

321909
3



CENTRO DE ESTUDIOS UNIVERSITARIOS

**FACULTAD DE DERECHO
CON ESTUDIOS INCORPORADOS A LA U.N.A.M.**

**"FORTALECIMIENTO DE LA FIGURA DE LA SEPARACIÓN DE
CUERPOS COMO AYUDA PARA REMEDIAR LOS
PROBLEMAS EN LA FAMILIA"**

T E S I S

**QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
PRESENTA
FRANCISCO MARTÍ BORBOLLA**

**DIRECTOR DE TESIS:
LIC. ALFREDO ÁLVAREZ NARVÁEZ**

MÉXICO, D.F.

2002



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

INDICE

INTRODUCCIÓN.....	1
CAPÍTULO I	
EL MATRIMONIO.....	4
1.1. El matrimonio como institución natural.....	6
1.2. Cómo se forma el matrimonio natural.....	9
1.3. Fines del matrimonio.....	11
1.4. Propiedades del matrimonio.....	13
1.5. Elementos del matrimonio.....	14
1.6. Efectos del matrimonio.....	30
1.7. Naturaleza jurídica del matrimonio.....	37
CAPÍTULO II	
EL DIVORCIO.....	43
2.1. Consideraciones generales.....	44
2.2. Concepto.....	58
2.3. Características del Divorcio.....	59
2.4. Aspecto histórico del divorcio en la legislación mexicana.....	60
2.5. Código Civil de 1870.....	63
2.6. Código Civil de 1884.....	66
2.7. Ley de 1914.....	69
2.8. Ley sobre Relaciones Familiares.....	70
CAPÍTULO III	
EL DIVORCIO VISTO EN LA ACTUALIDAD.....	76
3.1. Divorcio en el Código Civil vigente.....	77
3.2. Causales de Divorcio.....	81
3.3. Efectos del Divorcio.....	87
3.4. Divorcio no vincular.....	90
3.5. Argumentos a favor del Divorcio.....	94
3.6. Argumentos en contra del Divorcio.....	96
3.7. Argumentos en contra de la Separación de Cuerpos.....	102
CAPÍTULO IV	
SEPARACIÓN DE CUERPOS.....	104
4.1. ¿Se admite la Separación de Cuerpos en el Código Civil vigente?.....	105
4.2. Consideraciones sobre la familia y el divorcio.....	111
4.3. La Separación de Cuerpos ante la Crisis Matrimonial.....	120
4.4. Causas y efectos de la separación.....	125
CONCLUSIONES.....	132
BIBLIOGRAFÍA.....	134

INTRODUCCIÓN

El tema del divorcio es del interés de todo ser humano, porque siendo la familia el núcleo de la sociedad y la hacedora de modales, así como la principal fuente donde emanan los valores humanos a sus miembros y estos a la comunidad; se ha encontrado con una figura jurídica (el divorcio), que se ha adaptado a las situaciones históricas que a vivido la humanidad y que viene a romper con el compromiso del MATRIMONIO COMO UNA INSTITUCIÓN NATURAL vínculo primordial para forjar una relación estable y a futuro, siendo mucho más que un simple contrato, en el aspecto jurídico, es una íntima comunidad entre los cónyuges, con fines propios, que no quedan a la voluntad de los contrayentes, sino que aceptado el matrimonio se imponen a los mismos contrayentes.

En nuestros días hay una gran preocupación al fenómeno de la reforma de multitud de leyes de ordenamiento civil que, al inspirarse en criterios en gran parte secularizadores, pueden llevar al ánimo de la gente sencilla, incluyendo algunos que poseen un notable desconocimiento en temas morales, la creencia de que las leyes civiles han cambiado porque han cambiado las leyes morales.

Debe ser bien sabido que la ley es una guía, una luz indicadora del camino, para encontrar en la sociedad los caminos honestos que la humanidad necesita vivir a través de la enseñanza que esas leyes representan.

El principal objetivo de esta investigación es demostrar a los juristas, abogados, y a toda la humanidad, el abuso intolerable de esta figura (el divorcio), causa de los principales problemas de la sociedad en todos sus aspectos. Por esto, si siguen creciendo las tasas de divorcio, principalmente en nuestro país, no les podremos dar a nuestros hijos un mundo mejor, en el que se disminuya la violencia, el odio, el rencor, el egoísmo, la incertidumbre, los cuales son algunos de los muchos efectos que causa la desintegración de la pareja en el matrimonio.

Con esta investigación no se pretende, dar salida a soluciones erróneas, como el concubinato o la unión libre, en donde no ofrece ninguna seguridad de que perdure la

relación a futuro, por lo tanto los hijos viven en una incertidumbre de no saber si sus padres duraran en esta relación meramente sentimental. Esta actitud habla de una relación meramente afectiva sin ningún indicio de compromiso y de lucha por parte de la pareja.

Otra salida vana, sería el no tener hijos para no causarles problemas, lo cual llevaría a una salida en la que solo los cobardes tomarían, porque es necesario recordar que la unión entre hombre y mujer debe llevar a una lucha por mejorar cada día y esa lucha es común tanto al padre como a la madre, la que se traduce en la educación de sus hijos, para que sean unos buenos servidores de su pueblo y su patria.

La solución que se propone, y que la ley debe de apoyar, es legislar en materia de separación de cuerpos, por medio del cual los cónyuges que no deseen cohabitar se les permita separarse, sin disolver el matrimonio. Con el propósito de que se busque la reconciliación de los cónyuges, y además permaneciendo todos los demás derechos y obligaciones que se tienen mutuamente (manutención, cuidados, fidelidad, educación de los hijos, etc.), menos el de cohabitar. Por lo tanto este estado de suspensión a cohabitar, por decretarse por un Juez la separación de cuerpos, se terminara al reconciliarse o por muerte de alguno de los cónyuges, sin la posibilidad legal de volver a contraer matrimonio o a faltar alguno de los derechos mencionados, haciendo hincapié principalmente a la fidelidad y manutención de los miembros de la familia como señale la ley respectiva.

Esta investigación surgió también de la preocupación por proteger el matrimonio, debido a que en la actualidad se presentan muchos casos de divorcio, y trato de establecer puntos que puedan ayudar a proteger la institución matrimonial.

Así en el primer capítulo empezamos por dar unas bases sólidas sobre lo que el matrimonio significa, hablamos de sus características esenciales y profundizamos un poco más en la indisolubilidad. Recalamos un poco más este punto, dado que los matrimonios de hoy en día, no estiman que éste sea hasta la muerte, sino que contraen matrimonio con la idea de que en cualquier momento lo puedan disolver, y esta actitud daña profundamente la estabilidad de esa importantísima institución.

En el capítulo segundo, hablamos de lo que es el divorcio, de su introducción en el derecho mexicano, de como sin ninguna evolución se introdujo la institución del divorcio en nuestro derecho, cortando de tajo con la separación de cuerpos, que era el único modo de separación que hasta ese entonces se permitía.

El capítulo tercero, abundamos sobre el tema del divorcio pero ahora visto en nuestros tiempos, trata de la regulación del divorcio como de la separación de cuerpos en el Código Civil vigente.

En este mismo capítulo, se ven las distintas tesis que han surgido a favor y en contra del divorcio, así como las que se han esgrimido en contra de la separación de cuerpos.

En el último capítulo, hablamos de la conveniencia de legislar en materia de separación de cuerpos, como una medida que poco a poco haga que el divorcio caiga en desuso y a futuro desaparezca. Pero principalmente para proteger la institución del matrimonio y sus miembros "La gran familia mexicana". También tratamos de las causas que pueden dar lugar a la separación y de sus posibles efectos.

El propósito de esta investigación, es tratar de dar un panorama sobre la trascendencia que el matrimonio tiene en la sociedad, y la importancia que puede tener la separación de cuerpos para su protección.

CAPITULO I: EL MATRIMONIO.

Para hablar sobre Derecho de Familia es indispensable hablar del matrimonio, puesto que es la base sobre la que se sustenta este Derecho.

Por lo anterior vamos a empezar por entender las nociones que se han dado sobre matrimonio.

Es muy conocida la definición clásica de Modestino que señala que *Las nupcias son la unión del varón y de la mujer, consorcio de toda la vida, comunión en el derecho divino y humano (D.23.3, 1)*. Más famosa aún es la que da Justiniano en las Institutas (1.9.1): *Nupcias o matrimonio es la unión del varón y de la mujer, que contiene el propósito de vivir en comunidad indisoluble*. En estas definiciones son de señalar dos aspectos importantes en relación con el concepto que tenían del matrimonio los juristas de aquella época: en primer lugar el matrimonio es la comunión total, o sea todas las cosas divinas y humanas deben de ser llevadas en conjunto por marido y mujer; y en segundo lugar destaca el vínculo jurídico en que se hacía consistir el matrimonio. Ya desde aquellos tiempos, los juristas de la época clásica del derecho romano entendían que el matrimonio es una institución jurídica.

En efecto, el matrimonio para formarse necesita del acuerdo de los cónyuges y como tal es considerado tradicionalmente como un contrato, ya que ese acuerdo de voluntades produce efectos jurídicos y crea obligaciones y derechos: Pero el matrimonio, es mucho más que un simple contrato como los de contenido patrimonial que se estudian en otra parte del derecho privado: es una íntima comunidad entre los cónyuges, y es también una institución natural, con fines propios, que no quedan a la voluntad de los contrayentes sino que aceptando el matrimonio se imponen a los mismos contrayentes. "El matrimonio es una realidad humana, netamente singular; los conceptos de comunidad o sociedad son, sin duda, aplicables al matrimonio, pero siempre en sentido analógico, pues el matrimonio sólo los realiza en cierta medida, y de modo diferente a los demás supuestos. A este hecho diferencial ha aludido constantemente la doctrina al decir que el matrimonio es una institución *sui generis*".¹

¹ HERVADA, Javier y Lombardía, Pedro. *El derecho del Pueblo de Dios*. III. Derecho matrimonial (1). Ed. Universales de Navarra, Pamplona. 1973. p.23.

Ningún contrato, produce los efectos que el matrimonio, que crea derechos y obligaciones sobre los mismos cuerpos y personas de los cónyuges, ni ninguna sociedad o comunidad penetra al nivel más hondo de la intimidad humana como el matrimonio.

El matrimonio como institución natural debe deducir sus conclusiones directamente de la naturaleza humana, que es compartida por los cónyuges, y por los hijos, pues la unión de aquellos, cuando es fecunda, produce siempre un ser que posee también la naturaleza humana.

1.1 El matrimonio como institución natural.

El matrimonio como una institución natural o sea una institución requerida por la propia naturaleza del hombre y deducir de ella sus características esenciales debemos anotar luego que estas no están al capricho de los interesados y que no pueden ser modificadas por los propios contrayentes y que éstos no pueden modificar su propia naturaleza.

De la naturaleza espiritual y material del hombre, deduciremos una serie de caracteres fundamentales en la institución matrimonial, que precisamente por derivar de la naturaleza humana han estado presentes siempre en todos los tiempos de la historia y en todos los pueblos de la tierra como ideal a alcanzar, o como la mejor forma de alcanzar los fines matrimoniales, aunque de hecho, en algunas épocas históricas, las leyes positivas no hayan respetado esas características de la institución natural, o la tremenda posibilidad de ir contra sí mismo, haciendo cosas que le perjudiquen y que desorganicen la sociedad en que vive.

Las características y fines de la institución matrimonial, se derivan fundamentalmente de dos aspectos importantes de la naturaleza humana:

a) *La sexualidad*: la naturaleza humana se presenta siempre y se concreta en hombres y en mujeres. El sexo no es producto de la evolución por reparto de funciones sociales como llegaron a afirmar algunos autores del siglo pasado, sino que la misma naturaleza humana exige la existencia de dos sexos y nada más dos. La humanidad no se presenta más que en hombres y mujeres: nadie puede ser asexual ni nunca lo ha sido.

Rechazamos por tanto como totalmente falsa y sin ningún fundamento científico todas las tesis que directa o indirectamente sostuvieron la existencia de un primitivo hombre asexual o bisexual, que por larga evolución posterior llegó a producir dos sexos diferentes.

El sexo no es malo en sí mismo, sino que, lo mismo que las demás potencias y facultades del hombre, puede ser mal utilizado, en contra de sus fines naturales y entonces se producirán actos reprobables por la perversión del fin. Cada potencia humana tiene una finalidad propia y cuando el hombre la utiliza según la naturaleza, el acto que realiza es bueno; así, si come para mantener la vida, está utilizando correctamente esa potencia, pero cuando come por sólo el placer que le produce la comida, está pervirtiendo la función y haciendo un acto reproable. El comer para mantener la vida puede producir placer y éste también es ilícito cuando no se busca como la finalidad propia y primera del comer.

Lo mismo sucede con el sexo, cuya finalidad propia y natural es la reproducción de la especie humana. Cuando se ejercita la función sexual buscando la procreación se estará usando correctamente, y el placer que puede producir no es malo en sí mismo. Cuando por el contrario, se invierten los términos, se pervierte la función; cuando se busca el placer por sí mismo y se evita la procreación, el acto es necesariamente perverso por ser antinatural.

En la utilización de la función sexual debemos hacer necesariamente otra precisión, ya que como antes anotábamos el producto natural de la unión sexual es un hijo, que tiene la naturaleza humana y que por tanto adquiere derechos desde el momento de su concepción. Uno de esos derechos que adquiere es a recibir una adecuada formación y educación, necesarias para su normal desarrollo como persona, en virtud de su naturaleza espiritual. Y el lugar más adecuado para recibir esa formación, a la que tiene derecho el hijo, es un hogar formado por padre y madre establemente unidos; sólo las relaciones sexuales naturalmente abiertas a la procreación son legítimas si se hacen entre cónyuges, pues las relaciones extramatrimoniales violan los derechos que tendría desde su concepción el producto posible.

“La diferenciación de sexos, no solo orgánica sino principalmente psicológica y afectiva, ha hecho que normalmente sea conveniente la existencia de un principio completivo para que el hombre pueda alcanzar la plenitud y perfección de su desarrollo y de los fines naturales a los que ha sido destinado. Este principio completivo es, en el plano natural, la unión de personas de distinto sexo”²

b) *La sociabilidad*: el hombre necesita forzosamente abrirse hacia otras personas; no puede lograr nunca su perfección espiritual sin la concurrencia de otros individuos. La sociedad existe por exigencia de la naturaleza espiritual del hombre. Efectivamente, si el hombre fuere exclusivamente materia como los animales, no habría necesidad de sociedades.

Tampoco existiría la sociedad si el hombre fuera meramente espiritual. El solo espíritu no necesita de la compañía de otros para perfeccionarse. Pero como el hombre es materia y espíritu, necesita desarrollarse físicamente, aprender y educarse, y necesita de otros individuos de la especie humana que le orienten en la vida con los cuales pueda entenderse y de los cuales pueda recibir física y espiritualmente todo aquello de lo que carece cuando viene a este mundo.

Por estas y otras razones más que pueden aducirse en forma similar, la sexualidad se completa con la sociabilidad. El matrimonio satisface en gran parte la necesidad que el hombre plantea su sociabilidad y su sexualidad pues establece una comunidad de vida en la esfera más íntima no sólo con su cónyuge, sino con los hijos. No hay para los hombres mayor intimidad que la que se establece en el plano humano entre marido y mujer, y de esa intimidad se puede partir para desarrollar plenamente todos los otros aspectos de la sociabilidad. En el matrimonio es donde la complementariedad de ambos sexos logra su mayor integración mutua, enfocándose hacia una reproducción consciente y educadora.

² HERVADA XIBERTA, Francisco Javier. *Los fines del matrimonio. Su relevancia en la estructura jurídica matrimonial*; Ed. Gómez; Vol. III; Pamplona. 1978. p. 227.

El matrimonio en esta forma se nos presenta como una sociedad, la más simple de todas las sociedades en su formación, pero quizá la más compleja en sus relaciones mutuas porque ninguna otra llega al primer círculo de la intimidad como el matrimonio.

Con lo dicho anteriormente podemos descubrir también otro aspecto importante del matrimonio: éste es la forma más apta para conservar la especie y en él, el individuo puede alcanzar más fácilmente sus valores personales; o sea, en el matrimonio, no en abstracto, sino en cada matrimonio, hay intereses de toda la especie humana y de ambos cónyuges. Esta realidad tiene una correspondencia muy clara en el terreno jurídico que podríamos expresar diciendo que todo matrimonio interesa a la sociedad y a los cónyuges; en todo matrimonio hay interés público, e interés de los esposos, sin plantear cual de los dos intereses sea superior, pues existiendo ambos, deben ser protegidos y considerados, ya que sólo en el perfecto equilibrio de ambos se logrará el sano desarrollo de la institución matrimonial.

Las legislaciones que con un sentido individualista colocan el interés privado de los cónyuges sobre el interés público de la sociedad (hijos, parientes, Estado, etc.) ponen en peligro la paz y la misma estabilidad de las familias; y asimismo, las legislaciones que pretenden poner el interés de la comunidad sobre el de los cónyuges, vuelven infelices a éstos, a los hijos y como consecuencia a la sociedad misma.

1.2. Cómo se forma el matrimonio natural.

Precisamente basado en la naturaleza humana que es una naturaleza de libertad, el matrimonio necesita del consentimiento libre de los contrayentes para existir; pero la naturaleza del matrimonio no está sujeta al capricho o voluntad de los contrayentes pues depende de la propia naturaleza humana de los mismos.

Quien contrae matrimonio se somete a la naturaleza intrínseca del mismo. Esto, desde el punto de vista jurídico, no puede sorprendernos del todo pues lo mismo sucede con otras muchas instituciones jurídicas en las cuales sus características esenciales no pueden ser modificadas libremente por las partes que con su libre voluntad dan origen a esos negocios jurídicos: por ejemplo, no se puede vender una cosa reservándose el derecho a hipotecar lo vendido o a disponer de lo enajenado nuevamente; no se puede

arrendar transmitiendo la propiedad al arrendatario, etc. En relación con el matrimonio, esta característica tiene una especial importancia, ya que en los casos propuestos del contrato de compraventa o del arrendamiento, estaríamos exclusivamente ante la presencia de una estructura interna del contrato que no puede ser modificada por las partes bajo el peligro de caer en otra figura jurídica distinta y en cambio, en el caso del matrimonio estamos en presencia de una institución que no puede ser modificada por las partes en sus notas esenciales, porque si estas se derivan de la naturaleza humana, el pretender modificarlas por pactos de los contrayentes, sería tanto como negarse a alcanzar los fines que la misma naturaleza busca a través del matrimonio, ya que sólo se alcanzan los fines cuando se respetan las notas esenciales. Querer contraer matrimonio en contra de las características esenciales o naturales del mismo, no sería estar creando otra institución jurídica sino estar contradiciendo a la propia naturaleza.

En el matrimonio existen además muchos intereses que deben armonizarse; el matrimonio tiene repercusiones importantísimas que no pueden ser modificadas a capricho de los contrayentes, pues en el matrimonio siempre al menos tenemos el interés del otro cónyuge. También quedan interesados en el matrimonio los futuros hijos y ese interés se concreta en los derechos que estos adquieren en cuanto son concebidos, los padres y parientes de los contrayentes y la sociedad misma que está interesada en el matrimonio puesto que ya sabemos que todas las instituciones de derecho familiar y especialmente ésta que es el centro de todo el derecho familiar, tiene un interés de tipo social de gran importancia.

No podemos por tanto pensar que el matrimonio sea, como decía Voltaire "un simple contrato entre ciudadanos".

Si fuera un simple contrato entre ciudadanos, éstos podrían contraerlo bajo condición, a término, o con una serie de peculiaridades que les dictara su capricho o su conveniencia y que estarían en contra de la naturaleza misma del matrimonio.

Si el matrimonio no consistiera en esa unión íntima entre seres racionales, la más íntima que pueden existir entre humanos, y si esa unión íntima no tuviera como consecuencia el nacimiento de otros seres humanos, podría admitirse que fuera un simple contrato entre los contrayentes y que éstos pudieran modificarlo a voluntad y aún

terminarlo de común acuerdo; pero como en el matrimonio necesariamente, se establece esa íntima unión entre cónyuges que no puede terminarse sin causar graves perjuicios psicológicos a los mismos, y como además en el caso de que existan hijos, éstos adquieren derechos en relación con los padres que los trajeron al mundo, el matrimonio se nos presenta como una institución que no puede ser modificada en sus fines y en sus características esenciales por la voluntad de los contrayentes.

Aún las legislaciones más liberales con las que nos podemos encontrar en el mundo, no admitirían por ejemplo un matrimonio a prueba; tampoco hay una legislación que haya admitido un matrimonio a término o un matrimonio condicionado al gusto de uno de los contrayentes aún cuando se ha propuesto ya en algunas naciones, la posibilidad de terminar el matrimonio por repudio unilateral de uno de los cónyuges. Si alguna legislación positiva llegara a admitir algún día la terminación del matrimonio por repudio unilateral de alguno o cualquiera de los cónyuges, no estaríamos ya en presencia de un matrimonio. Los que se unieron aceptando expresamente esa legislación y reservándose por tanto el derecho a terminar unilateralmente el vínculo que contraen, no podría decirse que están casados, aunque a eso se le llamara matrimonio. No es matrimonio lo que la ley positiva califique como tal, sino la institución natural que tiene unos fines, unas propiedades y unos elementos que le son propios y que ni los contrayentes ni el legislador pueden modificar a su arbitrio.³

1.3. Fines del matrimonio.

Está claro para todo hombre después de la pubertad, que la finalidad más importante del matrimonio es la procreación de hijos y como consecuencia necesaria y exigencia de la naturaleza humana, la educación de los mismos, pues los hijos no nacen educados y es lo natural que sean los padres que les trajeron al mundo los que se encarguen y queden obligados a llevar a cabo su educación. Para eso la naturaleza provee de un afecto paterno y materno a los progenitores que crean el medio ambiente

³ Es claro que la unión prevista por Marx y Engels para la futura sociedad comunista en que ésta se realizaba por la mera atracción carnal de los sexos y terminaba cuando esa atracción concluyera, no es matrimonio pues en la futura sociedad comunista, al haber terminado con la propiedad privada, origen de todos los males, se habrá terminado con la familia y con el matrimonio. Las parejas se unirán por amor (atracción sexual) y sería "inmoral" que continuaran unidos cuando el amor se acaba.

más adecuado para la correcta educación de la prole. El sano desarrollo físico y psicológico de los hijos se logra más fácilmente por los padres que por extraños, por mucho interés que éstos pongan en la educación.

