

198



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES ACATLAN

ACIERTOS Y DESACIERTOS, RESPECTO A LA ADICION DE LA FRACCION XX DEL ARTICULO 267 DEL CODIGO CIVIL DEL DISTRITO FEDERAL

298504

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE: LICENCIADO EN DERECHO PRESENTA: JOSE RICARDO DE LOERA GARCIA



ASESOR: LIC. JOSE JORGE SERVIN BECERRA

OCTUBRE DE 2001





Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

A DIOS

Por darme la vida y dejarme llegar hasta este momento tan importante en mi vida, y por ser todo para mi.

A mis padres:

María Isabel García Ruiz

Alejandro De Loera Valle

Por todo su amor, su ayuda, apoyo incondicional, y porque gracias a ellos soy lo que soy, por estar conmigo en todo momento de mi vida y porque los quiero mucho.

A mi gorda:

María Guadalupe Zarate Morales

Por darme los mejores momentos de mi vida, por todo su apoyo, por estar conmigo en las buenas y en las malas, por ayudarme a lograr todas mi: metas y por todo su amor.

A mi hermano:

Alejandro De Loera García

A quien quiero mucho y por
abrirme los ojos al conocimiento.

A mis abuelitos y tíos, q.e.p.d.

A mi familia:

Por su apoyo en todo momento y por
darme siempre ánimos y por ser un
buen ejemplo para mi.

A mis amigos y compañeros:

Quienes siempre me apoyaron, con
quienes compartí momentos felices y
difíciles de mi vida y de mi carrera,
gracias por su confianza, amistad,
sinceridad y comprensión.

A la Universidad Nacional Autónoma de México:

En especial a la **ENEP-Acatlán**, por abrirme sus puertas, y haberme brindado la oportunidad de realizar una carrera profesional.

A mis maestros:

Por compartir sus conocimientos, experiencia, tiempo y dedicación.

Al Sínodo:

Lic. María de la Paz Vázquez Rodríguez

Lic. José Jorge Servín Becerra

Lic. Jesús Flores Tavares

Lic. Alvaro Muñoz Arcos

Lic. Mario López Hernández.

Por permitirme concluir esta etapa de mi vida.

Y en especial al Licenciado **José Jorge Servín Becerra**, por asesorarme y darme todo su apoyo.

Al Magistrado:

Lic. Daniel Horacio Escudero Contreras.

Por todo su apoyo y por darme la oportunidad de seguir en esa bella institución como es el Poder Judicial de la Federación.

Al Magistrado:

Lic. Ismael Castellanos Rodríguez.

Por haberme dado la oportunidad de entrar a esa gran institución que es el Poder Judicial de la Federación.

A la Licenciada Teresa Bonilla Pizano.

Por todo su apoyo, cariño y por enseñarme lo que es la amistad, sencillez, trabajo y responsabilidad.

A todos aquellos que en algún momento de mi vida y de mi carrera me ayudaron, creyeron en mi, apoyaron y me brindaron un momento de su tiempo, confianza y amistad.

A veces el camino parece
muy difícil y si alguna
vez sientes lo mismo, no
olvides que hay alguien
que siempre estará con
nosotros.

J.R.D.L.G.

INDICE

PÁG.

INTRODUCCION

Capítulo I. - El matrimonio

I. Los esponsales.....	1
II. Concepto de matrimonio.....	8
III. Impedimentos para contraer matrimonio.....	15
IV. Requisitos para contraer matrimonio.....	23
V. Derechos y obligaciones que nacen del Matrimonio.....	29
VI. Fines del matrimonio.....	36

Capítulo II. - Antecedentes del divorcio en México.

I. Derecho romano.....	40
II. Derecho canónico.....	47
III. Código Civil de 1870.....	53
IV. Código Civil de 1884.....	56
V. Ley Sobre Relaciones Familiares.....	59
VI. Código Civil Vigente.....	62

Capítulo III. - El divorcio.

I. Concepto y naturaleza jurídica.....	68
II. Divorcio voluntario administrativo.....	74
III. Divorcio voluntario judicial.....	79
IV. Divorcio necesario.....	86
V. Efectos jurídicos del divorcio.....	100

Capítulo IV. - Efectos y consecuencias del divorcio.

I. Efectos provisionales y definitivos.....	101
II. Capacidad para volver a contraer matrimonio.....	107

III. Alimentos al cónyuge inocente.....	111
IV. Consecuencias en cuanto a los hijos.....	115
V. Consecuencias en cuanto a la patria potestad.....	123
VI. Disolución de la sociedad conyugal.....	129

Capítulo V.- Aciertos y desaciertos respecto a la adición de la fracción XX del artículo 267 del Código Civil del Distrito Federal.

I. Exposición de motivos.....	134
II. Análisis a la fracción XX del artículo 267.....	139
III. Métodos de fecundación asistida.....	142
IV. Derecho a tener hijos respecto a cada uno de los cónyuges.....	154
V. Consecuencias de la utilización y la no utilización de métodos de fecundación asistida, respecto de cada uno de los cónyuges.....	158
CONCLUSIONES.....	164
BIBLIOGRAFIA.....	166

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo, pretende dar un panorama sobre las conveniencias o inconveniencias de integrar una nueva causal de divorcio, a las ya existentes en nuestro actual Código Civil.

En primer lugar, es necesario remitimos a la figura jurídica del matrimonio, que desde tiempos muy antiguos ha unido al hombre y a la mujer, que ha sido y sigue siendo la célula básica de nuestra sociedad, toda vez que no puede existir el divorcio sin que exista una unión previa de este tipo, por ello en el primer capítulo de este trabajo, se toma en cuenta algunas consideraciones previas a éste, como son los esponsales, que aunque hoy en día ya han caído en desuso, en su momento fueron muy importantes, continuando con el tema relativo al matrimonio, desde su concepto, los impedimentos para poder contraerlo, los requisitos para tal efecto, así como los derechos y las obligaciones que nacen de él, y sus fines.

Posteriormente, entramos más a nuestro tema que es el divorcio, tomando en consideración los antecedentes del mismo, pasando desde el Derecho Romano, que sin duda tuvo una gran importancia en la sociedad aunque, no con la rigidez que caracterizaba al pueblo romano, sino más bien basado en la voluntad, seguido por el Derecho Canónico, el cual tuvo severas críticas hacia la figura del divorcio, hasta llegar a considerarlo como un pecado, con respecto a nuestro sistema jurídico, tocamos algunos aspectos relativos al divorcio en los Códigos Civiles de 1870 de 1884, también la Ley Sobre Relaciones Familiares, hasta llegar al Código Civil vigente, en los cuales como podremos ver a lo largo de este trabajo, los dos primeros códigos, realmente no tuvieron grandes diferencias, prácticamente quedaron igual, no así la Ley Sobre Relaciones Familiares, ya que esta integró aspectos más favorables a la familia, así como para los cónyuges, hasta llegar al Código Civil que ahora nos rige, el cual insertó en su artículo 267 que enumera las causales de divorcio, la que ha dado motivo al presente trabajo, ya que al ser de nueva creación nos crea una incógnita con relación a su aplicación y las diversas situaciones que se puedan

presentar en la pareja en un momento determinado, con la adición de esta causal de divorcio.

En el siguiente capítulo, estudiamos el concepto así como la naturaleza jurídica del divorcio ya que a lo largo del tiempo se le ha considerado como la mayor fractura que puede sufrir la familia, pero que sin duda muchas de las veces necesaria, continuando veremos los diferentes tipos de divorcio, así como sus requisitos para poder tramitarlo y sus efectos jurídicos, que muchas de las veces suele ser lo más perjudicial para los integrantes de la familia ya que para algunos de los integrantes de ésta, no tendrán tanto impacto, pero para otros determina en muchas de las ocasiones algo difícil de sobrellevar, tanto para los cónyuges, así como para los hijos quienes por desgracia suelen ser los más afectados.

Entrando de lleno a los efectos y consecuencias del divorcio, encontramos que existen una gran variedad de efectos que provoca el divorcio, pero que principalmente los autores los han dividido en dos, que son, provisionales y definitivos, los primeros como su nombre lo dice tienen un efecto provisional, en tanto que el juez decide acerca de las cuestiones que tienen que ver propiamente con el divorcio tomando en consideración, que tipo de divorcio sea, al igual que los definitivos los cuales regirán las relaciones de los divorciados y los hijos en los futuro, posteriormente, se toca lo relativo a la capacidad para volver a contraer matrimonio, por parte de la pareja que se acaba de divorciar, ya que el tiempo varía con relación al tipo de divorcio, y de la responsabilidad de cada uno de ellos, así también, sobre los alimentos al cónyuge que haya resultado inocente, las consecuencias en cuanto a los hijos, que tienen una gran importancia, puesto que el juez tendrá que velar en procurar que sean los menos afectados con tal determinación, consecuencias en cuanto a la patria potestad de los menores, ya que dependiendo de la edad que éstos tengan y de las circunstancias, económicas así como sociales de quien tenga la patria potestad, influirán en el menor para su mejor desarrollo y acerca de la disolución de la sociedad conyugal, la cual en muchos de los casos llega generar grandes conflictos entre la pareja, sobre todo cuando se casan por sociedad conyugal, y los bienes no quedan establecidos en las capitulaciones matrimoniales.

Por último, hablaremos sobre el tema que dio origen al presente trabajo, que sin duda creemos tiene cuestiones importantes para analizar, puesto que la adición de una nueva causal de divorcio a las ya enumeradas por el artículo 267 de nuestro Código Civil vigente, nos crea una inquietud respecto, a que anteriormente nunca se había visto algo referente al tema, hoy en día la tecnología avanza a pasos agigantados, por lo que, nuestros ordenamientos jurídicos, en un afán de regular esas cuestiones adicionó una nueva fracción y con esto motivó la realización del este trabajo, empezando con la exposición de motivos, que como se verá más adelante no dio, razonamientos lógicos ni jurídicos, para la adición de la misma, lo cual nos llevó a realizar un análisis a dicha fracción, para ver realmente cual es o cual pretende ser su alcance, asimismo, hacemos referencia a los diversos métodos de fecundación asistida que existen, ya que aunque en otros países se conocen con otros nombres prácticamente se encuadran en los mencionados en el último capítulo, ya que esta fracción se crea como causal de divorcio, para uno de los cónyuges, en lo relativo se ven aspectos como el derecho que tiene cada uno de los consortes respecto a tener o no tener hijos, a su vez las consecuencias que puede traer para los cónyuges la utilización o la no utilización de alguno de estos métodos.

De lo anterior, vemos que la adición de esta nueva causal de divorcio, viene a abrir un nuevo tema, el cual será materia de estudios y de análisis con posterioridad, dependiendo de las situaciones que se vayan presentando en cada una de las parejas, y dependiendo de cada caso en específico.

Capítulo I.- El matrimonio.

I.- Esponsales.

“(Dei iatin sponsales, sponsus, esposo, mutua promesa de casarse). En la legislación mexicana se le define como acuerdo previo de voluntades o promesa, realizado por escrito, con miras a la celebración de un futuro matrimonio”.¹

Los sponsales consistían en una promesa hecha por los novios o sus respectivos paterfamilias para la celebración de un futuro matrimonio.

“La palabra sponsales viene del latín sponsalis y su significado es promesa recíproca del futuro matrimonio”.²

En el derecho civil, la palabra sponsales, se refiere a los sponsalia de futuro, o compromiso formal dado por escrito y aceptado por el otro interesado, de contraer matrimonio entre sí.

En el sistema romano los sponsales sponsalia, se distinguían claramente del matrimonio en el derecho romano clásico, pero es probable que en su origen representasen el elemento consensual del matrimonio, el compromiso de tomarse por marido y mujer, y que la deductio puellae no fuese sino la ejecución de este contrato, que se componía así de dos actos sucesivos, el compromiso y la consumación del matrimonio.

En el derecho posclásico, influido por el cristianismo y por tradiciones orientales, los sponsales quedaron ampliamente regulados. La promesa se acompañó de las arrha sponsalia, costumbre que se encuentra ligada a la figura oriental del matrimonio compra, transformándose en una garantía de la promesa y en pena para los casos de incumplimiento. Se podrían realizar desde los siete años de edad, teniendo como

¹ Diccionario Jurídico Mexicano. Edit. Porrúa, UNAM, México, 1999, pág. 113.

² ORIZABA MONROY, Salvador. "Matrimonio y Divorcio, Efectos Jurídicos", Edit. Pac, S.A. de C.V. 1ª Ed., México, 1998, pág. 13.

requisitos que las partes gozaran del *ius conubium*, dieran su consentimiento, contaran con el de sus padres y que no existieran impedimentos permanentes para contraer nupcias.

Originalmente, los esponsales en el derecho romano fueron indisolubles cuando se efectuaban por mutua estipulación; posteriormente la disolución podía ser mediante el repudio, por mutuo consentimiento, por muerte de alguno de los novios, por vencimiento del plazo estipulado o por no haberse efectuado la condición puesta para la consumación del matrimonio.

Tanto en el derecho romano como en el derecho canónico y en los derechos anteriores a las codificaciones, se consideró que la promesa de matrimonio no obligaba a cumplirla, y que sólo daba lugar a la acción de indemnización, aun cuando el derecho canónico todavía consideraba que existe una obligación de carácter moral, cuyo rompimiento compromete a su reparación.

En la época de la Monarquía existía la costumbre de prometer a la hija en matrimonio, compromiso que se manifestaba a través de un contrato verbal denominado *sponcio* y que se utilizaba para perfeccionar esta promesa.

Los esponsales se disolvían por la muerte, por la *capitis deminutio* máxima, por sobrevenir algún impedimento, por mutuo acuerdo y por el desistimiento de cualquiera de los novios.

En el derecho canónico los esponsales (*sponsalia*) tanto aluden a la promesa mutuamente entre los novios (*sponsalia de futuro*) como a la promesa (es una verdadera promesa) que en forma solemne otorgan los novios ante el sacerdote que los declara unidos (*sponsalia de presente*).

En el derecho clásico, los esponsales ya no son obligatorios, pueden los novios obligarse de ellos, siendo esto consecuencia del derecho que se reconocía ya a los dos cónyuges, de romper el mismo matrimonio. Por consiguiente, los esponsales pueden

hacerse por simple convención, y no requieren las formas solemnes de un contrato verbal.

Los “prometidos” han acordado darse y entregarse mutuamente como marido y mujer y porque así lo han decidido, comparecen ante el juez del Registro Civil para casarse. Este acuerdo previo para celebrar el matrimonio, si es verbal y comúnmente es verbal, no produce efectos jurídicos. En cambio si se hace por escrito y es aceptado, constituye los esponsales.

El artículo 139 derogado del Código Civil, definía a los esponsales como la promesa de matrimonio que se hace por escrito por un novio a otro y es aceptada por este último. El artículo mencionado decía: “La promesa de matrimonio que se hace por escrito y es aceptada, constituye los esponsales”.

“Los esponsales constituyen un contrato y, por lo tanto, deben llenar todos los elementos esenciales y de validez que exigen respectivamente los artículos 1794 y 1795, es decir, como elementos esenciales: el consentimiento y el objeto, y como elementos de validez: la capacidad, la ausencia de vicios del consentimiento, la forma, y un objeto, motivo y fin lícitos”.³

En el extinto artículo 139 se determinaban los dos elementos esenciales de los esponsales, supuesto que el consentimiento se comprenda por la ley al hablar de la promesa de matrimonio y de su aceptación. Además, el objeto lícito queda determinado al indicar que se trata de una promesa de matrimonio. Sobre el particular, conforme al artículo 142 ya derogado decía, los esponsales no producen obligación de celebrar el matrimonio, ni en ellos puede estipularse pena alguna por no cumplir la promesa. En consecuencia, será ilícito pactar en los esponsales que se contrae la obligación de celebrar el matrimonio, o bien, estipular una sanción para el caso de incumplimiento. En cuanto a los elementos de validez, el artículo 139 marcaba que los esponsales constaren

³ ROJINA VILLEGAS, Rafael. "Derecho Civil Mexicano" Tomo II. Derecho de Familia, Edit. Porrúa, 9ª Ed., México, 1998, pág. 186.

por escrito. En consecuencia, era nula la promesa de matrimonio que se hacía en forma verbal, aun cuando se probaba su existencia.

El artículo 140 exigía determinada capacidad para celebrar los esponsales, dado que requería que el hombre haya cumplido 16 años y la mujer 14. Además, cuando los prometidos son menores de edad se requiere que consientan en los esponsales sus representantes legales, pues sin este requisito no producirían efectos jurídicos.

En el contrato de esponsales, el consentimiento debía manifestarse libremente y en una forma cierta, es decir, no debe haber violencia, error o dolo. Si existía alguno de esos vicios, el contrato quedaría afectado de nulidad.

“No obstante que los esponsales constituían un contrato en el cual se prometía y aceptaba, respectivamente, por los novios, la celebración del futuro matrimonio, se distinguían del ante contrato o contrato preparatorio que regulan los artículos 2243 a 2247 del Código Civil, en que no producen obligación de contraer el matrimonio, en tanto que el contrato preliminar sí crea la obligación de celebrar el contrato definitivo a que una de las partes o ambas se han obligado. En este sentido el artículo 2243 estatuye: “puede asumirse contractualmente la obligación de celebrar un contrato futuro”. Esta obligación puede contraerse sólo por una de las partes o por ambas, de tal manera que el contrato preparatorio puede ser unilateral o bilateral. En ambos casos, el prominente si se trata de una promesa unilateral, o ambos prominentes, si fuere bilateral, quedan obligados a celebrar el contrato futuro, exigiéndose conforme al artículo 2246 que la promesa de contratar conste por escrito, se limite a cierto tiempo y contenga los elementos característicos del contrato definitivo. Dicha promesa origina obligaciones de hacer, consistentes en celebrar el contrato respectivo de acuerdo con lo ofrecido (artículo 2245). El juez firmará en rebeldía del prominente el contrato definitivo, quedando así sancionada de manera coactiva la fuerza obligatoria de la promesa (art. 2247).⁴

⁴ ROJINA VILLEGAS, Rafael. Op. Cit., págs. 187 - 188.

Sus efectos, en nuestro derecho, para el incumplimiento, eran los declarados en el derogado artículo 143 que decía: "El que sin causa grave, a juicio del juez, rehusare cumplir su compromiso de matrimonio o difiera indefinidamente su cumplimiento, pagará los gastos que la otra parte hubiere hecho con motivo del matrimonio proyectado.

En la misma responsabilidad incurrirá el prometido que diere motivo grave para el rompimiento de los esponsales.

También pagará el prometido que sin causa grave falte a su compromiso, una indemnización a título de reparación moral, cuando por la duración del noviazgo, la intimidad establecida entre los prometidos, la publicidad de las relaciones, la proximidad del matrimonio u otras causas semejantes, el rompimiento de los esponsales cause un grave daño a la reputación del prometido inocente.

La indemnización será prudentemente fijada en cada caso por el juez, teniendo en cuenta los recursos del prometido culpable y la gravedad del perjuicio causado al inocente."

Tomando en cuenta la naturaleza especial de los esponsales, que no eran obligatorios, supuesto que no pudiese exigirse de manera coactiva su cumplimiento, se ha considerado que propiamente no constituyen un contrato de derecho de familia en cuanto a los efectos que determinaba el artículo antes transcrito se explican éstos considerando que hay un hecho ilícito sancionado por la ley grave para el rompimiento de los mismos. Es decir, las consecuencias jurídicas se producen no por el contrato mismo, sino por el hecho ilícito a que antes se ha hecho referencia.

Para Bonnecase: Los esponsales constituyen un verdadero contrato, dotado de la fuerza obligatoria inherente a todo contrato, y generador de responsabilidad contractual en el caso de ruptura injustificada por parte de los contratantes. Por nuestra parte, concluimos en el mismo sentido de Toullier, es decir, a favor de la validez y de la fuerza obligatoria del contrato de esponsales, que situamos bajo la protección de las reglas

relativas a la responsabilidad contractual y del régimen de las obligaciones de hacer o de no hacer.

Ha sido principalmente la doctrina alemana la que ha planteado el problema relativo a la obligatoriedad de los contratos preparatorios en general. Pues se considera que es de la esencia del contrato que éste se celebre libremente. Es decir, las partes no deben estar obligadas por un antecrónimo a celebrar en el futuro, y dentro de un plazo determinado, un contrato definitivo, porque no tendrían la libertad de decisión que es característica fundamental de todo contrato en el momento mismo de su celebración. En consecuencia, si la vida misma impone cierto carácter de necesidad en la celebración de los contratos, de tal manera que ya no podamos actuar libremente, por la misma razón debe aceptarse la validez de los contratos preparatorios que nos predetermina a celebrar un contrato definitivo en el futuro, pero siempre dentro de un plazo determinado, para no obligarnos indefinidamente, con perjuicio de nuestra libertad.

Que los esponsales no produzcan obligación, a cargo de ninguno de los prometidos para celebrar el matrimonio, no significa que la promesa legalmente celebrada, carezca totalmente de efectos. Solo quiere decir, que no puede constreñirse forzosamente a cumplir con la palabra empeñada, a aquella persona que después de otorgar esponsales, se niega a celebrar el matrimonio prometido. Los prometidos en matrimonio, tienen siempre la posibilidad de retractarse de los esponsales otorgados, hasta antes de la celebración del matrimonio.

La ruptura sin causa justa, de los esponsales o el hecho de diferir indefinidamente el cumplimiento de la promesa otorgada, producía los siguientes efectos:

Es de pensarse que dada la naturaleza particular de los esponsales a que nos referimos dentro de un momento, la ley no exige como requisito de eficacia para ellos, la ausencia de impedimentos para celebrar el matrimonio, pero no se entienda que la existencia de tales impedimentos es indiferente en esta materia. Cuentan, por supuesto, los impedimentos para celebrar el matrimonio, tratándose de esponsales, más no como

requisitos para su eficacia, sino como causas de ruptura justa e imputabilidad de la misma, en razón de la idea de culpa que predomina en esta materia.”.

a).- Quien injustificadamente no cumple su promesa, deberá resarcir a su prometido de los gastos que éste hubiere hecho, con motivo del matrimonio que se había ofrecido.

En la misma obligación de resarcir esos gastos, incurre el prometido, que diere motivo grave para el rompimiento de los esponsales.

La cuantía de esa responsabilidad por incumplimiento de la promesa será fijada por el juez, atendiendo a las circunstancias especiales de cada caso.

b).- Deberá indemnizar a la prometida “a título de reparación moral”, con una cantidad de dinero que será prudentemente fijada en cada caso por el juez, de acuerdo con los recursos del prometido culpable y en relación con la gravedad del perjuicio causado al inocente.

En todo caso, para fijar esta indemnización, el juez deberá tener en cuenta: La duración del noviazgo, la intimidad establecida entre los prometidos, la publicidad de las relaciones, la proximidad del matrimonio u otras razones de igual peso (artículo 143 del Código Civil, ya derogado).

c) .- Si el matrimonio no se celebra, podrán exigirse mutuamente la devolución de todos aquellos bienes que se hubieran donado, con motivo del matrimonio que al fin no se celebró.

Al igual los extintos artículos 144 y 145 del Código Civil, establecían, la acción para exigir la reintegración de los gastos erogados con motivo del matrimonio, la reparación moral y la devolución de las donaciones que se hubieren hecho los prometidos, dura un año a partir del rompimiento de la promesa.

En fin, la responsabilidad civil, imponía a quien diera lugar al incumplimiento de los esponsales, la obligación de resarcir a la otra parte, los gastos efectuados por ella, con motivo del matrimonio proyectado y en su caso, la obligación de reparar el daño moral causado. A la ruptura del compromiso, sigue la obligación a cargo de ambos prometidos, de devolver todo lo que mutuamente se hubieren donado con motivo del matrimonio. Estas obligaciones, nacían no del contrato, sino de la ley. Son consecuencia natural del incumplimiento.

En conclusión cabe decir, que los esponsales en nuestro sistema de derecho positivo mexicano, han quedado en desuso ya que los artículos, los cuales regulaban a los esponsales han sido derogados con las nuevas reformas al Código Civil para el Distrito Federal, publicado el 25 de mayo de 2000 y que entró en vigor el primero de junio de 2000.

II.- Concepto de matrimonio

“(Del latín matrimonium). Son tres las acepciones jurídicas de este vocablo la primera se refiere a la celebración de un acto jurídico solemne entre un hombre y una mujer con el fin de crear una unidad de vida entre ellos; la segunda, al conjunto de normas jurídicas que regulan dicha unión, y la tercera, a un estado general de vida que se deriva de las dos anteriores”.⁵

El matrimonio como estado civil, se compone de un complejo de deberes y facultades, derechos y obligaciones, en vista y para protección de los hijos y la mutua colaboración y ayuda de los cónyuges.

⁵ Diccionario Jurídico Mexicano., pág. 2085.

“Es un contrato bilateral y solemne, por medio del cual un hombre y una mujer, capaces, se unen con el propósito de perpetuar la especie y ayudarse mutuamente a sobrellevar las cargas de la vida”.⁶

Puede ser definida como la convivencia duradera de dos personas de distinto sexo, con la intención de ser marido y mujer y con la finalidad de procrear hijos.

Ulpiano define la institución de las nupcias como la unión del hombre y la mujer con el propósito de vivir en comunidad indisoluble.

“Las instituciones de Justiniano en su título X al tratar el tema de las nupcias, señalan: contraen entre sí justas nupcias los ciudadanos romanos cuando se unen según los preceptos de las leyes los varones púberos con las hembras núbiles, ya sean padre de familia, ya hijas de familia; con tal que en este último caso obtengan el consentimiento de sus padres bajo cuya potestad se hallan”.⁷

En Roma, el matrimonio fue un hecho reconocido por el derecho para darle efectos; de tal concepción se derivó la naturaleza del matrimonio como la de un estado de vida de la pareja, a la que el Estado otorgaba determinados efectos. En un principio no se requería de ninguna ceremonia para la constitución del matrimonio: sólo era necesario el hecho mismo de la convivencia de la pareja.

Para el derecho canónico el matrimonio es un sacramento en el cual los esposos son los ministros del acto y en el que interviene el sacerdote como testigo de su celebración, con objeto de asegurarse la ejecución de las disposiciones del derecho canónico, a efecto de registrar el acto mismo.

Dentro de la definición del matrimonio algunos autores lo dividen en dos:

1. - Como acto jurídico, el matrimonio es un acto voluntario efectuado en un lugar y tiempo determinado, ante el funcionario que el Estado designa para realizarlo;

⁶ ORIZABA MONROY, Salvador. Op. Cit., pág. 5.

⁷ SAINZ GOMEZ, José María. "Derecho Romano I", Edit. Noriega Editores, 1ª Ed. México, 1991, pág. 194.

2.- Como estado matrimonial, el matrimonio es una situación general y permanente que se deriva del acto jurídico, originando derechos y obligaciones que se traducen en un especial género de vida.

Para Galindo Garfias, El matrimonio se considera desde dos puntos de vista: como acto jurídico y como estado permanente de vida de los cónyuges: efecto del acto jurídico de la celebración del matrimonio.

La celebración del matrimonio (Acto), produce un efecto primordial; da nacimiento a un conjunto de relaciones jurídicas entre los cónyuges (Estado).

EL Código Civil, en su artículo 146 nos dice lo que es matrimonio:

Matrimonio es la unión libre de un hombre y una mujer para realizar la comunidad de vida. En donde ambos se procuran respeto, igualdad y ayuda mutua con la posibilidad de procrear hijos de manera libre, responsable e informada. Debe celebrarse ante el juez del Registro Civil y con las formalidades que esta ley exige.

El matrimonio se presenta como manifestación libre de voluntades entre el hombre y la mujer que se unen para constituir un estado permanente de vida y perpetuar la especie. Este es el concepto ya del matrimonio moderno, que puede estar más o menos influenciado por ideas religiosas, bien sea para convertirse en un sacramento como se admite en el derecho canónico, en un contrato como se considera por distintos derechos positivos a partir de la separación de la Iglesia y del Estado, o como un acto de naturaleza compleja en el que interviene además un funcionario público. De todas maneras es fundamental en su Constitución la manifestación libre de voluntades de los contrayentes, en oposición a las formas de matrimonio por raptó o por compra que aun cuando establecen la unión monogámica, no reconocen la función importante del consentimiento como libre acuerdo de los contrayentes para realizar la unión sexual.

El matrimonio puede ser considerado religioso o civil, desde un primer concepto es un sacramento; y civil desde la concepción jurídica que puede definirse como un acto bilateral y solemne, porque se realiza entre dos personas de distinto sexo, una comunidad destinada al cumplimiento de los fines, espontáneamente derivados de la naturaleza humana y de la aceptación voluntaria de los contrayentes. El término matrimonio, debe entenderse como la comunidad formada por el marido y la mujer.

La perpetuación de la especie y la ayuda recíproca entre los cónyuges para realizar los fines individuales o particulares o para “compartir su común destino”, no agota ciertamente, el concepto esencial del matrimonio la ayuda mutua, la perpetuación de la especie, el destino común de los cónyuges, pueden ser los motivos para celebrar el matrimonio; todos ellos pueden realizarse más o menos satisfactoriamente fuera del matrimonio. Lo esencial en el matrimonio, desde el punto de vista jurídico, radica en que a través de él, la familia como grupo social, encuentra adecuada organización jurídica; la seguridad y la certeza de las relaciones entre los consortes, la situación y estado de los hijos, de sus bienes y sus derechos familiares. El estado de matrimonio, a través de la seguridad y la certeza que le imparte el Derecho, fortalece al grupo familiar y permite que cumpla las finalidades sociales éticas y aun económicas que le competen dentro de la comunidad.

En los sistemas jurídicos occidentales ha sido siempre indispensable la manifestación de la voluntad de los contrayentes ante el ministro de la iglesia o ante el oficial del registro civil.

Esta circunstancia ha llevado a concluir que el matrimonio es un acuerdo de voluntades y por lo tanto, constituye para algunos autores un contrato.

En México, la promulgación y publicación de leyes como la del 27 de enero de 1857, que establecía para toda la República el registro del estado civil, y la del 27 de julio de 1859 sobre el matrimonio, le dieron por primera vez el carácter de acto laico, totalmente ajeno a la autoridad eclesiástica, y la denominaron contrato, concepción con

la que paso a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917. De igual manera en el Código Civil para el Distrito Federal de 1870 se reglamenta el matrimonio y se le instituye como carácter eminentemente contractual, laico y civil.

Diferentes puntos de vista en el estudio del matrimonio.- El matrimonio ha sido considerado desde varios aspectos como son:

El matrimonio como institución.- En este sentido significa el conjunto de normas que rigen el matrimonio. Una institución jurídica es un conjunto de normas de igual naturaleza que regulan un todo orgánico y persiguen una misma finalidad.

El matrimonio constituye una verdadera institución por cuanto que los diferentes preceptos que regulan tanto el acto de su celebración, al establecer elementos esenciales y de validez, como los que fijan los derechos y obligaciones de los consortes, persiguen la misma finalidad al crear un estado permanente de vida que será la fuente de una gran variedad de relaciones jurídicas.

“Para Bonnacase, el matrimonio es una institución. La institución del matrimonio está formada por un conjunto de reglas de derecho, esencialmente imperativas, cuyo objeto es dar a la unión de los sexos una organización social y moral, que corresponda a las aspiraciones del momento, a la naturaleza permanente, pero disoluble, bien por voluntad de los cónyuges, bien por disposición de la ley”⁸

El matrimonio como acto jurídico condición.- León Duguit afirma que matrimonio es un acto condición. Por acto condición se entiende aquella situación creada y regida por la ley, cuya creación tiene lugar, subordinada a la celebración de ese acto en este caso el matrimonio.

El matrimonio como acto jurídico mixto.- Se distinguen en el derecho los actos jurídicos privados, los actos jurídicos públicos y los actos jurídicos mixtos. Los primeros

⁸ GALINDO GARFIAS, Ignacio. "Derecho Civil Primer Curso", Parte General. Personas. Familia. Edit. Porrúa, 19ª Ed. México, 2000, pág. 499.

se realizan por la intervención exclusiva de los particulares; los segundos por la intervención de los órganos estatales y los terceros por la concurrencia tanto de particulares como de funcionarios públicos en el acto mismo, haciendo sus respectivas manifestaciones de voluntad.

El matrimonio como contrato.- El artículo 130 de la Constitución General de la República, ahora ya derogado y los Códigos Civiles de 1870, 1884 y 1928, se referían al matrimonio calificándolo de contrato; es decir, de un acuerdo de voluntades que produce derechos y obligaciones entre los consorte y sus hijos.

Esta ha sido la tesis tradicional desde que se separó el matrimonio civil del religioso, pues tanto en el derecho positivo como en la doctrina, se le ha considerado fundamentalmente como un contrato en el cual existen todos los elementos esenciales y de validez de dicho acto jurídico. Especialmente se invoca como razón el hecho de que los contrayentes deben manifestar su consentimiento ante el Juez del Registro Civil para unirse en matrimonio. Por consiguiente, se considera que este caso como en todos los contratos, es elemento esencial el acuerdo de las partes. Asimismo se requiere que exista la capacidad necesaria en los contrayentes y que su voluntad no esté viciada. Es decir, se aplican al matrimonio todas las reglas relativas a los elementos de validez que deben observarse en todo contrato consistente respectivamente en la capacidad, ausencia de vicios en la voluntad y licitud en el objeto motivo y fin del acto.

Como contrato de adhesión.- Se dice del matrimonio que es un contrato de adhesión, pero se olvida que en los contratos de adhesión, una de las partes impone a la otra el conjunto de derechos y obligaciones derivados del mismo contrato, en tanto que, en el matrimonio ninguna de las partes por sí misma, puede imponer a la otra el conjunto de deberes propios del estado civil.

Planiol dice que el matrimonio como acto de un contrato y como género de vida es un estado. Para esta explicación valen las críticas que se han hecho al matrimonio como contrato.

Como una modalidad en la tesis contractual, se ha sostenido que el matrimonio participa de las características generales de los contratos de adhesión, toda vez que los consortes no son libres para estipular derechos y obligaciones distintos de aquellos que imperativamente impone la ley. Situación semejante es lo que se presenta en los contratos de adhesión, pues en ellos una parte simplemente tiene que aceptar en sus términos la oferta de la otra, sin la posibilidad de variar los términos de la misma.

En cuanto a los contratos de adhesión se ha sostenido que en realidad prevalece la voluntad de una de las partes sobre la otra, o bien, la voluntad del Estado que a través de ciertos reglamentos determina algunas cláusulas o elementos de los contratos de prestación de servicios públicos. Respecto al matrimonio, no se puede sostener que prevalezca la voluntad del Estado expresada en la ley la que se impone, de tal manera que ambos consortes simplemente se adhieren a la misma para aceptar en sus términos la regulación legal.

El matrimonio como acto de poder estatal.- Desde este punto de vista, el matrimonio se presenta como una doble consecuencia de la institución matrimonial y del acto jurídico que celebran las partes en unión del Juez del Registro Civil, pues constituye a la vez una situación jurídica permanente que rige la vida de los consortes y un acto jurídico mixto desde el momento de su celebración.

Para Cicu, “el matrimonio es simplemente un acto de poder estatal cuyos efectos tienen lugar no tanto en virtud del acuerdo de los contrayentes, sino en razón del pronunciamiento del juez del Registro Civil, que declara unidos a los consortes en nombre de la sociedad y de la ley”.⁹

En síntesis, los diversos autores, distinguen en el matrimonio estas características:

- a) Es un acto solemne.

⁹ Ibidem.

- b) Es un acto complejo por la intervención del Estado. Requiere de la concurrencia de la voluntad de las partes y de la voluntad del Estado.
- c) Es un acto que para su constitución requiere de la declaración del Juez del Registro Civil.
- d) En él, la voluntad de las partes no puede modificar los efectos previamente establecidos por el derecho, ya que sólo se limita a aceptar el estado de casado con todas sus implicaciones, queridas o no.
- e) Sus efectos se extienden más allá de las partes y afectan a sus respectivas familias y a sus futuros descendientes.
- f) Su disolución requiere de sentencia judicial o administrativa; no basta con la sola voluntad de los interesados.

III.- Impedimentos para contraer matrimonio

La falta de los elementos esenciales o de los requisitos de validez del matrimonio, impide que pueda celebrarse válidamente. Se prohíbe a los jueces del Registro Civil la celebración de un matrimonio, en estas condiciones.

El actual artículo 156 del Código Civil, dice: “Son impedimentos para contraer matrimonio.

I.- La falta de edad requerida por la ley;

II.- La falta de consentimiento del que, o los que ejerzan la patria potestad, el tutor o el juez de lo familiar en sus respectivos casos;

III.- El parentesco de consanguinidad, sin limitación de grado en línea recta ascendiente o descendiente. En la línea colateral igual, el impedimento se extiende hasta los hermanos y medios hermanos. En la colateral desigual, el impedimento se extiende solamente a los tíos y sobrinos, siempre que estén en 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 violencia física o moral para la celebración del matrimonio;
- VIII.- La impotencia incurable para la cópula;
- IX.- Padecer una enfermedad crónica e incurable, que sea, además, contagiosa o hereditaria;
- X.- Padecer alguno de los estados de incapacidad a que se refiere la fracción II del artículo 450;
- XI.- El matrimonio subsistente con persona distinta de aquella con quien se pretenda contraer; y
- XII.- El parentesco civil extendido hasta los descendientes del adoptado, en los términos señalados por el artículo 410-D.

Son dispensables los impedimentos a que se refieren las fracciones III, VIII y IX. En el caso de la fracción III sólo es dispensable el parentesco de consanguinidad en línea colateral desigual.

La fracción VIII es dispensable cuando la impotencia a que se refiere, es conocida y aceptada por el otro contrayente.

La fracción IX es dispensable cuando ambos contrayentes acrediten fehacientemente haber obtenido de institución o médico especialista, el conocimiento de los alcances, los efectos y la prevención de la enfermedad que sea motivo del impedimento, manifiesten su consentimiento para contraer matrimonio”.¹⁰

En Roma diversos motivos de orden ético, político, social y religioso ocasionaron determinadas situaciones o hechos que impedían que se constituyera un matrimonio.

Ellos distinguían entre impedimentos absolutos que producían incapacidad para contraer matrimonio con cualquier persona, de los relativos, que imposibilitaban el matrimonio con determinada persona.

¹⁰ Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal.

Entre los impedimentos absolutos encontramos.

- “1.- El que los cónyuges hayan contraído matrimonio y éste no haya sido disuelto.
- 2.- La esclavitud de uno de los cónyuges.
- 3.- El voto de castidad y el ingreso a las órdenes mayores (influencia del cristianismo).
- 4.- Los castrados y esterilizados.

Entre los impedimentos relativos.

