unigraf, S.L. Madrid, España.*

RECASÉNS SICHES, LUIS, *Sociología, 20ª Edición, Editorial Porrúa, México, 1986.*

ROJINA VILLEGAS, RAFAEL, *Derecho Civil Mexicano, Editorial Porrúa, 8ª Edición, Editorial Porrúa, México 1993.*

SAINZ GÓMEZ, JOSÉ MARIA, *Derecho Romano I, Editorial Limusa, México.*