El hombre debe de ser educado; no es como los animales que se manejan por solos instintos y que pueden subsistir y realizar plenamente su naturaleza animal sin necesidad de ninguna educación. No así el hombre que precisamente por ser una naturaleza de carácter espiritual encarnada en una materia, necesita de esa educación para poder realizar todas las posibilidades de su propia naturaleza humana. Estos son los dos fines primarios o principales del matrimonio; la procreación de la prole y la educación de la prole.

El matrimonio tiene también unos fines secundarios que son la ayuda mutua y el remedio de las pasiones de los cónyuges. Siendo el matrimonio esa unión total de todas las cosas divinas y humanas de la cual ya nos hablaba Modestino, se entiende perfectamente que así sea, pues la unión íntima necesita para procrear hijos no puede más que llevar a la creación de ese lazo fortísimo entre ambos cónyuges; la ayuda mutua entre éstos es una cosa que se presenta como lógica derivación de los fines primarios. El cuarto fin, o sea el remedio de las pasiones, se presenta como una situación subsidiaria en el matrimonio o sea una finalidad que se logra como consecuencia, indirectamente, que no forma una finalidad única y exclusiva del matrimonio, pero que se alcanza al buscar y realizar los otros fines del mismo.

Los fines del matrimonio tienen entre sí una jerarquía que no pueden ser desconocidas. Los fines primarios son más importantes que los secundarios, y como tales deben ser perseguidos prioritariamente a éstos. Si se invirtieran los términos, se pervertiría el matrimonio y no se lograría ni siquiera los fines secundarios.

Los fines primarios centrados en la prole, son los que hacen que los cónyuges se abran a los demás y no se cierren egoístamente sobre ellos mismos. Cuando los fines secundarios se colocan en primer lugar o sea cuando se busca la autorrealización antes que la apertura a la prole, el matrimonio se centra sobre los propios cónyuges que terminan por no prestarse ni siquiera la ayuda mutua plena y total que requiere el vínculo matrimonial; y cuando buscan sólo la satisfacción de las pasiones como

finalidad primordial, se obligan a manipular la naturaleza pues ésta ha unido la generación a la satisfacción sexual. Con frecuencia se habla en la actualidad que los fines del matrimonio son la plena realización de los cónyuges, la complementariedad que en él se logra entre marido y mujer o fines similares; si éstos se ponen como fines primarios, se ha pervertido la institución matrimonial y se le ha vuelto egoísta; todo egoísmo acaba sin autorrealizar al propio egoísta. La mejor manera de autorrealizarse los cónyuges, en su calidad de cónyuges, es abrirse a la generación sin perturbar la naturaleza; por eso decíamos más arriba que cuando los fines secundarios se colocan como primarios terminan por no lograrse ni unos ni otros.

Lo anterior no quiere decir que los fines secundarios no sean respetables en sí mismos y que no deban buscarse como tales fines; al contrario, la ayuda mutua y el remedio de las pasiones deben entrar como fines en todo matrimonio y tienen una entidad e importancia en sí mismos que son suficientes para sostener como tales matrimonios a parejas que por anomalías, enfermedad o edad, no han engendrado o es seguro que ya no lo harán. No es ilícito buscar los fines secundarios, siempre y cuando no se excluyan mediante actos expresos de la voluntad los primarios.

1.4. Propiedades del matrimonio.

Esa unión íntima entre hombre y mujer cuyas finalidades hemos esbozado en el párrafo anterior, deben de ser *indisoluble y única*. Ambas son necesarias para que el matrimonio cumpla con sus fines.

Rompería la unidad la *poligamia*, o sea la posibilidad de contraer sucesivos matrimonios sin haber disuelto el anterior. La poligamia en efecto, al permitir matrimonios sucesivos de un hombre con varias mujeres, ataca directamente a los fines del matrimonio. La procreación biológica no se perjudicaría, pues el hombre por su propia naturaleza podría efectivamente procrear muchos más hijos teniendo varias mujeres, pero la educación de la prole se vería claramente trastornada, y esta situación además es indigna para la mujer la cual se ve necesariamente rebajada al ponérsele a la altura casi de una concubina o de una fabricadora de hijos. También la ayuda mutua se trastornaría pues un solo marido no podría prestar la ayuda que necesitarían todas sus mujeres en la forma como se presta en el matrimonio monogámico. Probablemente el

remedio de las pasiones para el hombre en esta situación fuera completo y total pero no así para la mujer.

En la *poliandria*, o sea varios hombres casados con una mujer, no sólo se trastornan los fines del matrimonio, sino que la paternidad se vuelve incierta por la misma naturaleza humana, con lo cual se estaría pervirtiendo todos los fines del matrimonio. Por tanto concluimos: la única manera eficaz que tienen los hombres para lograr los fines del matrimonio es un matrimonio en el cual se respete la unidad, o sea un solo hombre, casado con una sola mujer.

Más problemas presentan la otra característica de indisolubilidad del matrimonio. Problemas no tanto desde el punto de vista de la institución natural, pues es claro que sólo en el matrimonio indisoluble se logra los fines matrimoniales. Si el matrimonio puede terminarse, se trastornan también y se pervierten los fines pues luego al terminarse se suspendería la procreación de la prole; y sobre todo la educación de la prole ya tenida se vería seriamente afectada, como sucede normalmente en los divorcios.

1.5. Elementos del matrimonio.

Para que exista el matrimonio se necesita en primer lugar un hombre y una mujer o sea unos *sujetos*. Todos los hombres tienen derecho a contraer matrimonio y son capaces de contraerlo desde el punto de vista natural desde que han pasado la pubertad y tienen discernimiento suficiente para contraerlo. El derecho positivo, alarga frecuentemente más allá de la pubertad la edad necesaria para contraer matrimonio para lograr, hasta donde sea posible, una mayor madurez de juicio ante negocio tan importante y asegurar en los contrayentes el discernimiento suficiente. Los sujetos del matrimonio, o sea los contrayentes, deben estar *libres de impedimentos* para que el matrimonio sea válido.

Además de los sujetos, se necesita para que exista el matrimonio el *consentimiento* de los cónyuges. El matrimonio sólo puede ser formado por el libre

consentimiento de los cónyuges y no se necesita ningún otro requisito para que exista el matrimonio desde el punto de vista natural.

Las voluntades de los contrayentes que forman el consentimiento matrimonial deben estar *exentas de vicios*, como en todo negocio jurídico. Los vicios del consentimiento matrimonial pueden ser error y violencia o miedo grave, ya que el dolo para efectos del consentimiento se asimila al error que produce. Analicemos más detenidamente todos estos elementos del matrimonio.

a) SUJETOS. Hemos dicho ya anteriormente, que en el matrimonio como institución natural, son sujetos aptos para contraer matrimonio todos aquellos que pueden lograr los fines de la institución, o sea todos los hombres y mujeres desde el momento en que pueden engendrar hijos, lo cual es posible desde la pubertad.

Queda claro también que el matrimonio debe ser contraído *entre un hombre y una mujer*. Son absurdas y fuera de toda lógica, esas corrientes que de vez en cuando se presentan en algunos países por personas degeneradas o por grupos de presión que tienen otros intereses políticos, que pretenden legalizar el matrimonio entre dos hombres o entre dos mujeres. Además de la aberración que implica lo anterior, desde el punto de vista de la naturaleza humana, no se trata de que la ley mediante un acto del poder legislativo pueda decidir que esas uniones son matrimoniales. Aún cuando algún derecho positivo llegara a decir que no son sancionadas tales relaciones, no serían matrimoniales, pues sólo puede ser matrimonio el contraído para procrear hijos. Por otra parte, siempre es lamentable estar en presencia de estas corrientes cuando en la mayor parte de los casos se trata de individuos degenerados a los cuales es necesario castigar y en los raros casos en que se trata de enfermos, hay que curarlos pero nunca pretender volver legal una situación de degeneración.

Los sujetos además, deben ser *capaces* de expresar su voluntad en orden a formar el pacto conyugal que es la causa eficiente del matrimonio. O sea, los infantes que no han llegado al uso de razón y los locos --dementes-- que no tienen discernimiento de sus actos, no pueden celebrar válidamente el matrimonio. Para contraer este se necesita, en primer término la capacidad natural, o sea la posibilidad de que el sujeto se dé cuenta de lo que está haciendo, y lo quiera, aunque no conozca todas

sus consecuencias. Por carencia de esta capacidad, no puede contraer matrimonio los que no se dan cuenta de sus actos, o no pueden realizar un acto humano, en el que se quieren los efectos jurídicos que de esa voluntad se producen necesariamente. Los dementes, o sea, los locos con intervalos lúcidos, pueden contraer válidamente durante esos intervalos. No es necesario entrar aquí a discusiones psiquiátricas, pues el requerimiento de capacidad en el sujeto es jurídico. Todo individuo que se percate de sus actos y conozca las consecuencias que de ellos puedan derivarse, es capaz conforme al derecho para obligarse.

Pero en el matrimonio no se requiere solamente la capacidad para realizar un acto humano consciente, sino que además, es necesario que los sujetos puedan expresar y consentir en el pacto matrimonial, o sea, que sean capaces de querer conscientemente, los fines matrimoniales y por tanto que puedan querer el contenido del pacto.

En otras palabras, es necesario que el contrayente tenga la capacidad mental necesaria para saber y aceptar mediante el matrimonio que está haciendo un don perpetuo, recíproco y exclusivo de sí mismo en relación con el otro contrayente para establecer relaciones jurídicas entre sí, o sea para otorgar y adquirir derechos y obligaciones en relación con el otro, relaciones que no serán ya de mero afecto, sino que se desenvolverán en el plano de la justicia y por tanto del derecho.

Para el derecho natural lo relevante es que los sujetos puedan realizar el acto volitivo consciente y vinculante en el momento de contraer el matrimonio. El problema de la forma en que esas voluntades deben expresarse queda al derecho positivo, el cual debe tomar las medidas necesarias para que nunca el cumplimiento de las solas formalidades constituya matrimonio, pues si no hay pacto conyugal otorgado libremente por personas capaces, no hay matrimonio, aunque se hayan cumplido las formalidades externas.

b) **CONSENTIMIENTO.** Hemos repetido en varias ocasiones que el matrimonio sólo puede ser formado por la libre voluntad de los contrayentes. Nadie puede ser casado contra su voluntad puesto que dicho matrimonio sería inexistente por falta de consentimiento. El libre consentimiento de los contrayentes no puede ser suplido ni por el ordenamiento jurídico, ni por la voluntad de los padres de los

contrayentes; sólo estos pueden expresar la voluntad libre que al coincidir con la del otro contrayente crea, como causa eficiente, el vínculo matrimonial.

Es de derecho natural el derecho al matrimonio y el derecho a elegir libremente el cónyuge, de tal forma que sería injusta la disposición que prohibiera a alguien, o a algunos a contraer matrimonio libremente. Son injustas las leyes que prohíben en absoluto, o sea, mediante un impedimento no dispensable, el matrimonio entre personas de distintas razas o religiones; tampoco debe prohibirse el matrimonio por razones económicas, de edad, ni aún de enfermedad, como pretendieron ciertos racistas de este siglo.

Ambos contrayentes deben estar de acuerdo en contraer matrimonio, ya que la causa eficiente del matrimonio es el consentimiento, el pacto conyugal.

Es interesante analizar un poco más a fondo en qué deben de estar de acuerdo los contrayentes para que el matrimonio se forme, o sea, la materia misma del consentimiento.

En primer lugar debemos de afirmar que la voluntad de cada uno de los contrayentes, que coincidiendo con la del otro forma el consentimiento matrimonial, debe estar de acuerdo en la persona del otro cónyuge. Es necesario contraer matrimonio con una persona determinada, de tal forma que no podría ser válido el matrimonio que se contrajera sin la especificación personal del otro cónyuge. No hay ninguna objeción para que el matrimonio se contraiga por poder, o sea dando un mandato, un encargo a otra persona para que contraiga el matrimonio por el poderdante o mandante, pero en dicho poder inclusive es necesario señalar la persona o al menos las circunstancias necesarias para identificarla. No podría ser válido el mandato que se diera a otra persona para que sea el mandatario el que decida con quién va contraer matrimonio el mandante, pues en este caso no estaríamos en presencia de una voluntad que está determinando a la persona del otro cónyuge, sino dejando dicha determinación a un tercero lo cual a nuestro juicio no resulta correcto.

El consentimiento debe versar también sobre la materia misma del matrimonio, o sea, los cónyuges deben de querer la unión matrimonial recíproca. Esa unión tiene por

objeto "el varón y la mujer en su conyugalidad, o sea, en las potencias naturales del sexo en cuanto se relacionan con los fines del matrimonio. Dicho de otro modo, por el pacto conyugal la mujer se entrega como esposa al varón y el varón se entrega a la mujer como esposo y ambos se aceptan como tales".⁴ No es necesario para la validez del consentimiento que ambos tengan presente explícitamente en el momento de contraer, todas las finalidades del matrimonio. Puede inclusive ser válido el matrimonio contraído por quien ignore la graduación de los fines matrimoniales y considere como de más importancia los secundarios que los primarios o que busque explícitamente con mayor vehemencia alguno de ellos sin dar importancia a los demás. Sólo es necesario para que el matrimonio sea válido, que ambos contrayentes no ignoren que el matrimonio es una sociedad permanente entre hombre y mujer para engendrar hijos y ayudarse entre sí. Ese conocimiento se presupone en todas las personas naturalmente capaces, después de la pubertad.

Tampoco es indispensable para que el consentimiento matrimonial sea válido, que los contrayentes sepan exactamente cómo se engendran los hijos; puede existir una ignorancia de los procesos biológicos o fisiológicos en uno o en ambos contrayentes, sobre el procedimiento de engendrar. Puede también existir ignorancia sobre la forma en que se prestarán la ayuda mutua y el remedio de las pasiones, y desde luego que ignorarán en el momento de contraer el matrimonio la mejor forma de educar a sus posibles y futuros hijos.

Todas estas características o ignorancias, no excluyen el consentimiento matrimonial, ya que como decimos, es suficiente conque los contrayentes sepan que el matrimonio es una sociedad estable entre hombre y mujer, para engendrar hijos y ayudarse mutuamente.

Como el engendrar hijos es un acto que la naturaleza ha organizado en la especie humana en una forma concreta, el consentimiento matrimonial, crea un vínculo que da derecho a cada uno de los cónyuges para realizar en el cuerpo del otro los actos propios para engendrar.

⁴ HERVADA, Javier. *Comentarios*, Ed. EUNSA; Pamplona 1983. p. 629.c.1057.

Estamos aquí precisamente tocando la esencia misma de la institución matrimonial: el matrimonio es una institución eminentemente jurídica, pues la esencia del matrimonio es el vínculo jurídico que se forma entre las partes por su libre consentimiento. Este es la causa y el vínculo es la esencia del matrimonio.

Con frecuencia, los tratadistas de derecho matrimonial han buscado la esencia del matrimonio y algunas la han colocado en la ayuda mutua de los cónyuges o en el afecto, e idealizando la institución matrimonial, han colocado la esencia del matrimonio en el mutuo afecto que se tienen los cónyuges, equivocando en esto el papel del verdadero consentimiento matrimonial. El afecto es un sentimiento, y como todo sentimiento, varía; puede inclusive no existir al momento de contraer matrimonio. También puede existir en parejas que no contraen matrimonio y que el sólo afecto no les hace marido y mujer. En efecto, puede ser, por ejemplo, que los concubinos se amen intensamente, pero el sólo amor de los concubinos no los casa; no puede haber matrimonio por comportamiento, ni puede haber matrimonio por prescripción que se forme por el sólo afecto de los amantes, sino que es necesario el acto explícito de plena y libre voluntad entre ambos de contraer un matrimonio, de vincularse, de producir y aceptar derechos y obligaciones tendientes a la procreación y educación de los hijos o sea la libre voluntad de los contrayentes para conceder al otro cónyuge el derecho sobre el propio cuerpo en orden a los actos tendientes a engendrar los hijos.

Así como decimos que no es necesario que estén presentes en el ánimo de los cónyuges, al momento de contraer, los fines matrimoniales, ni la forma en que se van a lograr dichos fines, afirmamos por el contrario que es necesario no excluir explícitamente ninguno de ellos. No podríamos considerar como unión matrimonial jurídicamente válida aquella en que los cónyuges de común acuerdo excluyeran al momento de contraerla, la procreación de los hijos o alguno se obligará por ejemplo a dejar la educación de la prole exclusivamente a cargo del otro o de un tercero, o limitando la ayuda mutua y el remedio de las pasiones a unos tiempos determinados y a unas condiciones previamente señaladas. En todos estos casos, se estaría excluyendo explícitamente alguno de los fines matrimoniales y por tanto la voluntad de contraer no sería jurídicamente eficaz para formar el vínculo matrimonial.

Como consecuencia del matrimonio, los cónyuges son deudores recíprocamente del débito conyugal. Por eso, está implícito en el consentimiento matrimonial, el deber de fidelidad y el deber de cohabitación que son los efectos matrimoniales. Es interesante resaltar desde ahora, que dichos efectos que se derivan de los fines, nacen por la voluntad de los contrayentes al aceptar éstos unirse en matrimonio. Estos efectos hacen que el matrimonio sea necesariamente monogámico. El débito conyugal no puede pagarse correctamente con toda la amplitud que se desea en el momento de contraer matrimonio si éste se vuelve poligámico o si rompe el vínculo matrimonial, durante la vida de los cónyuges, ya que el vínculo no se contrae como condicionado o sujeto a término.

Pero no sólo los fines del matrimonio deben estar presentes, al menos implícitamente en el consentimiento matrimonial, sino también y al menos en la misma forma, las propiedades esenciales que como indicamos, son la unidad y la indisolubilidad. Si las propiedades esenciales se derivan necesariamente de los fines, y si no se respetan, según ya vimos, no se pueden alcanzar los fines, deben estar presentes en el consentimiento matrimonial en la misma forma en que están aquellos.

También en relación con las propiedades puede ser que no estén explícitas en el ánimo de los contrayentes al momento de contraer, pero si los contrayentes buscan los fines necesariamente tienen que aceptar las propiedades, sin las cuales, aquellos no se logran.

Si ambos o algunos de los contrayentes excluye expresamente alguna de las propiedades, el consentimiento no es válido y el matrimonio no se forma. No es por tanto eficaz como voluntad matrimonial la que pretendiera contraer "por un tiempo determinado", o "mientras permanezca el deseo de seguir casados", o reservándose alguno o ambos el derecho a contraer otro matrimonio válido durante la vigencia del que se está celebrando. Estas estipulaciones, al ir contra las propiedades esenciales, invalidan el matrimonio por falta de consentimiento. De esto se deriva una conclusión importante: no es válido el matrimonio que se contrae como disoluble o como poligámico.

Si uno de los contrayentes excluye, por un acto positivo de su voluntad la indisolubilidad del matrimonio, éste no es válido pues aquélla es una propiedad que le va naturalmente unida. Excluir la indisolubilidad es excluir el matrimonio mismo, de tal forma que si no se quiere la indisolubilidad no se quiere el matrimonio.

Es necesario, sin embargo, un acto positivo de la voluntad, no bastando por ejemplo un error acerca de esta propiedad, como sería una mentalidad divorcista, o el creer que el matrimonio puede disolverse cuando lo quieran las partes.

El consentimiento para ser libre, debe estar exento de vicios y ya decíamos que para los efectos del matrimonio, sólo estudiaremos dos o sea el error y la violencia, ya que el dolo para efectos de la formación del vínculo matrimonial, sólo surte efectos por el error que produce.

Error. La definición clásica de error es perfectamente aplicable al caso: Error es una falsa representación de la realidad, o sea una apreciación equivocada de la mente de las cosas que suceden o de la verdad objetiva. El error es siempre un acto del intelecto que afecta a la voluntad. Para efectos del consentimiento matrimonial, que es un acto de la voluntad, puede haber error de hecho y error de derecho. Este último, o sea el falso conocimiento o ignorancia de una norma, en el caso del matrimonio se asimila prácticamente al error en la sustancia, ya que siendo el matrimonio una institución eminentemente jurídica como acabamos de afirmar en párrafos anteriores, el error en la existencia o en el conocimiento de cualquier norma esencial en relación con el matrimonio o sus fines o propiedades esenciales, coloca a ese error en la situación de error en la sustancia del matrimonio.

El error de hecho para que impida la formación del consentimiento matrimonial, es necesario que sea reconocible o sea que pueda ser demostrado por el que sufrió el error o percibido por la contraparte, y además que sea esencial.

En relación con el matrimonio, es esencial desde luego el error en la persona del contrayente. Como ya dijimos anteriormente, el consentimiento matrimonial debe necesariamente prestarse en relación con la persona perfectamente determinada del otro contrayente; por tanto, el error en la identidad de la contraparte, impide que el

matrimonio se forme. El error en la persona impide la formación del consentimiento matrimonial, y sólo existiría una apariencia de matrimonio sin ninguna sustancia de matrimonio.

Por el contrario, no resulta nulo aquel matrimonio en el cual uno de los contrayentes sufre error en las cualidades de la persona del otro contrayente. En este caso, el matrimonio quiso contraerse, se supo con quién se contraía, y sólo se pensó por ejemplo que la otra parte era rica, que era virgen, que tenía determinada profesión o cualidades personales, o determinados bienes de fortuna que en realidad no tiene. Todas esas cualidades son accidentales en relación con el matrimonio, y por tanto no puede considerarse que el consentimiento prestado bajo ese error produzca la nulidad del mismo.