- 1.- El parentesco de sangre o cognaticio.
- 2.- La afinidad. Consiste en la relación de un cónyuge con los parientes del otro.
- 3.- El parentesco espiritual.
- 4.- El adulterio.
- 5.- El rapto.
- 6.- Prohibición matrimonial entre cristianos y judíos establecida por razones religiosas.
- 7.- El desempeño de ciertas funciones públicas o privadas”.¹¹

La teoría de los impedimentos matrimoniales fue formulada durante la Edad Media por el derecho canónico quien elaboró la distinción entre impedimentos absolutos y relativos.

- a) “Impedimentos dirimentes. Si la violación de la prohibición produce la nulidad del matrimonio (o su inexistencia), y
- b) Impedimentos impeditivos. La transgresión de la prohibición establecida, no invalida el matrimonio. sólo produce su ilicitud; pero da lugar a la aplicación de sanciones de otra índole (multas, destitución del cargo) aplicables al juez del Registro Civil que autorizó un matrimonio vedado por la ley.

Los impedimentos dirimentes (que producen la nulidad absoluta del matrimonio) en opinión de Carbonnier, se fundan:

Primero, en razones de carácter sociológico.

- a).- La prohibición de la poligamia (subsistencia de un primer matrimonio válido al momento de celebrara el segundo), y

¹¹ SAINZ GOMEZ, José María. “Derecho Romano I”, Edit. Noriega Editores, 1ª Ed. México, 1991, pág. 198-199.

b).- La prohibición del incesto (relación sexual entre parientes próximos), entre los contrayentes.

Segundo, en motivos de carácter biológico:

a).- La imposibilidad física para la cópula (impubertad, impotencia incurable para cópula).

b).- La preservación de la salud de los cónyuges y de los hijos (enfermedades incurables contagiosas o hereditarias, la toxicomanía o la dipsomanía y las enfermedades mentales en cualquiera de los contrayentes).

Los impedimentos impeditivos tienen lugar:

a).- Cuando se ha contraído matrimonio estando pendiente la resolución de un impedimento susceptible de dispensa (como la falta de edad de 16 años en el varón y 14 en la mujer).

b).- Cuando no ha transcurrido el plazo de trescientos días después de disuelto el primer matrimonio por divorcio, nulidad o muerte del marido y la mujer contrae nuevas nupcias (plazo de viudez), y

c).- Cuando el tutor o la tutriz contrae matrimonio con la pupila o el pupilo, si no están aprobadas las cuentas de la tutela".¹²

Edad.

Para la celebración del matrimonio, la ley exige que los contrayentes se encuentren en posibilidad intelectual y física para celebrarlo y para realizar los fines propios de la institución. Se requiere que quienes van a contraer matrimonio, hayan alcanzado un desarrollo orgánico para realizar la cópula carnal; es decir, que tengan

¹² GALINDO GARFIAS, Ignacio. "Derecho Civil. Primer Curso", Parte General. Personas. Familia. Edit. Porrúa, 19ª Ed. México, 2000, pág. 512.

edad núbil. Además, que se disfrute de suficiente discernimiento, para cumplir debidamente las finalidades de la institución.

Dispensa de la edad.

En ciertos casos, cuando existen causa graves y justificadas, el jefe del Departamento del Distrito Federal o los Delegados, hoy Gobierno del Distrito Federal, pueden conceder dispensa de edad, para que se celebre el matrimonio entre menores que no han alcanzado la edad de 14 años, si se trata de la mujer o de 16 años si se trata del hombre (artículo 148 ya derogado del Código Civil). El caso en que generalmente se otorga esta dispensa de edad, es la preñez de la mujer que pretende contraer matrimonio.

“Consentimiento.- El acuerdo de voluntades de los contrayentes para celebrar entre sí el matrimonio, es un elemento esencial del acto. Es un elemento de existencia del matrimonio.

El consentimiento se ha de manifestar libremente, en forma expresa e incondicional por cada uno de los contrayentes.

El menor de edad, requiere para contraer matrimonio, del consentimiento de quienes ejercen la patria potestad o de su tutor.

De acuerdo con los artículos 149, 150, 151, y 152 ya derogados del Código Civil, el menor de edad requiere el consentimiento de sus padres o de las demás personas que a falta de éstos, ejerzan la patria potestad sobre él (abuelos paternos o abuelos maternos) o bien su tutor.

Si los ascendientes o tutores negaren el consentimiento o revocaren el que hubieren concedido, el jefe del Departamento del Distrito Federal, hoy Gobierno del Distrito Federal, o los delegados de esta autoridad podrán suplir o no el consentimiento, después de levantar una información sobre el particular.

Cuando por la falta de padres, abuelos o de tutor, el Juez de lo Familiar haya de prestar el consentimiento para el matrimonio de un menor y se niegue a ello, los interesados podrán ocurrir al Tribunal Superior respectivo, insistiendo en la petición”.¹³

El consentimiento que otorguen en su caso los ascendientes, el tutor o el juez de lo familiar, no puede ser revocado (art. 153 y 155 del Código Civil), a menos que haya justa causa para ello. La existencia de la causa para revocar el consentimiento, requiere ser probada debidamente.

Se dice que la voluntad debe ser declarada expresamente en el sentido de que ha de ser manifestada, en forma directa, indubitable, sin reticencias, que no dejen lugar a duda respecto a la decisión de contraer matrimonio. Se entiende que el consentimiento ha de ser prestado libremente, porque la manifestación que se tenga por medio de coacción, violencia física o moral (temor), invalida el matrimonio.

Son impedimentos dirimentes:

“Como se ha dicho, constituyen prohibiciones cuya violación invalida el matrimonio.

a).- La falta de capacidad física para contraer matrimonio (art. 156 frac. I del Código Civil).

La esencia del matrimonio exige el desarrollo corporal y una cierta madurez del espíritu. Por ello las leyes condicionan el matrimonio a una edad mínima de los contrayentes.

Es de observarse una tendencia en las legislaciones contemporáneas a aumentar la edad requerida para contraer matrimonio, pues se ha comprobado que el fracaso de la mayoría de las uniones entre jóvenes se debe precisamente o a la falta de conciencia en la celebración del mismo acto, respecto de todas sus consecuencias y responsabilidades, o a la difícil condición económica que generalmente existe respecto de personas muy

¹³ GALINDO GARFIAS, Ignacio. Op. Cit., pág. 514.

jóvenes que no tienen la preparación necesaria para cumplir con todas las cargas matrimoniales.

Si cualquiera de los contrayentes no ha alcanzado la edad requerida por la ley, y no se ha obtenido previamente la dispensa de edad, el matrimonio no puede celebrarse válidamente.

b).- La falta de consentimiento de quienes ejerzan la patria potestad sobre los contrayentes, si éstos son menores de 18 años, del tutor o del juez en su caso (art. 156 frac. II del Código Civil).

c).- El parentesco por consanguinidad o por afinidad en línea recta, ascendente o descendente, sin limitación alguna, impide la celebración del matrimonio (art. 156 frac. III del Código Civil)

Por razones de orden moral y secundariamente por motivos eugenésicos (si se trata de parientes consanguíneos), el impedimento está constituido por el parentesco por afinidad en línea recta ascendente o descendente, sin limitación.

d).- El adulterio habido entre los que pretenden celebrar el matrimonio, siempre que haya sido declarado judicialmente. Obvias razones de orden moral y social, impiden que dos personas que han perpetrado entre sí el delito de adulterio, que constituye un atentado grave en contra de la solidez de la familia, puedan contraer matrimonio, para constituir de esta manera legalmente una familia. Se requiere sin embargo, que el delito de adulterio haya sido comprobado fehacientemente y declarado en una sentencia judicial firme (art. 156 frac. V del Código Civil).

e).- Motivos de moralidad y de seguridad social, justifican la existencia de otro impedimento dirimente: el atentado contra la vida de uno de los cónyuges, pueda casarse con el que queda libre (art. 156 frac. VI del Código Civil).

f).- El miedo y la violencia que vician la voluntad en todo acto jurídico, son causa de impedimento dirimente, para la celebración del matrimonio.

g).- Para preservar la salud mental o psíquica de la persona con quien se pretende contraer matrimonio y de la futura prole, están impedidas para celebrarlo, aquellas personas que padecen el vicio de la embriaguez habitual o que hacen uso indebido y persistente de drogas enervantes.

h).- La ineptitud física para la cópula y las enfermedades crónicas e incurables que sean además contagiosas y hereditarias.

i).- Encontrarse en alguno de los estados de incapacidad.

j).- En la fracción X del artículo 156".¹⁴

Los impedimentos impeditivos.- Se llaman impeditivos, aquellas prohibiciones que para celebrar el matrimonio han sido establecidas por la ley y que no producen la nulidad del acto, sino simplemente su ilicitud.

El derecho reprueba aquellos matrimonios que se celebran, a pesar de que se han establecido estas prohibiciones que no producen los mismos efectos que los impedimentos dirimentes.

Se llama ilícito al matrimonio así celebrado, porque es contrario al régimen normalmente deseable de la institución; pero para evitar las más graves consecuencias que derivarían de su invalidez, el derecho objetivo se limita a marcarlos con un sello de reprobación.

El hoy derogado artículo 264 del Código Civil, establecía los impedimentos impeditivos entre los cuales señalaba:

¹⁴ Ibid., pág. 515-518.

a).- El matrimonio que se celebre, si está pendiente la decisión de un impedimento que sea susceptible de dispensa.

b).- Si se efectúa el matrimonio, a pesar de que no se ha otorgado al tutor, o curador, la aprobación de las cuentas de la tutela.

“En la clasificación canónica podemos aceptar las definiciones propuestas para nuestro derecho, pues ya hemos indicado que según el artículo 235, fracción II, habrá nulidad del matrimonio cuando éste se contraiga existiendo impedimentos, dirimentes, en tanto que cuando sólo existan los impedimentos impeditivos, sólo cabe decir que el matrimonio es válido, pero ilícito según la terminología un tanto contradictoria de nuestra ley”.¹⁵

IV.- Requisitos para contraer matrimonio.

El Derecho Romano consideró válido el matrimonio cuando se reunían los siguientes requisitos:

a).- Capacidad jurídica o Jus Connubii. Requería que ambos fueran ciudadanos romanos, para tener la aptitud legal de unirse en legítimo matrimonio.

b).- Capacidad Sexual.

c).- Consentimiento de los contrayentes. Se partía de la premisa de que las personas que contraen matrimonio deberían manifestar libremente su consentimiento.

d).- Consentimiento del paterfamilias.

Para el maestro Galindo Garfias, el acto del matrimonio debe revestir una forma solemne prescrita por la ley. Se han de cumplir también los requisitos necesarios para su validez.

Nos ocuparemos de estudiar:

a).- Los elementos esenciales.

b).- Los elementos de validez.

¹⁵ ROJINA VILLEGAS, Rafael. Op. Cit., pág. 262.

A).- Los elementos esenciales del matrimonio son:

- 1.- La voluntad de los contrayentes.
- 2.- El objeto.
- 3.- Las solemnidades requeridas por la ley.

1.- La voluntad se manifiesta a través de la declaración expresa de los contrayentes. Esta concurrencia de voluntades en el sentido de unirse en matrimonio, forma el consentimiento propiamente dicho. Se requiere además la declaración del juez del Registro Civil, en el sentido de que los cónyuges quedan unidos en nombre de la sociedad y de la ley.

En el matrimonio propiamente existen tres manifestaciones de voluntad, la de la mujer, la del hombre y del juez del Registro Civil. Las dos primeras deben formar consentimiento, es decir, manifestarse en el sentido de estar de acuerdo los contrayentes en unirse en matrimonio, para que el juez del Registro Civil exteriorice a su vez la voluntad del Estado al declararlos legalmente unidos en matrimonio.

Por esto el artículo 102 en su párrafo segundo, dispone que el juez del Registro Civil, interrogará a los pretendientes si es su voluntad unirse en matrimonio y si, están conformes, los declarará unidos en nombre de la ley y de la sociedad. Tomando en cuenta dicho precepto, resulta aplicable al caso el artículo 1794 en relación con el artículo 2224 del Código Civil para el Distrito Federal, para concluir que el consentimiento es un elemento de existencia en el matrimonio, de tal manera que éste será inexistente por falta del mismo.

El artículo 102 párrafo segundo del Código Civil, dispone: "... Acto continuo, el Juez del Registro Civil leerá en voz alta la solicitud de matrimonio, los documentos que con ella se hayan presentado y las diligencias practicadas, e interrogará a los testigos acerca de si los pretendientes son las mismas personas a que se refiere la solicitud. En caso afirmativo, preguntará a cada uno de los pretendientes si es su voluntad unirse en

matrimonio, y si están conformes, los declarará unidos en nombre de la ley y de la sociedad.”

Por su parte el artículo 2224 del mismo ordenamiento legal señala, “El acto jurídico inexistente por la falta de consentimiento o de objeto que pueda ser materia de él, no producirá efecto legal alguno. No es susceptible de valer por confirmación, ni por prescripción; su inexistencia puede invocarse por todo interesado”.

“La voluntad de celebrar el acto es su motor principal. En los contratos, esa voluntad se llama consentimiento y es un elemento complejo formado por la integración de dos voluntades que se conciertan. Es un acuerdo de voluntades: dos querer que se reúnen y constituyen una voluntad común”.¹⁶

2.- El objeto posible como elemento esencial del matrimonio.- Todo acto jurídico requiere un objeto que sea física y jurídicamente que sea posible. La imposibilidad en cualquier de sus dos formas (física y jurídica) originará la inexistencia del acto. En el matrimonio como en cualquier otro acto jurídico, deben distinguirse el objeto directo y el objeto indirecto. El objeto directo en los actos jurídicos en general consiste en la creación, transmisión, modificación y extinción de derechos y obligaciones. .

El objeto indirecto sólo existe en aquellos actos jurídicos en los cuales los derechos o las obligaciones tienen relación con los bienes, pues serían precisamente tales bienes los que vengán a constituir el objeto indirecto de las facultades o de los deberes que se originen, modifiquen, transmitan o extingan por el acto jurídico.

Para el maestro Manuel Bejarano, nos dice que para algunos tratadistas el objeto tiene tres acepciones:

- 1.- El objeto directo del contrato, que es el de crear o transferir derechos y obligaciones;
- 2.- El objeto del contrato, que es el objeto de las obligaciones engendradas por él, y que puede consistir en dar, hacer o no hacer, y

¹⁶ BEJARANO SANCHEZ, Manuel. "Obligaciones Civiles". Edit. Oxford University Press. 5ª Ed. México, 1999, pág. 47.

3.- La cosa misma que se da.

Hay que hacer notar nuevamente que aunque nuestro Código Civil, no señale específicamente que el matrimonio sea un contrato, sino que por su naturaleza consideramos que reúne estos elementos para su existencia y validez, de acuerdo con lo que señaló el artículo 146 antes transcrito del mismo ordenamiento citado.

3.- Cabe hablar de un tercer elemento esencial en los actos jurídicos, consistente en el reconocimiento que debe hacer la norma a la manifestación de voluntad, pues en el supuesto de que el derecho no amparase tal declaración, no habría propiamente acto jurídico.

“El matrimonio es un acto solemne y por lo tanto, las declaraciones de voluntad de los contrayentes deben revestir la forma ritual que la ley establece en ausencia de la cual, el acto de celebración del matrimonio, es inexistente”.¹⁷

En el matrimonio expresamente se prohíbe en el artículo 147 cualquiera condición contraria a la perpetuación de la especie o a la ayuda mutua que se deben los cónyuges, previniéndose que se tendrá por no puesta dicha estipulación. Podemos, por consiguiente, considerar que especialmente para el matrimonio existe como elemento esencial el reconocimiento que debe hacer la norma a la manifestación de voluntad de los consortes.

Distinguiremos las solemnidades de las formalidades de acuerdo con el siguiente criterio: Las solemnidades son esenciales para la existencia del matrimonio, en tanto que las formalidades sólo se requieren para su validez. Es decir, si faltan las solemnidades el matrimonio será inexistente; en cambio, si no se observan las formalidades requeridas por la ley, el matrimonio será existente, pero nulo. De lo expuesto se desprende que la solemnidad es una formalidad que la técnica jurídica ha elevado, como dice Bonnacase, a la categoría de un elemento de existencia.

¹⁷ GALINDO GARFIAS, Ignacio. Op. Cit., pág. 510.

B) Los requisitos de validez son:

- 1.- La capacidad.
- 2.- La ausencia de vicios de la voluntad.
- 3.- La licitud en el objeto.
- 4.- Las formalidades.

La capacidad de goce alude a la aptitud para la cópula entre los contrayentes, que la ley fija en la edad requerida para contraer matrimonio, a la salud física y mental de los contrayentes, y a la no existencia de hábitos viciosos como la toxicomanía o el alcoholismo.

En cuanto a la capacidad de ejercicio para celebrar el acto del matrimonio, los menores de edad requieren el consentimiento de quienes ejercen sobre ellos la patria potestad o la tutela. Este consentimiento necesario puede ser suplido por el juez de lo familiar, cuando los ascendientes o tutores lo nieguen sin causa justa.

Al respecto nuestro Código Civil, en su artículo 148 nos dice:

Para contraer matrimonio es necesario que ambos contrayentes sean mayores de edad.

Los menores de edad podrán contraer matrimonio, siempre que ambos hayan cumplido dieciséis años. Para tal efecto, se requerirá del consentimiento de quienes ejerzan la patria potestad, o en su defecto, la tutela; y a falta o por negativa o imposibilidad de éstos, el juez de lo familiar suplirá dicho consentimiento, el cual deberá ser otorgado atendiendo a las circunstancias especiales del caso.

La capacidad de ejercicio es un elemento de validez en los actos jurídicos, en tanto que la capacidad de goce se presenta como esencial. Es decir, para que un acto jurídico se celebre válidamente se requiere que tenga capacidad de ejercicio el autor del mismo. Faltando dicha capacidad el acto estará afectado de nulidad relativa. En cuanto a la capacidad de goce, la solución es distinta, pues si falta la aptitud misma para ser

titular de los derechos y de las obligaciones que en el acto se establezcan, habrá en rigor una imposibilidad jurídica para que exista el objeto mismo del acto. Es decir, cuando un sujeto no tiene capacidad de goce pueda entrar en su patrimonio o en su status el derecho o la obligación que se pretenda crear en el acto jurídico. En consecuencia, el objeto del mismo será legalmente imposible.

La capacidad de ejercicio en el matrimonio supone la capacidad de goce, es decir, que ya tiene la edad núbil, pero que también se han cumplido los dieciocho años para poder celebrar válidamente el matrimonio. Además, se requiere no padecer impotencia incurable para la cópula ni alguna otra de las enfermedades que se indican en la fracción IX del artículo 156. En los demás actos jurídicos se permite que los representantes legales celebren dichos actos actuando en nombre de los menores o de los sujetos a interdicción. Pero el matrimonio establece una modalidad importante, pues tratándose de menores que ya llegaron a la edad núbil, sólo se requiere el consentimiento de los padres, abuelos o tutor, en sus respectivos casos, pero directamente el menor celebrará el acto. En cambio tratándose de contratos, el menor no celebra el negocio sino que es su representante quien lo substituye en el acto mismo de la celebración.

La voluntad del autor o de las partes que celebran el acto debe estar exenta de defectos o vicios.

La voluntad, elemento fundamental del acto jurídico, debe ser cierta y libre: debe ser el resultado de una determinación real y espontáneamente decidida.

La ausencia de vicios en el consentimiento, para los contratos en general, aunque recordemos que no decimos propiamente que el matrimonio sea un contrato, el artículo 1795, fracción II, estatuye que: "El contrato puede ser anulado II: Por vicios del consentimiento.". Los artículos 1812 a 1823 regulan el error, dolo y la violencia como vicios del consentimiento y, por lo tanto, tales disposiciones son aplicables, en lo conducente, al matrimonio, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 1859 que hace extensivas las reglas sobre contratos a todos los demás actos jurídicos, en lo que no

se opongan a la naturaleza de éstos o a disposiciones especiales de la ley sobre los mismos.

Si la decisión proviene de una creencia equivocada (*error*), ha sido obtenida o mantenida por engaños (*dolo*) o ha sido arrancada con amenazas (*violencia o temor*), entonces es una voluntad viciada que anula el contrato (art. 1812 del Código Civil).

La ilicitud del objeto tiene lugar en el matrimonio:

- a)- Si existe parentesco por consanguinidad, por afinidad o por adopción, entre los cónyuges dentro de los límites que establece el Código Civil.
- b)- Si ha habido adulterio entre las personas que pretendan contraer matrimonio, siempre que este adulterio haya sido judicialmente comprobado.
- c)- El atentado contra la vida de uno de los cónyuges para casarse con el que queda libre, y
- d)- Finalmente, la bigamia (artículo 156 fracciones III, IV y V del Código Civil).

Sin olvidar que debe de llevar ciertas formalidades para que este tenga validez, y en ese sentido encontramos formalidades como son que los contrayentes presenten la solicitud, que exista el acta de matrimonio, con todos sus generales, en presencia del juez del Registro Civil.

V.- Derechos y obligaciones que nacen del matrimonio

En Roma, el matrimonio producía importantes consecuencias jurídicas respecto a los cónyuges, y respecto a los hijos.

Por lo que se refiere a los cónyuges:

- a). Los cónyuges adquieren el título de vir y de uxor, participando la mujer de la condición social del marido.
- b). Los cónyuges se deben fidelidad.
- c). En cuanto a los bienes de la esposa, debemos distinguir el caso del matrimonio *cum manu*, en el que el marido se convierte en propietario de los bienes de la mujer.

- d). Los cónyuges se deben mutuamente alimentos, se determinaban en la posibilidad del que los daba y la necesidad de quien los pedía.
- e). Los cónyuges no pueden hacerse mutuamente donaciones.
- f). La esposa tiene prohibido ser fiadora de su marido
- g). En materia civil, la condena impuesta en principio al marido con respecto a su mujer y a partir del derecho justinianeo a la mujer respecto de su marido, estaba limitada por el beneficio de la competencia.
- h). Un cónyuge no podía ejercer contra el otro una acción que trajera como consecuencia una pena infamante.
- i). La viuda que no posee bienes tiene algunos derechos con relación a la sucesión del marido, si este muere intestado.
- j). La posibilidad del marido de ejercer contra quien retuviese indebidamente a la mujer.
- k). El marido debía dar protección a la esposa y representarla en la administración de justicia.

En lo referente a los hijos:

- a). Son considerados legítimos. Si el matrimonio se declara nulo los hijos se consideran espurios.
- b). Siguen la filiación paterna.
- c). Están sometidos a la potestas de su padre.
- d). Tienen derecho al nombre, condición social y domicilio del padre.
- e). Forman parte de una familia civil del padre a título de agnados.
- f). Son descendientes legítimos y pueden suceder al pater por ley.
- g). La obligación recíproca de alimentos.

Los efectos del matrimonio se determinan desde tres puntos de vista: a). Entre consortes, b). En relación con los hijos, y c). En relación con los bienes.

El vínculo que genera el matrimonio y las obligaciones y derechos que de él derivan, si bien participan de la naturaleza de los derechos de familia, difieren también de éstos por sus peculiaridades.

Respecto de los cónyuges, los derechos y obligaciones que nacen del matrimonio son iguales para ambos, y recíprocos. Los principales se agrupan en: Deber de cohabitación, deber de ayuda mutua, débito carnal y deber de fidelidad.

El deber de cohabitación constituye la esencia del matrimonio; implica un género de vida en común que no podría realizarse si cada esposo pudiera vivir por separado. Obliga a que ambos vivan bajo el mismo techo y compartan mesa y lecho, hechos que ponen de manifiesto la convivencia conyugal.

Al respecto, el Código Civil para el Distrito Federal, dispone que los esposos deben vivir juntos en el domicilio conyugal y todo pacto en contrario se opone a los fines del matrimonio y es, por lo tanto, nulo. La cohabitación es un deber y un derecho, derecho de un cónyuge y obligación del otro, recíprocamente. El Código Civil, no prevé el caso de que uno de los cónyuges impida el acceso al hogar previamente establecido; tampoco prevé el medio de obligar al ausente a incorporarse al domicilio común. Al respecto, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, señala que el uso de la fuerza sería contrario a la dignidad humana, ya que el matrimonio no podría restringir la libertad de cualquiera de los cónyuges, obligándolo a convivir sin su voluntad al lado del otro.

Aparentemente el concepto de domicilio conyugal es sencillo, pero su interpretación dio lugar a numerosas controversias, por lo que considero bueno transcribir el artículo 163 del Código Civil para el Distrito Federal, para tener una visión más clara.

Artículo 163 – Los cónyuges vivirán juntos en el domicilio conyugal. Se considera domicilio conyugal, al lugar establecido de común acuerdo por los cónyuges, en el cual ambos disfrutan de autoridad propia y consideraciones iguales.

Los tribunales, con conocimiento de causa, podrán eximir de aquella obligación a alguno de los cónyuges, cuando el otro traslade su domicilio a país extranjero, a no ser

que lo haga en servicio público o social, o se establezca en lugar que pongan en riesgo su salud e integridad.

“El derecho a exigir una vida en común, con la obligación de habitar bajo el mismo techo, es indiscutiblemente el principal de todos los enumerados, dado que sólo a través de él puede existir la posibilidad física y espiritual de cumplir los fines del matrimonio. Podemos decir que constituye la relación jurídica fundante de la cual depende un conjunto de relaciones jurídicas que podemos denominar fundadas o accesorias. La vida en común implica la relación jurídica fundante, porque si no se realiza, no podrán cumplirse las relaciones jurídicas fundadas”.¹⁸

El cumplimiento del deber de cohabitación, es un supuesto o condición indispensable para la existencia de esa comunidad de vida íntima entre los consortes, en la que se sustenta el matrimonio.

El incumplimiento del deber de cohabitación por uno de los cónyuges, da lugar a la disolución del vínculo matrimonial, si se prolonga por más de seis meses sin causa justificada (artículo 267 fracción VIII del Código Civil), o por más de un año, independientemente del motivo que haya originado la separación (artículo 267 fracción IX del mismo ordenamiento).

Al deber de cohabitación de un cónyuge, corresponde en el otro, el derecho de vivir al lado de su consorte. Esta, como todas las relaciones matrimoniales, presenta el dato de reciprocidad.

Dentro de la institución del matrimonio, el complejo de deberes, poderes, derechos y obligaciones, a cargo de los consortes, se reduce a una unidad conceptual. Las normas de derecho objetivo no crean esos deberes; sólo señalan la forma en que se han de realizar las prestaciones recíprocas entre los cónyuges y los casos en que se incurre en las sanciones que garantizan su cumplimiento.

¹⁸ ROJINA VILLEGAS, Rafael. Op. Cit., pág. 312.

El deber de ayuda mutua es correlativo al de convivencia. Implica el deber de socorro que ha de existir entre los esposos. El contenido primordial reside en la obligación alimentaria recíproca. Para cumplir con él los cónyuges deben contribuir económicamente al sostenimiento del hogar, de la forma que libremente establezcan según sus posibilidades.

De conformidad con el artículo 162, primer párrafo, del Código Civil, que a la letra dice:

“Los cónyuges están obligados a contribuir cada uno por su parte a los fines del matrimonio y a socorrerse mutuamente.
...”

El socorro mutuo que deben prestarse los cónyuges es un deber más amplio que la obligación de dar alimentos. Esta obligación se refiere a la satisfacción de las necesidades de subsistencia del acreedor alimenticio. El socorro recíproco comprende además el consejo, la dirección, el apoyo moral con los que en cónyuge debe ayudar al otro, en las vicisitudes de la vida. Debe recordarse que los alimentos comprenden la comida, el vestido, y la asistencia en casos de enfermedad (artículos 302 y 308 del Código Civil).

La ayuda mutua igualmente implica la administración de bienes comunes, según lo establecido en las capitulaciones matrimoniales; y sólo requerirá el administrador la autorización del otro para los actos de dominio, disposición y gravamen. Cada uno es libre administrador de sus bienes propios sin que puedan cobrarse los servicios que al efecto se presten.

“El marido tiene la obligación de solventar los gastos propios de la manutención del hogar, pero si la mujer tiene bienes propios y desempeña algún trabajo de índole profesional, artesanal, comercial, etc., tiene la obligación de contribuir al sostenimiento del hogar en una proporción no mayor del cincuenta por ciento de la totalidad de los

gastos y si el marido se encuentra imposibilitado para trabajar y no tiene ningún bien propio, la mujer debe hacerse cargo de todos los gastos del hogar".¹⁹

Dentro del matrimonio, los esposos gozan de autoridad, derechos y obligaciones iguales, por lo que en nuestro sistema jurídico actual se desconoce la autoridad familiar que en otros sistemas se concede al marido.

El débito carnal es el principal y más importante efecto del matrimonio; constituye su esencia, pues implica los actos propios para la perpetuación de la especie, considerada por nuestro Código Civil, como uno de los fines primordiales del matrimonio, así las cosas, cualquier pacto en contrario al respecto se tendrá por no puesto.

Los cónyuges deben decidir de común acuerdo el número y esparcimiento de los hijos. La ley no prevé la solución en caso de controversia; consideramos que no se podría obligar a ninguno de los esposos a tener más hijos de los que individualmente desee aunque el otro pretendiera un número mayor.

El amor no puede ser regulado jurídicamente y, por lo tanto, cada pareja es libre de practicarlo de la forma que lo juzgue pertinente, sin embargo la negativa al trato carnal entre los cónyuges se ha considerado como una injuria grave que es sancionada con el divorcio.

Dentro del matrimonio el derecho relativo a exigir el cumplimiento de débito carnal, se trata de una forma sui géneris, sólo puede existir como es evidente en este tipo de relación intersubjetiva, ya que cada uno de los sujetos esta facultado para interferir en la persona y conducta del otro, pero en la forma íntima que impone la relación sexual. No sólo se trata aquí de dar satisfacción a una función biológica, sino que existe una relación jurídica, dado que cabe determinar en que términos y condiciones deberá cumplirse con la obligación respectiva y ejercitarse esa facultad.

¹⁹ ORIZABA MONROY, Salvador. Op. Cit., pág. 21.

Desde el punto de vista jurídico el deber de relación sexual se encuentra sancionado jurídicamente, pues la negativa injustificada y sistemática de un cónyuge para cumplir esa obligación, implica una injuria grave que es causa del divorcio.

En relación con este deber, se establece como impedimento dirimente para contraer matrimonio, la impotencia incurable para la cópula; pero si la nulidad del vínculo no se demanda dentro de los sesenta días siguientes a la celebración del matrimonio (artículos 156, fracción VII y 246), ya no habrá sanción al incumplimiento al débito carnal pues el divorcio sólo procederá si la impotencia sobreviene a la celebración de matrimonio (artículo 267, fracción VI).

El deber de fidelidad comprende la obligación de abstenerse de la cópula con persona distinta del cónyuge. Su violación constituye adulterio, que es sancionado con el divorcio. Este deber sustenta la estructura monogámica del matrimonio en nuestra sociedad, y el cumplimiento de los fines del mismo.

La fidelidad, implica fundamentalmente la facultad reconocida en la ley para exigir y obtener del otro cónyuge una conducta decorosa, de tal suerte que no implique ataques a la dignidad y la honra del otro cónyuge. Cualquier conducta de actividad extramarital con persona del otro sexo aun cuando no llegue el adulterio, puede constituir una injuria grave al cónyuge.

En el deber de fidelidad impuesto jurídicamente a los consortes, encontramos efectivamente principios de orden ético: preservar la moralidad del grupo familiar; de orden social; proteger la familia monogámica; y también de orden religioso en cuanto que el cristianismo en este aspecto como la religión mosaica, funda la familia en la constitución de una pareja formada por un solo hombre y un sola mujer.

No existe un precepto legal expreso, establecido en el Código Civil, que de una manera directa, como ocurre en lo que se refiere al deber de cohabitación y de mutua ayuda, establezca que los cónyuges se deben recíprocamente fidelidad.

En ciertos casos, no sólo implica la abstención de contactos sexuales extramatrimoniales, sino que desde el punto de vista civil y atendiendo a las condiciones sociales, culturales y personales de los cónyuges, comprende la abstención de todos aquellos actos que aun no lleguen a la consumación del adulterio y aun no conduzcan a relaciones eróticas entre un cónyuge y una tercer persona, pueden constituir una violación al deber de fidelidad (de allí su contenido moral) en tanto esos hechos o actos, revelen que se ha roto o que se ha lesionado gravemente la unidad de vida que debe existir entre los consortes.

VI.- Fines del matrimonio.

El matrimonio en el derecho canónico, no fue, pues otra cosa que el sacramento del matrimonio, definido por la generalidad de los canonistas como:

El complejo de relaciones de derecho que surgen de la celebración del matrimonio, se caracteriza porque su regulación escapa del consentimiento o de la voluntad de las partes: es decir, las disposiciones normativas aplicables, son irrenunciables. De acuerdo con lo que establecía el hoy derogado artículo 182 del Código Civil, decía: son nulos los pactos que los esposos hicieren contra las leyes o los naturales fines del matrimonio.

“Creo sinceramente que hay que destacar y estudiar con mayor amplitud lo relativo a los fines del matrimonio. Al no saber qué es lo que se pretende, cuales son los fines del matrimonio, difícilmente se comprende la institución, y más difícilmente se

pueden comprender los deberes conyugales que de él se derivan, y el aspecto patrimonial económico que origina derechos y obligaciones”.²⁰

Por su parte el artículo 146 supra indicado. prevé:

Matrimonio es la unión libre de un hombre y una mujer para realizar la comunidad de vida. En donde ambos se procuran respeto, igualdad y ayuda mutua con la posibilidad de procrear hijos de manera libre, responsable e informada. Debe celebrarse ante el juez del Registro Civil y con las formalidades que esta ley exige.

Las relaciones jurídicas que dan forma al estado de matrimonio, tienden todas ellas (y de allí el carácter institucional de ese estado), a asegurar una comunidad de vida permanente entre los cónyuges (*affectio maritalis*).

El matrimonio se presenta como manifestación libre de voluntades entre hombre y mujer que se unen para constituir un estado permanente de vida y perpetuar la especie.

La doctrina bilateral de los fines del matrimonio es tan antigua que ya se expuso con toda claridad por Aristóteles, quien señalaba que “la aproximación de los sexos de los animales decía –no tiene otro alcance que la procreación. Por lo contrario, la asociación de los sexos en la especie humana no sólo va encaminada a tener hijos, sino también a sostener todas las demás relaciones de la vida... Como las funciones del hombre y la mujer son muy distintas, los esposos se completan mutuamente, poniendo en común las cualidades propias”.²¹

La finalidad del matrimonio tiene que ser también la causa final de los contrayentes. Esto es, los contrayentes al saber cuáles son los fines del matrimonio los deben aceptar, de lo contrario habrá duda sobre la validez de condiciones contrarias al matrimonio.

²⁰ CHAVEZ ASENCIO, Manuel. "La Familia en el Derecho" Edit. Porrúa, 3ª Ed. México, 1999, pags. 162 - 163.

²¹ *Ibidem*.

Los autores señalan propiamente los mismos fines a lograrse por el matrimonio. Los consideran, la satisfacción del amor, la mutua compañía y asistencia, la procreación y educación de hijos, otros agregan la constitución de la familia.

Que el amor conyugal sea un fin del matrimonio no es aceptado por los autores de derecho. Se dice que no es un fin en sentido estricto. Se afirma que no es el amor algo a lo que tienda el matrimonio, sino que el matrimonio es aquello a lo que tiende el amor conyugal. En todo caso habría que decir que el matrimonio es el fin del amor y no al revés.

La promoción humana es más que la ayuda o socorro mutuo que se consigna en la legislación como fin del matrimonio. El matrimonio es una comunidad activa que debe satisfacer las aspiraciones de la persona para ser mejor y más feliz. Marido y mujer se deben ayudar y socorrer mutuamente; en otras palabras, se han comprometido a la promoción humana integral en el matrimonio, distinta a la que recibieron en el hogar paterno y a la educación dada por la escuela.

Sobre la procreación, este fin está orientado a la perpetuación de la especie y es tan importante, que, a semejanza de los anteriores, cualquier condición contraria se tendrá por no puesta (art. 147 Código Civil). Este deber conyugal de procreación debe ejercerse de manera libre, responsable e informada sobre el número de hijos (art. 146 Código Civil). Esta materia se convierte en un derecho de toda persona que consagra el artículo 4º Constitucional, que en el matrimonio se ejerce por la pareja, quienes deberán actuar de común acuerdo. Para poder cumplir esta responsabilidad, como requisito para contraer matrimonio se exige de la pareja un certificado médico del cual se derive la salud de ambos, que será garantía para el ejercicio de sus derechos y cumplimiento conjunto en su responsabilidad de padres.

A mayor abundamiento, cabe destacar que si bien se toca el tema de los esponsales, que hoy en día con las reformas ya no existen, sí se acostumbraron durante mucho tiempo, sobre todo en zonas más rurales, donde era un compromiso y no sólo

eso una promesa de matrimonio el cual, sino era respetado causaba un gran impacto entre las familias, así mismo, podemos observar que aun existiendo los motivos de impedimentos para contraer el matrimonio, se siguen dando situaciones de matrimonios falsos, a su vez se advierte que si bien el Código Civil, define lo que es matrimonio, los autores lo definen de muchas maneras por tener una connotación muy amplia, y sobre todo, lo más importante es que sigue siendo una institución muy fuerte que su fin será velar por una mejor sociedad.

Capítulo II.- Antecedentes del divorcio en México.

I.- Derecho romano.

Etimológicamente hablando podemos decir que divorcio viene: “De las voces latinas *divortium* y *divertere*, separarse lo que estaba unido, tomar líneas divergentes”.²²

El divorcio es una institución jurídica que surgió cuando el derecho intervino para organizar al matrimonio jurídicamente, constituyéndolo sobre las bases de un nexo obligatorio entre el varón y la mujer que deciden hacer vida en común.

“De acuerdo con la legislación mexicana, disolución legal del matrimonio que deja a los cónyuges en aptitud, de contraer otro (arts. 266 a 291 del Código Civil para el Distrito Federal). En algunos regímenes matrimoniales, se comprende dentro del término divorcio la mera separación de acuerdos, sin disolución del vínculo”.²³

En el derecho romano se reconoció tanto el divorcio necesario como el voluntario.

La institución del divorcio es bastante antigua: la ley mosaica lo admitía de una manera muy extensa; en Atenas, cualquiera de los esposos tenía la facultad de pedir la disolución de su matrimonio; en Roma, era considerado como de la esencia de la unión conyugal, estando prohibido todo pacto que tuviera por objeto su renuncia.

“En el derecho romano, el matrimonio se fundaba en la *affection coniogalis*; la distribución de la *confarreatio* tenía lugar por medio de la *diffareactio*, que era la declaración voluntaria de separarse marido y mujer, por medio de la cual cesaba de producir efectos entre dos consortes la voluntad declarada en la ceremonia nupcial de tomarse recíprocamente como marido y mujer. Si el matrimonio se celebraba bajo la

²² Diccionario Jurídico Mexicano, Instituto de Investigaciones Jurídicas. U.N.A.M., Edit. Porrúa, pág. 1184.