No resultará viciada la voluntad del contrayente que pretenda considerar una cualidad suya o de la otra parte como la causa por la cual se contrac, pues los contrayentes no pueden por su sola voluntad transformar en esencial para el matrimonio, una circunstancia que por su misma naturaleza es accidental en orden a los fines de la institución y no hay que perder de vista que el objetivo del consentimiento matrimonial son las personas de los contrayentes, no sus cualidades. En esto, el negocio jurídico matrimonial sigue la regla general de los negocios jurídicos, pues es sabido que las "razones individuales" que tuvieron las partes para celebrar el acto, son irrelevantes en relación con la validez del mismo.

El que vende su casa, por ejemplo, para invertir el producto de la venta y vivir de los intereses, no puede alegar nada en relación con la validez del contrato, porque no logre hacer lo que pretendía ya que para la existencia y validez de la venta es suficiente su voluntad libre de vender, legalmente expresada. Así, en el matrimonio, las cualidades del otro contrayente pueden ser la razón determinante o el movimiento psicológico que ha llevado a una de las partes a contraer, pero su ausencia o defecto no puede producir la invalidez de la unión contraída.

Esto se debe a que sólo el error en la persona priva a la voluntad de todo el objeto querido; en cambio el error en las cualidades, que como todo error es un acto de la inteligencia, "no priva por completo de objeto sustancial al consentimiento o acto de

la voluntad".⁵ Tampoco invalida el matrimonio el error sobre la fecundidad de la unión, puesto que si resulta estéril, pueden lograrse los otros fines matrimoniales y por tanto el consentimiento ha tenido materia auténtica matrimonial pues los cónyuges pueden alcanzar algunos de los fines que se propusieron al contraerlo, y los que no se logran no es porque no se quieran, sino porque no se puedan alcanzar.

De lo anterior se desprende que cuando la voluntad de contraer se manifieste condicionada a las cualidades de la persona, esas condiciones se tendrían por no puestas, y el consentimiento surtirá sus efectos como puro y simple, formándose por tanto el matrimonio como si esas condiciones no se hubieran expresado.

El error sobre el objeto del negocio, en el caso del matrimonio, se asimila al error en la persona, ya que como lo dijimos anteriormente, el objeto en el contrato matrimonial es la persona del otro contrayente. En el mismo nivel está el error sobre la identidad del objeto: invalida el matrimonio, puesto que en realidad se trata de un error sobre la identidad de la persona.

El error en la sustancia o sea el pensar que el matrimonio no es una sociedad permanente de hombre y mujer con finalidades de procreación, que ya anteriormente hemos equipado al error de derecho, teóricamente invalida también el matrimonio. En la práctica es muy difícil que llegue a darse pues no se puede presumir después de la pubertad un error en la sustancia misma del matrimonio. El error en la sustancia, para que llegue a invalidar el matrimonio, tendría que demostrarse o sea que sea reconocible, como dijimos anteriormente en relación con cualquier tipo de error, y en el caso, no se puede presumir después de la pubertad. Sería un caso muy cercano al idiotismo o a la incapacidad por parte del sujeto que lo haya padecido.

No invalida en cambio un error sobre los fines o propiedades del matrimonio, pues éstos y aquellos no son la esencia del matrimonio, siempre y cuando este error no incluya un error en la sustancia. El error sobre la indisolubilidad por ejemplo, no afectaría a la sustancia misma del vínculo matrimonial, ya que hubo voluntad de

⁵ VILADRICH, Pedro Juan. *Comentarios*, Ed. EUNSA. Pamplona. p. 655.c. 1095.

casarse, aunque erróneamente se pensaba que tal unión podría llegar a terminarse en vida de los cónyuges.

Otra cosa sería que se tratara de contraer excluyendo expresamente los fines o las propiedades del matrimonio pues en este caso, esa voluntad así manifestada, no sería eficaz para contraer el vínculo, según ya lo dejamos expuesto anteriormente al tratar del consentimiento, pues no estaríamos en presencia de un error de derecho, como en el supuesto anterior, sino ante una voluntad que expresamente quiere modificar la sustancia del matrimonio, lo cual no es posible. El que se casa creyendo equivocadamente que la bigamia está permitida, queda legítimamente casado en matrimonio monogámico; en cambio el que se casa con la reserva expresa de que desea contraer otra unión matrimonial con otra persona en vida del otro contrayente, no queda casado.

Otro supuesto de error de derecho se presenta cuando alguno de los contrayentes piensa que existe un impedimento entre ambos o alguna otra circunstancia invalidante, que en realidad no se da en este caso, el matrimonio resulta válido, si es que el consentimiento se prestó y resultaría inexistente si no lo hubo. En otras palabras, la certidumbre equivocada de que el matrimonio que se está contrayendo es nulo, no produce necesariamente la nulidad, la cual puede presentarse por otras causas anulantes, pero no por ese convencimiento. El que piense erróneamente que la persona con quien se está casando es su sobrino sin haber obtenido dispensa de ese impedimento, queda casado, pues quiso el matrimonio. Su presunción subjetiva y errónea de nulidad, no lo produce.

Violencia. La violencia puede ser considerada como violencia física que se ejerce sobre alguno de los contrayentes por el otro o por un tercero o como violencia moral, llamada propiamente miedo grave, que sin ningún contacto físico con el contrayente, le intimidaba por medio de amenazas para lograr su consentimiento de contraer matrimonio.

La violencia física puede ser excluyente de la voluntad cuando la fuerza se ejerce de tal manera sobre el contrayente que a este no le queda ninguna posibilidad de actuar en otra forma. En el caso, por ejemplo, de la fuerza que se ejerce sobre los

hipnotizados, sobre los dormidos o sobre cualquier otra persona de tal manera que no puede resistir físicamente a la acción del que ejerce la violencia, y no existe nada de voluntario en el acto que exteriormente realizó.

En estos casos no hay consentimiento matrimonial. ya que aquél sobre el cual se ejerció este tipo de violencia no quiso nada; sólo hizo actos externos que podrían parecer afirmativos o signos del consentimiento matrimonial y en realidad no tenía ninguna intención de contraer matrimonio. Cuando se dé el caso de este tipo de violencia, el matrimonio no existe, pues el contrayente no tuvo ninguna voluntad de quedar unido en matrimonio. Se equiparan a esta violencia física los casos de un miedo tan grave y terrible que hagan perder la razón al sujeto, el cual, por tanto, mientras esté bajo este tipo de miedo, no sabe lo que hace, no es responsable de sus actos y no puede, por tanto expresar voluntad jurídica vinculatoria.

Cuando la violencia física se ejerce dejando opción para realizar otra actividad o tomar otra actitud que no sea la de contraer matrimonio, se presenta la duda sobre si el matrimonio resulta inválido o no, pues el violentado tuvo la posibilidad de escoger y escogió contraer, no obstante que estaba bajo el influjo de la violencia.

En efecto, en el caso del miedo producido por una amenaza, existe el consentimiento, pero es un consentimiento viciado. El matrimonio debe contraerse por la libre voluntad de los esposos y por tanto, si esa voluntad no es libre, el matrimonio no se forma. Aunque el sujeto haya tenido opción de escoger entre casarse y sufrir las consecuencias de la amenaza, si escoge el matrimonio, este es nulo, pues no obró libremente.

La razón de la nulidad está en la situación del sujeto, no es las amenazas, las cuales pueden existir, pero si no producen miedo en el contrayente, el matrimonio es válido. Al contrario, no es necesario que exista amenaza objetiva, pues si el sujeto creyó erróneamente que existía o podría llegar a existir, y eso le produce miedo grave, el matrimonio es nulo, pues no hubo voluntad libre de contraer.

Sin embargo, no cualquier amenaza ni cualquier miedo vician la voluntad de tal forma que llegue a invalidar el matrimonio. La amenaza puede ser de un mal físico o de

un mal moral, pero debe tratarse de un mal grave, provocado externamente por una causa antecedente al matrimonio y que produzca una perturbación en el ánimo de la persona, de tal manera que sea factible que se produzca el mal amenazado si no se contrae el matrimonio.

En relación con la gravedad del mal con el que se amenaza, la doctrina acostumbra distinguir entre males absolutamente graves, que producen miedo fácilmente en cualquier persona normal (la muerte, mutilaciones, etc.) y males relativamente graves, que bastan para intimidar a una persona concreta, por su edad, circunstancias, sexo, etc., aunque normalmente no sean bastantes para producir miedo en la generalidad de las personas. Cualquiera de estos males produce la nulidad del matrimonio si realmente llegaron a producir miedo perturbador del ánimo del contrayente.

El miedo además, debe ser provocado por hechos externos al sujeto, o sea, no puede consistir en meros hechos subjetivos como obsesiones, imaginaciones, remordimientos, etc. Esto no se contradice con lo que hemos afirmado anteriormente sobre la nulidad que se produce por el miedo causado por la creencia errónea de una amenaza inexistente, pues aún en este caso, la amenaza inexistente debe ser de mal grave provocado por hechos externos al sujeto.

Con relación a que el miedo sea provocado por una causa antecedente al matrimonio, "conviene recordar la distinción entre el miedo antecedente y el concomitante. Se llama antecedente al miedo que actúa de causa motivo principal del matrimonio, de suerte que éste no se habría celebrado de no haber intervenido dicho miedo. El llamado concomitante, en cambio está presente en la celebración como un motivo más, pero no constituye la causa principal. El matrimonio es nulo si se celebra por miedo (antecedente) y no lo es si sólo contrae con miedo (concomitante)".⁶

Puede ser que las amenazas se produzcan sin quererlo el sujeto amenazante, o sin que estén dirigidas directamente a lograr el consentimiento matrimonial. Todo esto es irrelevante, pues como ya dijimos, lo que anula es el miedo del contrayente, no la

⁶ VILADRICH, Pedro Juan. op. cit. p. 669.c. 1104.

intención del amenazante. En todos estos casos, en que el miedo se ha producido, existió voluntad de contraer el matrimonio pero está viciada de tal manera, que en realidad el contrayente que sufrió la amenaza, no lo hubiera contraído de no existir ésta. Cuando la amenaza es grave, antecedente y externa, se teme fundamentalmente que pueda realizarse y se ejerce sobre la persona de uno de los contrayentes o sobre sus parientes más cercanos, puede hablarse de que exista consentimiento matrimonial viciado, pues como decíamos antes, éste no se hubiera expresado si la amenaza no hubiera existido.

Por último, el miedo reverencial, o sea el que se produce por temor a molestar o contradecir a personas a las cuales se les debe respeto o con las que se está en alguna forma subordinado (padres, tutores, jefes, etc.), no produce la nulidad del matrimonio que se contraiga bajo ese miedo o temor, a menos que llegara a producir de hecho en el contrayente una perturbación grave que le impidiera una actuación libre.

c) LOS IMPEDIMENTOS. Para que el matrimonio surta efectos, no sólo se necesita que existan los dos elementos antes considerados, o sea sujetos capaces, que expresen libremente su voluntad de unirse en matrimonio, sino que es necesario también que no existan entre ellos impedimentos.

Los impedimentos son circunstancias objetivas, que no permiten que se forme el matrimonio ya sea con ninguna persona o ya sea con determinado individuo; en el primer caso será absoluto el impedimento y relativo en el segundo.

Hay impedimentos que se derivan de la propia naturaleza humana o directamente de los fines o propiedades del matrimonio, haciendo imposible alcanzar dichos fines; estos son impedimentos de derecho natural y nunca pueden dispensarse. Además, las legislaciones positivas agregan otras a los impedimentos naturales, por juzgarlo prudente ante determinadas circunstancias; este tipo de impedimentos admite dispensa, aún cuando es de advertir que el matrimonio contraído con cualquier tipo de impedimento resulta nulo.

Los impedimentos que no pueden dispensarse son solamente tres: parentesco consanguíneo, impotencia y vínculo previo. En relación con el primero cabe anotar que

no hay duda de que el parentesco consanguíneo entre ascendiente y descendiente y entre colaterales del segundo grado, o sea, hermanos, produce un impedimento natural para contraer matrimonio. La razón es que repugna a la dignidad de la persona humana y rompería con la estructura básica de la familia si se permitiera el matrimonio entre estos parientes. Las relaciones básicas e íntimas de filiación y fraternidad, no deben transformarse en relación conyugal, sin trastornar las mismas bases de la familia y de la personalidad. No es tan claro que sea contrario a la naturaleza el matrimonio de tía con sobrino y por tanto éste no debe considerarse como un impedimento de tipo natural.

El impedimento de vínculo previo se basa en la monogamia del matrimonio. Si como ya hemos dicho anteriormente, sólo se cumplen correctamente los fines del matrimonio en el monogámico, es necesario por la misma naturaleza de la institución que exista el impedimento de vínculo previo o sea que una persona ya casada no pueda volver a contraer matrimonio mientras exista el primer vínculo matrimonial. Este impedimento deja de existir cuando muere alguno de los cónyuges o el matrimonio anterior es declarado nulo. También cesa ante la presunción de muerte de alguno de los cónyuges, la cual debe constar en la forma que lo pida el derecho positivo. Si volviera el presunto muerto, operaría el impedimento, de tal forma que el primer matrimonio sería el válido, aunque el segundo, al haber actuado de buena fe los contrayentes, sería nulo por putativo; por tanto, los hijos serían legítimos.

El impedimento de impotencia, también tiene un claro fundamento natural. No debe confundirse el impedimento de impotencia con la esterilidad, o sea con la imposibilidad de tener hijos. La impotencia se refiere a la imposibilidad de realizar el acto conyugal. Si la finalidad del matrimonio es la procreación de los hijos, y algunos de los cónyuges no puede realizar el acto mediante el cual podría engendrarse, no hay posibilidad alguna de matrimonio. Tampoco en los matrimonios estériles se logra los fines primarios del matrimonio, pero sí los secundarios. En cambio cuando uno de los cónyuges es impotente, ninguno de los cuatro fines matrimoniales puede alcanzarse, pues ni aún la ayuda mutua se lograría, ya que ésta, como fin del matrimonio, no es una ayuda mutua como pueden prestarse unos amigos o hermanos, sino que es una ayuda matrimonial, la cual no se logra con la impotencia de algunos de los contrayentes.

Es la propia naturaleza en ocasiones la que incapacita a un sujeto para poder realizar el acto conyugal, o en ocasiones pueden ser accidentes supervenientes los que provoquen dicha impotencia.

Si el acto conyugal puede realizarse entre los cónyuges, no hay lugar al impedimento de impotencia, pues realizado el acto conyugal no está ya dentro de las posibilidades de los cónyuges el hacerlo fecundo o infecundo. La concepción no es exclusivamente producto del acto conyugal sino que deben también coincidir determinadas circunstancias biológicas que no dependen de la voluntad de los cónyuges.

Para que el impedimento de impotencia sea tal, debe existir ésta antes del matrimonio y ser perpetua, de tal manera que si fuera una impotencia superveniente por algún accidente, por ejemplo, el matrimonio contraído originalmente como válido sigue siendo válido y no se le puede anular por hechos posteriores a su celebración. Si la impotencia no es perpetua sino que, por ejemplo, es curable, tampoco impide la formación del matrimonio sino que debe hacer el cónyuge correspondiente todo lo necesario para terminar con dicha impotencia.

Los impedimentos naturales son considerados por algunos autores como verdaderas incapacidades en el sujeto para contraer válidamente, aún cuando los de parentesco y algunos casos de impotencia son impedimentos relativos. Nos parece más bien que en los impedimentos naturales relativos, estamos en presencia de situaciones de falta de legitimación, pues sólo se prohíbe a esa persona el matrimonio con alguna o algunas personas concretas, ya que con ellas no podría obtener los fines matrimoniales. El matrimonio con cualquier otra persona sería válido y por tanto no se trata de casos de incapacidad. Por las razones expuestas, estos impedimentos naturales relativos no permiten el matrimonio entre esos sujetos, los cuales por tanto no están legitimados para contraer entre sí.

Otra cosa distinta es el caso del impedimento de vínculo previo y el de impotencia, cuando ésta es impedimento absoluto, pues entonces sí nos parece que se trata de casos de falta de capacidad, ya que en estos casos, el sujeto no puede contraer matrimonio con nadie.

Todos los demás impedimentos matrimoniales son de derecho positivo.

1.6. Efectos del matrimonio.

El efecto del matrimonio legítimamente contraído es el vínculo que se forma entre los cónyuges cuyo contenido son derechos y deberes para ambos. Esos derechos y deberes que nacen del matrimonio son iguales para ambos esposos y son recíprocos o sea que todo derecho de un cónyuge es obligación en el otro, que es el sujeto pasivo de aquel derecho, y existirá siempre otro derecho en el otro cónyuge con idéntico contenido cuyo sujeto pasivo a su vez será el primero. Por ejemplo, el esposo tiene obligación de guardar fidelidad a la esposa, que para ese efecto es sujeto activo, pues tiene derecho a la fidelidad de su esposo, y la esposa es a su vez sujeto pasivo tiene el deber de fidelidad a la cual tiene derecho su marido.

Los principales derechos y deberes que nacen del matrimonio se pueden resumir en los siguientes:

a) Deber de cohabitación. Abarca a su vez dos obligaciones de los cónyuges:

1. *Deber de vivir en el mismo domicilio.* Una de las consecuencias naturales que se derivan del matrimonio, es que ambos cónyuges hagan vida común y por tanto, vivan en la misma casa. Esa unión de vida, esa íntima relación entre los cónyuges que establece el matrimonio, se podría realizar con dificultad si no viven juntos. Están obligados a vivir en común, puesto que sólo así podrán cumplir en toda su extensión los fines matrimoniales, y las otras obligaciones que se derivan del matrimonio. Será el derecho positivo, el que señale según la prudencia de cada legislador, cual de los cónyuges fija el domicilio conyugal, o si éste va a señalarse de común acuerdo, cómo se fija dicho domicilio y las sanciones que pueden derivarse de un abandono injustificado del hogar conyugal. Cualquiera de los cónyuges tiene derecho a exigir al otro que habite en el hogar conyugal.

2. *Derecho recíproco sobre los cuerpos de los cónyuges en orden a los actos propios para engendrar.* Es éste con seguridad, el principal y más importante efecto del

matrimonio. Recordando una vez más los fines matrimoniales, los primarios son la procreación y educación de los hijos; si la procreación se logra naturalmente mediante el acto sexual entre hombre y mujer, es necesario que el matrimonio otorgue un derecho a cada uno de los cónyuges sobre el cuerpo del otro para engendrar. Es éste efectivamente un *derecho al cuerpo*; aunque la expresión pueda parecer demasiado cruda, no puede sintetizarse mejor que en esa frase.

Bien es verdad que ese derecho sólo puede ejercerse en orden a los actos propios para engendrar. Como indicamos anteriormente, es un derecho recíproco y bilateral, o sea que ambos cónyuges son acreedores y deudores al mismo tiempo. La existencia de este derecho, que es la esencia misma del matrimonio, se muestra por el hecho de la sanción al adulterio. En efecto, las relaciones carnales entre personas mayores de edad, que consientan libremente en ellas, no es sancionada por el orden jurídico pues, cada hombre dispone libremente de su sexo, mientras no perturbe el orden público o el bien común. Independientemente de su sanción moral, el derecho no debe prohibir que los hombres y mujeres adultos, dispongan de su cuerpo, mientras esa disposición no afecte derechos de terceros o perturbe el orden público. En cambio, sí sanciona el adulterio. La razón es porque el adúltero está violando el derecho que su otro cónyuge tiene sobre su propio cuerpo en orden a los actos que está realizando con un tercero. Si no existiera ese derecho entre los cónyuges, sería absurdo sancionar el adulterio.

Además, este derecho se demuestra también con la opinión común entre los penalistas, de que no se da el delito de violación entre los cónyuges.⁷ El cónyuge que se niega a realizar el acto conyugal cuando lo solicita el otro, está faltando a su obligación y sería inconcebible que el orden jurídico protegiera al que no cumple con sus obligaciones. Pueden darse entre los cónyuges otros ilícitos en casos extremos, cuando por ejemplo se pretenda realizar el acto en público o faltando al pudor o se provoquen heridas, pues entonces, sin cometer el delito de violación, se estaría cometiendo el de faltas a la moral o el de lesiones. Cuando además se solicite el débito conyugal poniendo en peligro los otros fines matrimoniales, como por ejemplo en estado de embriaguez, o bajo el efecto de drogas enervantes o con enfermedades

⁷ En tal sentido, Abarca, Carrara, Carrancá y Trujillo, Cuello Calón, Garraud, González Roura, Maggiore, Manzini, Romain y Soler (citados por Porte Petit Candaudap, Celestino. Ensayo Dogmático sobre el delito de violación. 3ª. ed. Porrúa. México. 1980, p.51).

infecciosas transmisibles a la prole o se pretenda realizar en forma anormal o con intervención del uso de anticonceptivos, ya no se estaría ejerciendo el derecho, el cual sólo existe para cumplir los fines del matrimonio, o sea para engendrar la prole y para educar en primer término, no debiendo olvidar que en el matrimonio el remedio de las pasiones es un fin secundario, que debe quedar subordinado a los fines primarios. En estos casos, inclusive habría obligación de abstenerse por parte del cónyuge solicitado ya que la prole puede resultar perjudicada.

Es también opinión común que no pueda darse legítima defensa en el cónyuge que niega el débito conyugal, pues sólo puede haber legítima defensa ante una agresión injusta y el cónyuge que solicita el acto conyugal, está ejercitando un derecho y por tanto no se trata de una agresión injusta, a menos que lo pida en forma agresiva, o abusando de su propio derecho.