²³ DE PINA VARA, Rafael. "Diccionario de Derecho". Edit. Porrúa, México 1999, pág. 242.

forma de coemptio, la disolución del vínculo procedía, por medio de la *remncipatio* de la mujer".²⁴

"Por divorcio (*divortium* o *repodium*). Es decir, la disolución matrimonial por declaración unilateral, hecha por uno de los cónyuges. La falta de *affectio maritalis* en uno de los cónyuges o en ambos, pues para el matrimonio se requería de una unión duradera basada en el acuerdo de los cónyuges, de suerte que si éste faltaba, se disolvía el vínculo. La admisión legal del divorcio data desde la Monarquía, sin embargo su uso era poco frecuente por los antiguos romanos, posteriormente según nos señala Cicerón el divorcio se encontraba permitido en la ley de las XII Tablas. Durante la época republicana el divorcio se utilizó con mayor frecuencia, pues éste al igual que el matrimonio no requería de ninguna formalidad. Era suficiente un aviso comunicando de palabra, por escrito (*per litteras*) o por conducto de un mensajero (*per nuntium*)".²⁵

Parece cierto que el divorcio en cuanto al vínculo, existió en el derecho romano desde las épocas más remotas, y que podía pedirse sin causa jurídica que lo justificase, a pesar de la afirmación de Plutarco, que atribuye a Rómulo una fantástica ley que determinaba las causas.

"Parece ser que el divorcio fue admitido legalmente desde el origen de Roma pero no es de suponer que los antiguos romanos abusaran de esta libertad, que, sin duda alguna, no concordaba con la severidad de las costumbres primitivas".²⁶

Explican los romanistas que no era necesaria una causa determinada para legitimar el divorcio porque la institución del matrimonio romano se fundaba no sólo en el hecho de la cohabitación, sino en el afecto conyugal. Por tanto, cuando éste desaparecía, era procedente el divorcio. Así se infiere del Código de Justiniano en el texto relativo a las estipulaciones inútiles (VIII 38-2. Por tanto, en el derecho clásico se deshacía el matrimonio mediante un procedimiento contrario al que le dio nacimiento: si

²⁴ ORIZABA MONROY, Salvador. "Matrimonio y Divorcio" Efectos Jurídicos, Edit. Pac, S.A.de C.V., México, 1998, pág. 37.

²⁵ SAINZ GÓMEZ, José María. "Derecho Romano I" Edit. Noriega. México, 1991, pág. 204.

²⁶ PETIT, Eugene. "Tratado Elemental de Derecho Romano". Ed. Porrúa, 1999, pág. 109.

se contrajo por medio de la *Confarreatio* el divorcio se llevaba a cabo por la *Difarreatio*; si era por medio de la *Coemptio*, entonces procedía la *Remancipatio*).

En el matrimonio civil por *confarreatio*, para ser disuelto, se requerían ciertas solemnidades, las cuales se encontraban en la ley del *contrarius actus*. Las formas especiales para este divorcio eran creadas por los pontífices, y consistían en una ofrenda a Júpiter (dios del matrimonio), acompañado de cierta *verba*. Es de suponerse que el sacerdote estaba en disponibilidad de negarse a officiar la ceremonia, en el caso de no existir ninguna de las causas de divorcio reconocidas por el derecho sacro.

La facilidad de obtener el divorcio, produjo la inmoralidad de las clases poderosas, que abusaban de dicha institución, para satisfacer sus caprichos amorosos y hacer perder al matrimonio la estabilidad y la dignidad moral y religiosa que antes tenía.

Sin embargo, cualquier manifestación informal era suficiente para terminar el matrimonio, si bien no tanto para eludir ciertas penas.

Hacia fines de la República les fue permitido a las mujeres la posibilidad de divorciarse, obligándole a declararlas libres.

"Constantino únicamente permitió el divorcio cuando existiera una causa justa para obtenerlo. En caso contrario, se castigaba al infractor de esta norma, pero no se nulificaba el divorcio. Justiniano estableció como causas legales para que el matrimonio pudiera disolverse las siguientes:

1. Que la mujer le hubiese encubierto con maquinaciones contra el Estado.
2. Adulterio probado de la mujer.
3. Atentado contra la vida del marido.
4. Tratos con otros hombres contra la voluntad del marido o haberse bañado con ellos.
5. Alejamiento de la casa marital sin voluntad del esposo.
6. Asistencia de la mujer a espectáculos públicos sin licencia.

A su vez, la mujer podía pedir el divorcio en los siguientes casos:

1. La alta traición oculta del marido.
2. Atentado contra la vida de la mujer.
3. Intento de prostituirla.
4. Falsa acusación de adulterio.
5. Que el marido tuviera su amante en la propia casa conyugal o fuera de ella de un modo ostensible, con persistencia, no obstante las admoniciones de la mujer a sus parientes".²⁷

El propio emperador prohibió el divorcio por mutuo consentimiento, pero su sucesor Justino hubo de restablecerlo porque la opinión pública se lo exigió.

"Justiniano al ordenar diferentes disposiciones acerca del divorcio distinguió 4 tipos:

1. Por mutuo consentimiento (*communi consensu*).
2. Por culpa del otro cónyuge (*repudio* o divorcio unilateral). Este se consideraba lícito si se daban las siguientes causas justas:
 - a) Conjura contra el emperador.
 - b) Adulterio de la mujer.
 - c) Las malas costumbres de la mujer.
 - d) El alejamiento de la casa del marido.
 - e) Las insidias al otro cónyuge.
 - f) La falsa acusación de adulterio por parte del marido.
 - g) El lenocinio intentado por el marido.
 - h) El comercio carnal frecuente del marido con otra mujer dentro o fuera de la casa conyugal.

3.- El divorcio unilateral *sine causa*. Considerado ilícito y en cuyo caso daba lugar a un castigo al cónyuge que lo provocara sin que por ello fuera invalidado.

²⁷ PALLARES, Eduardo. "El Divorcio en México" Edit. Porrúa, 6ª Ed. México, 1991, pág. 22.

4.- El *divortium bona gratia*. Se fundaba en causas que impedían la continuación del matrimonio, por existir votos de castidad, por impotencia o cautividad prolongada, no se basaba en la culpa de ninguno de los cónyuges”.²⁸

El divorcio en Roma puede considerarse con dos formas distintas: a) *Bonagratia*. En nuestros días es el llamado divorcio voluntario. Los jurisconsultos romanos fundaron esta institución en el siguiente razonamiento: el mutuo disenso disuelve lo que el consentimiento había unido. Para este tipo de divorcio no se requería ninguna formalidad y surtía sus efectos por el sólo acto de voluntad. b) *Repudiación*.- Este divorcio puede ser intentado por uno sólo de los cónyuges, aun sin excepción de causa. Para que la mujer pueda intentar este divorcio, se requiere que no se encuentre bajo la *manus* del marido. La ley *Julio de adulteriis*, exigía que el que intentara divorciarse por medio de la repudiación notificara al otro esposo su voluntad ante siete testigos, mediante un acta, se le hacía entregar al otro cónyuge, por un liberto.

“Desde los triunfos sobre Cartago, es decir, desde el momento que un espíritu cosmopolita reemplazó la austeridad rústica de antes, el divorcio se hizo cada vez más frecuente. El censor ya no se metía tanto en asuntos privados, y el nuevo individualismo disminuía la importancia de los consejos de familia. La sociedad contemplaba el divorcio con creciente indiferencia, y el principal freno era quizás el miedo del marido a tener que devolver la dote”.²⁹

El Derecho Romano penó el adulterio con bien marcada dureza, pero sólo consideraba como tal el trato sexual de la esposa con un hombre distinto de su marido o, viceversa, de un marido con la esposa de otro, mientras que el pecado de uno de los esposos con un soltero no se consideraba como adulterio sino como prostitución, que se penaba moderadamente.

Justiniano incluía un castigo adicional por el divorcio por mutuo consentimiento, por el *sine causa* y por el divorcio por culpa del cónyuge demandado en los casos tipificados

²⁸ SAINZ GOMEZ, José María. Op. Cit., pág. 205.

²⁹ FLORIS MARGADANT, Guillermo. “Derecho Romano”, Edit. Esfinge, S.A. DE C.V., México, 1997, pág. 156.

por la ley, consistente en la pérdida de la dote y de la donación nupcial o de la cuarta parte de los bienes cuando éstos no se hubieran constituido. En el caso del primero, los bienes iban a parar a los hijos, a los ascendientes o al convento.

El divorcio es y sobre todo fue en el pasado, una figura álgidamente controvertida. Razones de peso se esgrimen en pro y en contra del divorcio. Los opositores al mismo aducían que el divorcio era factor primordial de la disgregación familiar y de la descomposición social por ser la familia la célula social. Los que defienden el divorcio exponen que no es el mismo el origen de la ruptura del matrimonio, sino solamente la expresión legal y final del fracaso conyugal cuyas causas suelen ser innúmeras y que, ante la real quiebra del matrimonio se convierte en indebida, injusta y hasta inmoral la persistencia del vínculo legal, pues impide, a los que no pueden divorciarse, intentar una nueva unión lícita que podría prosperar y ser la base de una nueva familia sólidamente constituida.

De lo cual comparto la idea de que el divorcio es la descomposición de la familia, ya que para mi ésta juega un papel muy importante en la sociedad por ser la célula básica, de ahí que el divorcio, venga a ser un mal necesario, pero que sin duda nunca será el fin o el propósito al cual la pareja deba de llegar.

“Desde el origen de Roma, la institución del divorcio fue admitida y reglamentada legalmente, a pesar de que no se relacionaba con las costumbres primitivas a ese respecto. Por otra parte, en el antiguo matrimonio romano la mujer se encontraba sometida a la manus del marido y el divorcio se reducía a un derecho de repudio. El divorcio propiamente dicho se presentaba en los matrimonios sin manus y podemos afirmar que apenas existió el divorcio en los primeros siglos. Más a fines de la República y en el Imperio, debido a la gran relajación de las costumbres y siendo cada vez más rara la manus, el divorcio fue susceptible de ser ejercido por la mujer tanto como por el marido. En la misma forma como en los primeros siglos, el divorcio era un

verdadero caso de excepción, en el Imperio, condónese la facilidad con que eran rotos los lazos del matrimonio”.³⁰

El derecho romano no exigía cuentas a los esposos de los motivos que los condujeran a separarse; la ley no había determinado ni limitado las causas de la ruptura. En la legislación de Justiniano, el esposo que repudia a su cónyuge sine ulla causa está afectado de ciertas penas, a veces muy graves, para la repudiación es válida y el matrimonio queda disuelto. Por tanto, el divorcio dependía únicamente de la voluntad de los esposos.

Posteriormente, en la legislación del emperador cristiano Constantino, quedó establecido el principio de que ni al marido ni a la esposa les era lícito disolver el matrimonio por cualquier causa y éstas fueron limitadas a tres; “en la mujer debía ser o el adulterio o el maleficio o ser alcahueta, y en el marido o ser homicida o el maleficio o ser violador de sepulcros; otras causas, como por ejemplo. Si el marido era borracho, un jugador o un mujeriego, no eran suficientes para que la mujer pudiera dar el repudio; pero probadas y demostradas las causales legales, podía procederse al libelo de repudio, con la facultad de contraer un nuevo matrimonio. Por consiguiente, el repudio, aunque más limitado que en el derecho precedentes, seguirá existiendo y siendo legítimo, como también el divorcio, con el consiguiente concepto del adulterio romano, diverso del adulterio cristiano”.³¹

El divorcio como podemos ver apareció desde mucho tiempo antes que el Derecho Romano, desde el momento en que una pareja decidió unirse y vivir en comunidad, al surgir los problemas buscaron modo de solución y uno de los cuales fue la separación.

De lo antes reseñado se puede apreciar que el divorcio en el Derecho Romano, la institución del matrimonio no era tan rígida, basaban más el matrimonio en la voluntad

³⁰ PETIT, Eugene. Op. Cit., pág. 109-110.

³¹ CHAVEZ ASENCIO, Manuel. “La Familia en el Derecho, Relaciones Jurídicas Conyugales”. Edit. Porrúa, México 1999, pág. 429.

de los consortes que en las formalidades que éste pudiera tener, sin embargo, el marido tenía ciertos derechos sobre la mujer, como si este fuese su dueño, la mujer tenía que pedirle autorización para todo sino lo hacía de esta manera el podía divorciarse de ella.

En este derecho, existían diversas causa de divorcio, aunque no siempre eran necesarias para pedir el divorcio, siendo la más penada de todas el adulterio, de ahí que existieran dos tipos de divorcio el voluntario y el necesario, de lo cual se aprecia que guarda ciertas peculiaridades con nuestro derecho actual.

II.- Derecho Canónico.

“Derecho canónico. Derecho de la iglesia católica, contenido principalmente en el Corpus Juris Canonici”.³²

Principio fundamental de este derecho, en lo relativo al vínculo conyugal, es el que expresa el canon 1118 del código del mencionado derecho, dice: “El matrimonio válido, rato y consumado no puede ser disuelto por ninguna potestad humana ni por ninguna causa, fuera de la muerte”.³³

Y así como éste, algunos otros cánones que se verán más adelante regulaban la institución del divorcio.

La iglesia, conforme al Antiguo Testamento, donde se castigaba el adulterio con la muerte y la lapidación, y el Nuevo Testamento que vio también adulterio uno de los pecados más graves, se esforzó especialmente en inculcar en sus fieles que ambas partes tienen los mismos derechos y deberes y que, por tanto, no le está permitido al marido lo que se le prohíbe a la mujer, aunque no pudo hacer desaparecer fácilmente ni en general el prejuicio apoyado en el derecho y en la antigua tradición conservado con tenacidad.

³² PALLARES, Eduardo. Op. Cit., pág. 21.

³³ PALLARES, Eduardo. Op. Cit., pág. 22.

El derecho canónico no admitió el divorcio. Sin embargo, hasta el siglo VIII predominó la interpretación que del evangelio hizo San Mateo, estimando que por adulterio podía disolverse el matrimonio. En sentido contrario hubo la interpretación que llevaron a cabo San Lucas y San Marcos, en el sentido de que ni aún por adulterio, podría disolverse el matrimonio. En los primeros siglos, incluso algunos padres de la iglesia permitían el divorcio por adulterio. A partir del siglo VIII y hasta el siglo XIII se discutió en los concilios si era admisible el divorcio por adulterio, única causa posible. Fue ganando terreno la idea de que ni aún por adulterio era posible el divorcio, y el derecho francés antiguo evolucionó conforme a esta idea, para prohibir el divorcio. En realidad, no fue sino hasta el siglo XIII como ya quedó debidamente establecido que el matrimonio consumado entre bautizados, es decir, el matrimonio en donde ya hubo cópula carnal, no podía disolverse, ni aún por adulterio.

En el derecho canónico, a partir del siglo XIII quedó establecido que jamás podría haber disolución del vínculo matrimonial, pero para los matrimonios ya consumados por la cópula carnal, y entre bautizados. Para los matrimonios no consumados, es decir, aquellos matrimonios denominados ratos, en los que no llegó a existir la cópula carnal, se distinguía el matrimonio entre los bautizados y no bautizados. Es decir, cuando uno de los consortes era bautizado y el otro no, cabía entonces la posibilidad de disolver el matrimonio, bien por profesión de la fe religiosa, bien por autorización de la sede apostólica. Si el matrimonio era entre no bautizados, fuese consumado o no consumado se autorizaba la disolución del matrimonio en los casos en que uno de los consortes se convirtiese al catolicismo y el otro continuara como infiel, y siempre cuando hubiera peligro de que éste pudiera pervertir al otro. Entonces, se permitía al consorte católico que por la celebración de un matrimonio nuevo, quedase de pleno derecho disuelto el anterior, y siempre que fuese con persona bautizada y para poder mantener a los hijos dentro de la religión católica. Si no había ese nuevo matrimonio para realizar esos fines, el matrimonio anterior no quedaba disuelto.

“Sólo más tarde, en la Edad Media, el derecho canónico continúa con éxito la lucha contra el divorcio, declarando que el matrimonio es indisoluble por naturaleza,

pero permitiendo como remedio para situaciones inaguantables, la declaración de nulidad, dispensas por no haberse consumado el matrimonio y el privilegio Paulino. La teología protestante generalmente admite el divorcio por adulterio, de acuerdo con el evangelio de San Mateo. En nuestra época, en vista de la secularización del derecho matrimonial, se admite con creciente facilidad el divorcio por causas enumeradas en la ley, el divorcio por mutuo consentimiento”.³⁴

La iglesia griega se atuvo a la más amplia concepción del derecho romano. Los padres de la iglesia en un principio se mostraron reticentes a admitir el trozo del evangelio de San Juan relativo al perdón otorgado por el señor a la mujer adúltera. Creyeron que algunas mentes poco fuertes podrían llegar a pensar que Cristo estaba cobijando el adulterio. En realidad, los párrafos relativos muestran en forma verdaderamente elocuente la infinita misericordia del Verbo hecho carne.

De esta manera, la iglesia condena el divorcio en cuanto al vínculo, y en cánones posteriores que tratan de la nulidad del matrimonio y de la separación del lecho y habitación, únicamente permite esta última, en determinados casos, que enseguida se dan a conocer.

Can. 1128. “Los cónyuges deben hacer en común vida conyugal, si no hay una causa justa que los excuse”.

La causa principal que autoriza la separación de que se trata es lo que el Código llama crimen de adulterio, y así lo expresa el canon número 1129, que dice: “Por adulterio de uno de los cónyuges puede el otro, permaneciendo el vínculo, romper, aún para siempre, la vida en común, a no ser que él haya condonado expresa o tácitamente, o él mismo lo haya también cometido”.

“Hay condonación tácita si el cónyuge inocente, después de tener certeza del crimen de adulterio, convivió espontáneamente con el otro cónyuge con afecto marital;

³⁴ FLORIS MARGADANT, Guillermo. Op. Cit., pág. 157.

se presume la condonación si en el plazo de seis meses no apartó de sí al cónyuge adúltero, ni lo abandonó, ni lo acusó en forma legítima”.³⁵

Esta norma es justa, y hay que lamentar que nuestros códigos no contengan una correlativa, o por lo menos análoga. En la práctica, suceda muchas veces que ya sea el esposo o la mujer, por su conducta disoluta, orille al otro cónyuge a cometer adulterio, en cuyo caso la justicia pide que el causante indirecto de la infidelidad no tenga derecho a pedir el divorcio.

El canon 1130 previene: “El cónyuge inocente, una vez que se ha separado legítimamente, ya sea por sentencia del juez o por autoridad propia, jamás tiene obligación alguna de admitir de nuevo al cónyuge adúltero al consorcio de la vida; pero puede admitirlo a llamarlo, a no ser que, consistiéndole él, haya abrazado un estado contrario al matrimonio”.

El canon 1131, considera otras causas de separación, no tan graves como la de adulterio, y que por no serle, solamente autorizan una separación temporal y no la definitiva que produce aquél. Dice lo siguiente: “Si uno de los cónyuges da su nombre a una secta acatólica; si educa acatólicamente a los hijos, si lleva una vida de vituperio o de ignominia, si es causa grave de peligro para el alma o para el cuerpo del otro; si con sus sevicias hace la vida en común demasiado difícil; esto y otras cosas semejantes son todas ellas causas legítimas para que el otro cónyuge pueda separarse con autorización del ordinario local, y hasta por autoridad propia, si le consta con certeza y hay peligro en la tardanza”.

El canon 1132, nos dice: “Verificada la separación, los hijos deben educarse al lado del cónyuge inocente, y si uno de los cónyuges es acatólico, al lado del cónyuge católico; a no ser que en uno y en otro caso haya el ordinario decretado otra cosa atendiendo al bien de los mismos hijos, y dejando siempre a salvo su educación católica”.

³⁵ PALLARES, Eduardo. Op. Cit., pág. 221.

Esta norma producía un resultado al parecer injusto ya que si el cónyuge no culpable profesa una religión no católica, por ese hecho perderá la patria potestad sobre sus hijos, a pesar de su inocencia

El derecho canónico se caracteriza en esta materia por consignar la indisolubilidad del matrimonio pues lo considera sacramento perpetuo. El canon 118 declara: “El matrimonio válido, rato y consumado no puede ser disuelto por ninguna causa, fuera de la muerte. Solamente permite disolver el vínculo por dos causas: el matrimonio no consumado y el matrimonio entre no bautizados, llamado este privilegio Paulino, a favor de la fe”.³⁶

Aparte de estas dos causas que extinguen el vínculo matrimonial y otorgan libertad a los excónyuges de contraer nuevo matrimonio, el derecho canónico regula el llamado divorcio - separación. Consiste el mismo en la separación de lecho, mesa y habitación, con persistencia del vínculo. Las causas para pedir este tipo de divorcio no vincular son varias, entre ellas el adulterio, el separarse un cónyuge de los principios católicos, llevar vida de vituperio o ignominia, y la sevicia.

La influencia del derecho canónico fue decisiva en las legislaciones de Europa y en todos los demás países de ascendencia jurídica romano-germánica, entre ellos los códigos mexicanos del siglo pasado.

La disolución en el derecho canónico equivale al divorcio en materia civil. En realidad sus efectos son los mismos, pues en ambos se deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro matrimonio.

En realidad no se distingue del divorcio, aunque éste semánticamente no es un término apropiado, porque del latino “divertere” propiamente significa marchar del lugar; en el matrimonio importa realmente la separación de los esposos, quienes

³⁶ Diccionario Jurídico Mexicano. Instituto de Investigaciones Jurídicas. U.N.A.M. Edit. Porrúa, México, 1999, pág. 1185.

abandonan la unión, o mejor, la convivencia, marchándose cada uno por su lado. No ofrece este vocablo específicamente la que vulgarmente se acepta hoy en todo el mundo, es decir, la ruptura del vínculo y consecuentemente del consorcio de vida.

“La disolución, en cambio, significa la desunión, físicamente, de las partes de una cosa, y moralmente, que es nuestro caso, la ruptura del vínculo que une a los esposos. Verdad es que habiendo heredado la Iglesia la palabra divorcio, que tanto era usada entre los romanos, limitó su alcance aplicándose al divorcio llamado imperfecto, y así vino utilizándose en la doctrina de la Iglesia, hasta que el Codex Juris Canonici desterró de los pleitos separatorios, dejando para determinados casos, similares al divorcio pleno, la palabra disolución”.³⁷

En un principio, la Iglesia considera a todo matrimonio indisoluble, según las palabras del Concilio Vaticano II (123): “Este amor ratificado por el mutuo consentimiento y sobre todo por el sacramento de Cristo, resulta indisolublemente fiel, en cuerpo y mente, en prosperidad y en adversidad, y, por lo tanto quedó excluido de él todo adulterio o divorcio. A lo que sin espíritu contradictorio y con el mayor respeto nos permitimos observar, que en la realidad cotidiana, resulta cierto que la Iglesia no admite el divorcio, pero sí la disolución del matrimonio católico en ciertos casos y circunstancias; y esto desde los primeros tiempos del cristianismo hasta nuestros días.

El Derecho Canónico, a diferencia del derecho romano cambia en razón de que no permite la existencia del divorcio, ya que era sumamente penado por la iglesia, puesto que se basaba principalmente en la religión y en lo que dijera la iglesia, el divorcio sólo se podía llevar a cabo y ser perdonado aquel que se hubiese realizado entre bautizados, si sólo lo era uno, el fuera bautizado contrayendo matrimonio con persona bautizada, automáticamente el anterior quedaba disuelto, y si ninguno de los dos era bautizado el matrimonio no se podía disolver.

³⁷ CHAVEZ ASENCIO, Manuel. “La Familia en el Derecho, Relaciones Jurídicas Conyugales” Edit. Porrúa, 1ª Ed. México, 1999, pág. 461.

Este derecho se basaba principalmente en sus cánones, los cuales regían las relaciones conyugales, de ahí que no fueran dirigidas por las leyes civiles, cosa que hoy en día no sucede ya que nuestro derecho es laico, general y abstracto.

III.- Código Civil de 1870.

El capítulo V de dicho ordenamiento regulaba lo relativo al divorcio. En este Código se parte de la noción del matrimonio como unión indisoluble y, como consecuencia lógica, no se admite el divorcio vincular. El artículo respectivo señaló seis causas de divorcio (separación de cuerpos), cuatro de las cuales constituían delitos. De las restantes, la sevicia podía constituir delito, pero aun en el supuesto de no llegar a este grado, se le consideró como causa de divorcio. Las causas de divorcio señaladas en dicho ordenamiento, “además de inducir sospecha fundada de mala conducta, siembran el resentimiento y la desconfianza, y hacen sumamente difícil la unión conyugal”.

En el derecho a la separación se ha contemplado una salvaguardia de la personalidad física y espiritual del cónyuge; pero tal noción parece desproporcionada a los efectos concretos que nacen de la separación. Más propiamente, se dirá que la separación es el medio para dispensarse del deber de la convivencia, o sea de uno de los efectos personales del matrimonio; en verdad, debiéndose por los cónyuges observar las restantes obligaciones (fidelidad y asistencia), los deberes personales que nacen del matrimonio no encuentran otras atenuaciones. Otra cosa es que, de hecho, los cónyuges (o uno de ellos), entiendan la separación también como dispensa del deber de fidelidad o de asistencia; en derecho, estas dos obligaciones persisten aun después de la separación.

Los artículos 239 y 240 del citado código de 1870 disponían respectivamente: “El divorcio no disuelve el vínculo del matrimonio: suspende alguna de las obligaciones civiles, que se expresarán en los artículos relativos de este código”; “Son causas legítimas de divorcio; 1ª.- El adulterio de uno de los cónyuges; 2ª.- La propuesta del marido para prostituir a su mujer, no sólo cuando el mismo marido lo haya hecho

directamente, sino cuando se pruebe que ha recibido dinero o cualquier remuneración con el objeto expreso de permitir que otro tenga relaciones ilícitas con su mujer; 3ª.- La incitación o la violencia hecha por un cónyuge al otro para cometer algún delito aunque no sea de incontinencia carnal; 4ª.- El conato del marido o de la mujer para corromper a los hijos, o la convivencia en su corrupción; 5ª.- El abandono sin causa justa del domicilio conyugal, prolongado por más de dos años; 6ª.- La sevicia del marido con su mujer o la de ésta con aquél; 7ª.- La acusación falsa hecha por un cónyuge al otro”.³⁸

Este ordenamiento, se encuentra inspirado por un profundo proteccionismo al matrimonio, como institución indisoluble, debido a lo cual interpuso a la realización del divorcio, una serie de trabas y formalidades. Al efecto, después de una serie de separaciones temporales, en las cuales, al finalizar el plazo de cada una de ellas, el juez exhortaba a los cónyuges en conflicto, para que diesen por terminado el juicio de divorcio, intentaba en la última audiencia su reconciliación, antes de pronunciar la sentencia definitiva. Asimismo, se prohibía el divorcio por separación de cuerpos cuando el matrimonio llevaba veinte años o más de constituido. Ahora bien, el Código Civil de 1870 señalaba como condición indispensable, para gestionar el divorcio por separación de cuerpos, el que hubiere transcurrido dos años como mínimo, desde la celebración del matrimonio. antes de los cuales la acción de divorcio era improcedente.

Enseguida, considero apropiado transcribir algunos de los artículos relativos a las exigencias de índole formal requeridas por dicho código, en materia de divorcio.

Art. 246: Cuando ambos consortes convengan en divorciarse, en cuanto al lecho y habitación, no podrán verificarlo sino ocurriendo por escrito al juez, y en los términos que expresan los artículos siguientes: en caso contrario, aunque vivan separados se tendrán como unidos para todos los efectos legales del matrimonio.

Art. 247: El divorcio por mutuo consentimiento no tiene lugar después de veinte años de matrimonio, ni cuando la mujer tenga más de cuarenta y cinco años de edad.

³⁸ CHAVEZ ASENCIO, Manuel. Op. Cit., pág. 443.

“Se prohibía el divorcio por separación de cuerpos, cuando el matrimonio tenía veinte años o más de constituido. Era condición para gestionar el divorcio el que hubiere transcurrido dos años, como mínimo, desde la celebración del matrimonio, antes de los cuales la acción de divorcio era improcedente”.³⁹

Art. 251: Pasados los tres meses, sólo a petición de alguno de los cónyuges, citará el juez otra junta en que los exhortará de nuevo a la reunión; y si ésta no se lograre, dejará pasar aún otros tres meses.

Art. 252: Vencido este segundo plano, si alguno de los cónyuges pidiere que se determine sobre la separación, el juez decretará ésta, siempre que le conste que los cónyuges quieren separarse libremente.

Art. 253: Al decidir sobre la separación, el juez aprobará el convenio de que habla el artículo 249, si por él no se violan los derechos de los hijos o de un tercero.

Art. 255: Si dentro de los ocho días siguientes a cualquiera de los plazos señalados en los artículos 250 y 251, no promueve ninguno de los cónyuges, dichos plazos correrán de nuevo.

Art. 256: Mientras no cause ejecutoria la sentencia que se pronuncie sobre la separación, sólo podrán observarse los arreglos provisorios en lo que no perjudiquen los derechos de tercero.

Art. 258: Si pasado este término, los consortes insisten en la separación, el juez procederá como está prevenido en los artículos 248 a 257, duplicando todos los plazos fijos en ellos.

³⁹ Idem., pág. 443.

Art. 259: Lo mismo se hará si concluido el término de la segunda separación, insisten en ellas los consortes; pero en esta vez no se duplicarán ya los plazos. Lo dispuesto en este artículo se observará siempre que concluido el término de una separación, los consortes insistan en el divorcio.

Art. 260: los cónyuges de común acuerdo pueden reunirse en cualquier tiempo.

Art. 263: La reconciliación de los cónyuges deja sin efecto ulterior la ejecutoria que declaró el divorcio. Pone también término al juicio si aún se está instruyendo, pero los interesados deberán denunciar su nuevo arreglo al juez, sin que la omisión de esta noticia destruya los efectos producidos por la reconciliación.

Art. 264: La icy presupone la reconciliación, cuando después de decretada la separación o durante el juicio sobre ella, ha habido cohabitación de los cónyuges".⁴⁰

En este código no se admite el divorcio vincular, también existían causales de divorcio las cuales en su mayoría constituían un delito, no se aceptaba el divorcio voluntario entre consortes que tuvieran más de veinte años de casados, para la separación voluntaria ya tienen que traer un acuerdo de cómo van a quedar sobre los hijos y los bienes, además las juntas de avenencia que hace el juez no tiene limite siempre que uno de los cónyuges se lo pida al juez éste podrá volverlos a citar, y algo particular era que los cónyuges podían regresar a estar juntos cuando quisieran y con eso quedaba sin efectos el divorcio.

IV.- Código Civil de 1884.

Los Códigos de 1870 y 1884 no aceptaron el divorcio vincular, reglamentado en cambio sólo el divorcio por separación de cuerpos. Entre ambos códigos sólo existe una diferencia de grados, es decir, el de 1870, estatúa mayores requisitos, audiencias y plazos para que el juez decretara el divorcio por separación de cuerpos, los que redujo

⁴⁰ ROJINA VILLEGAS, Rafael. "Derecho Civil Mexicano" Tomo II. Derecho de Familia, Edit. Porrúa, México, 1998, pág. 338-391.

considerablemente el Código de 1884. Algunas de las causales se repiten en el actual Código de 1928.

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

Considero hacer notar que aquí sí procedía el divorcio voluntario, aunque la pareja tuviera más de veinte años de casados y sin importar la edad de la mujer, a diferencia de lo que señalaba el Código de 1870.

Como causas de divorcio señalaba dicho código, el adulterio de uno de los cónyuges, el hecho de dar a luz, durante el matrimonio un hijo concebido antes del contrato (de matrimonio) y que judicialmente se le declarara ilegítimo; la propuesta del marido para prostituir a la mujer, o permitir de alguna manera dicha prostitución; la violencia hecha por uno de los cónyuges para que el otro cometiera algún delito; el conato de alguno de los cónyuges para tolerar o corromper a los hijos; el abandono del domicilio conyugal sin causa justificada; la sevicia, la acusación falsa hecha por un cónyuge contra el otro, etc.

En el caso de que ambos consortes de común acuerdo desearan separarse del lecho y habitación, deberían acudir ante el juez para que éste la decretara, no siendo bastante el simple hecho de la separación para considerarse como efectuado el divorcio, sino que éste debía ser decretado por la autoridad judicial competente.

El Código Civil, de 1884, en forma general, reprodujo los preceptos del código anterior, en cuanto a la naturaleza de divorcio, sus efectos y sus formalidades. Sin embargo, nos encontramos ante el hecho indiscutible de haber reducido notablemente los trámites necesarios para la consecución del divorcio, ya que sin abolir por completo la serie de trabas que señalaba el código de 1870, sí hizo más fácil la separación de cuerpos. Al efecto hago la transcripción de los artículos relativos a las formalidades indispensables, para obtener el divorcio:

"Art. 233: La separación no puede pedirse sino pasados dos años después de la celebración del matrimonio. Presentada la solicitud, el juez citará a los cónyuges a una junta, en que procurará restablecer entre ellos la concordia; y si no lo lograre, aprobará el arreglo provisorio con las modificaciones que crea oportunas, con audiencia del ministerio público y cuidando de que no se violen los derechos de los hijos o de un tercero.

Art. 234: Transcurrido un mes desde la celebración de la junta que previene el artículo anterior, a petición, de cualquiera de los cónyuges, el juez citará otra junta en que los exhortará de nuevo a la reunión, y si ésta no se lograre, decretará la separación, siempre que le conste que los cónyuges quieren separarse libremente, y mandará reducir a escritura pública el convenio a que se refiere el artículo anterior".⁴¹

Salta a la vista, pues, que el gran número de juntas o audiencias a que hacía mención el Código de 1870, quedaron reducidas exclusivamente a dos y los plazos de tres meses que señalaba el código, se limitaron exclusivamente a un mes, además de que ya no se reprodujo el artículo 258 del Código Civil de 1870, en donde se duplicaban los plazos de tres meses señalados por los artículos 248 a 257. Así pues, señalamos como diferencia radical entre ambos ordenamientos, la de haber facilitado el divorcio por separación de cuerpos.

⁴¹ ROJINA VILLEGAS, Rafael. Op. Cit., pág. 398.

Este código se diferenciaba en algunas cuestiones al anterior, sobre todo en las juntas a las cuales citaba el juez durante el procedimiento de divorcio lo cual en este se limitó a dos solamente, después de cerciorarse el juez de que se querían separar libremente, además de incluir otras causales de divorcio.

V.- Ley Sobre las Relaciones Familiares.

“A partir de esta ley, expedida en 1917 por Venustiano Carranza, se logró el paso definitivo en materia de divorcio, al estatuir que el matrimonio es un vínculo disoluble, y que por lo tanto, el divorcio sí daba término a dicho vínculo, permitiendo a los divorciados, celebrar nuevas nupcias.

El artículo 75 de dicha ley, marcaba: El divorcio disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro.

El divorcio por separación de cuerpos se relegó a segundo término, quedando exclusivamente como excepción relativa a la causal señalada en la fracción IV del artículo 76, que se refería a enfermedades crónicas e incurables, contagiosas o hereditarias, dejando a la voluntad del cónyuge sano, pedir el divorcio vincular o la simple separación del lecho y habitación”.⁴²

Una vez ejecutoriado el divorcio, se procedería a la liquidación de la sociedad conyugal en caso de que bajo este régimen se hubiera celebrado el matrimonio, teniendo la obligación los padres de aportar conforme a su caudal, la cantidad suficiente por concepto de alimento a los hijos. Si la mujer no hubiere dado causa al divorcio, tenía derecho a recibir alimentos mientras viviera honestamente y no contrajera nuevas nupcias; si el marido fuere el inocente y estuviere imposibilitado de proveer por sí mismo a su subsistencia de divorcio.

⁴² CHAVEZ ASENCIO, Manuel. Op. Cit., pág. 445.

Por virtud del divorcio, decía el artículo 102, los cónyuges recobrarán su entera capacidad para contraer un nuevo matrimonio, salvo lo dispuesto en el artículo 140 y cuando el divorcio se haya declarado por causa de adulterio, pues en este último caso, el cónyuge culpable no podrá contraer un nuevo matrimonio sino después de dos años de pronunciada la sentencia de divorcio.

"Art. 140: La mujer no puede contraer segundo matrimonio sino hasta pasados trescientos días después de la disolución del primero. En los casos de nulidad o de divorcio puede contarse ese tiempo desde que se interrumpió la cohabitación.

Art. 93: Al admitirse la demanda de divorcio, o antes si hubiere urgencia, se adoptaran provisionalmente, y sólo mientras duren los procedimientos judiciales, las disposiciones siguientes:

I.- Separar a los cónyuges en todo caso:

II.- Depositar en casa de persona decente a la mujer, si se dice que ésta ha dado causa al divorcio y el marido pidiere el depósito. La casa que para esto se destine será designada por el juez. Si la causa por la que se pide el divorcio no supone culpa en la mujer ésta no se depositará sino a solicitud suya;

III.- Poner a los hijos al cuidado de uno de los cónyuges o de los dos, observándose lo dispuesto en los artículos 94, 95 y 96.

IV.- Señalar y asegurar alimentos a la mujer y a los hijos que no queden en poder del padre.

V.- Dictar las medidas conducentes para que el marido no cause perjuicio en sus bienes a la mujer, y

VI.- Dictar, en su caso, las medidas precautorias que la ley establece respecto de las mujeres que queden encinta.

El artículo 180 exigía, para que el divorcio se consumara, que fuera decretado por la autoridad judicial competente y en ningún momento bastaba la separación del hogar conyugal de común acuerdo.

Dentro de las formalidades exigidas por la Ley Sobre Relaciones Familiares, para el divorcio voluntario, se encuentran las señaladas en los artículos 82 y 83.

Art. 82: El divorcio por mutuo consentimiento, no puede pedirse sino pasado un año de la celebración del matrimonio. Presentada la solicitud, el juez de primera instancia del domicilio de los cónyuges remitirá extracto de ella al juez del estado civil del mismo lugar, para que éste la haga publicar en la tabla de avisos, y citará a los solicitantes a una junta, en la cual procurará restablecer entre ellos la concordia y cerciorarse de la completa libertad de ambos para divorciarse. Si no lograre avenirlos, se celebrarán todavía, con el mismo objeto, dos juntas más, que el juez citará a petición de ambos cónyuges. Esta petición no podrá hacerse sino después de transcurrido un mes desde la última junta celebrada. Entre una y otra deberá mediar cuando menos un mes.