“El cónyuge tiene, de acuerdo con el matrimonio, derecho a la cópula normal exenta de circunstancias que la maticen de ilicitud. Por tanto, al realizarla, ejercita un derecho. Ahora bien, al efectuarse dicha cópula, por medio de la violencia física o moral, está ejercitando ilegalmente su derecho; en consecuencia, no le puede amparar una causa de licitud, habida cuenta que para que el ejercicio origine el aspecto negativo de la antijuridicidad, debe ser un ejercicio ilegítimo. Por otra parte, no obstante que se realice la cópula violentamente, no existe el delito de violación, ya que el sujeto tiene derecho a la cópula aún cuando ha habido abuso de ese derecho, originándose en todo caso un diverso ilícito penal; en otros términos, a virtud del matrimonio, los cónyuges limitan su libertad sexual por lo que respecta a la cópula normal exenta de circunstancias que la maticen de ilicitud, ya que existe una recíproca obligación sexual de parte de aquellos y, consiguientemente cuando realiza uno de ellos la cópula por medio de la *vis absoluta* o de la *vis compulsiva*, no atacan la libertad sexual porque ésta no existe por el mismo matrimonio, no produciéndose, en consecuencia, el delito de violación”.⁸

⁸ PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino. op. cit. p. 52-53.

Aún los pocos penalistas que sostienen que pueden darse el delito de violación entre los cónyuges en casos extremos como los que hemos señalado, no niegan el derecho recíproco del débito conyugal, y basan su afirmación en el concepto de abuso del derecho.

Nos parece más congruente con los fines del matrimonio la opinión antes transcrita en el sentido de que cuando exista abuso del derecho al débito conyugal, puedan configurarse otros delitos, pero no el de violación.

Es precisamente el derecho recíproco entre los cónyuges de los que estamos tratando, lo que diferencia al matrimonio del concubinato. Gráficamente se puede decir que la concubina que se niega ante las solicitudes del concubinario, realiza un acto justo, un acto moralmente bueno y desde luego si es violentada, puede ser sujeto pasivo de un delito. Por el contrario, la esposa que niega el débito conyugal a su marido, realiza un acto injusto, está negando un derecho y está faltando al cumplimiento de las obligaciones que contrajo en el matrimonio.

Siendo este derecho recíproco lo que distingue al matrimonio del concubinato, su negación sería igualar ambas figuras. Es muy importante insistir en la finalidad de este derecho que es la misma finalidad del matrimonio o sea que el derecho al débito conyugal exista en orden a la consecución de los fines matrimoniales y por tanto tiene que estar siempre abierta la posibilidad de engendrar de tal manera que no se haya obstaculizado en forma artificial las posibilidades que la naturaleza ha dado al hombre y a la mujer de engendrar la prole. Cuando artificialmente se ha interrumpido el proceso biológico sexual, o se ha hecho imposible el engendrar por manipulaciones a ello dirigidas, y se busca por tanto exclusivamente el placer sexual en el acto matrimonial, se está equiparando en alguna forma, al matrimonio con la prostitución, ya que en ésta se busca sólo el placer sexual y no se tiene ningún interés en la prole.

b) Deber de fidelidad. Este deber conyugal comprende la obligación de abstenerse de relaciones carnales extramatrimoniales y la obligación de abstenerse de cualquier acto que pueda hacer sospechar o preparar esas relaciones.

Se distingue claramente del derecho recíproco, que hemos tratado en el inciso anterior, pues éste es la obligación de realizar el acto conyugal cuando el otro cónyuge legítimamente lo solicita y en cambio el deber de fidelidad es la obligación de abstenerse de realizar esos actos con cualquiera otra que no sea el propio cónyuge.

También aquí la sanción con que las leyes castigan al adulterio nos está dando clara noticia del deber de fidelidad. La razón de este deber es el carácter monogámico del matrimonio y la obligación de ambos cónyuges de propugnar por lograr todos los fines del matrimonio, que sólo se logran respetando este deber de fidelidad.

Después de las consideraciones anteriores, podríamos preguntarnos si el cónyuge es un cautivo sexual, ya que hemos afirmado que está obligado al acto conyugal en relación con su otro cónyuge en cuanto éste legítimamente lo solicita, y además a abstenerse de cualquier relación extramatrimonial. Si a esta situación se le puede considerar como cautiverio sexual, sí hemos de considerar a los cónyuges como unos cautivos sexuales, o sea unos individuos que en virtud del matrimonio, están obligados a observar unas conductas muy claras y específicamente determinadas por la naturaleza misma del matrimonio. Pero no podemos olvidar nunca, que esas obligaciones han nacido todas del libre consentimiento matrimonial. Todas esas obligaciones que adquiere el cónyuge han nacido porque él quiso que nacieran, libremente las adquirió y es un principio elemental del derecho el hacer responsable a cada persona de sus propios actos libres. Sólo su libre voluntad pudo formar el matrimonio y por tanto en pleno uso de su libertad, adquirió esas obligaciones y el orden jurídico debe de vigilar por que las cumpla.

Es equivocado por tanto aquel principio de la ideología liberal, expresado en la Ley de 20 de septiembre de 1792 dictada en plena Revolución Francesa, que pensaba que "un lazo indisoluble destruye la libertad individual". Es no entender lo que es la libertad individual. Los cónyuges son tan plenamente libres al contraer matrimonio que pueden adquirir obligaciones indisolubles. Esas obligaciones indisolubles se basan precisamente en su plena libertad y sería coartar su libertad el no permitirles adquirir las obligaciones como indisolubles, cuando ellos precisamente en plena libertad quieren adquirirlas como tales.

Mediante el derecho recíproco de que tratamos, logran además los cónyuges uno de los fines secundarios del matrimonio: el remedio de las pasiones. Ya indicábamos cómo los fines secundarios deben estar subordinados a los primarios, y aquí concretamos que el derecho al débito conyugal es en primer lugar para buscar el logro de los fines primarios, consiguiéndose en forma subsidiaria el remedio de las pasiones, pero es lícito buscar la consecución de los secundarios, cuando no se trastoman o se imposibilitan los primarios. Es más, cuando los fines primarios no se pueden lograr naturalmente, es lícito buscar los secundarios por sí mismos.

c) Deber de asistencia. Es una consecuencia lógica de la ayuda mutua que los cónyuges se propusieron al contraer, y que, cómo ya señalamos, es uno de los fines secundarios del matrimonio. Comprende este deber de asistencia una ayuda espiritual que deben de prestarse mutuamente los cónyuges, la cual es consecuencia de la plena comunidad que debe existir entre ellos. Esta ayuda tiene un aspecto positivo, tal como dar consejo, prestar auxilios de todo tipo, y muchísimos más, en la riqueza infinita que presenta la vida matrimonial cotidiana, y otro aspecto negativo que lleva a abstenerse y tratar de evitar todo aquello que en alguna forma pueda trastornar la vida conyugal, o la persona del otro cónyuge en su aspecto material y espiritual. Tales ayudas de carácter más bien espiritual, rebasan el campo jurídico, y aún cuando son de gran importancia en el matrimonio, no son materia de este trabajo.

También comprende el deber de asistencia una ayuda material. La plena comunidad de vida que se establece entre los cónyuges en virtud del matrimonio, debe tener una consecuencia material. No podrán lograrse los fines del matrimonio si no existe este deber de asistencia mutua desde el punto de vista de los satisfactores y de los bienes materiales y que comienza por concretarse en la vida común en el hogar conyugal. La educación de los hijos y la ayuda mutua que deben de prestarse los cónyuges, implica necesariamente la obligación de contribuir económicamente uno o ambos al sostenimiento de ese hogar conyugal. Es de derecho positivo el que debe de proveer en la mejor forma que el legislador lo juzgue conveniente a concretar cómo y en qué forma los cónyuges deben prestarse esa ayuda material pero desde luego es necesario que se legisle sobre esta materia señalando la forma en que contribuyen al sostenimiento económico del hogar, la obligación que tienen mutuamente de prestarse alimentos cuando uno de ellos está incapacitado y es también propio de la naturaleza del

matrimonio, el que exista al menos un derecho aunque sea mínimo, por parte del cónyuge a la herencia legítima del otro si es que no tiene bienes propios.

El deber que tienen los cónyuges de educar a sus hijos, no lo consideramos como consecuencia del matrimonio aunque es una finalidad del mismo. Pensamos más bien que el deber que tienen los padres de educar a sus hijos procede de la filiación o sea del hecho de haberlos engendrado. Bien es verdad que los cónyuges contraen la obligación de educar a sus hijos en el momento en el que se forma el matrimonio, pero también los hijos extramatrimoniales deben de ser educados por sus padres. Por tanto, los cónyuges están obligados a proveer a la educación de sus hijos pero por el hecho de haberlos engendrado no por el hecho de haber contraído matrimonio.

No podremos dejar de anotar sin embargo, que es en el matrimonio y en el hogar conyugal normalmente conformado en donde se logra en la mejor forma la educación de los hijos. Los padres que engendran fuera del matrimonio están ya, por ese sólo hecho, colocándose con respecto a esos hijos en una situación de injusticia en la que se va a ser más difícil cumplir con el deber que tienen de educarlos, y están interviniendo ilícitamente en el derecho que tiene todo hombre a ser educado por los que lo engendraron, pues lo están colocando en una situación de mayor dificultad al menos, de lograr aquello a lo que tiene derecho y ellos tienen obligación de proporcionarle.

Es de especial importancia recalcar en el derecho positivo actual los deberes y obligaciones que nacen del matrimonio, pues la tendencia de las doctrinas modernas y con frecuencia la legislación positiva de muchos países, tiende a olvidarse de ellos. En efecto, en el mundo moderno, la tendencia actual en relación con el matrimonio sigue siendo profundamente individualista. Hay muchas legislaciones actuales en las cuales el deber y el derecho de fidelidad ya no se expresa en forma clara; la obligación de vivir en el domicilio conyugal queda diluida y el mismo domicilio ha perdido importancia; se favorece en forma por demás amplia el divorcio, dando unas facilidades extraordinarias para disolver el matrimonio. Todos estos fenómenos revelan una tendencia individualista que consagra el egoísmo. Parece ser como si en el matrimonio lo más importante siguieran siendo los cónyuges, sin percatarse que una vez contraído el matrimonio, lo más importante ya no es cada uno de los cónyuges sino el otro y ante la realidad presente o la posibilidad futura de la prole, ambos cónyuges pasan a segundo

plano de importancia, porque el principal interés al cual hay que proteger sobre todo, es el de los hijos, al cual deben quedar subordinados aún los derechos de los propios cónyuges.

El temor a la indisolubilidad del matrimonio es otro de los puntos en los cuales se denota la posición individualista del mundo contemporáneo, que sin embargo no se atreve a llevar el asunto a sus últimas consecuencias como sería por ejemplo sostener que el matrimonio es un asunto exclusivo de los cónyuges. El legislador sigue demandando intervención en el matrimonio y se da la prerrogativa de legislar sobre él. En materia matrimonial, encontramos en efecto una serie de violaciones a principios generales y elementos del derecho, como lo veremos posteriormente sobre todo al tratar del divorcio.

Es conveniente que la legislación insista sobre todo en las obligaciones de los cónyuges, hay que remarcar antes que nada dichas obligaciones, que son los derechos del otro, y dejar en segundo término los derechos propios.

1.7. Naturaleza jurídica del matrimonio.

Sobre la naturaleza jurídica del matrimonio se ha discutido mucho, por ello, sólo expondremos las teorías más importantes que se han dado sobre el particular:

1. -El matrimonio como contrato.
2. -El matrimonio como acto jurídico.
3. -El matrimonio como institución jurídica.
4. -El matrimonio como negocio jurídico.

1.- El matrimonio como contrato:

La tesis del matrimonio como contrato surgió en Francia como resultado de la lucha entre el clero y el Estado para regular las relaciones familiares.

Los autores Colín y Capitant dicen: "El matrimonio es un contrato civil y solemne por el cual el hombre y la mujer se unen para vivir en común y prestarse mutua asistencia y socorrerse, bajo la dirección del marido, jefe de la familia y del hogar".⁹

"El matrimonio - indica Pothier - es el más excelente y antiguo de los contratos. Aún considerándolo únicamente en el orden civil es el más excelente, porque la sociedad civil está más interesada en él. Es el más antiguo, por que fue el primer contrato que celebraron los hombres. Inmediatamente que Dios hubo formado a Eva de una de las costillas de Adán y que la hubo presentado a éste, nuestros dos primeros padres celebraron un contrato de matrimonio. Adán tomó a Eva por esposa... Eva tomó recíprocamente a Adán por esposo".¹⁰

En contra de la teoría contractualista tenemos la opinión de Bonnacase, que explica claramente el maestro Rojina Villegas en la forma siguiente:

"En el matrimonio, que no se cumplen las reglas que lo caracterizan como un contrato, ni menos aun existe el principio de la autonomía de la voluntad por lo que se refiere a sus efectos y disolución.

En cuanto a los efectos del matrimonio, hay una diferencia aún más radical, si se le compara con el contrato, pues el principio de la autonomía de la voluntad que domina sin excepción las consecuencias de los contratos... no tiene ninguna aplicación en materia matrimonial.

Los consortes no pueden alterar el régimen del matrimonio, estipulando derechos y obligaciones distintos de los que imperativamente determina la ley. Carece de valor cualquier pacto que los contrayentes estipulen para cambiar el régimen legal o modificar los fines del matrimonio.

⁹ COLÍN Y CAPITANT; *Curso Elemental de Derecho Civil Francés*; p. 285.

¹⁰ POTHIER, citado por Julien Bonnacase: *La Filosofía del Código de Napoleón aplicada al Derecho de Familia* : pp. 169 y 170.

En cuanto a su disolución, el matrimonio también se separa radicalmente de los contratos, pues no depende de la voluntad de los consortes disolver el vínculo matrimonial; en cambio, todo contrato concluye por el mutuo disenso".¹¹

Considero que la fundamentación jurídica de la tesis contractualista radica en el hecho de que le son aplicables al matrimonio los principios de todo contrato, esto es, sus requisitos de existencia y de validez. Los primeros son aquellos sin los cuales no podrían existir jurídicamente, sin ellos no es posible el nacimiento de derechos y obligaciones. En cambio los segundos son los que no son necesarios para la existencia del contrato, pero su inobservancia acarrea consigo la nulidad, ya sea absoluta o relativa.

Elementos de validez del contrato de matrimonio:

- a) La capacidad de los contrayentes;
- b) La ausencia de vicios en el consentimiento;
- c) La licitud en el objeto, motivo o fin del matrimonio; y
- d) El cumplimiento de las formalidades exigidas por la Ley.

Observando lo anterior expuesto no podemos dejar de reconocer que la mayor parte de los elementos fundamentales de los contratos son aplicables al matrimonio, pero consideramos que la teoría contractualista resulta insuficiente para explicar y resolver los fenómenos jurídicos que presenta el matrimonio.

Existen varias modalidades de la teoría contractualista, según los distintos puntos de vista de los juristas adheridos a esta doctrina: El matrimonio como contrato ordinario, como contrato de adhesión, como contrato "sui generis"; pero en ninguna de ellas encontramos la fundamentación de la naturaleza jurídica del matrimonio.

¹¹ ROJINA VILLEGAS, Rafael; *Derecho Civil Mexicano*; Ed. Porrúa; Vol. I; Tomo II; México. 1959; p.282.

Concluimos diciendo que detrás de la institución matrimonial, existe algo más que la regulación jurídica de un interés patrimonial.

2.- El matrimonio como acto jurídico:

Dentro de la tesis del matrimonio como acto jurídico encontramos tres modalidades:

- a) El matrimonio como acto jurídico condición;
- b) El matrimonio es un acto jurídico mixto;
- c) El matrimonio es un acto de poder estatal.

El acto jurídico condición se define en los siguientes términos “es aquel acto jurídico que tiene por objeto determinar la aplicación permanente de todo un estatuto de derecho a un individuo o conjunto de individuos, para crear situaciones jurídicas concretas que constituyen un verdadero estado, por cuanto que no se agotan por la realización de las mismas, sino que permiten su renovación continua”.¹² La definición se debe al autor francés León Duguit.

Según el mismo autor, en el Derecho Privado hay numerosas situaciones jurídicas objetivas nacidas a consecuencia de un acto-condición. El estado de las personas casadas es determinado y regulado por la Ley, pero la aplicación de esta, está subordinado a la condición del matrimonio.

Esta teoría no agota el estudio de la naturaleza jurídica del matrimonio, sino sólo señala la condición necesaria para poner en marcha el régimen legal previamente instituido.

El maestro Rojina Villegas distingue en el derecho los actos jurídicos privados, los actos jurídicos públicos y los actos jurídicos mixtos. Explica que los primeros se realizan por la exclusiva intervención de los particulares. Los segundos por la

¹² Idem; p. 282.

intervención de los órganos estatales y los terceros por la concurrencia tanto de particulares como de funcionarios públicos en el mismo acto.

Explica que el matrimonio es un acto jurídico mixto porque se constituye además del consentimiento de los consortes, por la intervención del oficial del Registro Civil.

“Este órgano del Estado desempeña un papel constitutivo y no simplemente declarativo, pues podemos decir que si se omitiese en el acta respectiva, hacer constar la declaración que debe hacer el citado funcionario considerando unidos a los consortes en legítimo matrimonio, este no existiría desde el punto de vista jurídico.”¹³

El tratadista italiano Antonio Cicu desarrolla la tesis en la cual establece que el matrimonio es un acto de poder estatal, es decir que el matrimonio se realiza por el acto de pronunciamiento del Estado, hecho por medio del oficial del Registro Civil.

Señala Cicu, el hecho de que la declaración de voluntades de los esposos debe ser dada al oficial del Registro Civil por él recogido personalmente en el momento en que se prepara el pronunciamiento, y la circunstancia de que cualquiera otra declaración o contrato realizado entre los esposos carezca de valor jurídico.

Finalmente entiende, que admitido que el interés en la constitución de relaciones familiares es también interés del Estado, no existe dificultad alguna para considerar el matrimonio como constituido formalmente como acto del poder estatal.

3.-El matrimonio como institución jurídica:

Si se entiende por institución un conjunto de normas de idéntica naturaleza que regula un todo, y que tiene siempre el mismo fin, podemos concluir que el matrimonio, es una institución.

¹³ Idem; p. 282.

"...Realizado el acto jurídico del matrimonio, funcionará la institución jurídica relativa entendida, de acuerdo con Bonnecase como el conjunto de reglas imperativas, cuyo objetivo es dar a la unión de los sexos, y por lo tanto a la familia, una organización social y moral que corresponda a las aspiraciones del momento y a la naturaleza permanente del hombre, como también a las directrices que imponga el derecho".¹⁴

El matrimonio de acuerdo a esta concepción, es una institución jurídica porque las legislaciones positivas lo regulan por medio de un conjunto de la misma naturaleza y fijando siempre los derechos y las obligaciones correlativas para ambos cónyuges.

4.-El matrimonio como negocio jurídico:

Algunos autores estiman que el matrimonio es un negocio jurídico familiar, bilateral en su nacimiento, porque para constituirse se requiere de los principios de todo negocio jurídico, esto es, los elementos de existencia y los requisitos de validez.

Planiol y Ripert explican que "el matrimonio es un negocio jurídico en su nacimiento, porque una vez que ha surgido a la vida jurídica, reviste una apariencia institucional en sus efectos, en las múltiples y complejas relaciones que produce y en su cuidadosa regulación por parte de la Ley".¹⁵

Este capítulo nos va a servir para fundamentar el presente trabajo, por lo cual hay que tomar en cuenta los caracteres del matrimonio, sus fines, así como su naturaleza.

¹⁴ FLORES BARROETA, Benjamín; *Lecciones del Primer Curso de Derecho Civil*; México; Ed.Universidad Iberoamericana; 1965; p. 315.

¹⁵ PLANIOL MARCEL Y GEORGES RIPERT; *Tratado Práctico de Derecho Civil Francés*; La Habana; Ed. Cultural; Trad. Mario Díaz Cruz; 1965; p. 516.

CAPITULO II: EL DIVORCIO.

2.1. Consideraciones Generales.

El divorcio fue introducido en la legislación civil mexicana, por decreto de 29 de diciembre de 1914 publicado el 2 de enero de 1915 en El Constitucionalista, periódico oficial de la federación que se editaba en Veracruz, sede entonces del Primer Jefe del Ejército Constitucionalista. En ese decreto, se modificó la fracción IX del Art. 23 de la Ley de 14 de diciembre de 1874 reglamentaria de las adiciones y reformas de la Constitución Federal decretadas el 25 de diciembre de 1873.

La introducción del divorcio en México, no fue precedida de polémicas ni de discusiones de ningún tipo, como ha sucedido recientemente en España o Italia, pues a nadie se consultó al respecto, ya que se hizo en pleno periodo revolucionario, sin que hubiera procedido ninguna declaración en tal sentido del Primer Jefe del Ejército Constitucionalista, ni éste hubiera incluido el tema en ninguna de sus proclamas o de sus discursos de carácter oficial. En efecto, no encontramos ningún rastro ni ninguna alusión al tema del divorcio, ni siquiera al tema de modificar revolucionariamente el entonces vigente derecho de la familia, en el Plan de Guadalupe suscrito por Carranza y que fue la bandera de la revolución llamada Constitucionalista, ni en el discurso ante el Congreso del Estado de Sonora del propio Carranza, en donde delineó las políticas de su futuro gobierno al triunfo de la revolución, ni en ninguna otra de las actuaciones que hasta entonces había tenido el que sólo era para esa época Primer Jefe del Ejército Constitucionalista. Este, en virtud de las facultades que le concedía el Plan de Guadalupe (el cual nunca mencionó nada referente al matrimonio) reformó la legislación, y concretamente el Código Civil, introduciendo el divorcio vincular, o sea el divorcio que disuelve el vínculo del matrimonio lo cual fue una novedad trascendente en la legislación mexicana que desde entonces nadie se ha atrevido a reformar, pues, atacar al divorcio no es democrático, como escribía George Ripert hace años. La reforma pasó inadvertida en aquel tiempo, ya que la época no era para discusiones sobre tales temas, ante la lucha armada a matar o morir que sostenían los carrancistas, villistas, zapatistas y demás facciones revolucionarias. El decreto que introdujo el divorcio, tiene una exposición de motivos de interés, pues resume muchos de los argumentos que entonces se daban para fundamentar el divorcio.

La reforma de Carranza modificó la legislación anterior que sólo permitió un divorcio consistente en la separación de los cónyuges, sin romper el vínculo, y por tanto sin autorizar un nuevo matrimonio de los separados.

Esta reforma llevada por Carranza aduce en favor del divorcio los mismos argumentos que con anterioridad a esa fecha se habían esgrimido, y que son los mismos que han perdurado hasta nuestros días ya que si analizamos las polémicas recientes en torno al divorcio en España e Italia, poco nuevo encontraremos en relación con lo que expresó Carranza en 1915.

Debemos de partir de la base de que todo mundo considera al divorcio como un mal; nadie hasta la fecha, ha pensado que el divorcio sea una cosa buena ni que deba de promoverse por parte del legislador. Al contrario, todos consideran que lo mejor es que el matrimonio subsista, que las familias sean estables y que los cónyuges mantengan la situación conyugal, sobre todo porque es la única forma en la cual salvaguardan los derechos de los hijos.

Partiendo de esa base, en los divorcios se comienza a señalar que existen algunos *casos extremos* en los cuales el divorcio debe de concederse. Es un mal necesario, al que hay que atender; no desca nadie que existan parejas desavenidas, pero de hecho existen y el legislador no puede ignorar éste fenómeno social y debe acudir a solucionarlo. Estos son los partidarios de un *divorcio limitado*, reducido a casos muy concretos, específicamente señalados en la ley. En muchos países, la evolución histórica de la introducción del divorcio ha comenzado por lo que se ha denominado con frecuencia el *divorcio sanción*, o sea que se admite el divorcio, en aquellos casos limites en que la falta grave de alguno de los cónyuges, el adulterio por ejemplo, vuelve muy difícil (imposible, se dice con eufemismo) la convivencia conyugal y esa falta grave da derecho al otro cónyuge a pedir el divorcio. De este divorcio sanción, la legislación pasa casi de inmediato al llamado *divorcio remedio* ya que no hay argumento sólido para limitar los casos del divorcio a la sanción.

El *divorcio remedio* se extiende a hipótesis de abandono de hogar, de malos tratos o de otros semejantes, en los cuales ya no es una falta grave la que está originando

o causando el divorcio, sino son situaciones más o menos permanentes, que han vuelto difícil la vida conyugal o han disuelto de hecho la comunidad de vida armoniosa y feliz que debía existir en todo matrimonio.

Normalmente la evolución continúa hasta admitir el divorcio por *mutuo consentimiento*, o sea que ya no se necesita ninguna causa específica para solicitar el divorcio sino que este puede producirse por sólo el mutuo acuerdo de los divorciantes.

El divorcio por mutuo consentimiento es uno de los principios de la doctrina liberal, basada en las tesis de los enciclopedistas del siglo XVIII. Estos pensadores en su prurito laicista, de rescatar, según decían, para el Estado y para la sociedad todas las instituciones que la Iglesia Católica había absorbido dentro de su jurisdicción eclesíástica, afirmaban que el matrimonio no es más que un contrato civil y que por tanto siendo un contrato civil, puede terminarse por voluntad de quienes lo contrajeron. Es lo mismo que reproduce Venustiano Carranza en el decreto transcrito cuando menciona que "el matrimonio es un contrato civil, formado principalmente por la espontánea y libre voluntad de los contrayentes" y termina aduciendo de que sería absurdo que subsista cuando falta esa voluntad.

Además del grave error jurídico que implica el afirmar que un contrato civil puede terminarse cuando los contratantes lo deseen, pues esa afirmación ignora principios de equidad tales como legítimos derechos de los terceros, la imposibilidad de rescindir cuando el objeto del contrato se ha modificado substancialmente, o los intereses públicos que pueden existir en torno a ciertos contratos y que en el matrimonio siempre existen, este argumento está olvidando todo el aspecto social del matrimonio. Es un argumento típicamente liberal e individualista en el cual sólo interesan los contrayentes y sus intereses particulares y no los intereses de los hijos o de la sociedad.

Al divorcio por mutuo consentimiento, se la ha llamado también *divorcio caprichoso*, ya que no es necesario exponer cual es la causa o razón del divorcio sino única y exclusivamente la voluntad, el capricho de los cónyuges, que no quieren seguir manteniendo la vida común.

La evolución, puede continuar hacia el repudio, o sea el *divorcio unilateral* en el cual una de las partes puede pedir el divorcio sin que la otra se entere. A esos extremos se ha llegado, como es conocido, basado en trampas procesales que son frecuentes en los juicios de divorcio, en los cuales ni siquiera se notifica al otro cónyuge, el cual de repente se entera que ha quedado divorciado en un país extranjero que no requiere residencia ni siquiera comparecencia de uno o de los dos cónyuges, y se obtiene una sentencia de divorcio al vapor. El extremo de la evolución es el *divorcio con pre-aviso*, o sea que quedarían divorciados los cónyuges, cuando uno de ellos de un aviso al otro de su voluntad de divorciarse. Este tipo de divorcio se practica ya en los Estados Unidos. En California, en 1970, se expidió la ley que permitía el divorcio *sin culpa* permitiendo que el matrimonio se disolviera a petición de una de las partes. Pocos años después sólo Dakota del Sur mantenía una legislación en que no se autorizaba el *divorcio sin culpa*.

Las razones aducidas tienen todo el tinte del sentido práctico de una sociedad que valora cada vez menos el matrimonio y la familia. Hay que evitar, se argumenta, la experiencia traumática de los juicios de divorcio en que se busca un culpable y es necesario demostrar judicialmente sus culpas, las cuales tocan casi siempre la esfera de la intimidad; los juicios en los que debe demostrarse la culpa de un cónyuge para conceder el divorcio, se dice, no están de acuerdo con nuestra época, madura y culta, que no tiene por qué sentar en el banquillo de los acusados a uno de los cónyuges para ventilar sus intimidades (adulterios, pleitos conyugales, etc.). Nuestra sociedad moderna sólo debe comprobar que el matrimonio ha fracasado para declararlo disuelto, y esa prueba no requiere que sean ambos cónyuges quienes lo acepten (divorcio por mutuo consentimiento), basta que uno solo manifieste que la armonía se ha roto. Con esto, además, los movimientos feministas se han sentido satisfechos, pues se otorgan iguales posibilidades de romper el vínculo al marido y a la mujer. La *liberación femenina* parece haber alcanzado una de sus metas al quedar autorizada la esposa a repudiar unilateralmente al marido, quien se enterará por la notificación judicial que su mujer ha disuelto el matrimonio. Parece una conquista del feminismo y el final de una secuela evolución, pues estamos en el extremo opuesto a la situación que tenía la mujer en las leyes romanas, sujeta perpetuamente a la potestad de su padre, hermanos, esposos e hijos varones, o la que se daba todavía en la legislación de principios de este siglo que prohibía a la mujer ejercer el comercio o contratar sin la autorización del marido, y que

le impedía contratar con él, o en sólo interés de él: el *divorcio sin culpa*, es una de las calumnias de una equívoca *liberación femenina*.

Esta evolución demuestra un hecho palpable: la aceptación del divorcio, cualquiera que sea la causa por la que se admita, debilita la familia y fomenta por sí misma el divorcio. La dinámica propia de toda legislación divorcista, no puede detenerse: lleva siempre a situaciones en que el divorcio se consigue *sin culpa*, o sea, unilateralmente ya sea de derecho o de hecho. La misma posibilidad del divorcio conviene a cada matrimonio en algo frágil y provisional, pues cada vez será más fácil obtener la disolución del vínculo. El mero hecho de una ley que autorice el divorcio, vuelve más problemático para todos el matrimonio estable y permanente.

Es interesante conocer las estadísticas sobre divorcio, las cuales muestran, que nunca en ningún país el número de divorcios ha disminuido en relación con el porcentaje del año anterior. Parece ser como que el divorcio produce divorcios y es imposible detenerlo una vez admitido aunque se considere que solo lo es en los justos límites que quisieron los que comenzaron a introducirlo.

El divorcio sanción limitado a ciertos casos de extrema gravedad, se ha demostrado como una utopía imposible de realizarse en la práctica y es que siempre en el fondo de cualquier divorcio, es voluntad de divorciarse la que opera la terminación del matrimonio. Si la ley sólo permite un pequeño requisito para obtenerlo, los cónyuges o uno de ellos, se colocarán, aún fraudulentamente, en el supuesto previsto por la ley para lograr el divorcio. Una vez abierta la Puerta, aunque ésta sea un resquicio muy pequeño, el que quiera divorciarse terminará divorciándose.

La práctica ha demostrado hasta la saciedad, que no puede restringirse a situaciones dramáticas, a situaciones extremas, porque para los divorciantes, la suya es la situación más dramática y extrema y se colocarán aún mintiendo, en el supuesto de la ley para obtener lo que desean.

Así por ejemplo, en los países en los cuales las injurias o la crueldad mental son causas de divorcio, es indispensable determinar después ante el caso concreto, qué se entiende por injurias o por crueldad mental. Es famoso el caso de una sentencia de un

tribunal de California, Estados Unidos, el cual concedió el divorcio solicitado por la esposa, con base en la crueldad mental que ejercía su esposo, pues los sábados por la tarde se reunía con sus amigos en el domicilio conyugal a leer obras de Kant, sin hacer caso a su esposa.

El fraude procesal es sumamente fácil en los juicios de divorcio; se calcula que en Estados Unidos, en el 90% de los procedimientos de divorcio, existe fraude procesal, o sea que las partes no están diciendo la realidad de su situación, sino que se han puesto de acuerdo para presentar ante el Poder Judicial el aspecto más favorable para lograr el divorcio que han solicitado. Se habla entonces de una auténtica *epidemia divorcista*, o sea que los divorcios producen a su vez divorcios, y todos los que quieren divorciarse terminan haciéndolo.

Los partidarios de este divorcio limitado, nos lo presentan como la solución a una situación que ya fracasó. Así, claman por salvar a los hijos o al cónyuge inocente, indicándonos que tratan de salvar algo del naufragio. No es que se desee el naufragio, pero ante la realidad social que nos hace constar que el matrimonio ya fracasó, se trata de salvar al menos a los hijos y al cónyuge inocente. A este, la solución del divorcio le evitará el seguir conviviendo con el cónyuge culpable, y podrá rehacer su vida y aquellos les evitará seguir viviendo en un hogar desunido por continuos conflictos o en presencia de malos ejemplos y les permitirá educarse en el nuevo hogar del cónyuge inocente o al menos en una institución que les proporcione el ambiente adecuado para vivir sin traumas.

Lo que estos argumentos no acaban de justificar es *la necesidad del divorcio*, el porqué ante estas situaciones, en verdad lamentables, no es suficiente la mera separación de los cónyuges conservando el vínculo matrimonial, y por tanto conservando al menos la esperanza de una posible regeneración del culpable para restablecer lo que en otra forma, mediante el divorcio, se habrá roto definitivamente quitando todas las posibilidades de rehacer lo roto. Queda la impresión de que no se busca el bien del otro cónyuge y de los hijos, sino primordialmente la libertad del culpable que quiere unirse en un nuevo matrimonio. Las causas aducidas son producto de la culpabilidad de uno de los cónyuges (adulterio, abandono del hogar, sevicia y malos tratos, embriaguez, etc.), que con sus actos ilegítimos, o al menos contrarios a sus

promesas matrimoniales ha trastornado el hogar conyugal, y se le premia con la libertad para que pueda contraer nuevo matrimonio, que con frecuencia resultará otro fracaso similar al anterior.

En este mismo orden de ideas, se argumenta que el divorcio evita el adulterio. Si nos encontramos con que de hecho alguno de los cónyuges vive ya vida marital con un tercero, evitemos -se dice- ésta situación dolorosa, permitiéndole el divorcio para que disolviendo su actual unión pueda legitimar la unión adultera y volver esposa a su amante. Este tipo de argumento lo encontramos también en la exposición de motivos del decreto de Carranza.

Como se ve a primera vista, el argumento es un tanto pueril. Efectivamente el divorcio evita adulterios a base de legalizarlos. En alguna forma este argumento recuerda a aquél de la tesis marxista sobre la familia que hemos expuesto anteriormente en el cual también dice que en el futuro estado comunista se acabarán los adulterios, porque habiendo terminado con el matrimonio e implantando el amor libre se terminará con el adulterio y la prostitución. Si continuáramos en congruencia con el argumento de los divorcistas, también podríamos terminar con el homicidio a base de legalizar el matarnos unos a otros.

Es la razón misma de la existencia del orden jurídico, el indicar lo que debe de ser la conducta del hombre, aún cuando de hecho no lo sea. Una norma que legaliza cualquier conducta, sin apreciar si ésta es correcta o incorrecta, no cumple con la función primaria del derecho de regir la sociedad, sino exclusivamente está dando viso de legalidad a acciones que en sí mismas son inmorales o antijurídicas.

En la misma línea de pensamiento, está el argumentar que pretende eliminar las uniones ilegítimas mediante el divorcio, ya que, se argumenta, si no se autoriza el divorcio, hay muchas personas que "por temor instintivo de contraer un lazo de consecuencias irreparables" no acceden al matrimonio. Y decimos que está en el mismo orden de ideas por que es rebajar nuevamente el tipo jurídico, a la altura de las pasiones humanas o de los actos incorrectos. Si una pareja no quiere vincularse jurídicamente a perpetuidad para lograr los fines matrimoniales, no quiere casarse sino vivir en concubinato y no debemos llamar matrimonio a esa reunión que sólo quiere una vida

marital transitoria. Si se casan para divorciarse, eso no puede ser matrimonio y está mal que la ley llame matrimonio a lo que realmente sigue siendo concubinato o amasiato. Nos resistimos a admitir que el matrimonio no sea otra cosa que un concubinato con acta del Registro Civil.

Otro grupo de argumentos divorcistas, nos hablan de un auténtico *derecho al divorcio* y pretenden basarse en la libertad natural del hombre que por nada puede ser restringida. Algunos autores han propuesto que la ley debe organizar dos tipos de matrimonio, uno indisoluble y otro divorcista, y cada pareja, al contraer matrimonio, puede escoger libremente cuál de los dos contrae, sin permitirse el divorcio nunca a aquellos que se casaron con matrimonio indisoluble.

Este argumento se basa en la más pura tesis del liberalismo, que cree en la autonomía plena del hombre y entiende la libertad como la ausencia total de vínculos o límites a la actuación humana. Según las doctrinas de la Ilustración y del Liberalismo, que de aquélla se derivan, el hombre sólo es libre cuando no tiene ley a qué obedecer, ni norma a qué sujetarse, sino que puede disponer de sí mismo como quiera. Cualquier norma externa que establezca relaciones objetivas de justicia, es considerada como coaccionante y por tanto, hay que suprimirla como enemiga de la libertad humana. En ésa la razón última de porqué el liberalismo no puede admitir un matrimonio indisoluble, pues ni el mismo hombre puede imponerse a sí mismo una ley que le vincule, ya que iría contra su libertad, y el hombre, en su esencia, no es más que libertad. Por tanto, para el liberalismo filosófico, el matrimonio debe disolverse cuando falta la voluntad de permanecer casados: otra cosa sería infrahumana al admitir una ley superior a la voluntad y por tanto atentatoria contra la libertad. Como el hombre no puede perder su libertad, pues es libertad misma, no puede haber matrimonio indisoluble que lo ataría a seguir casado contra su voluntad.

Así, no se admite ninguna estructura propia y natural del matrimonio, sino que éste será lo que los contrayentes quieran, y terminará cuando ya no deseen estar casados.

Contra esto, debe afirmarse que el matrimonio responde a características naturales del hombre y que esas características, como la naturaleza misma, no pueden

ser cambiadas por la voluntad de los contrayentes. La libertad en el matrimonio está en contraerlo o no, pero no en modificarlo a voluntad de las partes.

Y es que la libertad humana no es ausencia de leyes o vínculos que limiten la actuación del hombre, sino aceptar su dependencia trascendental y actuar conforme a su naturaleza, que es naturaleza de libertad. El matrimonio, que sólo puede contratarse libremente, requiere como propiedad suya la indisolubilidad; esa indisolubilidad no es imposición que coarta, sino por el contrario, al realizar en cada pareja las relaciones de justicia que se derivan de la unión matrimonial, es el campo propicio para ejercer la libertad de los cónyuges dentro de los justos límites en que se respetan los derechos del otro cónyuge, de los hijos y de la sociedad; el mismo cónyuge, al sujetarse al compromiso libremente contraído, está actualizando su libertad y realizándose como hombre.

Si se piensa que el matrimonio es *un simple contrato entre ciudadanos* y de ahí se deduce que puede terminarse cuando ambos cónyuges lo deseen, es muy difícil distinguir entre matrimonio y concubinato. Tan difícil es que el marxismo no dudó en dar un paso más allá del liberalismo y supone que en la futura sociedad comunista se suprimirá el matrimonio como institución *burguesa* y se practicará solamente el amor libre, que comienza y termina cuando la pareja quiere.¹⁶

Es una utopía pretender volver atrás el tiempo por la sola voluntad de las partes: aún en los casos que la ley autoriza a terminar un contrato por acuerdo entre los contratantes, hay que respetar los derechos de los terceros y nunca puede ignorarse que el contrato existió y que modificó la situación jurídica de cosas y personas. En el

¹⁶ La incongruencia de las tesis liberales sobre el matrimonio se va clara cuando se considera la gran importancia que los propios liberales daban al vínculo creado por la voluntad de las partes en los negocios patrimoniales. Es muy propio del liberalismo marcar exageradamente el acento en la libertad de los contratantes; el contrato es el centro de la tesis jurídica del liberalismo (la misma sociedad, según esta tesis, nació de un contrato: el contrato social) y ese contrato debe celebrarse libremente, sin intervención ninguna del Estado o de terceros que coarten la libertad. El solo juego libre de voluntades de los hombres producirá el progreso y la felicidad de los pueblos. Ahora bien, en los contratos patrimoniales, el liberalismo no se atreve a sacar las últimas consecuencias de sus propias tesis pues debería de afirmar que ni aún el hombre puede imponerse un vínculo indisoluble o crear una situación irreversible, ya que el afirmarlo, llevaría a la anarquía al permitir a los contratantes terminar con los pactos que válidamente celebraron cuando ya no quieren estar vinculados por ese contrato, sin más requisitos que comprobar su mutuo disenso. Esta supuesta libertad como fuente única de obligaciones, produjo la explotación de obreros y campesinos y las jornadas de trabajo inhumanas para mujeres y niños.

derecho patrimonial existen muchas situaciones irreversibles creadas por libre voluntad de los contratantes y el liberalismo no sólo las aceptó, sino que las proclamó como la base misma de la sociedad (nadie puede romper el contrato social ni violar la libertad de los otros hombres). No admite en cambio la indisolubilidad del matrimonio, no obstante que en el caso siempre existan derechos de terceros y las cosas nunca puedan volverse al estado en que estaban antes del matrimonio.

Se argumenta también que el divorcio es *problema de la conciencia* de cada uno, y que la ley no debe meterse en cuestiones de conciencia sino que está obligada a organizar el orden público y dar a todos los ciudadanos las diversas posibilidades de realizar su vida como quiera; no se legisla en el siglo XXI para una población totalmente católica como lo fue en siglos anteriores y por tanto, ante una sociedad pluralista, la ley, que es para todos, debe dar opciones múltiples. Además, el que exista el divorcio no obliga a divorciarse. No tiene por qué temer los matrimonios estables los cuales permanecerán unidos, pero si ya no hay amor, o sea si la situación conyugal fracasó, no hay por qué mantener unidos a los que ya no quieren estar unidos.

En estos argumentos existe una confusión acerca de la naturaleza del matrimonio y de las bases de esta institución. Ya hemos dejado asentado, que el matrimonio no es amor ni su esencia consiste en un sentimiento común de los cónyuges. Es muy conveniente que las personas que se casan, por amor y que éste subsista durante toda la duración del matrimonio, pero no podemos centrar la esencia del matrimonio en el amor. El sentimiento es cambiante. La esencia del matrimonio es el vínculo con contenido jurídico que los cónyuges quisieron voluntariamente aceptar cuando contrajeron matrimonio, y no puede disolverse a voluntad de éstos, ya que hay intereses de terceros, por ejemplo los hijos, y aún en el caso de no existir éstos, la sociedad, pues toda ella está interesada en la estabilidad del matrimonio. Siempre existe al menos el derecho del otro cónyuge, el cual se verá siempre afectado o anulado por completo en el divorcio, aun cuando éste se realice por mutuo consentimiento, nunca podrá restablecerse íntegramente la situación anterior al matrimonio.

Si no hay amor, de todas maneras subsiste el vínculo, el cual no se contrajo como temporal o condicionado sino como perpetuo y absoluto. Además, el divorcio no es un problema moral, no corresponde solamente a la conciencia de cada uno, sino que

es siempre un problema social. Entre una pareja de cónyuges, las cosas ya no pueden volver atrás nunca. Es imposible restablecer las cosas a su punto original a como eran los esposos antes de casarse y por tanto existirá siempre una situación matrimonial creada libremente, la cual hay que respetar.

Por otro lado, no podemos admitir que la moral sea una cosa privada. Moral y Derecho deben ir siempre juntos, como nos están demostrando por ejemplo todas las normas morales que es necesario respetar en el derecho de los contratos, en los delitos, en los actos de gobierno. En general todo el orden jurídico debe ser orientado por la moral y no se entenderían muchas de las disposiciones del derecho, si no es por el fundamento moral que tienen. No deben confundirse los órdenes de la moral y del Derecho, que se distinguen esencialmente en el contenido de la relación y en la finalidad que se proponen y no es admisible por tanto ni la asunción de la Moral por el Derecho ni de éste por aquella, pero si el Derecho prescinde de la Moral, no logra el bien común, pierde su razón de ser y se vuelve irracional, cuando no tiránico, pues el hombre no puede prescindir de su vertiente de ser moral, que se encontraría contradicha por el orden jurídico. Pretender separar la Moral del Derecho es querer reducir aquella al ámbito de las conciencias, sin trascendencia y sin manifestaciones sociales, adoptando el Estado una actitud *neutra* ante esas cuestiones.