Art. 83: Si celebradas las tres juntas mencionadas, los cónyuges se mantuvieren firmes en el propósito de divorciarse, el juez aprobará el arreglo con las modificaciones que crea oportunas, oyendo al efecto al ministerio público y cuidando de que no se violen los derechos de los hijos o de terceras personas".⁴³

En caso de que el procedimiento del divorcio por mutuo consentimiento, quedare en suspenso por más de seis meses, no podía reanudarse, sino volviéndose a efectuar las publicaciones en las tablas de avisos a que hacía referencia el artículo 82.

Una vez pedido el divorcio por mutuo consentimiento, los cónyuges podían reunirse en cualquier momento, pero no podían volver a solicitar su divorcio, sino después de pasado un año de su reconciliación.

El artículo 88 disponía: El divorcio sólo puede ser demandado por el cónyuge que no haya dado causa a él, y dentro de seis meses después que hayan llegado a su noticia los hechos en que se funde la demanda.

⁴³ PALLARES, Eduardo. Op. Cit., pág. 233.

Las causales de divorcio señaladas en el artículo 76, eran validas para intentar la acción, siempre y cuando no hubiera mediado perdón o remisión expresa o tácita.

Continuando con esta evolución histórica, la citada ley tomó en cuenta las causas de divorcio que reguló el código de 1884, pero suprimió la infracción de las capitulaciones matrimoniales, que ha sido ese código el único que la admitió, pues ni el de 1870, ni la Ley Sobre Relaciones Familiares, ni después, el código vigente, han admitido que la infracción de las capitulaciones matrimoniales pueda disolver el vínculo. Se agrega en el artículo 76, que en esa ley de relaciones enumera las causas de divorcio, la siguiente: “Cometer un cónyuge contra la persona o los bienes de otro, un acto que sería punible en cualquier otra circunstancia, o tratándose de persona distinta de dicho consorte, siempre que tal acto tenga señalado en la ley, una pena que no baje de un año de prisión”.

En este código vemos que ya se admite la disolución del vínculo matrimonial y la separación de cuerpos pasa a segundo término, aquí ya se estipulaban diversas medidas preventivas durante el procedimiento de divorcio, aunque se hace notar que la primera de éstas decía “depositar en casa decente a la mujer”, como si ésta fuese un objeto de lo cual afortunadamente sólo fue en esta ley.

VI.- Código Civil Vigente.

El Código Civil vigente en su artículo 266 reprodujo el artículo 75 de la Ley Sobre Relaciones Familiares, que a la letra dice: “El divorcio disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro.
...”.

En nuestra legislación civil vigente, debemos distinguir cuatro formas distintas de divorcio, tres de las cuales se encontraban ya reglamentadas en las codificaciones anteriores, consistentes en: a) divorcio necesario; b) divorcio voluntario; c) separación

de cuerpos, y la introducción de un nuevo sistema de divorcio, que se ha denominado: d) divorcio voluntario de tipo administrativo.

En nuestro código a estudio, se trató de equiparar en lo posible las causas de divorcio, en lo que se refiere al hombre y la mujer; pero sobre todo se intentó garantizar los intereses de los hijos, que a menudo son víctimas de la disolución de la familia.

Dentro de las causales de divorcio encontramos enumeradas las mismas del Código de 1884 y de la Ley Sobre Relaciones Familiares, con la característica de haberse formulado en términos más claros y utilizando tecnicismos que dan mayor exactitud a su contenido; de lo cual es necesario transcribir las actuales causales de divorcio que señala el artículo 267 de nuestro actual código:

“Artículo 267: Son causales de divorcio:

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

II.- El hecho de que durante el matrimonio nazca un hijo concebido, antes de la celebración de éste, con persona distinta a su cónyuge, siempre y cuando no se hubiere tenido conocimiento de esta circunstancia;

III.- La propuesta de un cónyuge para prostituir al otro, no sólo cuando él mismo lo haya hecho directamente, sino también cuando se pruebe que ha recibido cualquier remuneración con el objeto expreso de permitir que se tenga relaciones carnales con ella o con él;

IV.- La incitación o la violencia hecha por un cónyuge al otro para cometer algún delito;

V.- La conducta de alguno de los cónyuges con el fin de corromper a los hijos, así como la tolerancia en su corrupción;

VI.- Padecer cualquier enfermedad incurable que sea además, contagiosa o hereditaria, y la impotencia sexual irreversible, siempre y cuando no tenga su origen en la edad avanzada;

VII.- Padecer trastorno mental incurable, previa declaración de interdicción que se haga respecto del cónyuge enfermo;

VIII.- La separación injustificada de la casa conyugal por más de seis meses;

IX.- La separación de los cónyuges por más de un año, independientemente del motivo que haya originado la separación, la cual podrá ser invocada por cualquiera de ellos;

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

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

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

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

XIV.- Haber cometido uno de los cónyuges un delito doloso por el cual haya sido condenado, por sentencia ejecutoriada;

XV.- El alcoholismo o el hábito de juego, cuando amenacen causar la ruina de la familia o constituyan un continuo motivo de desavenencia;

XVI.- Cometer un cónyuge contra la persona o bienes del otro, o de los hijos, un delito doloso, por el cual haya sido condenado por sentencia ejecutoriada;

XVII.- La conducta de violencia familiar cometida o permitida por alguno de los cónyuges contra el otro, o hacia los hijos de ambos, o de alguno de ellos. Se entiende por violencia familiar la descrita en este código;

XVIII.- El incumplimiento injustificado de las determinaciones de las autoridades administrativas o judiciales que se hayan ordenado, tendientes a corregir los actos de violencia familiar;

XIX.- El uso no terapéutico de las sustancias ilícitas a que hace referencia la Ley General de Salud, y las lícitas no destinadas a ese uso, que produzcan efectos

psicotrópicos, cuando amenacen causar la ruina de la familia o constituyan un continuo motivo de desavenencia;

XX.- El empleo de métodos de fecundación asistida, realizada sin el consentimiento de su cónyuge; y

XXI.- Impedir uno de los cónyuges al otro, desempeñar una actividad en los términos de lo dispuesto por el artículo 169 de este código.

La anterior enumeración de las causales de divorcio, es de carácter limitativo; por tanto, cada causal es de naturaleza autónoma".⁴⁴

Se hace notar que con las nuevas reformas al Código Civil, con relación a las causales de divorcio éstas ya no especifican si el hombre o la mujer sino hablan de una manera genérica, a su vez se implementaron algunas cuestiones con relación a la violencia familiar y tratan de proteger más a los hijos, y principalmente la que es materia de esta investigación que es la fracción XX la cual será tratada en el último capítulo del presente trabajo.

Al señalar con anterioridad los cuatro tipos o clases de divorcio admitidos por la legislación vigente mencionamos la simple separación de cuerpos, que si bien nos es propiamente un divorcio de acuerdo con la definición dada en el artículo 266 ya que el vínculo matrimonial perdura, si se presenta como un caso de excepción en lo relativo a las causales señaladas por las fracciones VI y VII del artículo 267. Ahora bien, tratándose de estas causales, el cónyuge sano puede optar entre el divorcio vincular o bien, porque la autoridad judicial decrete la separación en cuanto al lecho y habitación, estos en protección del cónyuge sano y de sus hijos, pero perdurarán las demás obligaciones civiles que impone el matrimonio.

Este ordenamiento reprodujo las mismas causales de la Ley Sobre Relaciones Familiares, suprimiendo también, la infracción de las capitulaciones matrimoniales, pero se introducen nuevas: desde luego se comprenden los vicios, no sólo la embriaguez consuetudinaria sino el uso inmoderado de las drogas enervantes, y el juego. Además, el

⁴⁴ Código Civil para el Distrito Federal, en Materia Común y para toda la República en Materia Federal.

código vigente admite una causa que aparentemente resulta injusta y contradictoria, por cuanto que en los casos de que un cónyuge se separa por motivo justificado del domicilio conyugal, si no entabla demanda de divorcio dentro de un año, el otro cónyuge que fue el culpable, que obligó al primero a separarse, por ejemplo, por adulterio, por injurias, por sevicia, tendrá el derecho, no obstante haber sido el culpable, de promover como cónyuge inocente, demanda de divorcio.

La razón que tuvo el código es la siguiente: la separación justificada de la casa conyugal, cuando un consorte haya dado causa suficiente para ello, faculta al otro, para entablar su demanda de divorcio dentro de seis meses, que es el término que la ley da para la caducidad de las acciones de divorcio. Pasado ese término, necesariamente, se extinguen las acciones. Luego entonces, ese cónyuge inocente, si no entabla su demanda dentro de seis meses haciendo valer la causa que tuvo para separarse, y que estimó justificada, por ejemplo, que fue gravemente injuriado, golpeado, que hubo adulterio del otro consorte, querrá decir que perdonó esa causa, porque la ley estatuye de pleno derecho que se ha extinguido, partiendo de un perdón tácito que da el cónyuge inocente al culpable. En ese momento en que se cumplen los seis meses, ya la separación del cónyuge no es justificada, ya que tiene que regresar al hogar conyugal, pues perdonó la causa que tuvo para haberse separado, y perdió la acción de divorcio que pudo ejercitar, corriéndole desde ese momento un término de seis meses de separación injustificada y es por eso que la ley dice que al año podrá, el que dio causa para la separación, entablar demanda de divorcio contra aquel cónyuge que tuvo razón para separarse, y que no quiso hacer valer su demanda de divorcio dentro de los seis meses que le da la ley, ni regresó a la casa conyugal en los seis meses siguientes, de tal manera que entonces quedó consumada la causa que establece que el abandono injustificado de la casa conyugal, por más de seis meses, es una causa de divorcio. Hay perfecta congruencia, justificada además por el hecho de que esta separación que dura más de un año, rompe la vida conyugal, constituyendo un estado contrario al estado matrimonial. En cuanto a los delitos que cometiere un cónyuge contra tercera persona, la Ley Sobre Relaciones Familiares, no exigía que el delito fuera infamante, bastaba que se tuviese una pena mayor de dos años de prisión.

En cambio, el Código Civil, exige: que se trate de delitos no políticos esto es absolutamente necesario en México, y segundo, que sean infamantes, porque actualmente, sobre todos los delitos de imprudencia, especialmente en la condición de vehículos pueden tener una pena mayor de dos años de prisión. El maniquismo moderno, las grandes construcciones, la rapidez de los transportes, es decir, la intensificación de la vida moderna, ha dado lugar a que puedan existir muchos delitos de imprudencia, lesiones, homicidios, que podrán sancionarse con más de dos años de prisión, especialmente el homicidio por imprudencia, pero que evidentemente no deben ser una causa de divorcio. Por ello el código requiere que el delito no sea político y que además sea infamante y que tenga señalada una pena mayor de dos años de prisión.

A mi parecer resulta más completo este código, ya que recopila aunque de manera diferente cuestiones de los anteriores códigos, ya que en éste se amplían las causales de divorcio, se protege más a la familia y se trata de solucionar los diferentes problemas conyugales de una manera más pronta y de la mejor forma posible.

Capítulo III.- El divorcio.

1.- Concepto y naturaleza jurídica.

Antes de entrar al estudio del divorcio conviene hacer algunas referencias sobre la responsabilidad de la familia y de los abogados.

El matrimonio como célula básica de la sociedad, es de orden público y en la medida que se integren será más fuerte, próspero y dinámico el país. Corresponde a todos procurar la protección para la permanencia y promoción del matrimonio e integración de la familia. Especialmente tenemos responsabilidad los juristas, por conocer, no sólo el aspecto natural de la relación hombre-mujer como pareja conyugal, sino también la estructura jurídica que se encuentra en las normas constitucionales, en la legislación federal en las leyes estatales para proteger y promover estas instituciones.

Es nuestra responsabilidad procurar la integración familiar en beneficio de México, al ser conscientes de que muchas de las carencias y problemas que observamos en la sociedad pueden evitarse y superarse al lograr una vida familiar sana, donde los valores humanos y religiosos se enseñen, y, sobre todo, se viva con el testimonio. La vida familiar y conyugal no puede incrementarse mediante decretos. A los familiares y a los cónyuges corresponde la vivencia de los valores familiares y conyugales para su integración como pareja y como miembros de una familia.

Por lo tanto, el abogado no debe facilitar el divorcio o tener una actitud pasiva frente a este problema, sino buscar y aconsejar para lograr la integración conyugal.

"Esto conlleva a la necesidad de contar con instituciones e instrumentos que promuevan la integración familiar y conyugal. Corresponde a la comunidad, es decir, a todos, procurarla según nuestros medios. Corresponde al Estado, a través de las instituciones públicas, la promoción familiar y conyugal. Corresponde a la Iglesia dotar a la familia de los auxilios espirituales necesarios para hacer de ellas una verdadera

Iglesia doméstica. En especial corresponde a los cónyuges y familiares vivir su matrimonio y su familia según los valores humanos y cristianos para dar testimonio que es necesario hoy día".⁴⁵

"Otra forma de disolución del estado matrimonial –y, por ende, de poner término a éste en vida de los cónyuges - es el divorcio, entendido legalmente como el único medio racional capaz de subsanar, hasta cierto punto, las situaciones anómalas que se generan en ciertas uniones matrimoniales y que deben desaparecer ante la imposibilidad absoluta de los consortes de conseguir su superación".⁴⁶

"El divorcio, puede ser estudiado desde diferentes puntos de vista: el moral, el filosófico, el religioso, el social, el jurídico. Dada la naturaleza de esta obra, nosotros debemos tratarlo, principalmente, en su aspecto jurídico, sin que con ello queramos decir, ni mucho menos, que éste es el único interesante, pues todos tienen una importancia extraordinaria.

La palabra divorcio, en el lenguaje corriente, contiene la idea de separación; en el sentido jurídico, significa extinción de la vida conyugal, declarada por autoridad competente, en un procedimiento señalado al efecto, y por una determinada de modo expreso. De acuerdo con el Código Civil vigente el divorcio disuelve el vínculo matrimonial y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro"⁴⁷.

"El divorcio es un acto jurisdiccional o administrativo por virtud del cual se disuelve el vínculo conyugal y el contrato del matrimonio concluye, tanto con relación a los cónyuges y como respecto de terceros".⁴⁸

⁴⁵ CHAVEZ ASENCIO, Manuel. "La Familia en el Derecho, Relaciones Jurídicas Conyugales", Ed. Porrúa, 1ª Edición, México, 1999, págs. 469-470.

⁴⁶ BAQUEIRO ROJAS, Edgar y BUEN ROSTRO BAEZ, Rosalia. "Derecho de Familia y Sucesiones". Ed. Harla, México, 1999, pág. 147.

⁴⁷ DE PINA VARA, Rafael. "Elementos de Derecho Civil Mexicano", Edit. Porrúa, Volumen II, México 1992, pág. 338.

⁴⁸ PALLARES, Eduardo. "El Divorcio en México". Ed. "Porrúa, 6ª Edición, México, 1991, pág. 39.

"El divorcio es actualmente un abismo y resulta interesante observar que los abismos se atraen recíprocamente. El divorcio, tal como se concibe en la actualidad, viene a concluir con un hogar. Dos personas que se han hecho mutuamente desdichadas, van a seguir tratando de hacer también infelices a otras, en una cadena que no termina nunca, porque el divorcio no tiene limitación alguna. Y vivir en un hogar truncado marca a los hijos, quiérase o no, para toda la vida. Es perpetuo el estigma de una criatura a la cual le falta el calor de un verdadero hogar, de un hogar completo. En muy malas condiciones crece el hijo de divorciados.

El divorcio rompe, y a menudo de un modo irreparable, el destino de los cónyuges, y hiere el carácter sagrado del matrimonio, deteriora el equilibrio afectivo de los hijos, y debilita la solidez de la enseñanza de Cristo".⁴⁹

"Para las Iglesias en su obra sobre el divorcio, el vocablo significa todo apartamiento de la vida común de los casados, y en tal sentido comprende desde la nulidad del matrimonio hasta el divorcio y la separación conyugal. Pero en sentido específico, la palabra divorcio se aplica al absoluto o vincular exclusivamente".⁵⁰

"Se ha dicho a favor del divorcio que es una sanción para el culpable o es un remedio para terminar con la situación insostenible de un matrimonio que no puede continuar existiendo. Para los que son partidarios del divorcio sanción, las causas del divorcio son puramente subjetivas: para los que lo consideran como un remedio, admiten causas objetivas independientes de la culpabilidad de los cónyuges.

Para Valverde el divorcio no es ni sanción ni remedio. No es sanción, porque la pena ha de tener como condición esencial la de ser personal, y precisamente el divorcio no tiene tal condición, puesto que los efectos de la sanción los sufre el cónyuge no culpable, y en todo caso los hijos, que son inocentes y son víctimas del abandono y desamparo que se produce con la ruptura del vínculo conyugal; y no es remedio porque para serlo necesitaría curar la desavenencia o incompatibilidad que imposibilitan la vida

⁴⁹ IBARROLA, Antonio De. "Derecho de Familia". Edit. Porrúa, México, 1993, págs. 303 y 304.

⁵⁰ IBARROLA, Antonio De. Op. Cit., pág. 41.

común de los esposos, y lejos de eso agrava la situación, destruyendo el lazo que a éstos les une.

Muchos definen el divorcio como un mal necesario. Antes hemos citado el caso de Planiol. Son unos ingenuos. El divorcio, en nuestra sociedad moderna, ha sido y es reclamado como un bien, un paso más hacia la plena libertad del amor. Los defensores del divorcio como mal necesario prestan a éstos últimos un apoyo cuyo efecto sobrepasa sus intenciones".⁵¹

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

Puede también considerarse el matrimonio como una institución social, porque tiene los caracteres que se atribuyen a las instituciones jurídicas, que son los siguientes:

"Un conjunto de normas jurídicas, debidamente unificado, que reglamenten determinadas funciones o actividades sociales cuya importancia sea tal, que merezcan estar sujetas a la tutela del Estado en forma especial. Es evidente que el matrimonio tiene las características mencionadas.

El divorcio es un caso de excepción y no un estado general; por lo mismo es necesario verlo sólo en función de aquellos casos en que la crítica condición de los esposos es ya insostenible e irreparable, de forma que conduce a la ruptura del vínculo matrimonial y con ella a la separación definitiva que los deja en posibilidad de contraer nuevo matrimonio legítimo.

Desde sus orígenes latinos el término divorcio implica el significado de separación, de separar lo que ha estado unido; de ahí que actualmente y en el medio

⁵¹ IBARROLA. Antonio De. Op. Cit., págs. 311-313.

jurídico, por divorcio debamos entender la extinción de la convivencia matrimonial declarada por la autoridad.

En nuestro medio, en tanto institución jurídica y en lo que toca al alcance de sus efectos, el divorcio ha variado a lo largo del tiempo. Así, en el siglo pasado nuestra legislación lo consideró como la separación temporal o definitiva de los cónyuges, sin ruptura del vínculo matrimonial y, por lo tanto, sin autorización para contraer nuevas nupcias. A principios de este siglo se adopta el criterio de divorcio vincular que actualmente se maneja, como disolución absoluta del vínculo matrimonial que deja a los esposos divorciados en aptitud de celebrar nuevo matrimonio".⁵²

Se dice en el lenguaje corriente, que contiene la idea de separación; en el aspecto jurídico, significa extinción de la vida conyugal, declarada por la autoridad competente, en un procedimiento señalado al efecto, y por una causa determinada de modo expreso. De acuerdo con el Código Civil, el divorcio disuelve el vínculo matrimonial y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro. (Art. 266 C.C.).

Al tratar del divorcio en materia civil, estudiaremos tanto del divorcio voluntario, en sus dos aspectos el administrativo y el judicial, como también el necesario, y en éste último analizando las causas previstas en la ley.

"El Estado se encuentra ante un problema de si es o no conveniente el divorcio en cuanto al vínculo. En la solución del mismo, hay que tener en cuenta:

a).- La subsistencia de los matrimonios mal avenidos o en los cuales uno de los cónyuges sea indigno de continuar siendo el titular de los derechos, poderes y facultades que derivan del matrimonio, es evidentemente un mal social que es preciso remediar por los pésimos ejemplos que produce, sobre todo respecto de los hijos.

b).- A su vez, el divorcio produce también consecuencias funestas para ellos y trae consigo la disolución de la familia, y el peligro de que se multiplique en los mismos

⁵² BAQUEIRO ROJAS, Edgar y BUEN ROSTRO BAEZ, Rosalía. "Derecho de Familia y Sucesiones". Edit. Harla, México, 1999, pág. 147.

divorcios, y se convierta el matrimonio en una institución de tal manera frágil, que sólo sirva para permitir a los esposos satisfacer pasiones temporales y dar rienda suelta a sus costumbres disolutas;

c).- También hay que tener en cuenta que el instinto sexual y las necesidades a que da nacimiento, son muy poderosos y difíciles de dominar, de tal manera que si no se permite el divorcio en cuanto al vínculo, se obliga a los divorciados a tener relaciones ilícitas fuera del mismo matrimonio.

Como se ve, el problema del divorcio está relacionado con la aptitud de los cónyuges a refrenar sus instintos sexuales, sea en el mismo matrimonio o fuera de él, cuando están separados. Por lo mismo, es posible afirmar que la evolución de la especie humana no ha alcanzado el grado de moralidad suficiente para soportar la indisolubilidad del matrimonio, por lo que debe considerarse el divorcio como un mal necesario a fin de evitar otros mayores, e injusticias increíbles".⁵³

El divorcio voluntario o por mutuo consentimiento, también denominado divorcio por mutuo disenso, tiene siempre en el fondo una causa que ha ocasionado la ruptura de la relación conyugal, pero que los esposos no requieren expresar ni ventilar en público.

Este divorcio sólo requiere de la manifestación del mutuo acuerdo de los cónyuges para disolver el vínculo matrimonial, sin necesidad de exponer la causa o razón que los mueve a hacerlo.

"En términos generales, por divorcio voluntario deberemos entender:

⁵³ PALLARES, Eduardo. Op. Cit., pág. 38.

La forma de disolución del vínculo matrimonial por la que pueden optar los esposos cuando, sin aducir causa específica y reuniendo los requisitos de ley, hayan decidido poner fin al matrimonio".⁵⁴

Quien realiza el presente trabajo advierte que los autores al tratar el tema de la naturaleza jurídica de esa figura, coinciden en señalar que el divorcio es un instrumento que en última instancia, para resolver las diferencias conyugales, el cual no debe ser usado como una solución fácil para dirimir los problemas que se generan en la vida en común, por ello se menciona que el divorcio es un mal necesario, a fin de evitar mayores conflictos en las relaciones familiares.

Sin embargo, el divorcio no debe de ser promovido por persona alguna, sino que por todos los medios debe mantenerse la integración familiar.

Una vez, explicado el concepto y naturaleza jurídica del divorcio, toca el turno divorcio voluntario administrativo, seguido por el voluntario judicial así como el divorcio necesario.

II.- Divorcio voluntario administrativo.

El artículo 272 del Código Civil, contiene las disposiciones relativas del divorcio ante el Juez del Registro Civil. Para proceder a este tipo de divorcio se requiere: que ambos consortes convengan en divorciarse; que sean mayores de edad; que no tengan hijos; y de común acuerdo hubieren liquidado la sociedad conyugal.

Al respecto considero pertinente transcribir el actual artículo 272 del Código Civil, que dice: "Procede el divorcio administrativo cuando habiendo transcurrido un año o más de la celebración del matrimonio, ambos cónyuges convengan en divorciarse, sean mayores de edad, hayan liquidado la sociedad conyugal a bienes, si están casados bajo ese régimen patrimonial, la cónyuge no esta embarazada, no tengan hijos en común,

⁵⁴ BAQUEIRO ROJAS, Edgar y BUENROSTRO BAEZ, Rosalia. Op. Cit., pág. 155.

o teniéndolos, sean mayores de edad, y éstos no requieran alimentos o alguno de los cónyuges. El Juez del Registro Civil, previa identificación de los cónyuges, levantará un acta en que hará constar la solicitud de divorcio y citará a éstos para que la ratifiquen a los quince días. Si los cónyuges lo hacen, el juez los declarará divorciados y hará las anotaciones correspondientes en la del matrimonio anterior.

Si se comprueba que los cónyuges no cumplen con los supuestos exigidos, el divorcio así obtenido no producirá efectos, independientemente de las sanciones previstas en las leyes.

El Código de Procedimientos Civiles, contiene reglamentación especial para el divorcio por mutuo consentimiento, que se encuentra en el Título Undécimo (Arts. 674 al 682 inclusive), que está separado de la jurisdicción voluntaria, por lo que no debe considerarse como tal. Es un procedimiento especial para esta materia".⁵⁵

De lo anterior se deriva que los consortes deben presentarse personalmente; es decir, no podrán actuar mediante representantes, por tratarse este caso de divorcio de un acto personalísimo no admite representación alguna.

"Este procedimiento es sencillísimo: los cónyuges que se encuentren en las circunstancias indicadas se presentarán personalmente ante el juez del Registro Civil, del lugar de su domicilio; comprobarán que son casados y mayores de edad y manifestarán de una manera terminante y explícita su voluntad de divorciarse".⁵⁶

El papel del juez, como señala Eduardo Pallares, es pasivo. Se limita a comprobar que se presenten los documentos necesarios, identifica a los consortes, y levanta el acta con la solicitud de divorcio, citando a los cónyuges, para que la ratifiquen a los quince días. Es decir, no hace esfuerzo alguno por avenirlos o buscar la permanencia del matrimonio.

⁵⁵ CHAVEZ ASENCIO, Manuel. "La Familia en el Derecho, Relaciones Jurídicas Conyugales". Edit. Porrúa, México, 1999, pág. 472.

⁵⁶ DE PINA VARA, Rafael y CASTILLO LARRAÑAGA, José. "Instituciones de Derecho Procesal Civil", Edit. Porrúa, México, 1980, pág. 433.

Según el autor mencionado, el papel pasivo del oficial civil en esta clase de divorcios, se explica porque, no habiendo hijos de por medio, ni conflicto de intereses pecuniarios procedentes del matrimonio, tanto la sociedad como el Estado, carecen de interés en que el vínculo conyugal subsista y consideran el divorcio como una rescisión de un contrato. No estamos plenamente de acuerdo, pues por la permanencia del matrimonio deben esforzarse, no sólo los cónyuges, sino también el Estado, independientemente de la presencia de los hijos. El juez debería exhortar a los consortes a dialogar y buscar la forma y manera de resolver sus problemas procurando que la comunidad conyugal continúe.

"El juez competente es el del domicilio de los cónyuges. Si los cónyuges se hubieren separado, ¿cuál sería?. En este caso puede proceder la prórroga de la competencia por tratarse del territorio (art. 149 del Código de Procedimientos Civiles). Además, los cónyuges pueden someterse a un juez del registro civil de domicilio distinto, o del domicilio de uno de ellos si se hubieren separado. Debemos tomar en cuenta, que lo único que considera esencial el artículo que se cita, es que los cónyuges sean mayores, que no tuvieren hijos, y que hubieren liquidado la sociedad conyugal.

Pallares comentando que significa que el divorcio "no surta efectos legales", si se comprueba que los cónyuges tienen hijos, o son menores, o no han liquidado la sociedad conyugal, llega a la conclusión de que se trataría de un acto nulo de pleno derecho, pero no existente toda vez que hubo el consentimiento".⁵⁷

"El administrativo solamente procede cuando concurren los siguientes requisitos: que los consortes sean mayores de edad, no tengan hijos y de común acuerdo hubieren liquidado la sociedad conyugal. El trámite se lleva a cabo ante una autoridad administrativa (Oficial o Juez del Registro Civil). Cabe hacer mención como dato, que el Código Civil, del Estado de San Luis Potosí, no contempla este tipo de divorcio".⁵⁸

⁵⁷ DE PINA VARA, Rafael y CASTILLO LARRAÑAGA, José. Op. Cit., págs. 471-472.

⁵⁸ SANCHEZ MARQUEZ, Ricardo. "Derecho Civil, Parte General y Familia". Edit. Porrúa, México, 1998, pág. 365.

"Para la tramitación:

1.- Deberá llenarse la solicitud de divorcio a la que acompañarán el acta de matrimonio y el comprobante de la mayoría de edad de los cónyuges, si por su aspecto ésta no es obvia.

2.- El juez los identificará plenamente, levantará un acta de la solicitud y los citará para que en el término de 15 días asistan a ratificarla en una segunda presentación.

3.- Si en la segunda reunión los solicitantes ratifican su intención de divorciarse, el juez declarará que quedan divorciados, levantando el acta respectiva, lo que será anotado al margen de la partida de matrimonio.

Si posteriormente se demuestra que no se llenaron los requisitos para este tipo de procedimiento, el divorcio será nulo y no surtirá sus efectos".⁵⁹

La introducción de este tipo de divorcio voluntario en el Código Civil, facilita en forma indebida la disolución del matrimonio por mutuo consentimiento, ya que llenándose ciertas formalidades que menciona el artículo 272, los consortes pueden acudir ante el Juez del Registro Civil para que se levante un acta que dé por terminado el matrimonio. La exposición de motivos del proyecto del código en cuestión, en su parte relativas indica que si bien cierto que es de interés general y social el que los matrimonios sean instituciones estables y de difícil disolución, lo es también, el que los hogares no sean focos de continuos disgustos y desavenencias, y si no están en juego los sagrados intereses de los hijos, y en forma alguna se perjudican derechos de terceros, debe disolverse el vínculo matrimonial con toda rapidez, y con esto la sociedad no sufrirá perjuicio alguno. Por el contrario será en interés general el disolver una situación establecida sobre desavenencias, incongruente con el espíritu y la naturaleza de la institución matrimonial.

"Este tipo de divorcio, marca la cúspide en donde las facilidades para la obtención del mismo se han disminuido a tal grado, que la sola voluntad de las partes es

⁵⁹ BAQUEIRO ROJAS, Edgar y BUEN ROSTRO BAEZ, Rosalía. Op. Cit., pág. 157.

suficiente para disolver el vínculo matrimonial, sin necesidad de la intervención de la autoridad judicial, sino simplemente el Juez Del Registro Civil, consignará la voluntad de los consortes, y mediante esas constancias hecha en el acta que levantará, después de haber sido ratificada a los quince días, será suficiente para considerarse como disuelto el matrimonio. Así pues, partiendo de la serie de trabas, dificultades y obstáculos que interponía el código de 1870 para la simple separación de cuerpos, esta forma de divorcio voluntario, denominado de tipo administrativo, por la no intervención de la autoridad judicial, representa la última etapa a la que se ha llegado en nuestro derecho".⁶⁰

La reconciliación de los cónyuges pone fin al procedimiento de divorcio por mutuo consentimiento. Los cónyuges no podrán solicitar el divorcio por mutuo consentimiento, sino después de que transcurra un año desde su reconciliación. (art. 276 del Código Civil).

Se llega a la conclusión de que el divorcio administrativo es aquel por medio del cual cuando la pareja ha decidió separarse independientemente del motivo que dio origen a esta decisión, requiriéndose para ello que sean mayores de edad, que su consentimiento sea mutuo, el que no tengan hijos, estos no requieran alimentos o alguno de los cónyuges y que la mujer no se encuentre embarazada, además si la unión se realizó bajo el régimen de sociedad conyugal, es necesario que estos hayan liquidado dicha sociedad.

Se ha abusado de esta figura jurídica, ya que es la vía más corta para obtener el divorcio, con sólo reunir los requisitos supra indicados y dejado pasar un año los cónyuges, pueden obtener el mismo con el sólo hecho de acudir ante el Juez del Registro Civil, a solicitarlo.

⁶⁰ ROJINA VILLEGAS, Rafael. "Derecho Civil Mexicano". Tomo II. Derecho de Familia, Edit. Porrúa, México, 1998, págs. 396-397.

III.- Divorcio voluntario judicial.

"Cuando no se llenan los requisitos enunciados anteriormente para que sea procedente el divorcio voluntario de tipo administrativo, y se tiene la voluntad de disolver el matrimonio, existe un divorcio de tipo judicial, el cual se decreta por sentencia, dictada por el juez de lo familiar, la cual disolverá el vínculo matrimonial y la sociedad conyugal, en caso de existir".⁶¹

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

"No obstante lo anterior, existe una cuestión entre partes porque, según ordena la ley, lo es también el Ministerio Público, que debe examinar la validez del convenio y dar su aprobación o negarla. Por tanto, la cuestión entre las partes en el divorcio voluntario judicial, no es la disolución del vínculo conyugal, sino la validez del convenio que los dos esposos someten al dictamen del Ministerio Público, y a la aprobación del juez.

Este punto contencioso es la materia propia de dicho juicio, por lo cual el procedimiento no debe incluirse en la jurisdicción voluntaria, sino en la contenciosa. En realidad, la cuestión entre partes concierne a los intereses económicos, a la educación y ejercicio de la patria potestad respecto de los hijos, intereses éstos, que afectan directa o indirectamente a la sociedad e incluso al Estado".⁶²

"El juicio de divorcio voluntario lo pueden promover los esposos, sean mayores o menores de edad, pero en este último caso, el menor de edad deberá estar asistido de

⁶¹ ROJINA VILLEGAS, Rafael. Op. Cit., pág. 397.

⁶² PALLARES, Eduardo. Op. Cit., págs. 44-45.

ESTA TESIS NO SALE
DE LA BIBLIOTECA

un tutor especial, de acuerdo con lo que preceptúa el artículo 677 del Código de Procedimientos Civiles. No obstante que es necesaria la prueba directa de la edad de los cónyuges, no exigen su prueba el Código Civil, ni el de procedimientos. Esta omisión se explica, en parte, porque en la copia certificada del acta de matrimonio ha de constar dicha edad.

Si los cónyuges no han registrado a sus hijos, deberán hacerlo previamente a la presentación de la demanda de divorcio".⁶³

"Para encontrarse en aptitud de solicitar el divorcio voluntario, es menester que haya transcurrido por lo menos un año desde la celebración del matrimonio. En tanto se decreta el divorcio, el juez dictará las medidas necesarias para asegurar la subsistencia de los hijos, a fin de hacer efectiva la obligación de dar alimentos por parte del consorte a quien la ley se le imponga. Durante la tramitación del juicio, los consortes pueden reunirse en cualquier momento, dando con ello fin al litigio, pero a diferencia de los códigos de 1870 y 1884, una vez ejecutoriada la sentencia de divorcio, no es suficiente la cohabitación para considerar subsistente el matrimonio por reconciliación. Cuando durante el juicio, y antes de dictarse sentencia de divorcio, los cónyuges convengan en una reconciliación, no podrán volver a solicitar el divorcio por mutuo consentimiento, sino pasado un año a partir de la misma".⁶⁴

Si los consortes son menores de edad, si existen hijos en el matrimonio, o bien, si el matrimonio se ha celebrado bajo el régimen de sociedad conyugal, sin haberse liquidado, se deberá tramitar el divorcio voluntario ante el juez competente. Es decir, si los consortes que pretendan divorciarse por mutuo consentimiento, no llenan los requisitos señalados para el divorcio de tipo administrativo, deberán acudir ante el juez competente. Con su demanda, deberán presentar un convenio, en el que estipulen las cláusulas que exige el artículo 273 del Código Civil.

⁶³ Ibid., pág. 48.

⁶⁴ ROJINA VILLEGAS, Rafael. Op. Cit., pág. 54.

Esto significa que deben recurrir a este divorcio aquéllos que, independientemente de que sean mayores o menores de edad, tengan hijos y no hubieren liquidado su sociedad conyugal.

Los cónyuges que tienen un motivo para disolver su matrimonio, pero que no lo quieren manifestar ante la autoridad judicial, de común acuerdo acudirán ante la instancia judicial correspondiente (juez de lo familiar -caso de la capital- o juez de primera instancia –en las demás jurisdicciones) presentando un escrito y acompañando a éste, anexarán un convenio que contenga lo siguiente:

Para mejor comprensión transcribiremos el artículo 674 del Código de Procedimientos Civiles que a la letra dice:

“Cuando ambos consortes convengan en divorciarse, en los términos del último párrafo del artículo 272 del Código Civil, deberá ocurrir al tribunal competente presentando el convenio que se exige en el artículo 273 del código citado, así como una copia certificada del acta de matrimonio y de las de nacimiento de los hijos menores”.⁶⁵

Al respecto, cabe decir que se debe presentar la copia certificada del acta de matrimonio de las personas que demandan el divorcio; copia certificada de las actas de nacimiento de los hijos procreados en el matrimonio; el convenio que exige el artículo 273 del Código Civil, así como el inventario y avalúo de los bienes de la sociedad conyugal que va a liquidarse por virtud del divorcio.

La copia certificada del acta de matrimonio es absolutamente necesaria porque lógica y jurídicamente, el divorcio presupone la existencia del matrimonio y su prueba.

Las copias certificadas de las actas de nacimiento son también necesarias, porque el juicio de divorcio voluntario igualmente, presupone que los peticionarios han procreado hijos durante el matrimonio.

⁶⁵ Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

"En cuanto al convenio y los documentos que deben anexarse al mismo, como son el inventario y el avalúo de los bienes sociales, constituyen la materia propia del divorcio voluntario o sea las cuestiones jurídicas sobre las que ha de resolver el juez y pronunciar su sentencia. Ya queda dicho que en el juicio de divorcio voluntario no hay controversia sobre la voluntad de los cónyuges de poner término al matrimonio, sino únicamente sobre la validez y conveniencia del pacto concertado por ellos, o sea el convenio que sirve de base a su separación. Por esta razón, es del todo indispensable que se acompañen a la demanda los documentos de que se trata, de tal manera que faltando, el juez no debe darle entrada a aquélla.

Puede suceder que falten los libros en que consten dichas actas, y por esta circunstancia no les sea posible a los peticionarios acompañar a la demanda de divorcio las copias certificadas de esos documentos. Cuando se presente este problema, deberá procederse, con fundamento en el artículo 40 del Código Civil, que previene lo siguiente:

Cuando no hayan existido registros, se hayan perdido, estuvieren ilegibles y faltaren las hojas en que se pueda suponer que se encontraba el acta, se podrá recibir del acto por instrumentos o testigos".⁶⁶

Al igual mencionaremos el artículo 273 del Código Civil, el cual contiene el convenio que deben presentar los consortes y el cual reza de la siguiente manera:

"...I.- Designación de la persona que tendrá la guardia y custodia de los hijos menores o incapaces, durante el procedimiento y después de ejecutoriado el divorcio;

II.- El modo de atender las necesidades de los hijos a quien debe darse alimentos, tanto durante el procedimiento, como después de ejecutoriado el divorcio, especificando la forma de pago de la obligación alimentaria, así como la garantía para asegurar su debido cumplimiento;

⁶⁶ PALLARES, Eduardo. Op. Cit., págs. 47-48.