Esa posición resulta anacrónica, pues toda conducta humana externa es a la vez jurídica y moral y al tomar el Estado una posición indiferente, está ya adoptando una postura inmoral ya que no puede ser amoral.

Aún si la indisolubilidad del matrimonio fuera solamente un problema moral, debía ser, materia de la legislación, pues nunca puede plantearse en el sólo campo interno de la conciencia personal, ya que siempre implica una conducta social concreta. En estos argumentos divorcistas "late una triple confusión que conviene poner de manifiesto: la pretendida falta de relación entre el orden jurídico y el orden moral; la errónea identificación entre exigencias religiosas y morales; la confusión entre orden público y bien común".¹⁷

¹⁷ FUENMAYOR, Amadeo de: *Slagans Divorcistas. Cuadernos de Actualidad*. Ed. EUNSA. 1975. p. 16.

Otra corriente indica que la indisolubilidad del matrimonio es problema de los católicos, los cuales por la confesión de su fe, están obligados a observar las leyes canónicas y que a aquellos que no lo sean, o a los ciudadanos que aún cuando profesen la religión católica no quieran atenerse a estas leyes, no debe de prohibírseles el divorcio. La falacia de este argumento está clara, si consideramos que la indisolubilidad del matrimonio no deriva de ninguna religión, sino de la misma naturaleza del hombre. En el capítulo correspondiente al matrimonio como institución natural, hemos señalado con claridad que la indisolubilidad del vínculo matrimonial es necesaria para cumplir los fines del mismo. Sólo mediante la indisolubilidad se puede educar correctamente a los hijos, procrear todos los que deben de ser procreados y otorgarse la plena ayuda mutua que deben presentarse los cónyuges.

"Son muchos los no católicos que han entendido correctamente la cuestión defendiendo la indisolubilidad del matrimonio no por motivos religiosos sino por interés de la sociedad como la base sobre la cual descansa la estabilidad de la familia, la moralidad de los hogares, la correcta educación de los futuros ciudadanos, etc., etc." ¹⁸

El Código de 1884, poco sospechoso de actitudes confesionales, estableció el matrimonio como "vínculo indisoluble" (art. 155 del Código Civil de 1884) y en el mismo sentido actuó el legislador de 1870, y es que "el divorcio afecta directamente al bien común, es decir, a la estabilidad del matrimonio y de la familia, que es elemento constitutivo de la convivencia social y factor decisivo del bien público". ¹⁹ Las leyes divorceistas, al atacar una de las propiedades naturales del matrimonio, atacan la ley natural, o sea la norma jurídica que está en la naturaleza humana, la cual obliga, cualquiera que sean las creencias, religión, convicciones o ideas de los cónyuges. En este sentido, un jurista contemporáneo afirma: "Cuando para evitar, por ejemplo, la implantación del divorcio o la legalización del aborto, invocamos el respeto a la ley natural, no nos referimos a una creencia religiosa, a algo que corresponde a la vida de fe. Nos referimos a lo que en la sociedad es objetivamente justo según la naturaleza humana, y, por ello, adecuada al bien común, único criterio al que debe acudir en todo

¹⁸ Así, en España, Montero Ríos en la Exposición de Motivos de la Ley de 18 de junio de 1870: Antonio Salandra, Polacco, Vidari, y otros, citados por FUENMAYOR, Amadeo de, op. cit., p.p. 19 y 20.

¹⁹ FUENMAYOR, Amadeo de; op. cit., p. 22.

caso el legislador civil. Nos referimos a la verdadera Antropología, a la defensa de la dignidad humana frente a las aberraciones que la degradan".²⁰

Como consecuencia y resumen de todo lo anterior, podemos ver que los argumentos a favor de la introducción o mantenimiento del divorcio, tienen siempre un tinte individualista que revela casi siempre una posición egoísta por parte de los cónyuges. Es lo que expresa, en alguna forma, la exposición de motivos que hemos transcrito anteriormente expedido bajo el Presidente Venustiano Carranza, quien pensaba, como lo hemos indicado, que la mera situación de separación entre cónyuges sin romper el vínculo, "es contraria a la naturaleza y al derecho que tiene todo ser humano de procurar *su* bienestar y la satisfacción de *sus* necesidades" o sea la justificación del divorcio se enfoca desde el punto de vista del interés personal del cónyuge. Es *él*, el que necesita rehacer su vida, *es él*, el que no puede convivir pacíficamente con otro cónyuge, *es él*, el que no tolera ya una situación que libremente creó y que no quiere admitir con sus plenas responsabilidades y pretende, por el divorcio, exigir *su* derecho para lograr *su* bienestar y satisfacer *sus* necesidades.

Cuando el orden jurídico legaliza el divorcio, está socavando uno de los postulados básicos de todo ordenamiento legal según el cual todo sujeto debe ser responsable de los actos que libremente hizo y cumplir las obligaciones que libremente contrajo. Si el matrimonio no se contrajo como disoluble, no hay razón para que posteriormente la ley conceda a los cónyuges la puerta falsa del divorcio, para escaparse por ella y no cumplir con las obligaciones que libremente contrajeron al momento de celebrar el matrimonio.

Además, no puede afirmarse rotundamente que la convivencia conyugal se ha hecho imposible, que la incompatibilidad de caracteres es absoluta, que el daño para los hijos es total. Todas estas cosas no son incompatibilidades absolutas ni imposibilidades eternas sino cuando los cónyuges no tienen la voluntad de solucionar sus problemas. Ninguna incompatibilidad de carácter hace imposible la convivencia cuando los cónyuges están dispuestos a limar de tal manera las aristas de sus propios caracteres

²⁰ FUENMAYOR, Amadeo de; *La Influencia de las leyes civiles en el comportamiento moral*. Pamplona 1978. p. 23.

para terminar entendiéndose. Nuevamente descubrimos la razón egoísta del que no quiere cambiar *su* vida, del que no quiere modificar *su* manera de pensar o *su* manera de actuar, del que no quiere abandonar *sus* costumbres a lo mejor lesivas para el cónyuge y para los hijos, sino que quiere antes que nada, egoístamente, mantener *su* forma de ser y *su* forma de vivir aún cuando el matrimonio fracase.

Sería más correcto que el orden jurídico tratara de encontrar fórmulas para hacer cumplir al que no quiere aceptar las obligaciones contraídas, que otorgarle la falsa solución de escaparse de ellas y de ir a contraer un nuevo vínculo, que según las estadísticas tiene grandes probabilidades de volver a fracasar, ya que el segundo matrimonio de los divorciados, termina en un nuevo divorcio con mucho más frecuencia que el primero; la incidencia de divorcios en matrimonios de divorciados es mucho mayor que la de divorcios entre matrimonios contraídos por solteros. Además, es perfectamente conocido en el mundo, que los divorcios proliferan especialmente entre los hijos de divorciados. Los criminales, las personas desambientadas socialmente, se producen entre los hijos de divorciados en porcentajes mucho mayores que entre hijos de matrimonios bien avenidos.

Parece ser que tampoco el divorcio es una solución para la buena educación de los hijos. Las estadísticas confirman que la educación de los hijos se lleva a cabo mucho mejor y más fácilmente dentro del matrimonio indisoluble.

No podemos negar que la última justificación de todo divorcio es el egoísmo de uno o de los dos cónyuges que prefieren librarse de situaciones molestas a enfrentarse a las dificultades de salvar a la familia que naufraga. A la ley que admite el divorcio disolviendo el vínculo matrimonial, podemos aplicar aquel pensamiento de un gran jurista: "La ley es ordenación y medida de actos, pero es orden ordenado, regla medida. Cuando se desvincula de su medida no deja de ser regla, pero es regla desmedida, ordenación desordenada, es un mandato ordenador que ha perdido la fuerza de guiar, de ser ley, de llevar hacia el fin, y en su lugar corrompe, deshace, desordena".²¹

²¹ GARCÍA DE HARO. *La recuperación de la Noción Teológica de la ley, en Estudios jurídicos en homenaje al profesor Federico De Castro*. Vol.I. Madrid 1976. p. 700.

2.2. Concepto.

Es importante hablar del matrimonio para sustentar el presente trabajo, consideremos no menos importante hablar del divorcio, ya que ambas instituciones nos van a servir como fundamento para hablar de la separación de cuerpos.

Divorcio viene de la voz latina "divortium", que señala o indica separación de algo que ha estado unido.

Entre las definiciones que existen sobre el divorcio tenemos:

"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".²²

También tenemos que el divorcio se le define como:

"Un acto jurídico o administrativo por virtud del cual se disuelve el vínculo conyugal y el contrato de matrimonio concluye, tanto en relación a los cónyuges como respecto de terceros".²³

A este divorcio que disuelve el vínculo, la doctrina lo ha llamado también divorcio vincular, a diferencia del no vincular que no disuelve el vínculo, nosotros al utilizar la palabra divorcio, nos referimos al divorcio vincular.

Como se puede apreciar de las definiciones anteriores, el divorcio produce dos efectos:

a) El de la ruptura del vínculo; y

²² GALINDO GARFIAS, Ignacio; *Derecho Civil*; México; Ed. Porrúa; 1982; p. 575.

²³ PALLARES, Eduardo; *El Divorcio en México*; México; Ed. Porrúa; 1968; p. 36.

b) El de otorgar a los cónyuges la facultad de poder contraer de nuevo matrimonio.

Pero la voz latina "divortium" tenía un sentido más amplio ya que comprendía tanto la ruptura total del vínculo matrimonial, como la simple separación corporal de los cónyuges.

El maestro Rafael de Pina dice al respecto: "Realmente la llamada separación de cuerpos no es un verdadero divorcio, pues mediante ella se crea simplemente una situación que si bien supone un relajamiento del vínculo matrimonial, no lo destruye, por lo que todas las obligaciones derivadas del Estado de matrimonio subsisten, con exclusión de la relativa a la vida común".²⁴

Colín y Capitant han establecido una distinción entre el divorcio vincular y el divorcio no vincular (separación de cuerpos): "Divorcio significa la disolución del matrimonio viviendo los dos esposos, a consecuencia de una decisión judicial, dictada a petición de uno de ellos o de uno y otro, por las causas establecidas por la ley; separación de cuerpos es el estado de los esposos que han sido dispensados de vivir juntos por una decisión judicial".²⁵

2.3. Características del Divorcio.

Es una situación jurídica, que tiene vida en virtud de un pronunciamiento judicial, no pudiendo existir divorcio sin que sea declarado por la autoridad del Estado.

En nuestros tiempos el efecto disolutorio del matrimonio se atribuye a la declaración de la autoridad estatal.

Esta declaración por parte de las autoridades estatales disuelve un matrimonio legal y validamente contraído. En el divorcio el matrimonio no adolece de ningún

²⁴ DE PINA, Rafael; *Derecho Civil Mexicano*; México; Ed. Porrúa; 1972; pp. 340 y 341.

²⁵ *Idem*; p. 341.

vicio, se ha celebrado con todos los requisitos de forma y de fondo que las leyes exigen y es después que ha tenido vida jurídica cuando las partes provocan su disolución recurriendo a la autoridad del Estado.

Al declararse disuelto el lazo conyugal, quedan los cónyuges en aptitud de contraer un nuevo matrimonio. "Es ésta la diferencia esencial de la separación personal, ya que en ésta sólo desaparecen algunas obligaciones como es la cohabitación, pero el vínculo queda firme, lo que trae como consecuencia el deber de fidelidad, no pudiendo por lo tanto los cónyuges contraer nuevas nupcias".²⁶

2.4. Aspecto Histórico del Divorcio en la legislación mexicana.

El autor del matrimonio en México y quien lo reglamenta como contrato civil fue Benito Juárez.

Los instrumentos legales que utilizó para formar el contrato de matrimonio civil fueron:

- a) La Ley del matrimonio Civil del 23 de julio de 1859.
- b) La Ley del Registró Civil también de julio de 1859.

Con estos dos ordenamientos, se desconoció el carácter religioso que había tenido el matrimonio como sacramento, transformándolo en un contrato puramente civil.

La citada Ley del Matrimonio Civil fue muy explícita en varios de sus artículos, así tenemos que el artículo 1.º señalaba:

"El matrimonio es un contrato civil que se contrae lícita y válidamente ante la autoridad civil. Para su validez, bastará que los contrayentes, previas las formalidades

²⁶ PUIG PEÑA, Federico; *Tratado de Derecho Civil Español*; Madrid; Revista Jurídica de Derecho Privado; 1953; Tomo II; Vol. 1; p. 505.

que establece esta ley, se presenten ante aquella y expresen libremente la voluntad que tienen de unirse en matrimonio”.

Siguiendo los lineamientos de esta legislación, eran dos los elementos esenciales que requería el matrimonio civil: el primero era la indisolubilidad del vínculo, y el segundo, era la recíproca transmisión de derechos sobre el cuerpo de los contrayentes en orden a los actos para la procreación.

Con respecto a la indisolubilidad, Ramón Sánchez Medal nos dice: “Se proclamó reiteradamente la indisolubilidad del matrimonio, ya que sólo la muerte de uno de los cónyuges podía disolverlo, y únicamente se permitió el divorcio-separación por las causas previstas en la ley.”²⁷

Sobre esta misma línea, el artículo 4 de la Ley del Matrimonio Civil señalaba:

“El matrimonio civil es indisoluble, por consiguiente, sólo la muerte de alguno de los cónyuges es el medio natural de disolverlo; pero podrán los casados separarse temporalmente por algunas de las causas expresadas en el artículo 20 de esta ley. Esta separación legal no los deja libres para casarse con otras personas”.

A su vez, el artículo 20 del mismo ordenamiento decía:

“El divorcio es temporal y en ningún caso deja hábiles a las personas para contraer nuevo matrimonio mientras viva alguno de los divorciados”.

En el artículo 21 estaban señaladas las causas legítimas de divorcio no vincular:

“1. El adulterio, menos cuando ambos esposos se han hecho reos de este crimen, o cuando el esposo prostituya a la esposa con su consentimiento, más en caso de que lo haga por la fuerza, la mujer podrá separarse del marido por decisión judicial sin

²⁷ SÁNCHEZ MEDAL, Ramón; *Los Grandes Cambios en el Derecho de Familia de México*; Ed. Porrúa; 1979; p.11.

perjuicio de que este sea castigado conforme a las leyes. Este caso, así como el de concubinato público del marido, dan derecho a la mujer para entablar la acción de divorcio por causa de adulterio.

2. La acusación de adulterio hecha por el marido a la mujer o por esta a aquel, siempre que no la justifiquen en juicio.

3. El concúbino con la mujer, tal que resulte contra el fin esencial del matrimonio.

4. La inducción con pertinencia al crimen, ya sea que el marido induzca a la mujer, o ésta a aquel.

5. La crueldad excesiva del marido con la mujer o de ésta con aquel.

6. La enfermedad grave o contagiosa de alguno de los esposos.

7. La demencia de uno de los esposos, cuando ésta sea tal que fundadamente se tema por la vida del otro. En todos estos casos, el ofendido justificará en la forma legal su acción ante el juez de la instancia competente; y éste, conociendo en juicio sumario, fallará inmediatamente que el juicio esté perfecto quedando en todo caso a la parte agraciada al registro de apelación y súplica”.

Es interesante señalar una comunicación con fecha 23 de julio de 1859, que el entonces Ministro de Justicia, Negocios Eclesiásticos e Instrucción Pública, Lic. Manuel Ruiz, envió a funcionarios oficiales, de dicha comunicación se desprendía:

“El gobierno ha procurado afianzar de un modo solemne el contrato de matrimonio, para que mediante la fe de testigos caracterizados que en todo tiempo caractericen la unión legítima de las personas, éstas y sus familias gocen del honor, derechos y consideraciones que la sociedad y la ley dispensan a los casados. Esencialmente se ha cuidado de conservar el lazo de unión entre los esposos, para que viviendo en la honorabilidad y en la justicia, procuren de consuno el bien de ellos mismos y de sus hijos.

Con relación al divorcio, el gobierno, comparando siempre la esencia de la unión conyugal, ha señalado como causas suficientes para la separación temporal de los esposos, todas las que justamente hagan amarga; desesperada e insoportable la vida común de los casados, ora sea porque se deshonren o se infamen, ora porque se dañen en su salud física o en su sentimiento moral; sin embargo, ha prohibido expresamente, como es su deber, la realización de otro enlace mientras viva alguno de los divorciados. Garantizando el lazo conyugal hasta en estos casos, ciertamente graves, la familia conservará el amparo que le dio la naturaleza y que le consagró la sociedad".²⁸

2.5. Código Civil de 1870.

En el Código Civil de 1870, en su capítulo V, se regula lo relativo al divorcio.

La filosofía de este Código, se basa en la noción del matrimonio como unión indisoluble, no admitiéndose el divorcio vincular.

Los legisladores del Código Civil de 1870, siguiendo la ruta trazada por los Códigos Francés y el Español que influenciaron entre otros al nuestro, establecieron el divorcio por separación de cuerpos necesaria ante determinadas causas que generalmente implicaban delitos graves, hechos inmorales o incumplimiento de obligaciones conyugales.

Por consiguiente al establecer únicamente la separación de cuerpos, el divorcio como disolución del vínculo matrimonial, que deja en aptitud a los cónyuges de contraer uno nuevo, no existía en el Código Civil de 1870, pues se partía de la noción del matrimonio como unión indisoluble, regulándolo no solo en dicho Código Civil sino elevándolo a la categoría de precepto constitucional.

²⁸ JUÁREZ, Benito; *Documentos, Discursos y Correspondencia*; México; Secretaría del Patrimonio Nacional; 1964; Tomo II; p. 524.

Los artículos 159 y 239 del Código Civil de 1870 decían:

“El matrimonio es la sociedad legítima de un solo hombre y una sola mujer que se unen con vínculo indisoluble para perpetuar la especie y ayudarse a llevar el peso de la vida”.

“El divorcio no disuelve el vínculo del matrimonio: suspende sólo algunas de las obligaciones que se expresarán en los artículos relativos de este Código”.

La fracción IX del artículo 23 de las Adiciones a la Constitución Federal del 14 de diciembre de 1874 declaraba expresamente: “...el matrimonio civil no se disuelve mas que por la muerte de uno de los cónyuges, pero las leyes pueden admitir la separación temporal por causas graves que se determinarán por el legislador, sin que por la separación quede hábil ninguno de los consortes para unirse con otra persona”.

Esta suspensión temporal o indefinida de alguno de las obligaciones que nacen del matrimonio, dejaba subsistente el vínculo creado por éste; es decir, que ésta separación de cuerpos sólo eximía a los cónyuges de llevar vida en común.

El Código Civil de 1870 señalaba en el capítulo V, artículo 240 cuáles eran las causas que podrían ser invocadas para la procedencia de la separación de cuerpos:

“1.-El adulterio de uno de los cónyuges:

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

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

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

5.-El abandono sin justa causa del domicilio, prolongado por más de dos años;

6.-La sevicia del marido con su mujer, o de éste con aquél;

7.-La acusación falsa hecha por un cónyuge al otro”.

De las causas enumeradas, cinco de ellas son delito. De las restantes, la sevicia casi siempre será delito y el abandono del domicilio conyugal, en los términos que se establecieron, son justas causas de separación de cuerpos, por que además de inducir sospecha fundada de mala conducta, siembran el resentimiento y la desconfianza y hacen sumamente difícil la unión conyugal.

Este ordenamiento distinguió entre el adulterio del marido y el de la mujer, bastando la demostración en contra de esta última para que se decretara el divorcio. (Artículo 241).

La exposición de motivos del citado Código nos explica:

“El adulterio del marido dará causa al divorcio sólo en ciertos casos. La razón de esta diferencia, que a primera vista parece injusta es la de que, si bien bajo el aspecto social es menor la del marido, la mujer siempre introduce en la familia un vástago extraño que usurpa derechos legítimos y disminuye las porciones que la ley ha designado. Hay sin duda mayor inmoralidad en el adulterio de la mujer, mayor abuso de confianza, más notable escándalo y peores ejemplos para los hijos cuyo hogar queda siempre deshonorado”.

Esta desigualdad fue tomada por nuestros legisladores de 1870 entre otras, de las leyes francesas que consideraban de igual modo que el adulterio del marido sólo podría ser demandado como causa de divorcio si concurría ciertas circunstancias agravantes.

El artículo 242 establecía las condiciones para que la mujer pudiera invocar la causa de separación de cuerpos por el adulterio del marido:

- “1.-Que el adulterio haya sido cometido en la casa conyugal;
- 2.-Que haya habido concubinato entre los adúlteros dentro o fuera de la casa conyugal;
- 3.-Que haya habido escándalo o insulto público hecho por el marido a la mujer legítima
- 4.-Que la adúltera haya maltratado de palabra o de obra, o que por su causa se haya maltratado de alguno de esos modos a la mujer legítima.”

Ricardo Couto hace notar que la legislación civil de 1870, no consideró como causa de divorcio, ni la demencia, ni la enfermedad declarada contagiosa de uno de los cónyuges, aunque se podía suspender sumariamente en cualquiera de dichos casos la obligación de cohabitar, quedando sin embargo subsistentes las demás obligaciones para el cónyuge desgraciado”.²⁹

2.6. Código Civil de 1884.

Este Código, en su artículo 226, señalaba que sólo se admitía como divorcio la separación de cuerpos, en el cual, subsistía el vínculo matrimonial.

“El legislador de 1884, fiel a la tradición jurídica, respetuoso de los sentimientos del pueblo, y que con razón o sin ella repugnaba la Institución del divorcio, temeroso además de las consecuencias que su implantación podría producir, desechó la disolubilidad del matrimonio, admitiendo solamente, como su precedente el derogado Código Civil de 1870, como remedio a los males que pudieran afligir a los esposos, el

²⁹ COUTO, Ricardo; *Derecho Civil Mexicano*; México; Ed. La Vasconia; 1919; Tomo I; p. 328.

paliativo de la separación de cuerpos, que impropriamente llamo Divorcio".³⁰

El mencionado Código reproduce en su artículo 226 de manera textual el artículo 239 del Código Civil de 1870 y al efecto establece: "El divorcio no disuelve el vínculo matrimonial, suspende tan solo algunas de las obligaciones civiles que se expresan en los artículos relativos de este código".