III.- Designación del cónyuge al que corresponderá el uso de la morada conyugal, en su caso, y de los enseres familiares, durante el procedimiento de divorcio;

IV.- La casa que servirá de habitación a cada cónyuge y a los hijos durante el procedimiento y después de ejecutoriado el divorcio, obligándose ambos a comunicar los cambios de domicilio aún después de decretado el divorcio, si hay menores o incapaces u obligaciones alimenticias;

V.- La cantidad o porcentaje de pensión alimenticia a favor del cónyuge acreedor, en los términos de la fracción II;

VI.- La manera de administrar los bienes de la sociedad conyugal durante el procedimiento y hasta que se liquide, así como la forma de liquidarla, exhibiendo para ese efecto, en su caso, las capitulaciones matrimoniales, el inventario, avalúo, y el proyecto de petición; y

VII.- Las modalidades bajo las cuales, el progenitor que no tenga la guarda y custodia, ejercerá el derecho de visitas, respetando los horarios de comidas, descanso y estudio de los hijos”.⁶⁷

El convenio regulador en caso de divorcio tiene como características las siguientes:

"a).- Acto jurídico. Es un acto jurídico del derecho de familia de carácter mixto, en el que intervienen los cónyuges, el ministerio público como auxiliar y el juez de lo familiar para homologarlo y dictar la resolución. No es un acto solemne.

b).- Transacción. Tiene caracteres de transacción, no en cuanto al estado familiar de los cónyuges que no admite la transacción (Art. 254, 338, 2948 y 2949 C.C.). Lo es porque los cónyuges se hacen recíprocas concesiones para prevenir o evitar una controversia en el juicio de divorcio. Si no se disuelve el vínculo conyugal por resolución judicial el convenio no producirá efecto legal alguno. Transaccional porque se origina por un conflicto conyugal y los interesados buscan la solución y proponen un estatuto para que, mediando mutuas concesiones, se resuelva la crisis entre los protagonistas que son quienes mejor pueden dar solución al caso concreto.

⁶⁷ Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal.

c). Es un convenio modificable. No obstante que el convenio sea probado por el juez y se integre en la sentencia que disuelve el vínculo y, consecuentemente adquiera fuerza obligatoria de sentencia ejecutoria, este puede ser modificado cuando cambien las circunstancias previstas en el convenio (Art. 94 C.P.C.). Esto significa que en materia familiar opera la teoría de la imprevisión, no aceptada en el Código Civil para el Distrito Federal, para las relaciones patrimoniales-económicas.

d).- No rescindible. El convenio una vez aprobado por el juez no puede rescindirse por incumplimiento de alguno de los obligados. En este supuesto procede cumplimiento forzoso, inclusive por vía judicial.

e).- Efecto de sentencia ejecutoria. Aprobado el convenio tiene toda la fuerza de sentencia ejecutoria, misma que resuelve sobre el divorcio.

Se observa que el convenio contiene disposiciones o estipulaciones referidas a los cónyuges, otras a los hijos y, por último, a los bienes de la sociedad conyugal.

En relación, a los cónyuges, se señala la casa habitación que cada uno de ellos ocupará durante el procedimiento, así como la cantidad que a título de alimentos un cónyuge deba pagar al otro, durante el procedimiento y después de ejecutoriado el divorcio, y la garantía que debe darse para asegurarlos.

Lo exigido por el código es lo mínimo que debe convenirse entre los divorciantes, pero se observa que faltan pactos con referencia al derecho de visita, a los derechos de los cónyuges en el régimen de separación de bienes y a la casa habitación familiar".⁶⁸

Una vez que se haya presentado la solicitud del divorcio se citará a los solicitantes a una junta, con el propósito de restablecer entre ellos la concordia y

⁶⁸ CHAVEZ ASENCIO, Manuel. Op. Cit., págs. 473-475.

verificar si existe plena libertad de ambos para divorciarse. Si en la primera junta no lograre avenirlos, se llevarán a cabo dos juntas más, que el juez acordará a petición de ambos cónyuges. Entre una y otra de las juntas deberá mediar, cuando menos, un mes.

Celebradas las tres juntas y no hubiere reconciliación, el juez aprobará el convenio con las modificaciones que crea oportunas, oyendo al Ministerio Público, y cuidando de que no se violen los derechos de los hijos o de tercera persona.

Ya se señaló que en el divorcio voluntario la demanda sólo puede ser interpuesta por los interesados, nunca mediante apoderados por tratarse de una acción personalísima; pero cuando alguna de las partes es un menor de edad, emancipado por razón de matrimonio, debe estar asistido de un tutor legítimo – es decir, de un pariente - modificándose con ello la regla de que el tutor para asuntos judiciales del emancipado es un tutor dativo propuesto por el menor, dado el interés familiar en este tipo de conflictos.

"Juez competente para conocer del divorcio voluntario, para determinar esta competencia, hay que resolver previamente si el llamado divorcio voluntario judicial, es un verdadero juicio o constituye un proceso en vía de jurisdicción voluntaria. En efecto, si lo primero, debe resolverse que es competente el juez del domicilio conyugal, de acuerdo con lo que dispone la fracción XII del artículo 156 del Código de Procedimientos Civiles, que dice "... En los juicios de divorcio, el tribunal del domicilio conyugal, y en caso de abandono de hogar, el del domicilio del cónyuge abandonado ..."; si lo segundo, hay que aplicar la fracción VIII del mismo precepto, según la cual es competente para conocer de los actos de jurisdicción voluntaria el juez del domicilio del que promueve, excepto cuando se trate de bienes raíces, porque entonces será el de la ubicación del inmueble.

Respecto de la aplicación de esta norma, cabe anotar lo siguiente:

Que también en el caso en que el convenio de divorcio concierna a bienes raíces pertenecientes al cónyuge, será juez competente el del domicilio conyugal y no el de la

ubicación de dichos bienes. Se impone esta solución porque en el divorcio voluntario, la cuestión principal que se demanda del órgano jurisdiccional, es la disolución del vínculo conyugal y no que se aprueben las estipulaciones relativas a los inmuebles".⁶⁹

Para concluir el presente punto se puede señalar que al no reunirse los requisitos que se requieren para el divorcio administrativo y los cónyuges estando de acuerdo en divorciarse la ley ha establecido que podrán llevar a cabo el divorcio de tipo judicial independientemente de la edad, de que se tengan hijos, y aunque no se hubiere liquidado la sociedad, siempre y cuando se presente un convenio por medio del cual se regulen las circunstancias en cuanto a los hijos, los alimentos, a la habitación así como de los bienes.

Los cónyuges, deberán estar de acuerdo con dicho convenio, ya que el que lo calificará será el juez competente, haciéndose notar que a diferencia del divorcio administrativo, aquí si es necesaria la presencia del Ministerio Público, para vigilar los intereses de la sociedad.

IV.- Divorcio necesario.

Antes de entrar al estudio de las causas de divorcio que prevé el Código Civil, conviene hacer mención de algunos principios, que rigen en esta materia doctrinalmente hablando.

"El divorcio como excepción. El matrimonio es permanente en lo civil e indisoluble en lo religioso; la excepción es el divorcio que disuelve el matrimonio y la excepción confirma la regla. Las instituciones familiares son permanentes por naturaleza, a diferencia de lo transitorio de las relaciones jurídicas de carácter patrimonial económico. Suponer que el divorcio fuera lo que pretenden las parejas al

⁶⁹ PALLARES, Eduardo. Op. Cit., pág. 46.

casarse, sería tanto como convertir la excepción (el divorcio) en principio y el matrimonio en algo transitorio.

Por lo tanto, siendo excepción el divorcio, deben regularse cuidadosamente las causales que permitan disolver el matrimonio, debiendo tratarse de causas de tal gravedad que hagan imposible la vida conyugal, bien sea como consecuencia de alguna enfermedad (divorcio remedio), o bien como un acto ilícito de un consorte contra otro (divorcio sanción), pero evitando que sean el egoísmo o el hedonismo las causas generadoras del divorcio, porque afectaría seriamente la estabilidad familiar y la estructura de la sociedad.

Limitación de las causas. Según este principio, sólo son causas de divorcio necesario las que limitativamente enuncian los artículos 267 y 268 del Código Civil. Este principio se deriva de que la disolución del vínculo conyugal es de tal gravedad, y el interés por conservar el matrimonio es tan importante para la sociedad y el Estado, que sólo en forma limitativa se establecen las causas de divorcio.

Conducta ilícita. El proceso de divorcio está basado en la conducta ilícita de alguno de los cónyuges, y así lo previene el artículo 288 del Código Civil, al señalar al consorte culpable responsable de los daños y perjuicios como autor de un hecho ilícito. Es ilícito por ser contrario a las leyes de orden público, como son las relativas al matrimonio y la familia, y a las buenas costumbres, porque las causales de divorcio fundamentalmente van contra la moral y las buenas costumbres. El hecho de que la conducta de alguno de los cónyuges encuadre dentro de alguna de las causas de divorcio previstas por la ley, que se consideran violaciones de los deberes y obligaciones conyugales, genera el acto ilícito.

Privacia del proceso. Esto significa que, a diferencia de los juicios en general en los que las audiencias son públicas, en los casos de divorcio existe una excepción que marca el artículo 59 del código procesal, que señala que las audiencias en los juicios de divorcio o nulidad del matrimonio serán secretas.

Extranjeros. El extranjero para promover un divorcio en México, requiere la certificación de la Secretaría de Gobernación, respecto a la residencia legal en el país, porque se requiere que sus condiciones y calidad migratoria le permita realizar tal acto, artículo 69 de la Ley General de Población.

Partes. Son partes en el juicio los cónyuges; ambos tienen capacidad para participar en el juicio. El Ministerio Público no interviene a diferencia del divorcio voluntario judicial. Es una anomalía porque si es tan importante que comparezca y actúe en el divorcio voluntario, más lo es su presencia en el necesario, en donde las pasiones de los cónyuges pueden afectar a ambos, o a los hijos.

Acción. La vía es ordinaria civil. Cuando hubiere dos demandas principales, deben acumularse mediante la excepción de conexidad (Artículos 39 y 40 C.P.C.).

Sobre este particular hay un principio de incompatibilidad de las causales de divorcio. Es decir, no puede excusarse o justificarse un cónyuge que injuria, argumentando malos tratos del otro viceversa, lo que significa que no se autoriza a un cónyuge al injuriar al otro porque éste con su actitud vicia los deberes y obligaciones conyugales.

Rebeldía. En términos generales, en todo proceso al haber transcurrido el término del emplazamiento sin haber sido contestada la demanda, se hará la declaración de rebeldía sin que medie petición de parte y se abrirá el periodo de ofrecimiento de pruebas observando las prescripciones del título noveno (Art. 271 C.P.C.).

Las causales deben probarse plenamente. Precisamente por ser de orden público el matrimonio y por estar la sociedad interesada.

Pruebas. En relación a la testimonial, en esta materia se hace excepción en cuanto a los testigos, permitiendo que puedan declarar parientes, domésticos y amigos, por

considerar que son los más aptos por conocer la realidad del matrimonio de los que entienden en un divorcio necesario.

Caducidad de la acción. Precisamente por lo señalado en los puntos que preceden, si transcurre un tiempo sin que el cónyuge inocente intente la acción de divorcio ésta caduca. La acción de divorcio debe ejercitarse dentro de los seis meses siguientes al día en que hayan llegado a su noticia los hechos en que se funde la demanda (Art. 278 C.C.).

Juez competente. En relación al juez competente, lo será el juez de lo familiar en los términos del artículo 58 fracción II del Ley Orgánica de los Tribunales de Justicia del Fuero Común del Distrito Federal. En relación al territorio, el Código de Procedimientos Civiles en su artículo 156 fracción XII, previene que en los juicios de divorcio, será el tribunal del domicilio conyugal, en el caso de abandono de hogar, será el del domicilio del cónyuge abandonado.

Sentencia. No hay divorcio sin sentencia. Debe intervenir el juez de lo familiar, y su sentencia tiene características de declaratoria y de condena.

Sanciones. El divorcio tiene como consecuencia sanciones que se aplican al cónyuge culpable, lo que hay que tener en cuenta al entablar la demanda, a fin de comprenderlas en el mismo escrito, tomando en cuenta que las sanciones provienen de la misma causa del divorcio.

Terminación del juicio. El juicio de divorcio puede terminar por alguna de las siguientes circunstancias: perdón, expreso o tácito del cónyuge ofendido, reconciliación de los cónyuges; desistimiento del cónyuge que no ha dado causa de divorcio; y, por último, muerte de alguno de los consortes.

En el Código Civil, en los artículos 268, 279 y 280, se contienen las tres posibilidades señaladas. En el primero, se trata del desistimiento, el segundo del perdón

y el tercero de la reconciliación. No puede, ni debe confundirse el perdón con la reconciliación, y desde luego, el desistimiento es diverso al perdón y a la reconciliación".⁷⁰

El divorcio necesario tiene su origen en las causales señaladas en las fracciones del artículo 267 del Código Civil vigente.

Cabe hacer mención brevemente de cada una de ellas:

I.- Adulterio debidamente probado de uno de los cónyuges: "Lógico resulta el incluir el adulterio entre las causas de divorcio, puesto que es de la esencia del matrimonio la fidelidad entre los cónyuges y ¿qué forma más grave de violar la fidelidad conyugal, que el hecho de cometer adulterio?. En efecto el adulterio además de ir contra la fidelidad que se deben los esposos, resulta una injuria grave al cónyuge inocente, y un atentado contra la estabilidad y la moralidad del hogar".⁷¹

II.- El hecho de que durante el matrimonio nazca un hijo concebido, antes de la celebración de éste, con persona distinta a su cónyuge, siempre y cuando no se hubiere tenido conocimiento de esta circunstancia: "Los novios deben guardarse fidelidad. En esta causal está presente el dolo por parte del cónyuge, quien al ocultar el embarazo induce al error, o mantiene en el a su novio para lograr contraer con el matrimonio. Por lo tanto, se considera como hecho inmoral que demuestra una deslealtad de uno hacia su futuro cónyuge, que puede implicar además, una injuria".⁷²

III.- La propuesta de un cónyuge para prostituir al otro, no sólo cuando el mismo lo haya hecho directamente, sino también cuando se pruebe que ha recibido cualquier remuneración con el objeto expreso de permitir que se tenga relaciones carnales con ella o con él: Puede ir más allá incluso hasta caer en el delito de lenocinio que castiga el Código Penal, cuando alguien obtenga de otro un lucro a través del comercio carnal haciendo una explotación de su cuerpo en forma constante o accidental.

⁷⁰ CHAVEZ ASENCIO, Manuel. Op. Cit., págs. 478-489.

⁷¹ ROJINA VILLEGAS, Rafael. Op. Cit., pág. 441.

⁷² CHAVEZ ASENCIO, Manuel. Op. Cit., pág. 496.

IV.- La incitación o la violencia hecha por un cónyuge al otro para cometer algún delito: La causa de divorcio a la que se refiere, puede también comprender el caso en el que el cónyuge provocado o violentado realice el delito y éste sea copartícipe con el otro que lo indujo y ambos sean causantes del divorcio, como cónyuges culpables.

V.- La conducta de alguno de los cónyuges con el fin de corromper a los hijos, así como la tolerancia en su corrupción: Es indiscutiblemente más amplia la forma como el Código Civil, caracteriza el hecho inmoral que consiste en que el padre o a la madre, lleven a cabo actos para corromper al hijo o la tolerancia en su corrupción, siempre y cuando esta se manifieste en actos positivos y no en simples omisiones, descuidos, o falta de vigilancia del menor.

"VI.- Padecer cualquier enfermedad incurable que sea además, contagiosa o hereditaria, y la impotencia sexual irreversible, siempre y cuando no tenga su origen en la edad avanzada: La impotencia incurable que sobrevenga a la celebración del matrimonio es causal de divorcio, si la impotencia existía antes de celebrar el matrimonio, el afectado puede pedir la nulidad del mismo.

VII.- Padecer trastorno mental incurable, previa declaración de interdicción que se haga respecto del cónyuge enfermo: Esta enfermedad da lugar también a una separación de cuerpos o a un divorcio vincular, queda a elección del cónyuge sano.

VIII.- La separación injustificada de la casa conyugal por más de seis meses: En esta causal es importante la fecha de separación, ya que sino se acredita la fecha de separación, no se puede determinar si la misma duró seis meses consecutivos y es de tracto sucesivo o de realización continua.

IX.- La separación de los cónyuges por más de un año, independientemente del motivo que haya originado la separación, la cual podrá ser invocada por cualesquiera de ellos: El cónyuge que se separa del domicilio conyugal, porque tiene a su favor una causa de divorcio, cualquiera que ésta sea, debe hacerla valer dentro del término que la ley le otorga.

X.- La declaración de ausencia legalmente hecha, o la de presunción de muerte, en los casos de excepción en que no se necesita para que se haga ésta que proceda la declaración de ausencia: Esta causal resulta inoperante por los plazos que la ley prevé para la declaración de ausencia son muy extensos.

XI.- La sevicia, las amenazas o las injurias graves de un cónyuge para el otro, o para los hijos: Las amenazas son el anuncio, traducido en palabras o actos, de un mal que ha de recaer sobre persona o personas determinadas, formulando directa o indirectamente contra ellas.

XII.- La negativa injustificada de los cónyuges a cumplir con las obligaciones señaladas en el artículo 164, sin que sea necesario agotar previamente los procedimientos tendientes a su cumplimiento, así como el incumplimiento, sin justa causa, por alguno de los cónyuges, de la sentencia ejecutoriada en el caso del artículo 168: Solamente estando imposibilitado para trabajar y careciendo de bienes propios, se eximirá de esta obligación al que se encontrara en este caso.

XIII.- La acusación calumniosa hecha por un cónyuge contra el otro, por delito que merezca pena mayor de dos años de prisión: La acusación calumniosa, revela que entre los cónyuges ha desaparecido todo nexo de afección y estima, al punto que la acusación es el signo de que ha dejado de existir la *affectio maritalis*.

XIV.- Haber cometido uno de los cónyuges un delito doloso por el cual haya sido condenado, por sentencia ejecutoriada: Se requiere una sentencia ejecutoriada que determine la culpabilidad de uno de los cónyuges, por la comisión de un delito que amerite pena mayor de dos años de prisión, para que el otro cónyuge pueda demandar el divorcio aduciendo esta causal; además el delito no deberá ser político y tendrá que ser infamante.

XV.- El alcoholismo o el hábito de juego, cuando amenacen causar la ruina de la familia o constituyan un continuo motivo de desavenencia: Se sanciona al cónyuge vicioso por el vicio que ha adquirido pero se requiere que constituyan un motivo de desavenencia conyugal o amenacen causar la ruina de la familia".⁷³

XVI.- Cometer un cónyuge contra la persona o bienes del otro, o de los hijos, un delito doloso, por el cual haya sido condenado por sentencia ejecutoriada:

XVII.- La conducta de violencia familiar cometida o permitida por uno de los cónyuges contra el otro, o hacia los hijos de ambos, o de alguno de ellos. Se entiende por violencia familiar la descrita en este Código: Cabe decir que esta fracción es nueva de las últimas reformas al Código Civil del Distrito Federal.

XVIII.- El incumplimiento injustificado de las determinaciones de las autoridades administrativas, o judiciales que se hayan ordenado, tendientes a corregir los actos de violencia familiar: Esta nueva causal es para darle mayor protección a la mujer y a los hijos, contra arranques de ira de alguno de los cónyuges.

XIX.- El uso no terapéutico de las sustancias ilícitas a que hace referencia la Ley General de Salud, y las lícitas no destinadas a ese uso, que produzcan efectos psicotrópicos, cuando amenacen causar la ruina de la familia o constituyan un continuo motivo de desavenencia: esta de las nuevas causales que fueron agregadas al Código Civil del Distrito Federal.

XX.- El empleo de Métodos de fecundación asistida, realizada sin el consentimiento del cónyuge: Esta es la fracción que da origen al presente trabajo.

XXI.- Impedir uno de los cónyuges al otro, desempeñar una actividad en los términos de lo dispuesto por el artículo 169 de este código: Esta fracción fue modificada

⁷³ SANCHEZ MARQUEZ. Ricardo. Op. Cit. Págs. 376-396.

junto con el artículo 169, ya que no era muy clara, lo cual ahora da como pauta, aquella actividad que no vaya en contra del artículo 168.

La anterior enumeración de las causales de divorcio, es de carácter limitativo, por tanto, cada causal es de naturaleza autónoma.

"Dentro de este sistema de divorcio, podemos considerar dos tipos, que son: el divorcio sanción y el divorcio remedio. El divorcio sanción se encuentra previsto por aquellas causales que señalan un acto ilícito o bien un acto en contra de la naturaleza misma del matrimonio. El divorcio remedio se instituye como una protección a favor del cónyuge sano o de los hijos, contra enfermedades crónicas o incurables, que sean además, contagiosas o hereditarias.

El divorcio necesario sólo puede ser demandado por el cónyuge inocente, y dentro de los seis meses siguientes al día en que se tuvo conocimiento de los hechos que funden la demanda, de acuerdo con lo estatuido por el artículo 278 del Código Civil vigente, excepto en el caso de las fracciones XI, XVII y XVIII, del artículo 267 del Código en cita, en el que el plazo de caducidad es de dos años, así como, con las demás salvedades que se desprenden de ese artículo; para que esta acción pueda ser intentada, se requiere que no haya mediado perdón expreso o tácito, por parte del cónyuge que no hubiere dado causa al divorcio".⁷⁴

De acuerdo con este principio, únicamente son causas de divorcio necesario, las que limitativa y numéricamente enuncian los artículos 267 y 268 del Código Civil.

Dada la gravedad de la disolución del vínculo conyugal, el legislador no ha querido que los tribunales tengan la facultad de establecer causas diferentes de las que él consideró las únicas justificadas.

⁷⁴ ROJINA VILLEGAS. Rafael. Op. Cit. Pág. 396.

Cabe preguntar si el legislador omitió en esa limitación, algunos hechos graves que merecen ser considerados como causas de divorcio. En algunas legislaciones y anteriormente en la relativa al Distrito Federal y territorios, se consideraba como causa de divorcio la incompatibilidad de caracteres, que en muchos casos se hacía valer para no hacer públicos hechos vergonzosos que deshonraran al cónyuge culpable.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha establecido la jurisprudencia de que las causas de divorcio son autónomas, en el sentido de que es ilegal vincularlas entre sí, completando o combinando lo que unas dicen con lo que otras ordenan. Está prohibido interpretarlas exclusivamente y aplicarlas a casos diferentes de los que de manera expresa supone cada norma.

El divorcio es un mal necesario. Cuando uno de los cónyuges han dejado de cumplir con los deberes del matrimonio haciendo imposible o en extremo difícil la vida en común, se permite la ruptura del vínculo.

Las causales del divorcio siempre han sido específicamente determinadas, y por ello se le denomina divorcio causal o necesario. El orden jurídico sólo ha considerado como causas de divorcio aquellas que por su gravedad impiden la normal convivencia de la pareja.

Todas las causas de divorcio normalmente presuponen culpa de alguno de los esposos, y la acción se da a quien no ha dado causa en contra del responsable, de allí que en todo juicio haya generalmente un cónyuge inocente y uno culpable. Pueden ser ambos culpables y demandarse recíprocamente por la misma o distinta causal, por ejemplo uno demanda por abandono y el otro contrademanda por injurias o sevicia; ambos pueden ser culpables e inocentes según la causal invocada.

"Hay otras causales que, aunque no impliquen falta a los deberes conyugales, hacen que la vida en común sea difícil (enfermedades o vicios).

- 1.- Causales que implican delitos, en contra del otro cónyuge, los hijos o terceros.
- 2.- Causales que constituyen hechos inmorales.
- 3.- Causales violatorias de los deberes conyugales.
- 4.- Causales consistentes en vicios.
- 5.- Causales originadas en enfermedades.
- 6.- Causales que implican rompimiento de la convivencia".⁷⁵

"Además de que el divorcio en cualquier caso, requiere la existencia de un matrimonio válido, al acción de divorcio, debe hacerse valer ante juez competente, por persona capaz y legitimada procesalmente para accionar. Es necesario que la causal invocada, se encuentre comprendida en cualquiera de las causas taxativamente señaladas en los artículos 267 y 268 del Código Civil.

El juez al admitir la demanda de divorcio, debe ordenar que se adopten ciertas medidas cautelares de naturaleza provisional, mientras se tramita el divorcio, que atañen a la persona de los cónyuges, y de los hijos, y en cuanto a los bienes de los consortes respecto de las obligaciones de naturaleza patrimonial entre los esposos en relación con los hijos artículo 282 del Código Civil, el cual lo transcribimos para mejor comprensión".⁷⁶

"Artículo 282: Desde la presentación de la demanda de divorcio, y sólo mientras dure el juicio, se dictarán las medidas provisionales pertinentes conforme a las disposiciones siguientes:

- I. La separación de los cónyuges. El juez de los familiar determinará con audiencia de parte, y teniendo en cuenta el interés familiar y lo que más convenga a los hijos, cuál de los cónyuges continuará en el uso de la vivienda familiar y asimismo, previo inventario, los bienes y enseres que continúen en ésta y los que se ha de llevar el otro cónyuge, incluyendo los necesarios para el ejercicio de la profesión, arte u oficio a que esté dedicado, debiendo informar éste el lugar de su residencia.

⁷⁵ BAQUEIRO ROJAS, Edgar y BUENROSTRO BAEZ, Rosalía. Op. Cit., págs. 163-165.

⁷⁶ GALINDO GARFIAS, Ignacio. "Derecho Civil Primer Curso". Edit. Porrúa, México, 2000, pág. 16.

La separación conyugal decretada por el juez interrumpe los términos a que se refieren las fracciones VIII y IX del artículo 267 de este Código;

- II. Señalar y asegurar las cantidades que a título de alimentos deben dar el deudor alimentario al cónyuge acreedor y a los hijos que corresponda;
- III. Las que se estimen convenientes para que los cónyuges no se puedan causar perjuicios en sus respectivos bienes ni en los de la sociedad conyugal en su caso. Asimismo, ordenar, cuando existan bienes que puedan pertenecer a ambos cónyuges, la anotación preventiva de la demanda en el Registro Público de la Propiedad del Distrito Federal y de aquellos lugares en que se conozca que tienen bienes;
- IV. Dictar, en su caso, las medidas precautorias que la ley establece respecto a la mujer que quede embarazada;
- V. Poner a los hijos al cuidado de la persona que de común acuerdo hubieren designado los cónyuges, pudiendo ser uno de éstos. En defecto de ese acuerdo, el cónyuge que pida el divorcio propondrá la persona en cuyo poder deben quedar provisionalmente los hijos. El Juez de lo Familiar, previo el procedimiento que fije el Código respectivo y tomando en cuenta la opinión del menor, resolverá lo conducente.
Salvo peligro grave para el normal desarrollo de los hijos, los menores de doce años deberán quedar al cuidado de la mujer.
- VI. El Juez de lo Familiar resolverá teniendo presente el interés superior de los hijos, quienes serán escuchados, las modalidades del derecho de visitas o convivencia con sus padres;
- VII. En los casos en que el Juez de lo Familiar lo considere pertinente, de conformidad con los hechos expuestos y las causales invocadas en la demanda, tomarán las siguientes medidas, con el fin de salvaguardar la integridad y seguridad de los interesados, que tratándose de violencia familiar deberá siempre decretar:
 - a).- Ordenar la salida del cónyuge demandado de la vivienda donde habita el grupo familiar

- b).- Prohibición al cónyuge demandado de ir a lugar determinado, tal como el domicilio o el lugar donde trabaja o estudian los agraviados.
 - c).- Prohibir que el cónyuge demandado se acerque a los agraviados a la distancia que el propio juez considere pertinente.
- VIII. Revocar o suspender los mandatos que entre los cónyuges se hubieran otorgado, con las excepciones que marca el artículo 2596 de este Código;
- IX. Requerirá a ambos cónyuges para que le exhiban, bajo protesta de decir verdad, un inventario de sus bienes y derechos, así como, de los que se encuentren bajo el régimen de sociedad conyugal, en su caso, especificando además el título bajo el cual se adquirieron o posee, el valor que estime que tienen, las capitulaciones matrimoniales y un proyecto de partición. Durante el procedimiento, recabará la información complementaria y comprobación de datos que en su caso precise; y
- X. Las demás que considere necesarias".⁷⁷

"Lo malo del divorcio no es, en realidad, el divorcio en sí, sino el abuso del divorcio. Nadie puede negar con fundamento que en las esferas sociales más elevadas y, sobre todo, en ciertos medios, el divorcio se ha convertido en un procedimiento cómodo de satisfacer los apetitos sexuales más desenfrenados. El remedio de esta desmoralización no está, sin embargo, en la supresión del divorcio, sino en darle una regulación legal que, de acuerdo con los resultados de las experiencias obtenidas, evite los abusos, en lo humanamente posible, y no permita, en consecuencia, obtenerlo sino cuando realmente pueda constituir la solución única de una situación matrimonial en verdad francamente insostenible.

Porque el divorcio como remedio heroico para situaciones conyugales incompatibles con la naturaleza y los fines del matrimonio, no tiene nada de inmoral. Lo que constituye una verdadera inmoralidad es, repetimos, el abuso del divorcio, cuyos efectos son para la sociedad y la familia verdaderamente perniciosos".⁷⁸

⁷⁷ Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal.

⁷⁸ DE PINA VARA, Rafael y CASTILLO LARRAÑAGA, José. Op. Cit., pág. 339.

En mi opinión, el divorcio necesario, suele ser más complicado ya que los cónyuges se ven en la necesidad de recurrir este tipo de divorcio al no poder llegar a un acuerdo, en cuanto a los hijos, alimentos, bienes, etc., pero no en todos los casos ya que hay algunas ocasiones que se recurre a este divorcio, por invocarse en contra del cónyuge alguna de las causales de divorcio que enmarca el artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal.

Este tipo de divorcio, tiene que llevarse a través de un juicio lo cual implica que el cónyuge que le demande al otro el divorcio necesario deberá demostrarlo plenamente, ya que cada causal es autónoma.

Cabe mencionar que cada una de las causales que conforman el artículo 267 del código mencionado, tienen un fin proteccionista de la familia, tienden a preservar la vida conyugal así como la sana convivencia, ya que ahora con las nuevas reformas a éstas, se denota una mayor igualdad, entre el hombre y la mujer, así como la protección que se le da a los hijos sobre todo en lo que concierne a la violencia familiar.

De ahí que el divorcio necesario no sea tan fácil, ya que este tiene ciertas características, que no lo hacen tan sencillo, puesto que hay que tener en cuenta que cuando acuden a este divorcio, muchas veces es por que las relaciones con el cónyuge son insoportables, de ahí que el juez decreta de inmediato una serie de medidas precautorias, para que los problemas no pasen a más.

Por último considero que el divorcio y en especial el necesario suele ser muy difícil para los cónyuges y mucho más para los hijos, en virtud de la problemática con la cual esta se presenta, y esto pienso afecta más a los hijos en un momento dado en su vida futura.

V.- Efectos jurídicos del divorcio.

"Una de las particularidades de las sentencias que se pronuncien en los juicios de divorcio, sea en los voluntarios o en los necesarios, consiste en que únicamente alcanzan la autoridad y la fuerza de la cosa juzgada material cuando el fallo concede el divorcio, tan sólo en lo relativo a la disolución del vínculo conyugal, pérdida de la patria potestad, declaración de culpabilidad de uno de los cónyuges, etc., pero no en lo relativo al monto de la pensión alimenticia, obligación de pagarla y situación de los hijos".⁷⁹

En efecto, rigen respecto de ellas el artículo 94, del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, que a la letra dice: "Las resoluciones judiciales dictadas con el carácter de provisionales pueden modificarse en sentencia interlocutoria o en la definitiva.

Las resoluciones judiciales firmes dictadas en negocios de alimentos, ejercicio y suspensión de la patria potestad, interdicción, jurisdicción voluntaria y las demás que prevengan las leyes, pueden alterarse y modificarse cuando cambien las circunstancias que afectan el ejercicio de la acción que se dedujo en el juicio correspondiente".⁸⁰

La sentencia que decreta la disolución del vínculo matrimonial, produce efectos en relación con los consortes que se divorcian, respecto de la situación de los hijos y también en relación con los bienes.

Por último, cabe destacar que debido a la trascendencia e importancia de los efectos, que se producen como consecuencia directa del divorcio, los mismos serán abordados dentro del capítulo siguiente por lo que en este momento no da a lugar a mayor comentario.

⁷⁹ PALLARES, Eduardo. Op. Cit., pág. 64.

⁸⁰ Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

Capítulo IV.- Efectos y consecuencias del divorcio.

I.- Efectos provisionales y definitivos.

“Son numerosos los efectos del divorcio, pero es fácil adquirir una idea general de ellos, teniendo en consideración, por una parte, que el divorcio es una causa de disolución del matrimonio y, por otra, que esta disolución se debe a la indignidad de uno de los esposos. A estas dos ideas se puede reducir todo lo que deba decirse acerca de la disolución del matrimonio por divorcio, estudiando primero la libertad de los esposos por la ruptura del lazo conyugal, y enseguida, las diversas restricciones que sufre el esposo culpable.

El divorcio destruye el matrimonio, pero sin retroactividad y sólo para el futuro; el matrimonio de los esposos divorciados se disuelve; no se extingue en el pasado. En esto difiere el divorcio de la anulación del matrimonio. Ya no son esposos las partes; pero lo fueron alguna vez”.⁸¹

“Provisionales.- Todas las legislaciones coinciden en que el juicio de divorcio necesario, al presentarse la demanda, y en casos urgentes, antes de su presentación, puede el juez tomar providencias para separar a los cónyuges, depositar a la mujer, si se dice que dio causa al divorcio, confiar la custodia de los hijos a uno de los cónyuges, si se pusieren de acuerdo, o bien, si no lo hubiere, el juez podrá determinar si concede esa custodia durante el procedimiento a uno de los cónyuges o a tercera persona.

También estas medidas provisionales van a referirse a tomar ciertas precauciones cuando en el momento del divorcio la mujer se encontrare en cinta, medidas tendientes a evitar la sustitución de infante, la supresión del mismo, o hacer aparecer como viable al hijo que no lo sea.

⁸¹ PLANIOL Y RIPERT J. “Tratado Elemental del Derecho Civil, Regímenes Patrimoniales”, Edit. Cárdenas Editor, 1983, pág. 176.

El juez debe acordar durante el trámite del juicio una pensión de alimentos suficiente, según las posibilidades de los padres para el sostenimiento de los hijos, y en su caso, para el cónyuge acreedor”.⁸²

Se consideran efectos provisionales aquellas medidas que decreta el juez mientras dura el juicio de divorcio, y pueden agruparse según afecten a: los cónyuges, sus hijos, o sus bienes.

- a).- Respecto a los cónyuges, el juez deberá decretar su separación, señalar y asegurar los alimentos que deberá dar el deudor alimentista, tanto al cónyuge como a los hijos.
- b).- Respecto a los hijos; si se pusieren de acuerdo, su cuidado estará a cargo de la persona que los cónyuges determinen; de no ser así, el que solicite el divorcio propondrá y, previa audiencia del demandado, el juez resolverá sobre la custodia de los menores. Si no hubiere causa grave, los hijos menores de siete años quedarán al cuidado de la madre.
- c).- Respecto a los bienes: el juez dictará las medidas conducentes para que ninguno de los cónyuges cause perjuicio en los bienes del otro o en los de la sociedad conyugal, evitando que los oculten o que dispongan ilegalmente de ellos.

En el divorcio voluntario encontramos efectos provisionales y definitivos. Es usual solo hacer referencia al divorcio judicial, pues en el administrativo sólo se consigna como efecto la disolución del vínculo. Sin embargo, conviene reflexionar pues nada impide que también en el divorcio administrativo se formule un convenio entre los consortes que regule su nueva situación como divorciados. Ciertamente es que no teniendo hijos no se pactará nada sobre este aspecto, pero entre ellos pueden haber situaciones que regular. Desde luego, este convenio no se presenta al Juez del Registro Civil; se hará por separado y en caso necesario se podrá homologar ante un Juez de lo Familiar para que éste le de el efecto de sentencia ejecutoria.

Las medidas provisionales se consignan en el artículo 273 del Código Civil, y se relacionan: con los cónyuges, con la mujer, con los hijos, con los alimentos y con los bienes.

⁸² ROJINA VILLEGAS. Rafael. “Derecho Civil Mexicano” Tomo II, Derecho de Familia., Edit. Porrúa, México 1998, págs. 513-514.

En relación a los cónyuges.- La fracción III del artículo 273 del Código Civil, previene que en el convenio que se presente al juzgado los cónyuges designen la casa que servirá de habitación a cada uno; respecto a la mujer embarazada el mismo artículo no hace referencia alguna a la mujer que estuviere embarazada. Sin embargo, es posible que al plantearse el divorcio voluntario judicial, además de que hubiere hijos la mujer estuviere embarazada. Por tanto, estimo que debe aplicarse también, en lo conducente, la fracción V del artículo 282 del Código Civil.

En relación a los hijos. La fracción I del artículo que se analiza previene que en el convenio se deberá designar la persona a quien serán confiados los hijos del matrimonio; respecto a los alimentos se refieren tanto a los cónyuges como a los hijos. Es obligatorio que durante el procedimiento se determine una cantidad que a título de alimento un cónyuge debe pagar al otro; también debe determinar en el convenio el modo de subvenir a las necesidades de los hijos, tanto durante el procedimiento como después de ejecutoriado el divorcio, y esta facultad la tiene el juez para asegurar la subsistencia de los hijos, (artículo 275 del Código Civil).

En cuanto a los bienes, cuando la sociedad conyugal no hubiere sido disuelta, este debe estar contemplado en el convenio lo relativo a la disolución.

En la legislación, para el caso de divorcio voluntario, no hay referencia al régimen de separación de bienes, pues se supuso que no habría nada que regular porque cada consorte conserva los bienes adquiridos individualmente durante el matrimonio. Sin embargo, en la práctica se detectan problemas e injusticias que afectan más de las veces a la mujer.

Ambos han participado económicamente al sostenimiento del hogar, a su alimentación y la de sus hijos (Artículo 164 C.C.), cabe hacer mención en este artículo se han implementado nuevas reformas, las cuales ahora existe el artículo 164 bis, el cual dice a la letra: "El desempeño del trabajo en el hogar o el cuidado de los hijos se estimará como contribución económica al sostenimiento del hogar", ya que

anteriormente el trabajo del hogar, así como el cuidado de los hijos no se consideraba como contribución a las cargas del hogar.

Respecto a la plena obligatoriedad del convenio se obtiene sólo al incorporarse en la sentencia que dicte el juez. Sin embargo, conviene preguntarnos qué obligatoriedad tiene el convenio que ha sido aprobado provisionalmente por el juez.

Definitivos.- En relación a los efectos definitivos habremos de tratarlos en general al estudiar lo relativo a los efectos definitivos en el divorcio contencioso, los que ahí se tratan tienen efecto tanto en el divorcio voluntario como en el divorcio voluntario judicial.

“Se consideran efectos definitivos aquellos que se actualizan al dictarse la sentencia que decreta el divorcio y que, por consiguiente, establecen: el nuevo estado de los cónyuges, la situación de los hijos y la repartición de los bienes para el futuro”.⁸³

Respecto a los cónyuges, el efecto principal es el rompimiento del vínculo matrimonial, con lo que determinan las obligaciones derivadas del matrimonio.

“Son desde luego los de mayor trascendencia, porque se van a referir ya a la situación permanente en que quedarán los divorciados, sus hijos y sus bienes, una vez ejecutoriada la sentencia de divorcio. Por consiguiente, estos efectos definitivos los vamos a dividir en: efectos en relación a la persona de los cónyuges, efectos en relación a los hijos y efectos en relación a los bienes de los consortes”.⁸⁴

“Alimentos. Al cambiar el estado familiar de cónyuges a divorciados cambia el fundamento de los alimentos, y “la ley determinará cuando queda subsistente esta obligación en los casos de divorcio y otros que la misma ley señale” (artículo 302 C.C.). Si el fundamento de la obligación de dar alimentos es la solidaridad humana, al variar la

⁸³ CHAVEZ ASENCIO. Manuel. “La Familia en el Derecho, Relaciones Jurídicas Conyugales”. Edit. Porrúa, México 1999, pág. 172.

⁸⁴ ROJINA VILLEGAS. Rafael. Op. Cit., pág. 519.

situación personal que la ley establece para que se tenga derecho a pedirlos, cambia su fundamento, aun cuando quede “subsistente” la obligación de darlos, lo que cambia es la razón para darlos. En el primero es la “sanción” al cónyuge culpable, pues en estos casos “el juez tomando en cuenta las circunstancias del caso, y entre ellas la capacidad para trabajar de los cónyuges y su situación económica, sentenciará al culpable al pago de alimentos a favor del inocente” (artículo 288 C.C.). En el caso de divorcio por mutuo consentimiento su fundamento es la “compensación” que entre cónyuges se deben por el tiempo de duración del matrimonio, lo cual hoy en día ya no existe, de acuerdo a las reformas al Código Civil. La mujer siempre tiene derecho a la compensación, es decir, a recibir alimentos independientemente de su posibilidad o imposibilidad para trabajar. Este de hecho lo disfrutará si no tiene ingresos suficientes, lo que significa que si no tiene ingreso alguno deberá recibir la compensación mayor que si tuviera algunos, en cuyo caso sólo se compensará lo faltante. Esto se explica porque la mujer, con el advenimiento de los hijos, se aboca a su atención, educación y sostenimiento del hogar, dejando o por lo menos disminuyendo el trabajo remunerado que hubiera estado desempeñando. En cambio, el varón no siempre tiene derecho a recibir alimentos. Lo tendrá cuando “se encuentre imposibilitado para trabajar y carezca de ingresos suficientes”.

En ambos casos se disfrutará de los alimentos mientras no se contraigan nuevas nupcias o se unan en concubinato.

La pensión alimenticia convenida, podrá variarse, aumentándose o disminuyéndose, en los términos que ya expresamos y con base en el artículo 94 del Código de Procedimientos Civiles para Distrito Federal, y habrá ajuste automático según varíe el salario mínimo del Distrito Federal”.⁸⁵

Respecto a los hijos, el juez fijará la situación de los hijos menores después de oír a los abuelos, los tíos y los hermanos mayores cuando lo pidieren, y tiene plena facultad para resolver sobre los derechos y las obligaciones.

⁸⁵ CHAVEZ ASENCIO. Manuel. Op. Cit. págs. 559-560.

En cuanto a los bienes, el principal efecto es la disolución y liquidación de la sociedad conyugal.

“Respecto a los cónyuges, el efecto principal es el rompimiento del vínculo matrimonial, con lo que determinan las obligaciones derivadas del matrimonio. Así, ambos esposos quedan en libertad de contraer nuevas nupcias; el culpable no podrá hacerlo hasta después de transcurridos dos años de la sentencia de divorcio”.⁸⁶

En este punto, se ven los aspectos sobre los efectos de la sentencia de divorcio, en el cual se dan varios tipos de efectos, como son; provisionales y definitivos, en los primeros se ven aspectos principalmente, que debe de tomar el juez durante el procedimiento de divorcio, como es el de la casa habitación donde vivirán cada uno de los cónyuges, así como de la custodia de los hijos, así como con quien deberán estar los hijos durante el procedimiento, sobre todo este tipo de situaciones el juez de los familiar, llama a los consortes para que lleguen a un acuerdo, ya que ellos se conocen mejor o en un momento podrían llegar a un arreglo más fácilmente, pero en el caso de no llegar a un arreglo, el juez tendrá que tomar las medidas necesarias para dicha situación.

Por otro lado también están los efectos definitivos, éstos principalmente se dan en el divorcio necesario, ya que las medidas que aquí se toman son con un carácter definitivo, como son, los alimentos, hacia el cónyuge inocente, así como a los hijos, lo relativo a la patria potestad, al igual que con la disolución de la sociedad conyugal.

Para el maestro Rafael de Pina, la declaración de divorcio produce, además, los efectos siguientes:

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

b).- Perder el cónyuge culpable todo lo que se le hubiere dado o prometido por su consorte o por otra persona en consideración a éste.

⁸⁶ CHAVEZ ASENCIO. Manuel Op. Cit. pág. 172.

c).- La división de los bienes comunes y contribución en proporción a la subsistencia y educación de los hijos varones hasta que lleguen a la mayoría de edad y a las hijas aunque sean mayores hasta que contraigan matrimonio, siempre que vivan honestamente.”⁸⁷

II.- Capacidad para volver a contraer matrimonio.

Ya hemos explicado que el divorcio por separación de cuerpos, regulado en los Códigos de 1870 y 1884, al no disolver el matrimonio, no otorgaba, como era evidente, a ninguno de los consortes, la capacidad jurídica de contraer nuevo matrimonio. Se mantenía el vínculo matrimonial, y sólo se suspendían algunas obligaciones. Fundamentalmente la de hacer vida en común; pero la obligación de guardarse fidelidad, y por consiguiente, la sanción penal para el caso de adulterio, existía.

Ahora bien, este matrimonio que se celebrare violando la ley, no está afectado de nulidad, sino en forma contradictoria el Código Civil. lo consideraba ilícito, pero no nulo. Así lo decía expresamente el extinto artículo 264 decía “es ilícito pero no nulo el matrimonio; II. Cuando no se ha otorgado la previa dispensa que requiere el artículo 159 y cuando se celebre sin que hayan transcurrido los términos fijados en los artículos 158, ya derogado, y 289”, incluso este último es el que nos dice que los cónyuges recobrarán su entera capacidad para contraer nuevo matrimonio.

En estas condiciones, como evidentemente antes de que transcurriese el año en el divorcio voluntario, el juez del Registro Civil no podría autorizar la celebración del nuevo matrimonio, es muy frecuente que en México, se cometa el delito de falso informe a la autoridad, haciendo constar el cónyuge divorciado, en su solicitud de matrimonio, que es simplemente soltero. Claro está que se ha pretendido defender, a través de un fraude a la ley, esa declaración de que se es soltero, y si declara para sostener que no hay un delito. Porque se dice, el divorciado es soltero, y si declara que

⁸⁷ DE PINA VARA. Rafael. “Elementos de Derecho Civil Mexicano”. Edit. Porrúa, Volumen II, México 1992, Pág. 344.

es soltero, no hay falso informe a la autoridad. Ahora bien, las leyes pueden ser burladas a través de un verdadero fraude, y los jueces jamás deben ser cómplices de estos fraudes de los cuales son responsables los abogados. El abogado no debe ser un consejero para defraudar a la ley. Bien sea en este caso, o en los múltiples en los cuales el ingenio humano puede encontrar siempre mediante engaños, maquinaciones, artificios, combinaciones de preceptos, el modo de defraudar a la ley y el querer presentárselas a ésta totalmente deformada.

“Ahora bien, el aliciente que existe en la mayoría de los divorcios voluntarios es el poder celebrar un nuevo matrimonio, y este aliciente se fomenta de manera indebida haciendo ver al cónyuge o a los cónyuges que no se divorcian voluntariamente, que la prohibición legal puede violarse fácilmente y que bastará con que declaren en la solicitud de matrimonio que son solteros, para evitar, en primer lugar, la sanción penal y en segundo término para lograr de inmediato que se celebre el matrimonio”.⁸⁸

“En el divorcio necesario, si el cónyuge inocente es el hombre, puede inmediatamente contraer nuevo matrimonio una vez que cause ejecutoria la sentencia de divorcio, pero si el cónyuge inocente es la mujer, se le impide celebrar nuevo matrimonio tomando en cuenta la posibilidad de que pudiera estar embarazada, por lo que deberá transcurrir el término de trescientos días que se contarán, no a partir de la sentencia, sino antes, a partir de la separación judicial que se decreta al presentarse la demanda de divorcio. Como generalmente los juicios de divorcio necesario para llegar a sentencia ejecutoriada, tardan más de un año en su tramitación resultará que cuando se obtenga la sentencia firme, ya la mujer inocente podrá celebrar nuevo matrimonio, porque transcurrió el término de trescientos días a partir de la separación judicial. Si diese a luz un hijo dentro de este término, evidentemente que podrá contraer nuevo matrimonio, aun cuando no hubiese pasado ese plazo, porque lo que se trata de evitar es sólo una confusión en la paternidad”.⁸⁹

⁸⁸ ROJINA VILLEGAS Rafael. Op. Cit. págs. 520-522.

⁸⁹ [dem. Pág. 522.

“El divorcio disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro...”(artículo 266 del Código Civil).

No obstante que el artículo 289 del Código Civil, confirma que “En virtud del divorcio, los cónyuges recobrarán su entera capacidad para contraer matrimonio”, la ley en algunos casos hace necesario que transcurra un término antes de celebrar el nuevo matrimonio, y en otros por sanción al cónyuge culpable se le impide el contraer matrimonio sino después de dos años contados desde que se decretó el divorcio.

“En el divorcio voluntario los cónyuges no pueden volver a contraer matrimonio, sino transcurrido un año desde que obtuvieron el divorcio. Esta dilación tiene por objeto dar mayor seriedad tanto al divorcio como al contrato de matrimonio. En la práctica se alude, porque hay Oficiales del Registro Civil complacientes que no exigen a los interesados comprueben con la sentencia de divorcio la fecha de éste. A su vez, los cónyuges cometen el delito de falsedad o suministran una fecha falsa”.⁹⁰

La restricción para contraer matrimonio pretende dar mayor seriedad al matrimonio y al divorcio.

La contravención a lo dispuesto por el Código Civil, no tiene una mayor consecuencia en la práctica, ya que los Oficiales del Registro Civil no exigen a los interesados en contraer matrimonio que comprueben con la parte resolutive de la sentencia de divorcio, en caso de que alguno de los pretendientes hubiere sido casado anteriormente.

“Queda por consiguiente explicada la razón de ser, que a primera vista podría parecer injusta, de tratar en forma desigual a la mujer y al marido inocentes. De ahí que el artículo 289 del Código Civil, nos diga: “En virtud del divorcio, los cónyuges recobrarán su entera capacidad para contraer matrimonio”. Esto iba en relación al artículo 158 ahora derogado del mismo ordenamiento legal que decía: “La mujer no

⁹⁰ CHAVEZ ASECIO Manuel. Op. Cit. pág. 574.

podrá contraer nuevo matrimonio sino hasta pasados trescientos días después de la disolución del anterior, a menos que dentro de ese plazo diere a luz un hijo. En los casos de nulidad o de divorcio, puede contarse este tiempo desde que se interrumpió la cohabitación”. Ahora bien, la manera de contar el tiempo no es desde que se interrumpe la cohabitación de hecho, es decir, de que los consortes queden separados por mutuo acuerdo, sin que intervenga el juez, sino que justamente, a propósito de determinar la filiación legítima, la ley considera que los términos deben contarse a partir de la separación decretada judicialmente. Dice sobre el particular el artículo 324 que reza de la siguiente manera: “Se presumen hijos de los cónyuges, salvo prueba en contrario: I.- Los hijos nacidos dentro de matrimonio; y II.- Los hijos nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio, ya que provenga ésta de nulidad del mismo, de muerte del marido o de divorcio, siempre y cuando no haya contraído nuevo matrimonio la excónyuge. Este término se contará, en los casos de divorcio, o nulidad, desde que de hecho quedaron separados los cónyuges por orden judicial”.⁹¹

“Lo cual es evidente, porque sólo la orden judicial puede determinar de una manera auténtica el hecho real de la separación, que para los efectos que estamos estudiando consisten en presumir que ya no hubo relación sexual y que, por consiguiente, el primer marido, aun cuando su matrimonio no está disuelto, ya no pudo haber engendrado al hijo que naciere después de trescientos días siguientes a esa separación decretada por el juez”.⁹²

En este punto se ve lo relativo a la posibilidad de poder volver a contraer matrimonio, son varios los aspectos que deben analizarse, uno de ellos es si el divorcio fue por mutuo acuerdo, entonces los divorciados tendrán que esperar un año, si fue divorcio necesario y el inocente fue el marido, éste está en posibilidad de contraer matrimonio inmediatamente, en el caso de la mujer es diferente ya que ésta tiene que esperar un término de trescientos días, para ver sino ha quedado embarazada, y sobre todo para evitar conflictos de paternidad en relación a los hijos, y este término, empieza

⁹¹ Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal.

⁹² ROJINA VILLEGAS, Rafael. “Derecho Civil Mexicano” Tomo II, Derecho de Familia, Edit. Porrúa, México, 1998, pág. 525.

a contar a partir de la separación judicial, ya que la ley les da ese derecho al decir, que el divorcio deja a los cónyuges en aptitud de contraer nuevo matrimonio.

III.- Alimentos al cónyuge inocente.

“Otro efecto del divorcio en relación a los cónyuges, es el relativo a determinar los alimentos al cónyuge inocente. En este aspecto ya no se presenta esa equiparación absoluta que hemos visto que existe durante el matrimonio, para todos los efectos legales entre la mujer y el hombre. Porque por lo que ve a los alimentos de la mujer inocente en el divorcio, se imponen aun cuando tenga bienes, y esté en condiciones para trabajar. En cambio, por lo que se refiere a los alimentos del marido inocente, sólo en el caso de que carezca de bienes y esté imposibilitado de trabajar, la mujer culpable tendrá que darle esos alimentos. En verdad, si la ley parte de una absoluta equiparación en orden a la capacidad jurídica y a la aptitud para la vida, para el trabajo, no debería de hacer esta distinción. La razón de ser de los alimentos contra el cónyuge culpable es una sanción. Más aún, si durante el matrimonio ambos cónyuges tienen el deber recíproco de darse alimentos, de ayuda mutua, según sus necesidades y de acuerdo con sus posibilidades, en el caso de divorcio, como se sanciona al cónyuge culpable por un hecho que le es directamente imputable, y dado que ya no presentará ese auxilio económico al otro cónyuge, no habrá razón para distinguir entre la mujer y el marido, pues no es en función de la necesidad de los alimentos, sino por una pena que se impone al cónyuge culpable por haber disuelto el matrimonio”.⁹³

“Si los esposos no se han concedido uno a otro alguna ventaja, o si las que se han estipulado no parecen suficientes para asegurar la subsistencia del esposo que haya obtenido el divorcio, el tribunal puede condenar al otro esposo a pagarle una pensión alimentaria”.⁹⁴

⁹³ ROJINA VILLEGAS, Rafael. Op. Cit., pág. 538.

⁹⁴ PLANIOL y RIPERT J. “Tratado Elemental del Derecho Civil, Regímenes Patrimoniales”, Edit. Cárdenas Editor, 1983, pág. 177.

“Claro está que priva la idea humana de que es sobre todo la mujer la que considera que a través del matrimonio, tendrá el sostén económico del marido, y que si éste por un hecho que le es imputable, ya no podrá seguir dándosele a través del matrimonio, tendrá que hacerlo no obstante el divorcio. Nadie puede sacar provecho de su propio dolo, de su propia culpa, y sería premiar al marido que además de ser el causante del divorcio, pudiera obtener una liberación de la obligación que fundamentalmente se le había impuesto en razón de sus posibilidades, de su solvencia económica, de su capacidad para el trabajo, para sostener a la mujer que fue inocente en la disolución del vínculo matrimonial”.⁹⁵

Sobre este particular debemos señalar que actualmente nuestra legislación, en el divorcio necesario, el pago de alimentos a favor del inocente se considera como una sanción (Artículo 288 del Código Civil).

En relación con el deber conyugal del mutuo auxilio que ha de ser recíproco, aunque algunos cuerpos legales lo atribuyen especialmente al marido, hay que distinguir las legislaciones civiles que pueden ordenar a éste que preste alimentos a una mujer divorciada, aunque ella haya sido declarada culpable. Cuando la culpa no sea la base para la obtención del divorcio, se pueden generar conflictos serios en este aspecto de alimentos, pues en esos casos no se podrá acudir al tribunal alegando culpa del deudor alimentario. Por otra parte, tampoco podrá solucionarse el problema alegando que es de incumbencia de cada cónyuge después del divorcio proveer a su manutención, aún en el supuesto de que insertaran disposiciones particulares en cuanto al mantenimiento de los hijos, el problema principal está en que una familia normal, la mujer lo más tarde cuando nazca el primer hijo se ve obligada a abandonar su profesión y a dedicarse exclusivamente a la familia. Mientras tanto, el marido podrá continuar su carrera profesional. En caso de divorcio, la mujer tendrá que comenzar de nuevo, quizás en edad avanzada, y, en todo caso, después de haber sacrificado a la familia toda la energía de sus mejores años. En el caso de mujer de edad, en particular, tiene sobre todo importancia en el que el marido durante la vida en común haya adquirido derecho a

⁹⁵ ROJINA VILLEGAS, Rafael. Op. Cit., pág. 538.

seguridad social, pensión de vejez, etc., que la ley le otorga a él personalmente, aunque la mujer haya contribuido igualmente a las cargas de la familia.

Debe tomarse en cuenta que las resoluciones que sobre alimentos se decretan por el juez de lo familiar son provisionales y siempre podrán modificarse atendiendo a las necesidades del acreedor alimentario y a las posibilidades del deudor. Así lo previene el artículo 94 del Código de Procedimientos Civiles, que trata de las resoluciones de carácter provisional, y en especial en esta materia. Además, tendrán un incremento automático equivalente al aumento porcentual del salario mínimo diario vigente en el Distrito Federal, salvo que el deudor alimentario demuestre que sus ingresos no aumentaron en igual proporción; en ese caso se ajustará sólo en igual proporción. El artículo 311 del Código Civil, nos dice lo siguiente: “los alimentos han de ser proporcionados a las posibilidades del que debe darlos y a las necesidades de quien deba recibirlos. Determinados por convenio o por sentencia, los alimentos tendrán un incremento automático mínimo equivalente al aumento porcentual anual correspondiente al Índice Nacional de Precios al Consumidor publicado por el Banco de México, salvo que el deudor alimentario demuestre que sus ingresos no aumentaron en igual proporción. En este caso, el incremento en los alimentos se ajustará al que realmente hubiese obtenido el deudor. Estas prevenciones deberán expresarse siempre en la sentencia o convenio correspondiente”.

La actual redacción del artículo 288 del Código Civil, aun cuando no hace referencia al derecho evidente de la mujer inocente a recibir alimentos, al sancionar al culpable el pago de alimentos a favor del inocente, comprende automáticamente a la mujer cuando sea inocente, pero hace extensivo este beneficio al hombre que también lo sea, a diferencia de la anterior redacción que establecía que el marido inocente tendría derecho a recibirlos cuando estuviere imposibilitado para trabajar o no tuviere bienes propios para subsistir.

“Tomando en cuenta que se refiere al cónyuge culpable y recordando que no todas las causas de divorcio proceden por culpabilidad de alguno de los cónyuges, pues

no sólo existe el divorcio – sanción, sino también el divorcio remedio (por causas objetivas), está excluido de la obligación de proporcionar alimentos al cónyuge en el caso de que el divorcio procediera por enfermedad o enajenación mental incurable, lo que nos hace reflexionar si en éstos no debería también la mujer recibir alimentos, pues independientemente de la culpabilidad o enfermedad, ella requiera de alimentos que había estado recibiendo durante el matrimonio para su subsistencia y la de sus hijos”.⁹⁶

Asimismo, cabe hacer mención de que el juez tomando en cuenta las circunstancias del caso, y entre ellas la capacidad para trabajar de los cónyuges y su situación económica, sentenciará al culpable al pago de alimentos a favor del inocente.

Anteriormente el artículo 288 del Código Civil, hacía la distinción entre alimentos cuando era divorcio voluntario y alimentos en el divorcio necesario, lo cual ahora con las reformas se aplica únicamente al necesario.

“El juez, al sentenciar al pago de éstos, no tiene por qué analizar solamente el estado de necesidad del acreedor y la posibilidad del deudor, sino que debe tomar en cuenta “las circunstancias del caso”, entre las cuales debe ponderar la situación económica y la capacidad de trabajar de ambos... La condena a pagar alimentos puede ser por toda la vida del acreedor, no tiene por qué sujetarse a cubrir las necesidades primarias de éste, ni termina por nuevas nupcias ni concubinato del mismo acreedor, lo cual resalta aún más el carácter remuneratorio de este tipo de pensiones que estrictamente no son para alimentos”.⁹⁷

Cuando por el divorcio se originen daños o perjuicios a los intereses del cónyuge inocente, el culpable responderá de ellos como autor de un hecho ilícito.

Como se advierte en el divorcio necesario se establecen los alimentos como sanción; recordemos que con el divorcio cesan las obligaciones conyugales, por lo que la

⁹⁶ CHAVEZ ASENCIO, Manuel. Op. Cit., págs. 576-577.

⁹⁷ GALINDO GARFIAS, Ignacio. “Derecho Civil Primer Curso” Edit. Porrúa, México, 1997, pág. 633.

única fundamentación de los alimentos entre los divorciados es la reparación del daño, originada por un acto ilícito.

Anteriormente se daba que en el divorcio voluntario, la mujer tenía derecho a recibir alimentos por el mismo lapso de duración del matrimonio. En este supuesto no había cónyuge culpable, sólo la voluntad de las partes por contrato podía dar nacimiento a la obligación; en este caso era la sola voluntad del legislador la que creaba dicha carga. Este derecho duraba mientras la mujer o el varón, en su caso, no contraían nuevas nupcias o se unían en concubinato.

Aquí vemos lo relativo a los alimentos que se le han de dar al cónyuge inocente, hablamos claro del divorcio necesario, si bien en este caso la mujer siempre tiene derecho a recibir alimentos por parte del cónyuge, no así el marido, a menos que esté imposibilitado para trabajar, ya que al respecto este derecho tiene que ver con el de la ayuda mutua entre los cónyuges, el dar alimentos se da desde dos puntos de vista una como sanción y la otra como remedio, en el primero para ayudar a las diversas necesidades que tenga el cónyuge inocente sin importar si éste tiene bienes, y la segunda será principalmente por causas de salud, en el cual no se puede seguir viviendo en unión conyugal para evitar un posible contagio, pero esta pensión siempre la analizara el juez y la impondrá de acuerdo a las circunstancias del caso en especial y a la necesidad de uno y a la posibilidad del otro.

IV.- Consecuencias en cuanto a los hijos.

“La situación de los hijos no puede regirse en los casos de divorcio voluntario, por las disposiciones legales que se refieren al divorcio necesario, puesto que la misma ley señala un procedimiento especial para que de antemano se fije, por acuerdo de los cónyuges, la situación de ellos, pudiendo el juez que conoce del divorcio, hacer las modificaciones que crea oportunas al convenio, previa audiencia del Ministerio Público, y cuidando de que no se violen los derechos de los hijos o de terceras personas.

La conformidad de los divorciados respecto a los términos del acto y del convenio aprobado por el juez, expresada oportunamente en la presencia del mismo, no puede ser desvirtuada por el dicho posterior de cualquiera de aquéllos”.⁹⁸

“Respecto al artículo 273 del Código Civil, en relación a los hijos la fracción I del dicho artículo previene que en el convenio se deberá designar la persona a quien sean confiados los hijos del matrimonio, tanto durante el procedimiento, como después de ejecutoriado el divorcio. Normalmente se confían los hijos a alguno de los progenitores, pero debe hacerse notar que dicha fracción no limita a alguno de éstos la custodia, pues al mencionar a la persona a quien sean confiados, hacen referencia también a los abuelos paternos o maternos que son quienes pueden tener la custodia”.⁹⁹

También están las medidas previstas relativas a la custodia de los hijos de los cónyuges. Nuestro Código parte de la conveniencia de que los padres se pongan de acuerdo sobre la persona que debe cuidar a los hijos (artículo 282 fracción VI del Código Civil).

“En defecto de ese acuerdo el cónyuge que pida el divorcio propondrá la persona en cuyo poder deben quedar provisionalmente los hijos, lo que parece razonable pues se presume que el que pide el divorcio es el cónyuge inocente y éste tiene más derechos que el demandado para designar persona para la custodia de los hijos, que, inclusive, puede ser el mismo cónyuge actor en el juicio”.¹⁰⁰

Como no siempre es posible obtener el acuerdo de los cónyuges, el juez previo procedimiento que fija el Código de Procedimientos Civiles, resolverá lo que conviene para los hijos, pero “...salvo peligro grave para el normal desarrollo de los hijos los menores de doce años deberán quedar al cuidado de la madre”. (art. 282 frac. V del C.C.) por lo tanto, si no se acredita fehacientemente que la madre incurre reiteradamente

⁹⁸ DE PINA VARA, Rafael y CASTILLO LARRAÑAGA, José. “Instituciones de Derecho Procesal Civil”. Edit. Porrúa, México 1980. pág. 435.

⁹⁹ CHAVEZ ASENCIO. Manuel. Op. Cit., pág. 576.

¹⁰⁰ Ibid, pág. 568.

en conductas u omisiones que afecten el normal desarrollo de su hijo menor debe otorgársele su custodia definitiva. Para tal efecto el juez “deberá exhortar a los interesados a lograr un avenimiento” (art. 941 del C.P.C.).

Lo normal es que en el auto que admite la demanda de divorcio el juez decida sobre la custodia de los hijos. Pero en casos de urgencia puede decidir antes de la admisión de la demanda. La solicitud de custodia puede contenerse en la demanda de divorcio, o bien solicitarse en comparecencia personal o mediante escrito ante el juez de lo familiar en controversia familiar, con fundamento en lo dispuesto por los artículos 941 y siguientes del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, para que con las medidas de apremio necesarias se ponga al hijo en custodia de quien ha decidido la tenga. Puede llegarse al extremo de que hubiera alguna prevención en cuanto a la admisión de la demanda, pero nunca el juez debe dejar de decidir sobre las medidas provisionales a las que se refiere el artículo 282 del Código Civil.

De aquí que el juez de lo familiar, cite a una audiencia a ambos padres donde los exhorta para que decidan con quien deberán quedar los hijos, si no hay acuerdo y después de haberlos oído en esa audiencia, el juez estará legalmente en posibilidad de decidir.

Se estima que el interés de los hijos en estos casos es superior al de los cónyuges, y los jueces deben intervenir y velar siempre protegiéndose en su persona, alimentos y bienes.

El mismo Código de Procedimientos Civiles, señala que cualquier inconformidad de los cónyuges sobre resoluciones en relación a la separación de ellos y sobre la custodia de los hijos, se tramitará en los términos del artículo 942, el que previene que no se requiere formalidad especial para acudir al juez de lo familiar.

Por tratarse de una medida provisional, ésta puede ser modificada en cualquier momento. Puede acontecer que la custodia de los hijos se hubiera dejado a uno de los

padres que se volviera incapaz, o bien que por su conducta inmoral fuere necesario un cambio, lo cual se puede pedir por el otro cónyuge o por cualquiera comunicándolo al juez y éste puede intervenir, inclusive de oficio, al conocer la situación.

“Es posible, también, modificar las visitas o los tratos que el padre no tuviera la custodia tiene el derecho de hacer. Durante el procedimiento, uno de los progenitores tiene la custodia de los hijos, y el otro tiene el derecho de visitarlos y llevarlos con él y salir de vacaciones, etc. Estos derechos pueden suspenderse y las visitas impedirse si se causa perjuicio a los hijos. Se trata de una medida que debe aplicarse restrictivamente porque significa privar al padre o a la madre de participar en la formación y educación de sus hijos. Esta restricción o suspensión deberá ordenarse cuando en lugar de beneficiar al menor, le perjudica, por ejemplo; malos consejos, actitud inmoral, incumplimiento a la pensión alimenticia, o se dañe la salud psíquica o física de los menores. Estas modificaciones pueden intentarse mediante un incidente en el juicio de divorcio”.¹⁰¹

Los tres efectos principales del divorcio respecto a los hijos, son divididos en tres partes. La primera se refiere a los efectos relativos a la legitimidad o ilegitimidad del hijos de la mujer divorciada, o simplemente separada judicialmente de su marido. La segunda, comprende los efectos en cuanto a la patria potestad, y la tercera los relativos a los alimentos de los hijos.

Al efecto deben distinguirse tres períodos: I.- Si el hijo naciere dentro de los trescientos días siguientes a la separación judicial de los cónyuges. II.- Si naciere después de los trescientos días siguientes a la separación, pero antes de que transcurran trescientos días de la sentencia de divorcio; y III.- Si el hijo naciere después de los trescientos días de que cause ejecutoria la sentencia de divorcio.

“I.- Cuando el hijo nazca dentro de los trescientos días siguientes a la separación judicial de los cónyuges, conforme al artículo 324 fracción II del Código Civil vigente,

¹⁰¹ Ibidem.

existe siempre la presunción de legitimidad del hijo, de tal manera que el marido no podrá impugnarla, sino demostrando que fue físicamente imposible que tuviere relación sexual con su esposa dentro de los primeros ciento veinte días, de los trescientos anteriores al nacimiento

II.- Este se refiere al hijo que naciere después de los trescientos días de decretada la separación judicial. En este tendremos que distinguir dos posibilidades: pueden transcurrir los trescientos días sin que se pronuncie sentencia de divorcio, o bien, en casos excepcionales, puede haberse pronunciado la sentencia de divorcio, antes de que transcurran los trescientos días siguientes a la separación judicial.

Para los efectos legales, lo importante es que no hayan transcurrido en el momento en que el hijo nazca, más de trescientos días de pronunciada la sentencia.

III.- Comprende a los hijos que la mujer divorciada tuviese después de los trescientos días siguientes a la disolución de su matrimonio. En realidad, tendremos que distinguir los casos en que el hijo naciere después de los trescientos días de muerto el marido de su madre, o de disuelto el matrimonio por divorcio o por nulidad”.¹⁰²

Con relación, a otra de las consecuencias en cuanto a los hijos, es la de los alimentos.

Para efectos puramente civiles la obligación alimentaria sólo se considera, como efecto del matrimonio y del parentesco, únicas fuentes de esta obligación.

En primer lugar, debemos destacar que no se hace referencia a cuál clase de divorcio se refiere el legislador, por lo que esta disposición es aplicable, tanto al divorcio necesario como al voluntario. En ambos casos los consortes están obligados a la alimentación de sus hijos.

¹⁰² ROJINA VILLEGAS, Rafael. “Derecho Civil Mexicano”, Tomo II. Derecho de Familia, México, 1998, Edit. Porrúa, págs. 544-547.

En el artículo 287 no se impone al cónyuge culpable la obligación de dar alimentos a sus hijos, sino que ambos padres deben contribuir en proporción de sus bienes al cumplimiento de este deber jurídico.

Como lo dispone el artículo 308 del Código Civil para el Distrito Federal, en referencia a lo que deben comprender los alimentos dice: "I.- La comida, el vestido, la habitación, la atención médica, la hospitalaria y en su caso, los gastos de embarazo y parto; II.- Respecto de los menores, además, los gastos para su educación y para proporcionarles oficio, arte o profesión adecuados a sus circunstancias especiales; III.- Con relación a las personas con algún tipo de discapacidad o declarados en estado de interdicción, lo necesario para lograr, en lo posible, su habilitación o rehabilitación y su desarrollo; y IV.- Por lo que hace a los adultos mayores que carezcan de capacidad económica, además de todo lo necesario para su atención geriátrica, se procurará que los alimentos se les proporcionen, integrándolos a la familia".¹⁰³

Dada la importancia de la obligación alimentaria, ésta no puede dejarse a la sola voluntad del deudor, por lo que la ley autoriza a pedir su aseguramiento ya sea al que ejerce la patria potestad o la tutela, a los hermanos y demás parientes colaterales hasta el cuarto grado o, a falta o imposibilidad de ellos, a un tutor interino que nombrará el juez de lo familiar y, en último de los casos al Ministerio Público.

En el derecho civil mexicano sólo existen dos maneras autorizadas para que el obligado a dar alimentos pueda cumplir con su obligación: a través de una pensión en efectivo o, incorporando al acreedor a su hogar.

Si la obligación alimentaria se cumple a través de una pensión en efectivo, ésta debe ser realmente en efectivo y no en especie; el deudor no podrá liberarse ofreciendo alimentar al acreedor ni éste deberá presentarse al domicilio de aquél u otro lugar que se le señale para tomar sus alimentos. Tampoco puede el acreedor pretender que se le de determinado capital, pues las pensiones son periódicas, generalmente mensuales o

¹⁰³ Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal.

quincenales. Cuando la obligación alimentaria se cumple incorporando al acreedor al hogar del deudor, debe ser en el hogar de éste y no otro equivalente.

“Puede ocurrir también que los hijos no tengan necesidad de alimentos de los padres, no por ser mayores de edad, sino porque tengan bienes suficientes, porque estén en condiciones de trabajar y de proporcionarse lo necesario para subsistir. Entonces aplicamos la regla general de que cesa la obligación alimentaria cuando el alimentista deja de necesitar los alimentos, o sea la fracción II del artículo 320 que a su vez, se relaciona con el 311; los alimentos han de ser proporcionados a la posibilidad del que deba darlos y a la necesidad del que deba recibirlos. Desaparecido esta necesidad, desaparece también el derecho de poder exigir alimentos”.¹⁰⁴

De acuerdo con la naturaleza de la obligación alimentaria, cuyo objeto es la sobrevivencia del acreedor, la misma se encuentra dotada de una serie de características que la distinguen de las obligaciones comunes, tendientes a proteger al pariente o cónyuge necesitado, las cuales son:

“Recíproca. Puesto que el obligado a darla tiene a su vez el derecho a exigirla.

Proporcional. Esto es, los alimentos han de ser proporcionales a la posibilidad del que los da y a la necesidad de quien los recibe.

A prorrata. La obligación alimentaria debe prorratearse cuando son varios los obligados a dar alimentos a otro.

Subsidiaria. Pues se establece a cargo de los parientes más lejanos, sólo cuando los más cercanos no puedan cumplirla.

Imprescriptible. En tanto no se extingue aunque el tiempo transcurra sin ejercerla.

Irrenunciable. La obligación alimentaria no puede ser objeto de renuncia.

Intransigible. Es decir, no es objeto de transacción entre las partes.

Imcompensable. No es extingible a partir de concesiones recíprocas.

¹⁰⁴ ROJINA VILLEGAS, Rafael. Op. Cit., págs. 556-557.

Inembargable. Ya que está considerada como uno de los bienes no susceptibles de embargo.

En general en nuestro ambiente, los padres buscan evadir el cumplimiento de esta obligación cuando los hijos quedan bajo la custodia y patria potestad, de la madre. No sólo argumentan escasos recursos, que muchas veces en complicidad con las empresas donde trabajan comprueban que los jueces, sino que también oponen toda clase de argucias para evitar que se les descuente la pensión que corresponda en justicia para el cónyuge inocente y sus hijos.

Estimo que faltan en nuestra legislación reglas más claras y precisas, y posibilidades para una pronta y expedita administración de justicia, para resolver estos casos que se toman angustiosos para muchas mujeres abandonadas y sin recursos para la alimentación de sus hijos”.¹⁰⁵

Como podemos ver en cuanto a los hijos, los efectos del divorcio son varios pero principalmente tres, que son en cuanto a la guarda y custodia, sobre la paternidad y sobre los alimentos.

En el primero, se ve con quien deberán estar los hijos ya sea durante el procedimiento o una vez ejecutoriado el divorcio, lo cual es muy común que el que pida quedarse con los hijos sea el cónyuge inocente, lo cual suena muy lógico, pero también el juez vera las circunstancias de cada caso ya que no siempre eso es lo más conveniente para los hijos y el juez tendrá que tomar las medidas necesarias, respecto a la guarda y custodia de los menores.

Por su parte, hablando sobre la situación que queda la mujer divorciada, esta estuviera embarazada o diera a luz, durante el procedimiento o una vez concluido el juicio, se tendrá que ver el lapso de tiempo desde que se decreto la separación judicial, tomando en consideración que fue antes de transcurridos trescientos días, durante o

¹⁰⁵ CHAVEZ ASENCIO, Manuel. Op. Cit., 586-587.

después de este lapso, el cual dependerá del caso y cada cónyuge tendrá que demostrar lo que a su derecho convenga.

Así también, tenemos la situación de los alimentos a los hijos, en este caso, los padres siempre estarán obligadas a dar alimentos a sus hijos, pero en el caso del divorcio necesario el cónyuge culpable estará obligado a dar una pensión para los alimentos de sus hijos, el juez determinará el monto de ésta, la cual siempre será en efectivo, nunca en especie, y para cumplir lo puede hacer mediante pensión o incorporando al hogar, esta obligación de dar alimentos, siempre debe ser proporcional, esto es, de la posibilidad de quien los da y la necesidad de quien los recibe, ya que este derecho de los hijos nunca prescribe ni es renunciable y además inembargable.

V.- Consecuencias en cuanto a la patria potestad.

“La patria potestad es el conjunto de derechos y facultades que la ley concede al padre y a la madre sobre la persona y bienes de sus hijos menores, para permitirles el cumplimiento de sus obligaciones como tales. No debe olvidarse que estos derechos y facultades, únicamente se conceden a los padres, como consecuencia de las graves obligaciones que tienen que cumplir; sólo existe la patria potestad porque hay obligaciones numerosas a cargo del padre y de la madre, las cuales se resumen en una sola frase; la educación del hijo”.¹⁰⁶

“Pero es de sobra sabido que en Roma había la categoría de los menores sui juris, es decir, los menores que diversamente a los alieni juris, no estaban sujetos a la patria potestad, sino a la tutela o a la curatela, según el caso”.¹⁰⁷

Uno de los aspectos más importantes es decidir cuál de los cónyuges conservará la custodia de los hijos: ¿En qué situación quedan los hijos después del divorcio de los padres?.

¹⁰⁶ PLANIOL y RIPERT. Op. Cit. pág. 255.

¹⁰⁷ ORTIZ URQUIDI. Raúl. “Derecho Civil”. Edit. Porrúa, 2ª Ed., México 1986. Pág. 537.