El artículo 227 del mismo ordenamiento establece trece causas de divorcio en los siguientes términos: "Son causas legítimas de divorcio:

- 1.-El adulterio de uno de los cónyuges;
- 2.-El hecho de que la mujer dé a luz durante el matrimonio un hijo concebido antes de celebrarse el contrato, y que judicialmente sea declarado ilegítimo;
- 3.-La propuesta del marido para prostituirse a su mujer, no sólo cuando el marido la haya hecho directamente, sino cuando se pruebe que ha recibido dinero o cualquier remuneración con el objeto expreso de permitir que otro tenga relaciones ilícitas con su mujer.
- 4.-La incitación a la violencia hecha por su cónyuge a otro, para cometer algún delito, aunque no sea de incontinencia carnal;
- 5.-El contrato del marido o de la mujer para corromper a los hijos, o la tolerancia en su corrupción;
- 6.-El abandono del domicilio conyugal sin justa causa, o cuando aun sea con justa causa, si siendo ésta bastante para pedir el divorcio, se prolonga por más de un año el abandono, sin que el cónyuge que lo cometió intente el divorcio;
- 7.-La sevicia, las amenazas o las injurias graves de un cónyuge contra el otro;

³⁰ Idem; p. 328.

- 8.-La negativa de uno de los cónyuges a suministrar al otro alimentos conforme a la ley;
- 9.-Los vicio incorregibles de juego o de embriaguez;
- 10.-Una enfermedad crónica e incurable que sea también contagiosa o hereditaria, anterior a la celebración del matrimonio, y de la que no haya tenido conocimiento el otro cónyuge;
- 11.-Las infracciones de las capitulaciones matrimoniales; y
- 12.-El mutuo consentimiento "

Observando el artículo anterior nos percatamos que se introducen nuevas causas para la separación de cuerpos no mencionadas en el Código de 1870 como: el hecho de que la mujer dé a luz un hijo concebido antes de celebrarse el matrimonio, y que judicialmente sea declarado ilegítimo a instancia del marido; el abandono del domicilio conyugal sin justa causa, cualquiera que sea el tiempo de su duración y sin que sea necesario que se prolongue por más de dos años o aun cuando haya justa causa, si siendo éste bastante para pedir el divorcio se prolonga por mas de un año el abandono sin que el cónyuge que lo cometió pida la separación; las amenazas y las injurias graves de un cónyuge para con el otro; la negativa de uno de los cónyuges a ministrar al otro alimentos, los vicios incorregibles de juego o de embriaguez; una enfermedad crónica e incurable, que sea también contagiosa o hereditaria, siempre que sea anterior al matrimonio y no haya tenido conocimiento de ella el otro cónyuge; y por último la infracción de las capitulaciones matrimoniales. El mutuo consentimiento fue también adicionado como causa legítima de divorcio; pero esto no constituye una reforma sustancial, sino solamente de orden y método, pues el Código de 1870 ya reconocía el divorcio voluntario por consentimiento de ambos cónyuges.

El Código Civil de 1884 al igual que el Código Civil de 1870 hace la distinción entre el adulterio del hombre y de la mujer considerando los legisladores más grave este último por producir más funestas consecuencias en la familia.

2.7. LEY DE 1914.

El divorcio vincular fue introducido en la legislación mexicana, por decreto de 29 de diciembre de 1914, en el que se modificó la fracción IX del artículo 23 de la ley de 14 de diciembre de 1874 reglamentaria de las adiciones y reformas de la Constitución Federal decretadas el 25 de diciembre de 1873.

"En México, no existía el divorcio hasta que lo implantó en Veracruz a finales de 1914, don Venustiano Carranza, en forma extraña ya que nada tenía que ver con las reformas anunciadas por el Plan de Guadalupe, ni por sus propuestas en materia social. Y la única razón fue el hecho de que uno de sus más poderosos ministros pretendía divorciarse de su esposa para unirse a otra mujer".³¹

Esta ley es de suma importancia, pues como hemos visto en el recorrido histórico del divorcio en nuestra legislación, antes de la Ley de 1914 no existía el divorcio vincular sino solamente la separación de cuerpos sin dejar a los divorcios en aptitud de contraer un nuevo matrimonio.

La ley mencionada reconoce en forma muy amplia, en su artículo primero, tanto el divorcio como el divorcio vincular necesario. A continuación transcribimos lo dispuesto en el Artículo 1: "El matrimonio podrá disolver en cuanto al vínculo, ya sea por mutuo y libre consentimiento de los cónyuges, cuando el matrimonio tenga más de tres años de celebrarse o en cualquier tiempo, por causas que hagan imposible o indebida la realización de los fines del matrimonio, o por faltas graves de alguno de los cónyuges que hagan irreparable la desavenencia conyugal. Disuelto el matrimonio, los cónyuges pueden contraer una nueva unión legítima".

³¹ SÁNCHEZ MEDAL, Ramón; *El Divorcio Opcional*; México; Ed. Porrúa; 1974; pp. 13 y 14.

Dentro de las causas que hacían imposible o indebida la realización de los fines del matrimonio se estipulaban:

- 1) Importancia incurable para la cópula, en cuanto que impedía la perpetuación de la especie;
- 2) Enfermedades crónicas e incurables que fuesen contagiosas o hereditarias, y;
- 3) El abandono de la casa conyugal o por ausencia, pues al no realizarse la vida en común, ya no se podían cumplir los fines matrimoniales.

Y como faltas graves podían considerarse las siguientes:

- 1) Faltas graves de uno de los cónyuges para con el otro;
- 2) Delitos de un cónyuge contra un tercero que arrojase una mancha irreparable;
- 3) Prostitución de la mujer, en actos directos o en tolerancia;
- 4) Corrupción de los hijos, y por último;
- 5) Incumplimiento en alimentos para con los hijos, o cónyuges, y abandono en condiciones aflictivas de un cónyuge o de los hijos.

2.8. Ley sobre Relaciones Familiares.

A partir de esta Ley, expedida por Don Venustiano Carranza, se logró el paso definitivo en materia de divorcio, al establecer que el matrimonio es un vínculo disoluble y por tanto el divorcio sí daba término a dicho vínculo permitiendo a los divorciados celebrar nuevas nupcias. Con lo cual, ratifica lo establecido por primera vez en México, en la Ley del Divorcio de 1914 mencionada anteriormente.

El artículo 75 de la Ley sobre Relaciones Familiares establecía: "El divorcio disuelve el vínculo matrimonial y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro".

"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".

Los argumentos en que se apoyó la Ley citada los encontramos en la circular del 2 de noviembre de 1916, expedida por la Secretaría de Justicia.

"Las disposiciones sobre el estado civil de las personas son de mayor importancia de toda la legislación porque determinan las fuentes y orígenes de los derechos y de las obligaciones de los individuos, y estos derechos y obligaciones constituyen la base de la familia y de la sociedad; de ahí que pertenezcan al Derecho Público y que sean parte esencialísima de ese propio derecho. Si es tan esencial e intrínseco su objeto es inconcuso que deben tender inexorablemente a conformar al hombre con la naturaleza que es la causa de su existencia; emancipándola cada vez más de prejuicios, costumbres, e instituciones contrarias a aquella causa".

Claro está, por ende, que el legislador se preocupe dentro de su jurisdicción por la estricta observancia del Derecho Público y principalmente por las leyes relativas al estado civil de las personas.

Las del matrimonio revisten importancia especial, porque no se refieren al estado civil del individuo aisladamente, sino al del individuo en sus relaciones con otro, dentro de un contrato. La fase principal de este contrato de matrimonio afecta profundamente la propia personalidad de los contratantes en lo más esencial en el individuo: la voluntad y la libertad; por consiguiente, la aplicación de las leyes relativas deben ser con toda estrictez y la amplitud necesaria para no vulnerar la libertad y la voluntad, que son necesarias a la naturaleza humana. De entre estas leyes, las que preceptúan el divorcio evidencian importancia máxima, porque su objeto es nada menos

que el reivindicar aquella libertad, cuando la causa, la voluntad de haberla en parte abdicado, ha desaparecido.

Si el fundamento de la legislación matrimonial es la naturaleza humana, claro está que debe tomarse al hombre como tal hombre y después como miembro tal o cual nacionalidad cuidando escrupulosamente siempre de dejar a salvo, o en su mayor amplitud posible, su personalidad. Toda ley nueva carece de uniformidad en su aplicación y principalmente cuando esa ley afecta costumbres e instituciones arraigadas en el orden familiar y social.

Es preciso hacer costumbres de una ley nueva para destruir la costumbre establecida, y para que se haga cuanto antes esa nueva costumbre es preciso uniformar la Ley de Divorcio en México..."

Las causas legales que podían invocarse para que procediera el divorcio se encontraban citadas en el artículo 76 de la Ley sobre Relaciones Familiares:

"1) El adulterio de uno de los cónyuges".

Fracción semejante a las citadas por los artículos 240 y 227, fracción 1 de los Códigos Civiles de 1870 y 1884.

"2) El hecho de que la mujer dé a luz, durante el matrimonio, un hijo concebido antes de celebrarse el contrato y que judicialmente fuera declarado ilegítimo".

Causa idéntica a la del Código Civil de 1884.

"3) La perversión moral de alguno de los cónyuges demostrada por actos del marido para prostituir a la mujer, no sólo cuando lo haya hecho directamente, sino también cuando haya recibido cualquiera remuneración con el objeto expreso de que otro tenga relaciones ilícitas con ella; por incitación a la violencia de uno de los cónyuges al otro para cometer algún delito, aunque no sea de incontinencia carnal; por el contrato de cualquiera de ellos para corromper a los hijos o la simple tolerancia en su corrupción, o por algún otro hecho inmoral tan grave como los anteriores".

Observemos que en esta fracción se encuentran reunidas las fracciones 2,3 y 4 del artículo 240 y 2 y 4 del artículo 227 de los Códigos Civiles de 70 y 84 respectivamente.

Además, de la parte final de esta causa ("...o cualquier otro hecho inmoral tan grave como los anteriores.") se desprende que el propósito del legislador, ya no era enumerar casuísticamente las causales de divorcio, sino por el contrario dio un amplio poder discrecional al juzgador para apreciar esta causal.

"4) Ser cualquiera de los cónyuges incapaz para llevar los fines del matrimonio, o sufrir sífilis, tuberculosis, enajenación mental incurable o cualquiera otra enfermedad crónica incurable, que sea, además contagiosa o hereditaria".

La parte final de esta causal no la encontramos en el Código de 70, pero sí en el de 84 que enunciaba en su fracción II artículo 227: "una enfermedad crónica o incurable, que sea también contagiosa o hereditaria anterior a la celebración del matrimonio, y que no haya tenido conocimiento el otro cónyuge". Por primera vez en la historia jurídica de México se menciona la "enajenación mental incurable" como causa de divorcio.

"5) El abandono injustificado del domicilio conyugal por cualquiera de los consortes, durante seis meses consecutivos".

Esta fracción es semejante a la de los Códigos anteriores, aunque la Ley sobre Relaciones Familiares redujo el plazo de abandono a sólo seis meses, y no a dos y un año.

"6) La ausencia del marido por más de un año, con abandono de las obligaciones inherentes al matrimonio".

Esta causal de divorcio fue nueva.

"7) La sevicia, las amenazas o injurias graves o malos tratamientos de un cónyuge para el otro, siempre que éstos y aquellos sean de naturaleza que hagan imposible la vida en común".

En el Código Civil de 1870 únicamente menciona las sevicias y el Código de 1884 ya menciona tanto las sevicias como las amenazas o las injurias graves.

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

A diferencia de las fracciones 7 y 8 de los Códigos anteriores respectivamente, esta fracción sí menciona la cuantía de la penalidad.

"9) Haber cometido uno de los cónyuges un delito por el cual tenga que sufrir una pena de prisión o destierro mayor de dos años".

Esta fracción era nueva.

"10) El vicio incorregible de la embriaguez".

Fracción 10 del Código Civil de 84, habiéndose suprimido el vicio del juego.

"11) Cometer un cónyuge contra la persona o los bienes del otro, un acto que sería punible en cualquiera otra circunstancia, tratándose de persona distinta de dicho consorte, siempre que tal acto tenga señalado en la ley pena que no baje de un año de prisión".

Causal nueva.

"12) El mutuo consentimiento".

Esta fracción ya se encontraba regulada en el artículo 246 del Código Civil de 1870 y en la fracción 13 del artículo 240 del Código de 1884.

El maestro Rafael Rojina Villegas nos dice al respecto:

"...la citada ley tomó en cuenta las causas de divorcio que reguló el Código de 1884; pero suprimió la infracción de las capitulaciones matrimoniales, habiendo 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 puedan disolver el vínculo".³²

Las capitulaciones matrimoniales son pactos que, antes o después del matrimonio celebran los esposos para arreglar la forma de administrar sus bienes. La ley hizo de la violación de dichas capitulaciones una causa de separación con el objeto de poner fin a los abusos que en la administración de los bienes pudiera cometer uno de los esposos, con perjuicio de los interesados de la familia. La causa de divorcio consiste en la infracción, toda vez que hacia depender la permanencia de la unión conyugal de hechos que tan sólo afectaba a los bienes.

El artículo 77 de la Ley sobre Relaciones Familiares indicaba cuando procedía el divorcio por adulterio del marido, siendo iguales las circunstancias a las del artículo 242 del Código de 1870 a las del artículo 228 del Código de 1884.

³² ROJINA VILLEGAS, Rafael; Ob.cit; p. 366.

CAPITULO III. EL DIVORCIO VISTO EN LA ACTUALIDAD.

3.1. Divorcio en el Código Civil Vigente.

La introducción del divorcio en muchos países se ha hecho lentamente y han comenzado por lo que se ha denominado el divorcio sanción, que es cuando se admite el divorcio en aquellos casos en que la falta grave de uno de los cónyuges, vuelve muy difícil la convivencia conyugal y esa falta grave da derecho al otro cónyuge a pedir el divorcio. Un ejemplo de este divorcio sanción es el adulterio.

De este divorcio sanción, la legislación pasa al divorcio remedio que es cuando ya no se encuentra argumento sólido para limitar los casos al divorcio sanción.

El divorcio remedio comprende hipótesis de abandono de hogar, de malos tratos u otros semejantes, las cuales son situaciones más o menos permanentes, que han vuelto difícil la vida conyugal.

Y la evolución continúa hasta admitir el divorcio por mutuo consentimiento, en el que basta el mutuo acuerdo de los divorciantes, sin que se necesite aducir alguna causa para solicitar el divorcio.

Nuestro país no siguió el proceso histórico que ha sido frecuente en otros países, sino que entró de lleno y admitió de golpe el divorcio sanción, el divorcio remedio y el divorcio por mutuo consentimiento.

Así siguiendo los artículos 267, 272 y 273 observamos que el divorcio presenta dos aspectos: El llamado divorcio contencioso necesario provocado por uno de los cónyuges y el divorcio voluntario ocasionado por el mutuo consentimiento de los cónyuges.

Dentro del divorcio contencioso necesario se distinguen dos formas de divorcio: El divorcio sanción y el divorcio remedio, y dentro del divorcio voluntario se aprecian: El divorcio administrativo y el divorcio judicial, según sea la autoridad ante la cual se deba promover.

Divorcio Contencioso Necesario.-

El divorcio contencioso necesario es aquel "que se reclama por uno de los cónyuges, en contra del otro por existir, e invocándose una de las causas establecidas por la ley".³³

Esta forma de disolver el vínculo matrimonial presenta dos aspectos: el divorcio sanción y el divorcio remedio. En ambos casos se da el litigio entre los cónyuges, de ahí la denominación de contencioso.

Según la causal que motive el divorcio contencioso, este produciría o no, una sanción al cónyuge que le dio origen o bien simplemente producirá algunas consecuencias desfavorables al cónyuge que incurrió en la causa.

Divorcio Sanción.-

El divorcio sanción se presenta cuando un cónyuge viola los deberes del matrimonio así en la causal que lo origina y que lo hace acreedor al ser declarado el divorcio, a la sanción respectiva; de ahí el nombre que se le da a esta forma de divorcio.

Las sanciones que conforme a la ley se imponen al culpable varían, ya que no sólo son de orden pecuniario, en cuanto a los propios divorciados, sino que también son con relación a los hijos.

El cónyuge culpable cualquiera que sea su sexo, perderá todo lo que se le hubiera dado o prometido por su consorte o por otra persona, en consideración al matrimonio, en tanto que el

³³ FLORES BARROETA, Benjamín; Ob. Cit; p.136.

que resulte inocente conservará lo recibido y podrá reclamar lo pactado, en su beneficio. Además, cuando por el divorcio se causaren daños y perjuicios a sus intereses, el culpable responderá de ellos como autor de un hecho ilícito, atento a lo dispuesto en los artículos 286 y 288 del Código Civil.

En el segundo caso la sanción es en relación con la patria potestad sobre los hijos, pues en los términos del artículo 283 del Código Civil en su regla primera, el cónyuge culpable pierde la patria potestad, sin posibilidad de recuperarla, en beneficio del inocente; y en el caso de que ambos fuesen declarados culpables, los hijos quedarán bajo la patria potestad del ascendiente que corresponda, y si no lo hubiere, se nombrará tutor.

Divorcio Remedio.-

El divorcio remedio es aquel que se determina por todas "aquellas causas establecidas por la ley, en razón de considerarse inadecuada la vida en común para los fines del matrimonio".³⁴

Esto procede en atención a que las causales que lo motivan suponen una situación que imposibilita la vida en común, o que son irrealizables los fines que son inherentes al matrimonio, por causas que no suponen culpabilidad en el cónyuge en el cual se realizan las hipótesis señaladas por el artículo 267.

El maestro Rafael Rojina Villegas nos explica lo siguiente:

"El divorcio remedio se instituye como una protección en favor del cónyuge sano o de los hijos, contra enfermedades crónicas e incurables, que sean además contagiosas o hereditarias".³⁵

³⁴ Idem; p. 136.

³⁵ ROJINA VILLEGAS, Rafael; Ob.cit; p.351

Divorcio Voluntario.-

El divorcio voluntario "es aquel que solicitan ambos cónyuges ante la autoridad competente, sin la invocación de causa específica alguna, más que su mutuo consentimiento".³⁶

Divorcio Voluntario Administrativo.

En el divorcio voluntario administrativo, más que un proceso, se sigue un trámite sencillo, previsto en el artículo 272 del Código Civil. Consiste en que habiendo transcurrido un año o más de la celebración del matrimonio, ambos cónyuges convengan en divorciarse, siendo mayores de edad, hayan liquidado la sociedad conyugal de bienes, si están casados bajo ese régimen patrimonial, la cónyuge no esté embarazada, no tenga hijos en común, 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 la anotación correspondiente 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.

Divorcio Voluntario Judicial.

El divorcio judicial se lleva al cabo sea cual fuere la edad de los cónyuges, y habiendo procreado hijos, están de acuerdo en disolver el vínculo matrimonial y para ello celebran un convenio que someten a la aprobación de un Juez de lo Familiar. Este procedimiento se invoca

³⁶ FLORES BARROETA, Benjamín; Ob. Cit; p.136.

en los términos que indican los artículos 674 al 682 del Código de Procedimientos Civiles para el D.F. y 273 al 276 del Código Civil Vigente.

3.2. Causales de Divorcio.

Las causas de divorcio son aquellas situaciones que permiten obtenerlo con base en una determinada legislación y de acuerdo a un procedimiento establecido para tal efecto.

Estas causas que dan lugar al divorcio se encuentran reducidas a determinadas circunstancias taxativamente señaladas por el legislador en los Códigos Civiles o en las leyes especiales dictadas para regular esta delicada institución.

Fuera de estas causas no podrá invocarse ninguna circunstancia, ni por analogía ni aún por mayoría de razón. (Ejecutoria de fecha 23 de agosto de 1937, publicada en los anales de jurisprudencia tomo XXIII, pág. 724).

Para efectos de este trabajo, dividiremos las causales de divorcio que señala el artículo 267 del Código Civil en absolutas y No absolutas.

Con relación a este punto, Ignacio Galindo Garfias señala:

"El artículo 267 del Código Civil incluye, entre las causales de divorcio, unas que operan de modo absoluto, sin sujeción a condición alguna, en tanto que otras, sólo dan al divorcio, si se encuentran condicionadas por circunstancias que perturban la armonía conyugal".³⁷

Causales de Divorcio derivadas de Culpa.

1.- El adulterio probado de uno de los cónyuges (Artículo 267 fracción I).

³⁷ GALINDO GARFIAS, Ignacio; Ob cit; p.600.

Esta causa opera de un modo absoluto; requiere la prueba objetiva del adulterio; en ningún caso se admite la prueba presuncional.

2.- 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 (fracción II).

3.- La propuesta de un cónyuge para prostituir al otro, no sólo cuando él mismo la 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 (fracción III).

Esta causal se refiere directamente a los cónyuges que explotan al otro, obligándola a tener contacto carnal con otras personas, con el fin de obtener ganancias.

4.- La incitación o la violencia hecha por un cónyuge al otro para cometer algún delito (fracción IV).

Según el maestro Eduardo Pallares, el incitar a la violencia significa tanto provocarla; y aclara que esta causa sólo se produce si la provocación tiene por finalidad inducir a la persona a cometer un delito.

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

6.- 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" (fracción VI).

7.- "Padecer trastorno mental incurable previa declaración de interdicción que se haga respecto del cónyuge enfermo" (fracción VII).

Estas dos causales no operan de modo absoluto.

8.- "La separación injustificada de la casa conyugal por más de seis meses" (fracción VIII).