“El principio general reconocido por todos los códigos civiles que admiten el divorcio vincular, es el de privar al cónyuge culpable de la patria potestad sobre los hijos y concederla al inocente. Asimismo cuando el divorcio se decreta por alguna enfermedad crónica o incurable, que sea además contagiosa o hereditaria, coinciden los códigos que reconocen esta causal, en conceder la custodia de los hijos menores al cónyuge sano, y simplemente restringen el conjunto de derechos que otorga la patria potestad al cónyuge enfermo, sólo para evitar que pudiera contagiar a sus hijos a través de la convivencia, del trabajo continuo y de la posibilidad de intervenir en su educación; pero como la patria potestad no es sólo una suma de derechos, sino también de obligaciones y responsabilidades, se mantienen éstas para el cónyuge enfermo, especialmente dentro de su posibilidad de suministrar alimentos a sus hijos, de representarlos jurídicamente en todos aquellos actos en que se requiera la intervención del padre, o en su caso de la madre, así como cuando se trate de lo que constituye el fenómeno de asistencia, que no implica una representación, sino simplemente una autorización del acto jurídico que lleve a cabo el hijo menor de edad.

Aun cuando en sus líneas generales coinciden los códigos al privar al cónyuge culpable de la patria potestad y concederla al inocente”.¹⁰⁸

En nuestro sistema y en la generalidad de los códigos civiles, es un derecho del cónyuge inocente que se le otorgue la patria potestad sobre los hijos, y en una sanción que se le impone al culpable para privarlo de la misma, de tal manera que nunca estará en la facultad discrecional del juez, ni en razón de las circunstancias que considere justificadas, alterar este sistema imperativo de la ley.

Conforme al artículo 94 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal: “Las resoluciones judiciales dictadas con el carácter de provisionales pueden modificarse en sentencia interlocutoria, o en la definitiva. Las resoluciones judiciales firmes dictadas en negocios de alimentos, ejercicio y suspensión de la patria potestad,

¹⁰⁸ ROJINA VILLEGAS, Rafael. Op. Cit. págs. 549-550.

interdicción, jurisdicción voluntaria y las demás que prevengan las leyes, pueden alterarse y modificarse cuando cambien las circunstancias que afectan el ejercicio de la acción que se dedujo en el juicio correspondiente”.¹⁰⁹

Nosotros, por consiguiente, tenemos el sistema suizo en materia de patria potestad. Las resoluciones que se dicten al efecto son modificables, porque pueden cambiar las circunstancias que habían impuesto una determinada medida. También en cuanto a alimentos tienen ese carácter, porque aumenten las posibilidades económicas del deudor, o bien, que disminuyan, o cuando las necesidades del acreedor aumenten o disminuyan. Naturalmente entonces, el juez podrá modificar la pensión alimenticia que hubiese decretado. La misma razón existe tratándose de la patria potestad, sin embargo, en la generalidad de los Códigos Civiles, una vez decretado el divorcio, forma parte de la sentencia el punto relativo a la patria potestad, y ya es inmodificable, porque constituye la cosa juzgada.

Respecto, de nuestro Código Civil, encontramos tres normas fundamentales en materia de patria potestad. Para determinadas causas de divorcio, el cónyuge culpable pierde definitivamente la patria potestad aun cuando muera después el inocente. En tal caso, como no puede recobrar esa patria potestad, pasará a los abuecos, primero paternos y luego maternos y a falta de ellos, entonces el hijo quedará bajo tutela. Se ve por esta sanción extrema, que deben ser gravísimas las causas de divorcio que le hacen perder para siempre al cónyuge culpable la patria potestad, aún en el supuesto muy justificado de que muriese el inocente y que conforme a la naturaleza misma, el más indicado fuera el padre que sobreviva, quien ejerciera la patria potestad. Una segunda norma hace privar al cónyuge culpable de la patria potestad, mientras viva el inocente, para recobrar ese derecho a su muerte. Por último, tratándose del divorcio por las enfermedades ya mencionadas, se restringe la patria potestad en cuanto al cónyuge enfermo, sólo para evitar, tratándose de enfermedades contagiosas, que pueda existir ese contagio, y por eso la custodia y la vida en común se establecerá a favor del cónyuge inocente.

¹⁰⁹ Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

Siguiendo este criterio es conveniente citar el artículo 283 del Código Civil para el Distrito Federal, que dice: “La sentencia de divorcio fijará en definitiva la situación de los hijos, para lo cual el Juez de lo Familiar deberá resolver todo lo relativo a los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad, su pérdida, suspensión o limitación, según el caso, y en especial a la custodia y al cuidado de los hijos. De oficio o a petición de parte interesada durante el procedimiento, se allegará de los elementos necesarios para ello, debiendo escuchar al Ministerio Público, a ambos padres y a los menores, para evitar conductas de violencia familiar o cualquier otra circunstancia que amerite la necesidad de la medida considerando el interés superior de estos últimos. En todo caso protegerá y hará respetar el derecho de convivencia con los padres, salvo que exista peligro para el menor.

La protección para los hijos incluirá las medidas de seguridad, seguimiento y terapias necesarias para evitar y corregir los actos de violencia familiar, las cuales podrán ser suspendidas o modificadas en los términos previstos por el artículo 94 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

Para el caso de los mayores incapaces, sujetos a la tutela de alguno de los excónyuges, en la sentencia de divorcio deberán establecerse las medidas a que se refiere este artículo para su protección”.¹¹⁰

Si reflexionamos la razón de ser de privar definitivamente al cónyuge culpable de la patria potestad, es decir, aunque muriese el inocente, tendríamos que llegar a esta conclusión; la causa de divorcio debe implicar para los hijos un peligro indiscutible, de tal manera que en ningún tiempo ese cónyuge pueda ejercer la patria potestad. desde luego, cuando el divorcio se decreta por los actos inmorales ejecutados por los padres para corromper a sus hijos, nunca podrá el cónyuge recobrar la patria potestad, porque aquí si la causa fue en función de pervertir a los hijos, y por esto, aunque muriese el inocente, no podrá el culpable ejercer la patria potestad, debiendo preferirse a los abuelos paternos o maternos, y si faltasen, se designará un tutor.

¹¹⁰ Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal.

“Cuando la causa de divorcio implique los hábitos del juego, de la embriaguez o el uso indebido y persistente de drogas enervantes, es también indiscutible que no está el padre o la madre en condiciones de ejercer la patria potestad, porque el vicio, sea del juego, del alcohol, o de las drogas, se apodera de tal forma del sujeto, que le impide poder educar al hijo. La razón de ser en la patria potestad es que haya una educación adecuada, más que derechos, es imponer obligaciones y responsabilidades. No es la patria potestad al estilo romano, que se otorgaba en interés del padre, sino en una función social de gran trascendencia, de gran responsabilidad, que fundamentalmente implica obligaciones, más que derechos, y sólo por las obligaciones se otorgan los derechos. Por ejemplo, se tiene la obligación de educar y evidentemente el derecho de educar; se tiene la obligación de corregir al hijo y el derecho de castigarlo; se tiene la obligación de representar al hijo, y el hecho de concurrir al acto jurídico en representación del hijo, y decidir lo que más convenga a sus intereses.

Como a su vez, el cónyuge inocente es el que ejerce la patria potestad y es el que tiene derecho de hacer vida en común con los hijos menores, será jurídicamente incompatible que ambos padres pudieran, uno cumplir su obligación, y el otro ejercer el derecho. Sería una forma indirecta de privar al que ejerce la patria potestad de los derechos de hacer vida en común con sus hijos y, además, traería la consecuencia incompatible de que ya decretado el divorcio, los padres tuviesen que hacer también vida en común, para convivir con los hijos.

Si a través de estas obligaciones el cónyuge culpable quisiera ejercer el derecho de castigar al hijo, podrá hacerlo pero en la medida necesaria para no invadir el derecho de patria potestad que tiene el inocente. Es decir, nunca puede ser una medida que contradiga o que sea incompatible con las facultades que la ley le confiere ya definitivamente al cónyuge inocente, o sea; no debe interferir el culpable en el radio de acción del inocente”.¹¹¹

¹¹¹ ROJINA VILLEGAS. Rafael. Op. Cit. pags. 552-553.

Al dividir el ejercicio de la patria potestad que tendrá preferentemente quien conserve la custodia, el otro progenitor tiene el derecho de visita. Para tal efecto deberá invitarse a los progenitores a que se pongan de acuerdo en la forma y manera de ejercer este derecho, no porque el juez se desinterese, sino porque son ellos quienes mejor conocen su situación y pueden resolverla. En caso contrario, el juez tendrá que decidir sobre este derecho de visita, entendido que corresponde no sólo al progenitor, sino también a los abuelos paternos y maternos según lo ha decidido la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

En mi punto de vista, vemos que la ley le confiere este derecho única y exclusivamente a los padres, ya que son ellos quienes tienen la responsabilidad de sacar adelante a sus hijos, y al no estar éstos, la ley le confiere esta responsabilidad a los abuelos paternos y a la falta de ellos, a los abuelos maternos.

Nuestro Código Civil, comparte la idea de que la patria potestad la debe de tener la madre principalmente cuando los hijos son menores de doce años, o en su caso el cónyuge inocente, pero se dan ciertos casos en los que no siempre es así, incluso le pueden quitar a un cónyuge la patria potestad, por correr los hijos un riesgo, en cuanto a su formación, de contagio o enfermedad; también habrá que ver si en quien van a estar los hijos les dará buen ejemplo, si tiene buenos hábitos, que no pongan en peligro al menor, pero esta determinación puede ser modificada dependiendo las circunstancias especiales de cada caso en concreto.

Lo anterior encuentra apoyo en la tesis aislada, del Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, Semanario Judicial de la Federación, Octava Epoca, Materia Civil, Tomo X, septiembre, de 1992, visible en la página 315, cuyo texto es: ***"PATRIA POTESTAD. PERDIDA DE LA.*** *En el juicio de divorcio procede la condena a la pérdida de la patria potestad de conformidad con el artículo 444 fracción II del Código Civil, pues esta fracción la establece como causa autónoma, esto es, independiente de las que a su vez prevén las diversas fracciones del referido artículo 444 del Código Civil, siempre y cuando se esté en los supuestos del diverso artículo 288*

*del propio Código sustantivo, es decir, que el juez para decretar y condenar a uno de los padres a la pérdida de la patria potestad debe tomar en cuenta las circunstancias del caso. Al respecto, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha resuelto en contradicción de tesis número 30/90 que la autoridad jurisdiccional para decretar dicha pérdida, debe razonar (con el debido cuidado y prudente inteligencia) los motivos por los cuales es procedente la condena, tomando en cuenta que en los autos del juicio debe probarse que existe la posibilidad de que pudiera afectarse la salud, seguridad o los valores éticos del menor, aun cuando todavía no exista en la realidad este daño. En consecuencia, es evidente que dentro de estas circunstancias que deben considerarse para decidir respecto a la pérdida de la patria potestad en el divorcio, están aquellas causales que por su relevancia implican afectación real o la innegable posibilidad de dañar al menor, como son el adulterio, la falta injustificada de ministración de alimentos, el abandono, la separación o profundo alejamiento de los consortes que demuestre el absoluto rompimiento del vínculo matrimonial con el incumplimiento de sus deberes, la comisión de delitos de un cónyuge contra el otro o contra sus hijos, su corrupción o prostitución o propuesta para ello, la sevicia o el uso de drogas que puedan causar la ruina familiar”.*¹¹²

Bajo este contexto, la ley prevé lo relativo al derecho de visita, así como de sus obligaciones y derechos de los cónyuges para no ocasionar más problemas entre ambos en relación a los hijos.

VI.- Disolución de la sociedad conyugal.

La sociedad conyugal, constituye una persona moral distinta de las personalidades individuales de los cónyuges. Tienen por lo tanto un patrimonio autónomo, integrado por un activo, o sea por el conjunto de bienes que los consortes aporten, y estos bienes pueden comprender tanto los anteriores al matrimonio, como los que se adquieran durante éste. Puede la sociedad conyugal referirse sólo a determinados

¹¹² IUS 2000, Suprema Corte de Justicia de la Nación.

bienes, por ejemplo, los que se adquieren a partir de la celebración del matrimonio, pactándose la separación en cuanto a los bienes anteriores, concretándose sólo a los bienes inmuebles de los consortes, para establecer la separación respecto de los bienes muebles. Como es una persona moral la sociedad conyugal, además de tener un activo, tendrá un pasivo. Es decir, se tendrá que precisar si estarán a cargo de la sociedad las deudas personales de los consortes, anteriores al matrimonio, y las deudas que contraigan durante el matrimonio. Esto integrará a través del activo y pasivo, el patrimonio que se define como un conjunto de bienes, derechos y obligaciones apreciables en dinero, y que constituyen una universalidad jurídica. Es decir, una entidad que va a tener vida independiente; que para los efectos jurídicos ese activo y pasivo que integran el patrimonio, tendrá un tratamiento distinto del activo y pasivo personal de cada cónyuge. Por lo mismo, la sociedad conyugal debe tener una representación jurídica.

El artículo 183 del Código Civil, nos dice “La sociedad conyugal se regirá por las capitulaciones matrimoniales que la constituyan...”.

El artículo 189 del mismo ordenamiento legal estipula: “Las capitulaciones matrimoniales en que se establezca la sociedad conyugal, deben contener:

- I.- La lista detallada de los bienes inmuebles que cada consorte lleve a la sociedad, con expresión de su valor y de los gravámenes que reporten;
- II.- La lista específica de los bienes muebles que cada consorte introduzca a la sociedad;
- III.- Nota pormenorizada de las deudas que tenga cada esposo al celebrar el matrimonio, con expresión de si la sociedad ha de responder de ellas, o únicamente de las que se contraigan durante el matrimonio, ya sea por ambos consortes o por cualquiera de ellos;
- IV.- La declaración expresa de si la sociedad conyugal ha de comprender todos los bienes de cada consorte o sólo parte de ellos, precisando en este último caso cuáles son los bienes que hayan de entrar a la sociedad;
- V.- La declaración explícita de si la sociedad conyugal ha de comprender los bienes todos de los consortes, o solamente sus productos. En uno y en otro caso se determinará

con toda claridad la parte que en los bienes o en sus productos corresponda a cada cónyuge;

VI.- La declaración de si el producto del trabajo de cada consorte corresponde exclusivamente al que lo ejecutó, o si debe dar participación de ese producto al otro consorte y en que proporción;

VII.- La declaración acerca de que si ambos cónyuges o sólo uno de ellos administrará la sociedad, expresándose con claridad las facultades que en su caso se concedan;

VIII.- La declaración acerca de si los bienes futuros que adquieran los cónyuges durante el matrimonio, pertenecen exclusivamente al adquirente, o si deben repartirse entre ellos y en que proporción;

IX.- La declaración expresa de que si la comunidad ha de comprender o no los bienes adquiridos por herencia, legado, donación o don de la fortuna; y

X.- Las bases para liquidar la sociedad".¹¹³

Al igual vale hacer mención de lo que menciona el artículo 184: "La sociedad conyugal nace al celebrarse el matrimonio o durante éste y podrán comprender, entre otros, los bienes de que sean dueños los otorgantes al formarla".

En el Código Civil, como el divorcio origina la disolución del matrimonio, necesariamente debe traer consigo la disolución de la sociedad conyugal que se hubiere estipulado entre los consortes. En el artículo 287 en lo que nos interesa estatuye: "En la sentencia que decrete el divorcio y tomando en consideración, en su caso, los datos recabados en términos del artículo 282 de este Código, el juez de lo Familiar fijará lo relativo a la división de los bienes,...".

Ante el sistema que regula el Código Civil vigente, si el matrimonio se contrajo bajo el régimen de sociedad conyugal, el divorcio origina la disolución de ésta, y esta disolución se hace en la forma de una liquidación en el sentido de que primero se tendrán que pagar todas las obligaciones sociales, para cuyo efecto, al constituirse la sociedad conyugal, se determinará el activo y el pasivo de la misma.

¹¹³ Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal.

El artículo 197 del Código Civil, estipula que “La sociedad conyugal termina por la disolución del matrimonio, por voluntad de los consortes, por la sentencia que declare la presunción de muerte del cónyuge presente y en los casos previstos en el artículo 188”.

Será diferente la liquidación según se origine por divorcio, por nulidad del matrimonio o por muerte de uno de los cónyuges. La disolución de la sociedad conyugal por causa de divorcio no está sancionada en nuestro sistema imponiendo al cónyuge culpable ni la pérdida de los bienes, que le correspondan según las bases que se hubieren pactado para la liquidación, ni siquiera la pérdida de las utilidades.

En cuanto a los bienes, el cónyuge culpable pierde a favor del cónyuge inocente, todo lo que le hubiere dado o prometido por su consorte u otra persona, en consideración al matrimonio (donaciones antenuptiales o donaciones entre consortes). El cónyuge inocente conservará lo recibido y podrá reclamar lo pactado en su provecho artículo 286 del Código Civil.

El cónyuge culpable además, debe pagar al cónyuge inocente los daños y perjuicios que le produzca el divorcio.

El artículo 188 del Código Civil, dice: “Puede también terminar la sociedad conyugal durante el matrimonio, a petición de alguno de los cónyuges por los siguientes motivos: I.- Si uno de los cónyuges por su notoria negligencia en la administración de los bienes, amenaza arruinar al otro o disminuir considerablemente los bienes comunes; II.- Cuando uno de los cónyuges, sin el consentimiento expreso del otro, hace cesión de bienes pertenecientes a la sociedad conyugal a sus acreedores; III.- Si uno de los cónyuges es declarado en quiebra, o en concurso, y IV.- Por cualquiera otra razón que lo justifique a juicio del órgano jurisdiccional competente”.¹¹⁴

¹¹⁴ Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal.

Mi opinión, en relación a la disolución de la sociedad conyugal, es que se tendrán que ver ciertos aspectos como son, que la sociedad tiene un activo y un pasivo, también que tiene que determinar que bienes entrarán a la sociedad así como los que no pertenecerán a la misma, así como de los derechos de cada cónyuge, así como de estipularlas desde un principio en las capitulaciones matrimoniales, pero la disolución de la sociedad conyugal no solamente termina con el divorcio, también por muerte del cónyuge, así como por voluntad de los consortes.

**Capítulo V.- Aciertos y desaciertos respecto a la adición de la fracción XX
del artículo 267 del Código Civil del Distrito Federal.**

I.- Exposición de motivos.

El grupo Parlamentario de la Revolución Democrática, pendiente de las demandas sociales, de las inquietudes que los diferentes sectores de la familia mexicana expresaron por medio de sus representantes; que las normas de derecho familiar insertas en el Código Civil del Distrito Federal, ya no se adecuan a la realidad social de las familias que habitan en el mismo; es necesaria la promulgación de una legislación familiar moderna para esta entidad, que ponga los fundamentos de la familia que queremos proteger en los inicios del siglo XXI, que la protección jurídica familiar, debe prioritariamente incluir a las niñas y niños, a las mujeres y hombres, a los adultos mayores, a las inválidas e inválidos, a las drogadictas y drogadictos, a las enfermas y enfermos mentales, a las discapacitadas y discapacitados.

La Asamblea de Representantes del Distrito Federal, correspondiente al mes de abril de dos mil, emitió la siguiente exposición de motivos, sobre las reformas hechas al Código Civil para el Distrito Federal, en materia de familia, es la siguiente:

“Que atendiendo a las características del Derecho Familiar, en este código se definen sus instituciones y se determina su naturaleza jurídica, para que los destinatarios de estas normas, las conozcan y las asimilen con facilidad, para poder exigir su cumplimiento, y además conocer íntegramente cuáles son los derechos, deberes y obligaciones de la familia y de cada uno de los miembros que la integran.

Existen normas del Código Civil del Distrito Federal, que en lugar de proteger a la familia, la atacan, la denigran y la destruyen. Para esas disposiciones, la familia no existe jurídicamente. El patrimonio familiar no se transmite a los miembros de la familia. Esta no es un sujeto de derecho. La mayoría de las causales de divorcio son de

carácter penal y al decretarse éste, destruyen los efectos, los vínculos, el amor de los hijos, de la familia y el de los cónyuges.

En este Código Familiar, se destaca que sus normas no son privadas ni particulares. Que deben proteger intereses superiores y que su naturaleza jurídica es distinta a la del Derecho Público y a la del Derecho Privado. El Derecho Familiar, forma un tercer género al lado de aquéllos. Tiene sus propias normas y sus principios que le dan su extraordinario valor, cuando se trata de proteger jurídicamente a la familia.

El objeto del Derecho Familiar, es tutelar y proteger a la familia. Es indiscutible que es el núcleo más importante de la humanidad. Por ello, hay que protegerla efectivamente como célula básica y fundamental de la sociedad.

En este código, se definen sus instituciones y se determina su naturaleza jurídica. Es un lenguaje sencillo, claro y accesible, los destinatarios de estas normas las podrán conocer y asimilar con facilidad, para exigir su cumplimiento y conocer los deberes, derechos y obligaciones que cada miembro de la familia tiene en relación a los demás.

El Código Federal, define a la familia como una institución social, permanente, compuesta por un conjunto de personas unidas por el acto jurídico solemne del matrimonio o por el hecho jurídico del concubinato; por el parentesco de consanguinidad, adopción plena o afinidad, que habitan bajo el mismo techo. Es importante en una legislación familiar, definir a la familia. Reconocer como el fundamento primordial de la sociedad y del Estado y que el Gobierno del Distrito Federal, debe garantizar su protección y procurar su bienestar. Buscar la permanencia y estabilidad en las relaciones familiares, es también preocupación del legislador.

Por el contenido jurídico de las normas que regulan las relaciones familiares, se considera que las disposiciones de este código son de orden público, de observancia obligatoria, irrenunciables y no pueden ser modificadas total o parcialmente por convenio. Incluso la autonomía de la voluntad de los sujetos del Derecho Familiar, no es

suficiente para alterar, modificar o eximir del cumplimiento de las normas de este código.

También se establecen los derechos, deberes y obligaciones de los cónyuges, destacando los deberes recíprocos de cohabitación, fidelidad, asistencia y comunidad de vida. Igualmente, la obligación que tienen de alimentar, mantener, educar, criar y proteger a sus hijos. Se ratifica su derecho a decidir de manera libre, responsable e informada, el número y esparcimiento de sus hijos.

El tema del divorcio tan complejo hoy en día, debe tener una regulación que cuando los cónyuges han llegado a éste como una solución, no sea traumático y mucho menos que deje secuelas para los hijos, los cónyuges, las respectivas familias, la sociedad y el Estado. Se faculta a la Jueza o Juez Familiar, a realizar el divorcio por mutuo consentimiento judicial, en la hipótesis de que los cónyuges sean menores de edad, no tengan hijos, no tengan bienes, hayan liquidado el régimen que hubieren escogido, que ella no esté embarazada, para acudir ante la Jueza o Juez con los documentos respectivos, y la firma del otro cónyuge, que desea divorciarse. Se exige, igual que en el mutuo consentimiento judicial con hijos, con obligaciones de darse alimentos y otras cuestiones, que en los dos supuestos haya transcurrido por lo menos un año desde que se celebró el matrimonio. También se destaca en el caso del divorcio voluntario, que los hijos tendrán derecho a convivir con sus padres, siempre y cuando no alteren los horarios de su educación, su alimentación, el tiempo de hacer sus tareas, pero que no se impida la convivencia de los hijos con los convenios que solo lesionan a la familia. Se determina que en todos los juicios de divorcio, las audiencias serán privadas y secretas, para salvaguardar los intereses superiores de la familia y de sus integrantes. Se conceden a la jueza o juez familiar, las más amplias facultades discrecionales e inquisitoriales para allegarse los elementos necesarios para dictar las sentencias de divorcio que sean más favorables a los intereses superiores de la familia y de sus integrantes. Se exige en todos los juicios de divorcio voluntario o necesario, acreditar fehacientemente ante la autoridad judicial familiar, que los cónyuges han residido dentro

de su jurisdicción, por lo menos con seis meses de anticipación a la fecha de su comparecencia ante la misma.

Se elimina el concepto de culpa en el divorcio necesario y así, en todos estos juicios, el cónyuge que, en la sentencia definitiva haya sido declarado responsable de la causa que originó el divorcio, responderá a la otra en caso de que se le hubieren ocasionado daños y perjuicios.

Al decretarse el divorcio, los cónyuges pueden ser suspendidos temporalmente en el ejercicio de la patria potestad, pero a pesar de esta suspensión tendrán que cumplir con los deberes y obligaciones que tiene respecto a sus hijos. Se hace hincapié en las causales de divorcio, eliminando las de carácter penal y resumiendo que cuando se haya roto la armonía moral, espiritual, física y/o económica de la pareja, a juicio de la autoridad judicial familiar, procederá la disolución de ese vínculo matrimonial.

La enumeración de las causales de divorcio, son de carácter limitativo. Cada una tiene carácter autónomo, expresándose en cada fracción del artículo correspondiente, una o más causales, por la cual, no pueden involucrarse unas en otras, ni ampliarse por analogía o mayoría de razón.

Se exige con la creación del Consejo Familiar que para darle trámite a cualquier divorcio, será necesario que éste rinda un informe profundo de las causas de la desavenencia conyugal.

Se ha eliminado el concepto de culpa en el divorcio necesario y por ello, las relaciones jurídicas posteriores y las obligaciones de otorgarse alimentos, deberán hacerse en los términos que la jueza o juez determine, considerando las circunstancias del caso, entre ellas, la capacidad de los cónyuges para trabajar y su situación económica, para determinar quién tiene la obligación de otorgar los alimentos y a quién corresponde el derecho de recibirlos. Este derecho dura mientras no contraiga nuevas nupcias o no se una en concubinato y viva honestamente, el acreedor alimentario. La

disolución del vínculo matrimonial, en caso de divorcio necesario, no tendrá como consecuencia, el que uno de los cónyuges, se le considere como ha sido la tradición, culpable, sino que en este supuesto su situación será la determinante para cumplir con las obligaciones con el cónyuge que necesite alimentos y las hijas e hijos.

Es importante insistir en que al ejecutarse el divorcio, se tomarán las medidas necesarias para asegurar el cumplimiento de los deberes y obligaciones que queden pendientes entre los cónyuges o con relación a las hijas e hijos. Los divorciados tendrán obligación de contribuir, en proporción a sus bienes e ingresos, a las necesidades de las hijas e hijos, a la subsistencia y educación de estos. Se insiste en que al no existir el concepto de culpa en el divorcio, la disolución del mismo, va a traer como consecuencia, dejar a los cónyuges en aptitud de contraer nuevo matrimonio, pero las relaciones jurídicas y los efectos en relación a los hijos, seguirán siendo responsabilidad de ambos.

El matrimonio y el divorcio, originan entre otros efectos, cumplir con los alimentos a favor de quien tenga derecho a ellos. Se define en este ordenamiento, como prestación en especie, en dinero o ambas, que una persona, obligada por la ley otorga a otra para satisfacer sus necesidades de comida, vestido, habitación, educación, esparcimiento, recuperación de la salud y otras, para subsistir y desarrollarse. Al hablar de los menores, deben incluirse los gastos que les permitan costear la educación primaria, secundaria, así como un oficio arte o profesión, adecuados a sus circunstancias personales. Lo mismo cuando se trate de hijas o hijos discapacitados o declarados en estado de interdicción".¹¹⁵

De la anterior transcripción se hará en lo sucesivo un estudio, en el cual se estudiara lo referente a la adición de la fracción XX del artículo del Código Civil, por lo con siguiente se procede al siguiente análisis.

¹¹⁵ Serie de Debates y Exposición de Motivos, de la Asamblea de Representantes del Distrito Federal, correspondientes al mes de abril de dos mil.

II.- Análisis a la fracción XX del artículo 267.

De la anterior transcripción de la exposición de motivos, se aprecia claramente que no se hace una descripción precisa, de la fracción XX del artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal, ya que después de haber leído la citada exposición, vimos que en ella no se especifica, ni se da una razón de la creación de dicha fracción, ya que como podemos advertir, las reformas dentro de las cuales se encuentra la que nos ocupa, fueron tomadas en forma genérica y no específica, de ello se desprende que no se puede referir a ella de una manera más concreta, lo que dio origen a la adición de esta fracción, y saber en un momento dado los motivos que generaron la creación de esta fracción, y saber en un momento dado los motivos que generaron la creación de esta fracción, y saber en un momento dado los motivos que generaron la creación de esta fracción, ahora nos interesa, pues del estudio que se hizo de la exposición de motivos de las reformas, derogaciones y adiciones al Código Civil para el Distrito Federal, no pude apreciar en ninguna parte que se hablara en particular sobre esta fracción.

Posteriormente, ante la falta de argumentos, razones, referente a lo tocante de la fracción XX del artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal, y pese a que se buscó obtener mayor información referente a los motivos que generaron dicha adición de la fracción en comento, no se pudo conseguir mayores datos, ni documentación que nos diera en un momento dado, una visión más clara y precisa de los razonamientos que hubieren motivado la fracción XX del artículo ya mencionado.

En esta tesitura, me dispongo hacer un análisis, desde un punto de vista muy particular y de una manera objetiva, sobre la fracción XX del artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal:

De la lectura de la fracción en comento del artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal, se desprende que es una causal que antes no existía, lo cual me llena de asombro, puesto que es un tema el cual no se había plasmado con anterioridad en alguna de las causales ya existentes.

Si vemos el texto íntegro de esta fracción que dice: “**Artículo 267.- Son causales de divorcio: ..XX.- El empleo de métodos de fecundación asistida, realizada sin el consentimiento de su cónyuge...**”¹¹⁶; puesto que del estudio de la exposición de motivos por parte de la Asamblea de Representantes del Distrito Federal, se puede uno percatar que las reformas, adiciones y derogaciones en dicho código, van encaminadas a la protección y ayuda de la sociedad resultado de las situaciones y reclamos de la ciudadanía, por mejorar nuestra situación y nuestros ordenamientos con un fin de proteger a la familia, pero de la lectura de dicha exposición, no salta a la vista que expongan las razones específicas del surgimiento de dicha fracción, ya que pienso que era importante que se hiciera mención de las razones que dan nacimiento a la citada causal puesto que, al agregarse ésta al artículo 267 donde se encuentran las causales de divorcio, se trata de una causal, por la cual un cónyuge puede demandarle a el otro el divorcio, en este caso, lógico el divorcio necesario, la cual sin duda tendría que tener una regulación jurídica más amplia, en el sentido de las repercusiones o efectos que pudiera tener la sentencia de divorcio, de los derechos y obligaciones de cada cónyuge, así como de las consecuencias que podría acarrear ya una vez ejecutoriada dicho divorcio.

De lo anterior considero, que la ley en este sentido nos deja varias lagunas, al insertar esta fracción ya que al no decir lo que se debe entender por “*..empleo de métodos de fecundación asistida,...*” y además agrega, “realizada sin el consentimiento de su cónyuge”; de aquí podemos observar que la fracción se divide en dos partes, una es la que dice empleo de métodos de fecundación asistida, lo cual nos deja en un total desconocimiento, en el sentido de que la ley no nos dice cuales son esos métodos, de ahí que para mi sin duda se habla de aquellas técnicas que se realizan para la procreación, para ayudar aquellas personas que tiene problemas de fertilidad; y asistida, lo cual considero, es porque difícilmente una persona por sí sola podría llevar a cabo el empleo de éstos métodos, de ahí que nos deja un vacío por saber exactamente lo que quiso decir el legislador en esta fracción.

¹¹⁶ Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal.

Asimismo, de la fracción en comento observo que se desprende otra parte, que en sí es de donde se deriva como causal de divorcio al decir: “.. *realizada sin el consentimiento de su cónyuge...*”.

De lo anterior, pienso que es lógico pensar que si una persona, en este caso el cónyuge, lleva a cabo el empleo de éstos métodos y da como resultado el nacimiento de un hijo, también lo es que al cónyuge que no está de acuerdo y que a pesar de eso, el otro cónyuge llevó a cabo dichos métodos, no se le puede obligar a quien no estuvo de acuerdo a que sea responsable de algo de lo cual nunca estuvo de acuerdo.

Por lo antes expuesto, veo una gran problemática en el sentido, primero de que al hablar de la utilización de esos métodos, los cuales los especificare más adelante, veo la necesidad de una mayor regulación al respecto, puesto que al considerarla como una causal más de divorcio, a ésta se le aplican las demás disposiciones del Código Civil para el Distrito Federal, igual que para las otras causales, en este caso se dan circunstancias que son propias de las mismas causales como es, que es de carácter limitativo y autónoma, como lo dice la parte in fine del dispositivo ya mencionado, lo que significa que no se relaciona con ninguna otra causal y ésta tendrá sus circunstancias particulares.

Al respecto, cabe citar la tesis de jurisprudencia de la extinta Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, visible en la página 148, tomo IV, Materia Civil, del Apéndice al Semanario Judicial de la Federación, 1917-1995, de rubro: “**DIVORCIO. AUTONOMIA DE LAS CAUSALES.-** *La enumeración de las causales de divorcio que hacen el Código Civil para el Distrito Federal, y los códigos de los Estados que tienen iguales disposiciones, es de carácter limitativo y no ejemplificativo, por lo que cada causal tiene carácter autónomo y no pueden involucrarse unas en otras, ni ampliarse por analogía ni por mayoría de razón*”.¹¹⁷

¹¹⁷ Apéndice al Semanario Judicial de la Federación, 1917-1995, Tomo IV, Materia Civil, pág. 148.

Asimismo, encuentra apoyo en la tesis del Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, Semanario Judicial de la Federación, tomo V, Segunda Parte-1, enero a junio de 1990, visible en la página 189, cuyo texto es: ***“DIVORCIO NECESARIO. LAS CAUSALES QUE LE DAN ORIGEN SON AUTONOMAS E INDEPENDIENTES.*** *Tratándose de un divorcio necesario, las causales que dan origen a éste, contenidas en el artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal, son autónomas e independientes una de otra u otras, por lo cual es dable y legal el allanamiento que alguna de las partes haga respecto de una de ellas, cuando la demanda de divorcio se funde en dos o más causales”.*¹¹⁸

III.- Métodos de fecundación asistida.

“Tanto la mujer como el hombre pueden verse involuntariamente incapacitados de engendrar un nuevo ser luego de haberlo intentado, diagnosticándose infertilidad. Esta imprevisibilidad de la naturaleza suele producir toda una serie de desequilibrios emocionales, psicológicos, que traen aparejado problemas socio-económicos y jurídicos que pudieran llevar incluso a la disolución de la pareja.

La medicina ha dado un salto gigantesco en el tratamiento de los trastornos de reproducción por las posibilidades de congelación, almacenamiento y manipulación del material genético y el desarrollo acelerado de las nuevas técnicas de concepción o reproducción asistida.

La reproducción asistida es el conjunto de tecnologías avanzadas para la solución de problemas relacionados con la reproducción humana originadas fundamentalmente por la infertilidad. Es el conjunto de procedimientos diversos que implican intervención médica en alguna de las fases reproductivas”.¹¹⁹

¹¹⁸ Suprema Corte de Justicia de la Nación, IUS 2000.

¹¹⁹ Revista Electrónica de Estudios Jurídicos, Unión Nacional de Juristas de Cuba. “Aspectos Etico-Legales de las Tecnologías de Reproducción Humana”.

Aunque no hay cifras confirmadas en México, se ha mencionado repetidamente en los foros científicos nacionales que un 10% de las parejas tienen problemas reproductivos a lo largo de su vida.

Este es un problema de salud que, aunque de nula mortalidad, es de suma trascendencia en una pareja ya que puede acarrear una morbilidad psíquica que puede llevar fácilmente a la desintegración de la relación conyugal.

Los problemas reproductivos se ubican en dos grandes grupos, según la nomenclatura aprobada por los Comités de Estudio de Fertilidad a nivel nacional e internacional: Esterilidad.- Que es la incapacidad para tener gametos (óvulo y espermatozoides), e Infertilidad.- Que es la incapacidad para obtener un hijo vivo a pesar de que haya acontecido la fertilización y la implantación (la nidación del huevo en el útero o matriz).

Mientras que la infertilidad atañe a la pareja que sabe que puede embarazarse, la esterilidad tiene mayor impacto psicológico ya que invalida la condición tradicional de hombre/mujer, afecta importantemente la autoestima y las relaciones interpersonales en el núcleo familiar y social.

Las causas de esterilidad pueden corresponder al hombre o a la mujer, más de una tercera parte de los casos donde ambos miembros de la pareja intervienen conjuntamente y son por:

Factor masculino.- Incluye la deficiencia en la calidad/cantidad de la población espermática, alteraciones anatómicas o funcionales para la realización del coito.

Causas femeninas.- Engloba una mayor cantidad de alteraciones que van desde alteraciones en la ovulación y el eje hipotálamo - hipófisis, alteraciones anatómicas del tracto reproductor (tanto naturales como quirúrgicas), infecciones, cambios en el hábitat cérvico - uterino, factor inmunológico, etc.

Una vez realizado el diagnóstico, se pueden dividir en convencionales y de vanguardia, a estos últimos el término de Métodos de Reproducción Asistida, los métodos convencionales están al alcance de todo ginecoobstetra bien entrenado y se basan en la corrección de los factores identificados como causantes de la esterilidad, a su vez se dividen en médicos y quirúrgicos. Los primeros son ambulatorios y consisten por lo general en la administración de hormonales, antibióticos, conjuntamente con coitos programados. Los segundos se aplican básicamente a la corrección del trastorno anatómico causante de la esterilidad, tanto en el hombre como en la mujer.

Los métodos de vanguardia deben realizarse en medio hospitalario donde exista toda una infraestructura de apoyo tecnológico.

Inseminación artificial y capacitación espermática.

La inseminación artificial consiste en depositar semen en el tracto reproductor femenino, generalmente en el interior del útero.

La inseminación artificial, es un procedimiento utilizado en los programas de Reproducción Asistida como primera alternativa en el manejo de las parejas estériles, con cuando menos una trompa uterina permeable que no hayan logrado un embarazo tras la aplicación de tratamientos convencionales tendientes a la corrección de los factores causales de esterilidad.

Javier Gafo, establece que conceptualmente la inseminación artificial consiste "en depositar espermatozoides en los genitales internos femeninos, mediante el dispositivo instrumental específico".¹²⁰

Por su parte, el Licenciado Ernesto Gutiérrez y González en su "ante proyecto del Código Civil, para el Estado Libre y Soberano de Nuevo León, que dio a conocer en

¹²⁰ GAFO. Javier. "Nuevas Técnicas de Reproducción Humana", Edit. Madrid, 1990, pág. 15.

público en 1991, elaboró un concepto genérico de inseminación artificial, definiéndola como “el encuentro del espermatozoide y el óvulo en el genital adecuado de la mujer, sin contacto carnal, y con el empleo de medios mecánicos. Su finalidad es obtener la concepción para la reproducción de la especie humana, por medio diferente al establecido por la naturaleza”.¹²¹

Para que el semen tenga la mejor potencialidad fertilizante se realiza una capacitación espermática, con lo cual seleccionamos los espermatozoides con mejor movilidad y morfología para utilizarse en inseminación, incrementándose además su movilidad.

Actualmente este procedimiento permite unas tasas de embarazo por intento hasta del 30%. Variantes de esta técnica son la inseminación intravaginal, intracervical, intratubaria y la intraperitoneal.

Los objetivos principales de la inseminación artificial son:

- Asegurar la existencia de óvulos disponibles.
- Acercar los espermatozoides al óvulo en el aparato genital femenino
- Mejorar e incrementar el potencial de fertilidad de los espermatozoides realizando una serie de procedimientos de laboratorio, al eyaculado, llamados en conjunto capacitación espermática.

La inseminación artificial se realiza en aquellas parejas que no se han podido embarazar debido a que:

La mujer tiene algún problema a nivel del cuello del útero como. Alteración en el moco cervical, presencia de anticuerpos antiesperma, estenosis (estrechez), secuelas de conización, tratamiento con láser o criocirugía, etc.

¹²¹ GUTIERREZ y GONZALEZ, Ernesto. “El Patrimonio”, Edit. Porrúa, México, D.F. 1998, pág. 722.

El hombre muestra alteraciones en el semen como son disminución del número de espermatozoides y/o de su movilidad, disminución en el volumen del eyaculado, aumento excesivo en el número de espermatozoides, malformaciones anatómicas de su aparato reproductor o alteraciones funcionales de la eyaculación.

La pareja presenta una esterilidad inexplicable (aquella en que todos los estudios demuestran normalidad pero no se logra la fecundación).

La inseminación artificial puede ser homóloga o heteróloga.

La inseminación artificial homóloga es aquella donde se utiliza el semen de la pareja.

La inseminación artificial heteróloga es cuando se utiliza semen de un donador (semen congelado de banco), y se indica cuando el varón no tiene espermatozoides o cuando es portador de alguna enfermedad hereditaria. No se recomienda usar semen fresco de donador por el riesgo de contraer el Sida.

“Complicaciones y Contraindicaciones.

La inseminación artificial presenta un índice muy bajo en **complicaciones**, y estas pueden ser:

- Dolor cólico
- Sangrado escaso que cede espontáneamente horas después de la inseminación
- Náuseas y vómitos
- Infección pélvica cuando hay antecedentes de hidrosalpinx o cuando hay infección cérvico-vaginal activa.

Las **contraindicaciones** para realizar una inseminación artificial homóloga son:

- Incompatibilidad a Rh
- Ser portador de una enfermedad hereditaria
- Ser portador del virus del SIDA
- Tener una enfermedad crónica degenerativa (diabetes, hipertensión severa, etc.) descontrolada

- Presentar cáncer o estar bajo tratamiento con radioterapia, quimioterapia o citostáticos
- Cursar con una infección genital activa
- Tener contraindicación para un embarazo por razones médicas o psiquiátricas
- No aceptación por uno de los miembros de la pareja.

Las contraindicaciones para realizar una inseminación artificial heteróloga son:

- No aceptación por uno de los miembros de la pareja
- Mujer soltera”.¹²²

Criopreservación y banco de semen.

“La criopreservación consiste en utilizar el frío extremo para disminuir las funciones vitales de una célula o un organismo y poderla mantener en condiciones de “vida suspendida” durante mucho tiempo. Las células se mezclan con soluciones “crioprotectoras” especiales, diferentes según el tipo de muestra”.¹²³

También es posible la criopreservación del semen de uno mismo, a través de autopreservación, en aquellos varones que sean sometidos a vasectomía, cirugía prostática, cirugía testicular, quimio y radioterapia y que desean preservar la posibilidad de reproducirse, también cuando el varón viaja con frecuencia y no coincide con los días fértiles de la pareja.

- a) Crioconservación de semen.

“Consiste en la congelación del semen para su posterior uso, para lo que existen bancos de semen, encargados del aseguramiento del material reproductivo necesario.

¹²² <http://www.reproducción.com.mx/html>.

¹²³ <http://www.reproducción.com.mx/html>.

La crioconservación de semen se utiliza para garantizar el deseo de tener descendencia de los hombres, especialmente en caso de que vayan a ser sometidos a operaciones con riesgo de daño testicular, a tratamientos con radiaciones o fármacos que puedan afectar su fertilidad, en caso de enfermedades tumorales o degenerativas, etc.

b).- Crioconservación de óvulos.

El principal inconveniente radica en que el óvulo es una célula única con una masa relativamente grande de citoplasma, por tanto más susceptible a destruirse por los efectos de la congelación-descongelación.

c).- Criopreservación de embriones.

Con el desarrollo de las técnicas de fertilización in vitro, se ha comprobado que la fertilización de múltiples óvulos aumenta la tasa de éxitos de los embarazos gemelares".¹²⁴

El banco de semen se utiliza en procedimientos de inseminación heteróloga, con lo cual se permite el embarazo en parejas con varones azoospermicos o con alteraciones graves en el número, movilidad o morfología espermática.

Transferencia intratubaria de gametos (GIFT).

“Las mujeres con trompas de falopio sanas son candidatas a GIFT, incluyendo aquellas con endometriosis leve, infertilidad sin causa aparente, factor masculino (leve), cervical o inmunológico. Durante el GIFT los óvulos y el espermatozoides se ponen en contacto y se transfieren a una o ambas trompas de falopio. La fertilización tiene lugar en la

¹²⁴ Revista Electrónica de Estudios Jurídicos, Unión Nacional de Juristas de Cuba. Op. Cit.

trompa al igual que la fertilización natural. Una vez fertilizado, el embrión viaja hacia el útero espontáneamente”.¹²⁵

“En la implantación intratubárica de gametos la técnica es similar pero los óvulos y el espermatozoide se introducen directamente en las trompas de falopio, y se produce la fecundación en el interior de la madre. En la implantación intratubárica de cigotos la metodología es idéntica a la anterior, pero la fecundación tiene lugar en el laboratorio y se implantan los óvulos recién fecundados (cigotos)”.¹²⁶

Se realiza en parejas con cuando menos una trompa permeable, después de cinco ciclos infructuosos de inseminación artificial. También se utiliza en casos de varones con disminución importante en la cuenta espermática.

Consiste en la colocación en la porción distal de la trompa uterina (el sitio normal de la fertilización) de óvulos y espermatozoides capacitados. Para ello se requiere de la captura ovular, es decir, obtener óvulos maduros a través de punción de los folículos desarrollados en los ovarios.

“La GIFT consta de 4 etapas básicas:

- 1.- Estimulación ovárica controlada con seguimiento folicular.
- 2.- Captura de los óvulos por punción ovárica directa.
- 3.- Identificación de la madurez y calidad de los óvulos.
- 4.- Introducción a las trompas uterinas.

La paciente puede ser manejada bajo esquemas de cirugía de estancia breve, con lo cual la estancia hospitalaria es de una hora únicamente.

Este método permite una tasa de éxito entre el 25-30%.¹²⁷

¹²⁵ <http://www.cegyr.org.ar/index2.htm>.

¹²⁶ Enciclopedia Microsoft Encarta 2000.

¹²⁷ <http://www.reproducción.com.mx/html>.

Fertilización in vitro y transferencia de pre-embryones (FIVTE) –bebé de probeta-

“In Vitro” literalmente significa “en vidrio”, indicando que la fertilización se realiza en el laboratorio, en una cápsula que antes era de vidrio, y se trata de fertilización extracorpórea (fuera del cuerpo) en oposición a la fertilización natural intracorpórea (dentro del cuerpo). FIV es un método de reproducción asistida en el cual los espermatozoides y los oocitos se unen fuera del cuerpo en una cápsula de laboratorio. Si la fertilización ocurre, el embrión resultante es transferido al útero donde se implantará por sí solo.

La FIV es una razonable elección para parejas con varios tipos de infertilidad. En un principio se utilizó para aquellas mujeres cuyas trompas se encontraban bloqueadas, dañadas o ausentes, pero actualmente su aplicación se extiende a esterilidad causada por endometriosis, factor masculino, causas inmunológicas y esterilidad sin causa aparente”.¹²⁸

La literatura científica o médico-biológica coincide en definir a la Fecundación in vitro como “la técnica de reproducción asistida que consiste en obtener embryones, utilizando técnicas de laboratorio, que ponen en contacto los espermatozoides con los óvulos, para después hacer una transferencia al útero de la madre”.¹²⁹

Su indicación principal en México, es en mujeres con lesión tubaria irreversible (generalmente después de ligadura tubaria que no puede solucionarse con microcirugía). También se prefiere en varones con cuentas espermáticas muy bajas.

¹²⁸ <http://www.cegyr.org.ar/index2.htm>.

¹²⁹ REMOHI, José y BONILLA MUSOLES, Fernando, “Avances en Reproducción Asistida”, Edit. Madrid Díaz Santes, España, Madrid, 1992, pág. 185.

“Inicialmente la fecundación in vitro estuvo orientada únicamente a resolver el problema de la paciente con abstención o ausencia de trompas, pero en el momento actual la fecundación in vitro cubre otras indicaciones y no es estrictamente de patología genital femenina, siendo así que tomando en cuenta, el proceso previo a que han de ser sometidos los espermatozoides para la FIV, esta técnica puede ayudar a resolver problemas de esterilidad masculina causado por oligospermia y astenospermia”.¹³⁰

Esta técnica, igual que la GIFT, requiere de gran estructura tecnológica. Se capturan óvulos maduros, generalmente a través de punción transvaginal guiada por ultrasonido. A diferencia de la GIFT, los óvulos son incluidos son incubados unas horas y posteriormente son inseminados en un laboratorio de gametos. La incubación dura en total unas 48 horas, al término de las cuales la mujer se interna nuevamente para que se le realice transferencia de los pre-embryones.

Dentro de esta técnica nos encontramos con varios tipos:

a).- Fertilización in vitro con semen donado.

Este proceder ha sido utilizado principalmente en el tratamiento de la infertilidad masculina con el uso de las nuevas técnicas de separación de espermatozoides y su contacto con el óvulo en un medio in vitro, se ha podido aumentar la potencia fertilizante en el hombre con oligospermia.

b).- Fertilización in vitro con óvulo donado.

Esta modalidad se usa cuando la mujer es incapaz de proveer sus propios óvulos o éstos tienen algún defecto genético, los óvulos pueden ser donados específicamente por algún familiar o amiga, pueden ser obtenidos durante algún proceder quirúrgico o ser óvulos sobrantes provenientes de otra mujer sometida a fertilización in vitro.

c).- Donación de preembryones provenientes de la fertilización in vitro.

Este procedimiento es indicado en ambos miembros de la pareja tienen factores que impiden la fertilización. Los preembryones donados pueden provenir de los

¹³⁰ Oligospermia: Secreción seminal deficiente.

Astenospermia: Vitalidad nula o deficiente de los espermatozoides.

producidos en exceso para donación, de preembriones criopreservados o frescos al hacerse indeseable o imposible su implantación por diferentes razones".¹³¹

La FIVTE consta de 4 etapas básicas:

- 1.- Estimulación ovárica controlada con seguimiento folicular.
- 2.- Captura de los óvulos directamente al ovario.
- 3.- Cultivo de los óvulos e inseminación de los mismos en el laboratorio.
- 4.- Transferencia de los pre-embriones al útero a las 48-72 horas después de la captura.

El éxito de estos procedimientos estriba principalmente en cinco fases:

- a).- Adecuada selección de los casos, con oportuna estrategia para recomendar a cada pareja el procedimiento con mayor probabilidad de éxito.
- b).- Disciplina de la pareja para seguir estrictamente las indicaciones del equipo médico.
- c).- Estimulación ovárica óptima de acuerdo a los protocolos actuales, ya que se asegura una mayor captura y adecuada madurez ovular.
- d).- Abordaje de captura ovular que reúna facilidad de acceso al ovario acorde a la experiencia del operador con una adecuada relación costo/beneficio.
- e).- Condiciones óptimas en el laboratorio de gametos tanto para la capacitación espermática como para el reconocimiento y adecuada tipificación de los óvulos capturados, su cultivo, inseminación y el proporcionar condiciones ambientales idóneas de crecimiento para obtener pre – embriones aptos para la transferencia con adecuadas posibilidades de implantación".¹³²

La realización de algunas fases antes mencionadas puede hacerla cualquier ginecólogo entrenado en biología de la reproducción, mientras que hay pocas personas entrenadas para la organización y el correcto funcionamiento de un laboratorio de gametos, que ha sido reconocido como la piedra angular del éxito.

El éxito de la FIVTE ha sido de aproximadamente un 15-20%.

¹³¹ Revista Electrónica de Estudios Jurídicos, Unión Nacional de Juristas de Cuba. Op. Cit.

¹³² <http://www.reproducción.com.mx/html>.

De lo anterior, podemos ver que existen diferentes métodos de fecundación asistida, los cuales requieren de un sofisticado equipo médico, y de doctores bien preparados para este tipo de métodos, cabe hacer mención que la aplicación de estos métodos no es tan sencilla, ni se hace en cualquier parte, solamente en aquellos hospitales que cuentan con los recursos técnicos y humanos para llevarlos a cabo. Asimismo no cualquier persona puede tener acceso a la práctica de los mismos, ya que para ello se necesita de reunir los requisitos, tanto médicos como los económicos.

ICSI.- (Inyección intracitoplasmática de un espermatozoide).

“El ICSI es un procedimiento de micromanipulación de gameto: incorporado para el tratamiento de la esterilidad masculina en aquellos casos en que la calidad del semen no alcanza para el FIV.

Los pasos para realizar ICSI son:

- 1.- Estimulación de la ovulación
- 2.- Rescate de oocitos o aspiración ovocitaria
- 3.- Inyección de oocitos
- 4.- Transferencia”.¹³³

“ICSI, que es como se conoce esta técnica en terminología anglosajona, consiste en la inyección de un solo espermatozoide en cada uno de los ovocitos maduros obtenidos en la punción folicular, mediante un proceso de micromanipulación.

Indicaciones principales:

- Factor masculino severo
- Alteración de membrana ovocitaria
- Fallo de fecundación en FIV convencional.

¹³³ <http://www.cegyr.org.ar/index2.htm>.

El procedimiento es en todo similar al del FIV convencional, salvo el momento de la inseminación. Los ovocitos son decumulados, es decir que se liberan de todas las células que hay a su alrededor u aquéllos que son maduros se llevan al microscopio, donde, con aparatos de micromanipulación, son inyectados con un espermatozoide que se aloja dentro del ovocito ayudándonos con una micro pipeta, acabada esta inyección espermática se dejan estas placas en el incubador, a las 24 horas se desarrolla la primera división embrionaria en 2 y después en 4 células”.¹³⁴

IV.- Derecho a tener hijos respecto a cada uno de los cónyuges.

De acuerdo con el actual artículo 4º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual estipula en lo que nos interesa: “.. El varón y la mujer son iguales ante la ley. Esta protegerá la organización y el desarrollo de la familia.

Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos...”¹³⁵

De la anterior transcripción, se aprecia claramente que la Constitución no hace una separación entre hombre y mujer, en primer lugar dice que los dos son iguales ante la ley, lo cual comparto, abundando que será necesario protegerlos para la conservación de la familia.

El tercer párrafo contiene no un principio, ni un mandato al legislador, como los recogidos del párrafo segundo del propio artículo 4º, sino un derecho de libertad: la libertad que corresponde a todo individuo de decidir; “de manera libre, responsable e informada”, sobre el número de hijos que quiera tener y sobre el espaciamiento entre ellos, en el caso de que decida tener más de uno.

¹³⁴ <http://www.ivi.es/programas/laboratorio.htm>.

¹³⁵ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

El derecho individual del párrafo tercero comporta la posibilidad de tener o no descendencia. Las modalidades para tomar tal decisión son la libertad, la responsabilidad y la información. Con respecto a esta última, el Estado tiene una obligación fundamental: proporcionar información acerca de los métodos anticonceptivos necesarios para que sea efectiva también la libertad de *no* tener descendencia, o de tener de acuerdo con la voluntad de quien quiera ejercer ese derecho.

En general, corresponde también al Estado cuidar que este derecho sea ejercido a plenitud, lo cual implica que se establezcan las medidas legislativas y las políticas públicas necesarias para ejercer una paternidad y una maternidad responsable y libre. Una de las formas de tutela de la libertad reproductiva es de carácter penal y se compone de un doble género de disposiciones: por una parte, la legislación penal debe proteger como bien jurídico la libertad sexual, prohibiendo toda relación de ese tipo que se lleve a cabo por la fuerza (incluyendo, por supuesto, las que se produzcan dentro del matrimonio o del concubinato sin el consentimiento de uno de los cónyuges).

Asimismo, aduce que cualquier persona tendrá derecho a tener los hijos que quiera de una manera libre sin que sea presionado de no tener o en su caso por tener más, de este modo cada pareja puede decidir cuantos hijos tener, a su vez dice que de una manera responsable, esto en el sentido, de que tener hijos es algo serio, lo que representa una gran responsabilidad, por lo cual se recomienda que sea de una manera responsable con la pareja, esto significa también que cada pareja deberá determinar el momento idóneo viendo las circunstancias económicas, sociales, y emocionales en que se encuentra la pareja, o en su caso, la persona que decidiera tener un hijo.

Por otra lado, el artículo dice que lo deberán de hacer de una manera informada sobre el número de hijos que quieran tener ya que tendrán que analizar el número puesto que entre más hijos se tengan son más las responsabilidades, así como los gastos y mayor será la atención que tendrán que tener hacia cada uno de ellos, en cuanto al espaciamiento de los hijos eso también lo tendrá que decidir la pareja libremente, entre

el tiempo que deje pasar entre un hijo y otro observando las circunstancias antes mencionadas.

“Ciertamente, el enunciado del párrafo tercero no conlleva, en estricto sentido, la pretensión del legislador de instituir el derecho a la procreación como una garantía individual, sino de destacar que se trata de un hecho personal. El espíritu del enunciado parte del reconocimiento implícito de la naturaleza instintiva y reproductiva del ser humano y de la potestad de unión para la procreación; por tanto, la redacción del texto hace referencia únicamente al aspecto consustancial de toda persona, y no propiamente a límites o abstenciones que impliquen al Estado, característica propia en la expresión de las garantías individuales.

Así, esta declaración tiene como sentido principal el destacar que el derecho básico de decidir libre y responsablemente, es decir, conscientemente, sobre el número y la frecuencia de los hijos no se limita a las parejas, sino que se hace extensivo a todo individuo que a partir de la información y de los medios a su disposición, pueda tomar una decisión sobre el particular en condiciones de igualdad ante la ley”.¹³⁶

De lo anterior, se advierte que todo individuo tiene derecho a tener hijos, lo cual no hay disposición expresa que lo prohíba, ya que si partimos del principio de que todo individuo puede hacer todo aquello que no este prohibido por la ley, además es un derecho innato del ser humano, la reproducción de su especie, ya que por naturaleza toda persona tiene la necesidad de reproducirse y de tener hijos,

Si hablamos, en particular de cada uno de los cónyuges, podremos observar que son diferentes los puntos de vista por parte de cada uno de ellos.

Desde el punto de vista de la mujer, se advierte que toda mujer, tiene el derecho de ser madre, ya que nadie le puede impedir o limitar este derecho, puesto que desde el

¹³⁶ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos Comentada, U.N.A.M., Instituto de Investigaciones Jurídicas, Edit. Porrúa, México, 1997, página 43.

momento en que se encuentra en condiciones de serlo podrá si así lo decide tener los hijos que ella desee, y eso nadie le podrá negar ese derecho.

Lo mismo pasa con el marido, ya que el tiene el mismo derecho de ser padre y tener los hijos que el desee.

Realmente, aquí nos encontramos con un problema serio, ya que nos enfrentamos ante el derecho de cada uno de los cónyuges, por una parte, tenemos a aquel cónyuge que desea tener hijos y que esta en posibilidad de tenerlos, y la postura del otro consorte que no quiere o no puede por alguna disfunción, pero el problema se genera muchas de las veces en el sentido de que cuando la pareja no puede tener o concebir hijos, se busque una salida al problema, ya sea mediante la adopción o estando consientes de no tener familia, pero muchas de las ocasiones es uno de los dos aquel que no quiere adoptar ya sea por distintas razones, o por el hecho de no poder concebir familia, considera que no los tendrán, sin importar muchas veces el deseo de su pareja, lo cual aquel que quiere y puede tiene que reprimirse muchas veces ese deseo de ser madre o padre, por darle gusto a su cónyuge.

Es aquí donde vemos, que la adición de esta nueva fracción como una más de las causales de divorcio que menciona el artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal, no se encuentra bien regulada, puesto que las técnicas de fecundación asistida, han surgido más bien como posible solución a ese problema, pero en nuestro caso vemos que más bien se convirtió en una causal de divorcio si se supone que estas técnicas son para unir más a la familia no para desintegrarla, claro está que cada uno de los cónyuges esta en ese derecho de decidir acerca de si quiere o no tener hijos independientemente de las formas o los métodos que se utilicen para ese fin, de ahí que la adición de esta fracción, sea un acierto en cuanto a que estas técnicas son cada vez más comunes y la sociedad no puede apartarse de estas situaciones, pero a su vez vemos que hay grandes desaciertos principalmente puesto que no esta bien regulada, pues como pudimos observar en la exposición de motivos no se dan ni las razones, sociales, económicas, lógicas ni jurídicas, para la adición de esa fracción, sobre todo tratándose de un tema tan importante como lo es la reproducción humana, ya que veo, que hay una gran

deficiencia en su regulación puesto que no hay nada más acerca de ese tema en nuestro Código Civil vigente, lo cual significa que si se presentara una de estas situaciones el Código Civil para el Distrito Federal, no respondería a las exigencias de esa circunstancia.

V.- Consecuencias de la utilización y la no utilización de métodos de fecundación asistida, respecto a cada uno de los cónyuges.

Hemos hablado, sobre diversos aspectos en relación a la utilización de estos métodos de fecundación asistida en relación a los cónyuges, sin duda un tema serio en el cual se ven afectado ambos cónyuges.

Al respecto, hablar sobre las consecuencias que puede acarrear el empleo, como a su vez, la no utilización de estos, hacia la pareja pueden ser muy serios y trascendentes.

Empezaremos, por tratar las consecuencias que a nuestro punto de vista puede causar la utilización de los métodos de fecundación asistida, es decir, en la pareja cuando se lleva a cabo, por parte de uno de los cónyuges el empleo de una de éstas prácticas, es importante primero ver las circunstancias que originan que el consorte quiera llevar a cabo la utilización de algún método, puesto que puede ser riesgoso en un momento dado, hay que ver cuales son las causas que llevan a que aquella a buscar utilizar alguno de estos métodos.

Hablando sobre las consecuencias que puede traer consigo la utilización de estos métodos de fecundación asistida para los cónyuges, son varias las situaciones que se pueden presentar, primero porque habría que ver, cuales fueron las causas que originaron que uno de los cónyuges decidiera emplear alguno de los métodos mencionados.

Es importante saber en un momento dado las causas, porque sino se cae en una seria controversia, puesto que las consecuencias que esta acarree los afectaran, ya que esto implicaría consecuencias tanto para el cónyuge que lo llevó a cabo, para aquel que no estuvo de cuerdo y no sólo a estos. sino también en este caso al producto

Como ya se dijo anteriormente, ambos cónyuges tienen el derecho tanto de tener como a no querer tener hijos en un momento dado, puesto que procrear hijos es una gran responsabilidad; de ahí partimos que si ambos tienen el mismo derecho tanto a tener como ha abstenerse de tenerlos, en esa virtud, el hecho de que sea utilizado alguno de éstos métodos sin el consentimiento del otro cónyuge, puede traer consigo una serie de consecuencias que repercutirían en ambos cónyuges y probablemente lo que es peor, perjudicarían al hijo que vendría en camino, siendo sin duda el más afectado.

Una primera consecuencia, que se advierte claramente de la fracción XX del artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal, es la que hemos venido analizando y esto implica que para aquel cónyuge que no estuviese de acuerdo en que su consorte se practicara o llevara a cabo uno de estos métodos y el no estuviera de acuerdo o se opusiera, y aún así aquel consorte lo llevara a cabo, es causal de divorcio para el cónyuge que no dio su consentimiento.

Al caso es pertinente citar nuevamente la fracción XX del artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal, que dice:

“Son causales de divorcio.- ..XX.- El empleo de métodos de fecundación asistida, realizada sin el consentimiento de su cónyuge”.¹³⁷

De lo anterior se advierte claramente que la fracción dice, que esta situación será causal de divorcio, cuando se realice sin el consentimiento del cónyuge, lo cual implica que si el cónyuge no dio su aprobación para que se llevara a cabo la práctica de este método, entonces, estamos en la situación de que no se le podrá obligar, ni exigir ninguna responsabilidad que se de a raíz de la utilización de alguno de éstos métodos por

¹³⁷ Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal.

parte de su cónyuge, uno de los casos de los que hablo por ejemplo, es que si fuese la mujer la que llevara a cabo la utilización de alguno de éstos métodos, sin el consentimiento de su cónyuge, y posteriormente como consecuencia del empleo de estas prácticas, ella quedara embarazada, esto traería como resultado que al cónyuge que se opuso no se le puede exigir ninguna responsabilidad respecto al hijo que estuviera esperando su mujer, esto implicaría sin duda que se le haría un gran daño al bebe desde un principio, puesto que ya estamos hablando de que existiría un rechazo hacia ese hijo.

En ese orden de ideas, hablamos de que el producto que estuviera esperando la esposa, sintiera de antemano un rechazo por parte del otro cónyuge, así también queda indefenso ante los graves problemas de la vida, en el sentido de que si bien la madre lo tendría, está en un momento dado tendrá la necesidad de trabajar para mantenerlo, lo cual implicaría que necesitara de alguien que lo cuide, ya que los gastos para alimentarlo, así como para su cuidado suelen ser bastantes, a su vez, respecto a los servicios médicos, la madre es la que llevara sola la carga de las responsabilidades y cuidados del bebe, lo que en un momento dado, le sería muy difícil, esto sin decir que no pudiera, pero por desgracia no siempre es así, ya que hay personas que no cuentan con los recurso o peor aun, no cuenta con la suficiente responsabilidad para hacerse cargo de sus hijos.

Por otro lado, el cónyuge que no estuvo de acuerdo, puede si quiere y tiene la facultad de pedirle el divorcio a su cónyuge según el caso ya sea al marido o a la esposa, la ley no especifica si tiene que ser en particular alguno de los dos, no hace referencia a esta situación, esto basado en la fracción XX del artículo 267 del ordenamiento legal en cita.

En esa tesitura, estaríamos hablando de una situación de que ese hijo, ya estaría desprotegido desde un principio, puesto que al pedir el divorcio alguno de los cónyuges ese hijo se estaría quedando sin la figura paterna o materna, según sea el caso, ya que considero que es importante para el buen desarrollo del hijo.

Otra consecuencia, sería la salud física del cónyuge que se practicara uno de estos métodos, ya que en el caso de la mujer, los métodos vía intraúterina, lo que representa que tendría que hacerlo bajo el más estricto control médico, ya de que de otra manera, podría traerle consecuencias graves, como sería el caso de no poder tener hijos o todavía peor el hecho de poder contraer una enfermedad venérea, o incluso el ser infectada o infectado de una enfermedad mortal, y de paso contagiar al producto, así como al cónyuge.

Una más de estas es sin duda, para aquel cónyuge que sí puede tener hijos, y que su cónyuge se abstiene o no puede tenerlos, lo que trae como consecuencia, que después de tener un cierto tiempo de casados, no podemos decir cuanto, ya que en cada pareja es distinto, puesto que hay parejas que inmediatamente tienen hijos, así como algunas otras que se esperan algunos años para procrear éstos, pero si creo que en un matrimonio es importante siempre la existencia de los hijos ya que como vimos en un capítulo precedente la procreación de los hijos es una finalidad del matrimonio, además de que los hijos unen a las parejas en tanto al cariño como en la responsabilidad, además, por lo regular en una pareja es uno de los principales deseos de alguno de los cónyuges, sino es que en los dos la de tener hijos.

En esa tesitura, cuando este deseo se ve reprimido, imposibilitado o restringido, por parte de alguno de los cónyuges, esto le va a causar a el otro consorte que se encuentra en la posibilidad de tenerlos y que tiene el deseo de ser padre o madre, esto trae a la pareja un problema en el sentido de que deberán de hablar sobre el tema ya que ante el deseo de uno y la imposibilidad o el no deseo de tenerlo del otro, se estará ante una problemática, puesto que los dos tienen derecho en su forma de pensar, ya que al cónyuge que no quiere o no puede tener hijos, no se le puede obligar a que los tenga, o bien, no se le puede culpar por algo que no puede y que sale de sus posibilidades, por otra parte, se encuentra el otro consorte que si desea tenerlos y además esta en posibilidad de tenerlos, ya que éste también tiene derecho a procrear hijos, y de este modo ser padre o madre en su caso, ya que veo un problema que en un momento dado puede traer consigo serios problemas, como son en un momento dado la desavenencia

conyugal, otro puede ser el deseo reprimido de tener un hijo lo que a la larga puede ocasionarle un trauma a aquel cónyuge que se ha reprimido tal deseo, así como, si uno de los cónyuges accede a tener el hijo, sólo por darle gusto a su consorte, pero sin tener el verdadero deseo de tenerlo, esto también puede ocasionar problemas ya que ese cónyuge puede que al no estar consiente, o hacerlo por mero compromiso para su pareja, no logre ver lo serio que puede ser traer a un hijo, y no estar convencido de tenerlo, ya que puede ser que el producto se sienta desde muy temprana edad, rechazado por el padre o la madre, según sea el caso por el hecho de que cuando lo tuvo no estaba convencido y lo tuvo por mero compromiso.

Otro punto y sin duda importante es el de la filiación, ya que esta figura tiene que ver con los cónyuges en relación a sus hijos.

Al respecto el maestro Rojina nos dice: “Filiación en sentido amplio y en sentido restringido.- El término filiación tiene en el derecho dos connotaciones. Una amplísima, que comprende el vínculo jurídico que existe entre ascendientes y descendientes, sin limitación de grado; es decir, entre personas que descienden las unas de las otras, y de ésta manera puede hablarse de la filiación no solamente referida en la línea ascendente a los padres, abuelos, bisabuelos, tatarabuelos, etc., sino también en la línea descendente, para tomar como punto de relación los hijos, nietos, bisnietos, tataranietos, etc. Además de este sentido amplísimo, por filiación se entiende, en una connotación estricta: la relación de derecho que existe entre el progenitor y el hijo. Por lo tanto, va a implicar un conjunto de derechos y obligaciones que respectivamente se crean entre el padre y el hijo que generalmente constituyen, tanto en la filiación legítima, como en la natural, un estado jurídico. Es decir, una situación permanente que el derecho reconoce por virtud del hecho jurídico de la procreación, para mantener vínculos constantes entre el padre o la madre y el hijo”.¹³⁸

“La filiación, tomada en el sentido natural de la palabra, es la descendencia en línea recta; comprende toda la serie de intermediarios que unen a una persona

¹³⁸ ROJINA VILLEGAS. Rafael. Op. Cit. pág. 59!.

determinada, con tal o cual ancestro por alejado que sea; pero en el lenguaje del derecho la palabra ha tomado un sentido mucho más estricto, y comprende exclusivamente la relación inmediata del padre o de la madre con el hijo. Justifícase esta limitación, porque esa relación se reproduce idéntica a sí misma en todas las generaciones. La relación de filiación toma también los nombres de paternidad y maternidad, cuando se considera respectivamente, por parte del padre o de la madre.

Por tanto, la filiación puede definirse como la relación que existe entre dos personas, una de las cuales es el padre o la madre de la otra. Este hecho crea el parentesco de primer grado, y su repetición produce las líneas o series de grados”.¹³⁹

Este tema es importante, en relación a que de la procreación de los hijos se genera esta filiación y así los derechos y obligaciones que se generan respecto a cada uno de los cónyuges para con sus hijos.

Como podemos ver la cuestión del parentesco se hace visible en relación a que si uno de los cónyuges se somete a una de estas técnicas de reproducción asistida, sin el consentimiento de su cónyuge, el producto no será pariente jurídicamente del cónyuge que no estuvo de acuerdo.

Por otra parte, el que un hijo nazca de una de estas técnicas sin el consentimiento de su consorte conlleva a que aquel cónyuge que estuvo en contra de la utilización de alguno de éstos métodos en un momento dado se niegue a reconocer a ese hijo, al cual no se le puede obligar por no existir una relación de afinidad ni de parentesco, para con ese niño en razón a que no fue procreado, entre éste y su cónyuge.

Todos estos problemas como vemos, en un momento dado y sobre todo en un plazo no muy largo, van a traer consigo serias discusiones entre la pareja, lo que implica que poco a poco haya más desavenencia conyugal, y que por desgracia se tenga que llegar al extremo de la separación, o en casos más extremos llegar al divorcio.

¹³⁹ MARCEL PLANIOL. Op. Cit. págs. 110 y 111.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Desde el derecho romano hasta nuestro días ha existido la figura del divorcio, siempre han existido causales de divorcio, algunas se han modificado y en algunas ocasiones surgen otras como la que da origen al presente trabajo.

SEGUNDA.- El divorcio rompe, y a menudo de un modo que no puede ser reparable, la vida de los cónyuges, no deja de ser algo terrible aunque muchas veces necesario para la familia, principalmente para los hijos, pues son quienes más sufren las consecuencias del divorcio.

TERCERA.- El divorcio, aunque ninguna de sus formas beneficia a la familia si tienen distinta connotación, puesto que en ambos lo que se busca es afectar lo menos que se pueda a los hijos, y a los integrantes de la misma

CUARTA.- El divorcio, desgraciadamente, no sólo trae como consecuencia la disolución del vínculo matrimonial, sino también una serie de situaciones que si bien la sola desintegración familiar afecta tanto a los hijos como a los cónyuges.

QUINTA.- Las causales de divorcio que enumera el artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal, van encaminadas a la protección de la familia, esto es hacia los cónyuges y principalmente a los hijos,

SEXTA.- La fracción XX del artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal, tiene poco tiempo de haber sido adicionada, como una más de las fracciones que enumera dicho artículo.

SEPTIMA.- Hace falta mayor regulación de la fracción XX del artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal.

OCTAVA.- Son métodos de fecundación asistida, inseminación artificial y capacitación espermática; criopreservación y banco de semen; transferencia intratubaria de gametos (GIFT); fertilización in vitro y transferencia de pre-embiones (FIVTE)-bebe de probeta e inyección intracitoplasmática de un espermatozoide (ICSI).

NOVENA.- El derecho es igual para ambos cónyuges, respecto de tener o no querer tener hijos, así los señala la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

DECIMA.- No se puede negar el derecho a aquel cónyuge que desee utilizar los métodos de fecundación asistida, para hacer realidad ese derecho.

DECIMA PRIMERA.- No se le puede obligar al cónyuge, que no estuvo de acuerdo, con que su pareja utilizara algún método de fecundación asistida, respecto a las obligaciones para con el producto.

BIBLIOGRAFÍA.

- 1.- BAQUEIRO ROJAS, Edgar y BUENROSTRO BAEZ, Rosalia. "Derecho de Familia y Sucesiones". Editorial Haria, México, 1999.
- 2.- BEJARANO SANCHEZ, Manuel. "Obligaciones Civiles". Editorial Harla, México, 1999.
- 3.- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos Comentada. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Editorial Porrúa. México, 1997 y 2000.
- 4.- CHAVEZ ASENCIO, Manuel. "La Familia en el Derecho. Relaciones Jurídicas Conyugales". Editorial Porrúa, México, 1999.
- 5.- DE PINA VARA, Rafael. "Elementos De Derecho Civil Mexicano". Volumen II, Editorial Porrúa, México, 1992.
- 6.- DE PINA VARA, Rafael y CASTILLO LARRAÑAGA, José. "Instituciones de Derecho Procesal Civil". Editorial Porrúa, México, 1980.
- 7.- DE PINA VARA, Rafael. "Diccionario de Derecho". Editorial Porrúa, México, 1999.
- 8.- Diccionario Jurídico Mexicano. Instituto de Investigaciones Jurídicas, U.N.A.M. Editorial Porrúa, México, 1999.
- 9.- FLORIS MARGADANT, Guillermo. "El Derecho Romano". Editorial Esfinge, S.A. DE C.V. México, 1997.
- 10.- GAFO, Javier. "Nuevas Técnicas de Reproducción Humana". Editorial Madrid, España, 1990.

- 11.- GALINDO GARFIAS, Ignacio. "Derecho Civil Primer Curso". Editorial Porrúa, México, 1997.
- 12.- GUTIERREZ y GONZALEZ, Ernesto. "El Patrimonio". Editorial Porrúa, México, 1998.
- 13.- IBARROLA, Antonio De. "Derecho de Familia". Editorial Porrúa, México, 1993.
- 14.- ORIZABA MONROY, Salvador. "Matrimonio y Divorcio". Editorial Pac, S.A. DE C.V., México, 1998.
- 15.- PALLARES, Eduardo. "El Divorcio en México". Editorial Porrúa, México, 1991.
- 16.- PETIT, Eugene. "Tratado Elemental de Derecho Romano". Editorial Porrúa, 1999.
- 17.- PLANIOL y RIPERT J. "Tratado Elemental del Derecho Civil, Regímenes Patrimoniales". Editorial Cárdenas Editor y Distribuidor, 1983.
- 18.- REMOHI, José y BONILLA MUSOLES, Fernando. "Avances en Reproducción Asistida", Editorial Madrid Díaz Santes, España, 1992.
- 19.- ROJINA VILLEGAS, Rafael. "Derecho Civil Mexicano", Tomo II: Derecho De Familia. Editorial Porrúa, México, 1998.
- 20.- SAINZ GOMEZ, José María. "Derecho Romano I". Editorial Noriega, México, 1991.
- 21.- ORTIZ URQUIDI, Raúl. "Derecho Civil". Editorial Porrúa, México, 1986.

LEGISLACIÓN.

- 1.- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- 2.- Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal.
- 3.- Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.
- 4.- Apéndice al Semanario Judicial de la Federación, 1917-1995, Tomo IV, Materia Civil.
- 5.- Serie de Debates y Exposición de motivos, de la Asamblea de Representantes del Distrito Federal, correspondientes al mes de abril de dos mil.
- 6.- IUS 2000, Suprema Corte de Justicia de la Nación.

INTERNET

- 1.- Enciclopedia Microsoft Encarta 2000.
- 2.- <http://www.reproducción.com.mx/html>
- 3.- <http://www.cegyr.órgano.ar/index2.htm>
- 4.- <http://www.ivi.es/programas/labotatorio.htm>
- 5.- Revista Electrónica de Estudios Jurídicos, Unión Nacional de Juristas de Cuba. Aspectos Etico-Legales de las Tecnologías de Reproducción Humana.