Sobre esta fracción, La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido el siguiente criterio:

"La palabra" abandono, "regida por las voces" domicilio conyugal ", no puede referirse únicamente a la materialidad de la casa, de la morada que se habita, sino que por una figura del lenguaje, se toma por el contenido, es decir, la morada que se habita, por el cónyuge y sus hijos tratándose por lo mismo de un abandono de personas, de cosas y de obligaciones; de un acto voluntario por el cual, uno de los cónyuges deja de prestar al otro y a los hijos, la protección y auxilio que natural y civilmente está obligado a prestarles. En consecuencia, el consorte que, dejando al otro y a sus hijos no cumpla con la obligación que legalmente le corresponde, abandona jurídicamente el domicilio conyugal, Tomo L'IX. Rodríguez Ramón M., pág. 3123".³⁸

9.- "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" (fracción IX).

Este plazo de un año que se le concede al cónyuge inocente que abandonó el hogar por una causa justificada, se establece con el objeto de que pueda existir una reconciliación de los cónyuges y para permitir durante ese lapso una situación de separación entre los cónyuges, cuando la vida en común se altera.

³⁸ Idem; p.597.

La ruptura del vínculo jurídico sólo tendrá lugar por una resolución de autoridad competente.

10.- "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" (fracción X).

Según el artículo 705 del Código Civil, la declaración de ausencia, legalmente pronunciada, no produce por sí sola el efecto de disolución el vínculo conyugal.

Esta causal de divorcio se basa en la culpa del cónyuge cuyo paradero se ignora, por dos motivos:

- a) constituye un abandono de los deberes conyugales.
- b) la desaparición del cónyuge o su presunción de muerte provoca una situación de incertidumbre, respecto del otro cónyuge y de los hijos.

Para que se declare roto el vínculo conyugal en caso de ausencia o de presunción de muerte, se necesita intentar la acción de divorcio en un juicio.

11.- "La sevicia, las amenazas o las injurias graves de un cónyuge para el otro o para los hijos" (fracción XI).

Dentro de esta causal, se comprenden los malos tratos de palabra, de obra, y toda actitud de parte de uno de los consortes contra el otro, resquebrajando así el mutuo respeto.

En estos casos, el juez debe conocer los actos precisos, las palabras injuriosas, las actitudes y los hechos concretos, así como las amenazas que uno de los consortes hace al otro.

12.- "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" (fracción XII).

El artículo 164 del Código Civil, a que hace referencia esta fracción, señala la obligación de los cónyuges de contribuir económicamente al sostenimiento del hogar, a su alimentación y a la de sus hijos, así como a su educación.

Por otra parte, el artículo 168 del mismo ordenamiento civil señala que ambos cónyuges tendrán en el hogar autoridad y consideraciones iguales, resolviendo de común acuerdo todas sus obligaciones.

Esta causal de divorcio no sólo comprende la situación negativa de proporcionar a su cónyuge y a sus hijos, sino que comprende el caso de abandono moral o espiritual del cónyuge, que no cumple con la obligación de contribuir al sostenimiento del hogar, actuando indiferente con respecto a la colaboración mutua que los cónyuges deben darse.

13.- "La acusación calumniosa hecha por un cónyuge contra el otro, por delito que merezca pena mayor de dos años de prisión" (fracción XIII).

Esta causal, contempla que el ilícito cometido por uno de los cónyuges es lo suficientemente grave para trastornar seriamente la vida conyugal, y da al inocente la facultad, si lo desea de solicitar el divorcio.

14.-"Haber cometido uno de los cónyuges un delito doloso por el cual haya sido condenado, por sentencia ejecutoriada" (fracción XIV).

15.-"El alcoholismo o el hábito de juego, cuando amenacen causar la ruina de la familia o constituyan un continuo motivo de desavenencia" (fracción XV).

Con relación a esta causa, hay que considerar que el indicador para calificar si los hábitos de juego o embriaguez perturban de una manera tal, la armonía del hogar conyugal, es el juez.

Esta causal se refiere sobre todo a los juegos de azar, por las pérdidas económicas que producen en el ámbito familiar.

Es necesario señalar que el ámbito de juego debe ser una actividad constante, no una sola vez o dos, sino que permanentemente se realice.

El vicio de la embriaguez trae consecuencias funestas para la familia; económicamente causa ruina ya que el sustento familiar no será satisfecho debidamente, puesto que el dinero se gasta en bebidas alcohólicas sin fruto positivo; en el plano de herencia biológica, es casi una regla general el que hijos de alcohólicos padezcan una serie de trastornos físicos y psicológicos de difícil reparación. En el plano humano, es causa de problemas conyugales y constituye el peor de los ejemplos para la prole.

16.- "Cometer un cónyugo contra la persona o bienes del otro, o de los hijos, un delito doloso, por el cual haya sido condenado por sentencia ejecutoriada" (fracción XVI).

17.- "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 nuestro código" (fracción XVII).

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

19.- "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” (fracción XIX).

20.- “El empleo de métodos de fecundación asistida, realizada sin el consentimiento de su cónyuge” (fracción XX).

21.- “Impedir uno de los cónyuges al otro, desempeñar una actividad en los términos de lo dispuesto por el artículo 169 de nuestro código”

“La anterior enumeración de las causales de divorcio, es de carácter limitado; por tanto, cada causal es de naturaleza autónoma.”

3.3. Efectos del Divorcio.

Efectos Provisionales.- Son aquellos que se producen antes de la sentencia o sea durante la terminación del juicio (artículo 282 Código Civil).

- 1) El Juez de lo Familiar está autorizado para decretar la separación de los consortes de manera provisional;
- 2) Se dictarán las medidas necesarias para asignar la subsistencia de los hijos y del cónyuge acreedor;
- 3) Dictar las medidas 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 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;

4) Dictar en su caso, las medidas precautorias que la ley establece respecto de la mujer que quede embarazada;

5) Los hijos quedarán bajo el cuidado de la persona que de común acuerdo hubieran 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, debiendo el Juez de lo Familiar, previo el procedimiento que fije el código respectivo y tomando en cuenta la opinión del menor, decidir en definitiva;

6) El Juez de lo Familiar resolverá teniendo presente el interés de los hijos, quienes serán escuchados, las modalidades del derecho de visita o conveniencia con sus padres;

7) 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, tomará 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 trabajan o estudian los agraviados;
- c) Prohibir que el cónyuge demandado se acerque a los agraviados a la distancia que el propio Juez considere pertinente.

8) Revocar o suspender los mandatos que entre los cónyuges se hubieran otorgado, con las excepciones que marca el artículo 2596 de este código;

9) 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 poseen, 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;

10) Las demás que considere necesarias.

Efectos Definitivos.- Son aquellos que surgen una vez que ha sido pronunciada la sentencia ejecutoriada que disuelve el lazo conyugal.

a) Efectos definitivos con relación a los cónyuges:

"En virtud del divorcio, los cónyuges recobrarán su entera capacidad para contraer nuevo matrimonio" (artículo 289).

b) Efectos definitivos en relación con los hijos:

Al divorciarse los padres y tener hijos menores, se les deja sin hogar y queda modificada gravemente para ellos sus posibilidades de educarse y formarse.

El hijo sólo tiene derecho a ser alimentado por sus padres y que les sean satisfechas sus necesidades materiales, sino también ser educado lo cual incluye la cultura y todo el ambiente necesario para desarrollar las potencias que el hombre lleva al nacer.

Por lo que se puede apreciar, el divorcio, no es el ambiente más propicio para la educación de los hijos.

La ley establece que antes de que de manera definitiva se resuelva sobre la patria potestad o la tutela de los hijos, se tomarán en cuenta las consideraciones que los tribunales juzguen benéficas para los menores.

Los consortes divorciados tendrán obligación de contribuir en proporción a sus bienes, a la subsistencia y educación de los hijos varones hasta que lleguen a la mayoría de edad y de las hijas aunque sean mayores de edad, hasta que contraigan matrimonio, siempre que vivan honestamente.

La ley establece en su artículo 285 que el padre y la madre pierdan la patria potestad quedando sujetos a todas las obligaciones que tienen para con sus hijos.

c) Efectos definitivos en relación con los bienes:

Uno de los efectos con relación al patrimonio es que el culpable pierda lo "dado o prometido por su consorte o por otra persona en consideración a éste" (artículo 286).

Debe liquidarse la sociedad conyugal, si ésta existía (artículo 197).

En los casos de divorcio voluntario por vía judicial, la mujer tendrá derecho a una pensión por un tiempo igual a la duración del matrimonio mientras permanezca divorciada (artículo 288 último párrafo).

3.4. Divorcio no vincular.

Al divorcio no vincular la doctrina lo conoce también, como separación de cuerpos o separación de lecho, techo y mesa.

Este tipo de divorcio es posible en el Derecho Mexicano en algunos casos. Requiere la intervención de la autoridad judicial, no se lleva a cabo por la simple voluntad de los cónyuges.

El artículo 267, en sus fracciones VI y VII, establece esta separación de los cónyuges, por la existencia del estado patológico en que se encuentra el otro cónyuge, independientemente de todo concepto de culpa imputable al esposo enfermo.

El artículo 267 de Código Civil para el D.F. señala que son causas de divorcio:

Fracción 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"

Fracción VII: " Padecer trastorno mental incurable".

El artículo 277 de nuestro ordenamiento civil, señala la regla general:

"El cónyuge que no quiera pedir el divorcio fundado en las causas enumeradas en las fracciones VI y VII del artículo 267 podrá, sin embargo, solicitar que se suspenda su obligación de cohabitar con el otro cónyuge, y el juez, con conocimiento de causa, podrá decretar esta suspensión, quedando subsistentes las demás obligaciones creadas por el matrimonio".

Esta separación de cuerpos no rompe el vínculo conyugal, sólo dispensa a los cónyuges del deber de cohabitación.

Las fracciones VI y VII de Código Civil para el D.F. son causales de divorcio vincular (artículo 267), o sino quieren el divorcio vincular pueden solicitar la separación de cuerpos con base en el artículo 277.

Se requiere la intervención del Juez de lo Familiar, produciendo la sentencia judicial, que decrete la separación de cuerpos, al efecto de autorizar la vida separada de los consortes; como consecuencia, son relevados de la obligación de prestarse el débito conyugal.

La causa que da lugar al divorcio no vincular no entraña la aplicación de sanciones en contra del cónyuge enfermo. El marido y la mujer conservan el ejercicio de la patria potestad sobre los hijos de ambos.

Tampoco disuelve la sociedad conyugal; el cónyuge enfermo podrá seguir administrando, si antes de la declaración de sentencia tenía la administración de los bienes, sea individualmente o conjuntamente; excepto si uno de los cónyuges padece enajenación mental. En este caso, es necesario declarar el estado de interdicción, debiendo el cónyuge sano administrar los bienes de la sociedad conyugal.

Tratándose de la separación de cuerpos, la reconciliación entre los cónyuges no pone fin al procedimiento judicial, porque el cónyuge sano no imputa al demandado haber incurrido en falta. Sólo procede el desistimiento de la acción, para que el juez pueda fundadamente sobreseer el procedimiento.

El efecto principal de la sentencia que decreta la separación de cuerpos reside en la desaparición del domicilio conyugal.

Si alguno de los cónyuges autorizados judicialmente para vivir separados viola el deber de fidelidad, constituye este acto, adulterio.

Esto que transcribimos anteriormente es todo lo que nuestro Código Civil Vigente contempla respecto a la separación de Cuerpos, lo cual es bastante pobre y considerado que debería legislarse más a este respecto.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha interpretado el artículo 282 del Código Civil, con respecto a la separación de los cónyuges.

"No toda separación del hogar conyugal constituye causal de divorcio. Debe considerarse que la separación es justificada cuando obedece a la necesidad de salvaguardar la integridad personal, la salud o la dignidad del cónyuge que realiza la separación, a pesar de que no ejercite la acción de divorcio, ya sea que derive esas circunstancias, o que no promueva providencia alguna, cautelar o prejudicial, a fin de que se autorice la separación; el silencio o la inactividad al respecto, no hace que se pierdan los derechos de defensa, porque si no cumple con las obligaciones inherentes al contrato de matrimonio, es por causa de fuerza mayor, habida cuenta

que no está obligado a enfrentarse al peligro y además, que la discreción para evitar el conocimiento de terceros, de los defectos del otro cónyuge, es también atendida para la justificación". (Semanario Judicial de la Federación; sexta época, vol. XX, cuarta parte, pág. 121, amparo de Enrique Minive de Cervantes).

"La separación de cónyuges y el depósito de la mujer, como medida provisional, no requiere resolución judicial. Aún cuando es cierto que el artículo 282 de Código Civil, dispone que el juez del conocimiento al admitir la demanda de divorcio, dictará provisionalmente, mientras dure el procedimiento la separación provisional de los cónyuges en todo caso y el depósito de la mujer, ello no quiere decir que sea la determinación judicial la que venga a crear la posibilidad de separación de los cónyuges y que si el acuerdo del juez no existe, les sea judicialmente imposible separarse, pues la finalidad de dicho precepto, no es crear un derecho de separación a favor de los esposos, que los faculte para vivir separados, sino reconocer la situación que se presenta, cuando el desacuerdo entre los esposos ha llegado a tal grado de incompatibilidad, que los ha llevado a buscar una separación definitiva mediante el divorcio que lógicamente tiende a agravarse cuando uno de ellos ha presentado su demanda.

Mediante estas medidas provisionales, en especial la separación que debe decretarse en todo caso, lo que pretendió el legislador fue evitar los mayores males que pudieran ocasionarse los cónyuges con motivo del trato diario que los ha predispuesto, impidiendo que uno de ellos pretenda retener a su lado al otro o que contra su voluntad pretenda permanecer a su lado". (Informe del Presidente de la tercera sala de la Suprema Corte de 1978, págs. 5 y 6, amparo núm. 3384/77 de María Elena Gómez de García, y amparo 3311/56 de Beatriz Mary Biham, amparo 2357/65 de Felipe Welch Ramos, amparo 6776/66 de Raúl Pous Rodríguez, y amparo 2664/68 de Beatriz Romo de Robles).

"De acuerdo con esta jurisprudencia puede sostenerse que, sin necesidad de una resolución judicial previa, puede uno de los cónyuges, aun sin presentar la demanda de divorcio, cuando existe causa grave y justificada, separarse unilateralmente del otro cónyuge, sin incurrir por ello en causa de divorcio; y así mismo, puedan también ambos cónyuges, aunque no exista

resolución judicial previa, convenir en vivir separados por un tiempo o indefinidamente, cuando después del matrimonio se ha hecho irremediamente imposible la vida en común, sin que esta clase de convenio sea ilegal o, lo que es más, sin que la ejecución del mismo pueda servir de pretexto para invocarla por sí sola por uno de los cónyuges como una causa de divorcio". (Semanario Judicial de la Federación, tomo VI, sexta época, cuarta parte, pág.49, amparo 4135/56 de María del Refugio Viramontes).

3. 5. Argumentos a favor del Divorcio.

En este inciso vamos a exponer algunos argumentos que ha esgrimido la doctrina a favor de la institución del divorcio.

Empezaremos con la exposición de motivos del Decreto de Carranza, que fue con el que se introdujo el divorcio en México, y en dicho texto se expresan ideas como las siguientes:

Que la experiencia y el ejemplo de las naciones civilizadas enseñan que el divorcio que disuelve el vínculo es el único medio racional de subsanar hasta donde es posible, los errores de uniones que no pueden o no deben subsistir;

Que admitiendo el principio establecido por nuestras leyes de reforma, de que el matrimonio es un contrato civil, formado principalmente por la espontánea y libre voluntad de los contrayentes, es absurdo que deba subsistir cuando esa voluntad falta por completo, o cuando existan causas que hagan definitivamente irreparable la desunión consumada ya por las circunstancias;

Es evidente que la institución del divorcio que disuelve el vínculo es el medio más directo y poderoso para reducir a su mínimo el número de uniones legítimas entre las clases populares, que forman la inmensa mayoría de la nación mexicana, disminuyendo, como consecuencia forzosa el número de hijos cuya condición está actualmente fuera de la ley;

Que por otra parte, la institución del divorcio no encontrará obstáculo serio en las clases elevadas y cultas supuesto que las enseñanzas de otros países en donde se encuentra establecido, las tengan acostumbradas a mirar el divorcio que disuelve el vínculo como perfectamente natural;

“Que la experiencia de países tan cultos como Inglaterra, Francia y Estados Unidos de Norteamérica han demostrado ya hasta la evidencia que el divorcio que disuelve el vínculo es un poderoso factor de moralidad, porque facilitando la formación de nuevas uniones legítimas, evita la multiplicidad de los concubinatos y por lo tanto el pernicioso influjo que necesariamente ejercen en las costumbres públicas; da mayor estabilidad a los afectos y relaciones conyugales; asegura la felicidad de mayor número de familias y no tiene el inconveniente grave de obligar a los que por error o ligereza fueron al matrimonio a pagar su falta con la esclavitud de toda su vida; que si bien la aceptación del divorcio que disuelve el vínculo es el medio directo de corregir una verdadera necesidad social, debe tenerse en cuenta que sólo se trata de un caso de excepción y no de un estado que sea la condición general de los hombres en la sociedad; por lo cual es preciso reducir sólo a los casos en que la mala condición de los consortes es ya irreparable en otra forma que no sea su absoluta separación”.³⁹

Por tanto ellos proponían que la ley debería organizar dos tipos de matrimonio, uno indisoluble y otro disoluble, y cada pareja podría escoger libremente cual de los dos contrae, sin permitir el divorcio nunca a aquellos que se casaron con matrimonio indisoluble.

Otro argumento divorcista establece que el divorcio es problema de conciencias de cada uno, y así la ley no debe meterse en cuestiones de conciencia y que la ley debe organizar el orden público y dar a todos los ciudadanos las diversas posibilidades de realizar su vida como quieran.

³⁹ SÁNCHEZ MEDAL, Ramón; Ob. cit.; pp. 21-26.

También existen argumentos divorcistas que apelan a la libertad natural de hombre y dicen que por ningún motivo puede ser restringida.

En 1789, Hennet escribió:

“De todas las ventajas del divorcio, la mayor, la más preciosa, la más general, aquella que interesa a todos los ciudadanos, la que por sí sola podría zanjar la cuestión, la que todos los moralistas y legisladores admiten, aquella que atestiguan todos los pueblos antiguos y modernos, estriba en que la ley del divorcio es el mayor preservativo contra el mismo divorcio, en que a partir del momento en que está permitido, raramente se da y desaparece por sí mismo”.⁴⁰

Los defensores del divorcio, dice Fernández Clerigo, “ven en el un remedio, quizás único, para enmendar errores e imprevisiones que de otro modo resultarían irremediables, labrando la perpetua desgracia de dos seres; la sola salida para situaciones difíciles que la vida crea y que no pudieron sospecharse al contraer el matrimonio; el instrumento capaz de evitar estados de hecho monstruosos, inmorales, desastrosos ejemplos para los hijos y fatales consecuencias en las relaciones económicas”.⁴¹

3.6. Argumentos en contra del Divorcio.

Antes que nada, debemos partir de la base que el matrimonio es una institución que fue creada tanto para el servicio de la sociedad como para el gusto del individuo. El matrimonio es un contrato con características muy especiales, ya que él es la esencia de la familia y la familia es la base de la sociedad.

Al casarse se dan derechos no sólo a su cónyuge, sino también a la familia que se funda, a los hijos que nacerán de ella, y a la sociedad.

⁴⁰ IBARROLA, Antonio de; *Derecho de Familia*; México; Ed. Porrúa; 1981; p.299.

⁴¹ FERNÁNDEZ CLÉRIGO, Luis; *El Derecho de Familia en la Legislación Comparada*; México; Ediciones de la Junta Central; 1950; p.126.

Sánchez Medal, se expresó de la siguiente forma de la exposición de motivos del Decreto de Carranza:

“Tan fútiles argumentos y la sorpresiva precipitación para abrir la más ancha puerta al divorcio, sólo tiene como única explicación el interés muy personal de dos ministros de Carranza, el Ing. Félix Palavicini y el Lic. Luis Cabrera, que planeaban ya desde entonces sus respectivos divorcios”.⁴²

Otros de los argumentos contra el divorcio establece “que permitir a los esposos desunidos un nuevo matrimonio para que no cometan adulterio y para que los hijos puedan educarse en otro hogar legítimo, equivale a sostener que cuando los hombres hacen algo inmoral, hay que declararlo moral y así no habrá ya desorden”.⁴³

Sobre el mismo tópico pero en forma más cruda se expresa el Dr. Pacheco “el divorcio evita adulterios a base de legalizarlos. Si continuáramos en congruencia con el argumento de los divorcistas, también podríamos terminar con el homicidio a base de legalizar el matarnos unos a otros”.⁴⁴

Los que hablan en pro del divorcio, lo ponen como “elemento moralizador de la familia y de la sociedad”. Pero a este punto se le puede refutar, preguntándose ¿qué tan moralizador puede ser que se destruya un matrimonio y se forme uno nuevo? ¿Qué nos asegura que ese nuevo matrimonio va ser feliz, teniendo en cuenta que ya tuvo un fracaso? ¿Será verdad que puede rehacer su vida?

Se dice que todas las tesis divorcistas son egoístas:

⁴² SÁNCHEZ MEDAL, Ramón; Ob. cit.; p. 19.

⁴³ Idem; p.156.

⁴⁴ PACHECO E., Alberto; Ob. cit.; p. 154.

“Es él, el que necesita rehacer su vida; es él, el que no puede convivir pacíficamente con su otro cónyuge; es él, el que no tolera ya una situación que libremente creo y que no quiere admitir con sus plenas responsabilidades y pretende por el divorcio, exigir su derecho para lograr su bienestar y satisfacer sus necesidades”.⁴⁵

También se habla de que “si por divorcio se entiende en sentido propio la ruptura del vínculo matrimonial con posibilidad de anudar uno nuevo, ha de reconocerse que su admisión equivale generalmente a admitir la poligamia y a negar la indisolubilidad del matrimonio”.⁴⁶

René Savatier establece: “El aumento de los suicidios y de los casos de locura marcha a la par con el aumento de los divorcios...la posibilidad de divorciarse impide a los esposos disciplinarse, hace el esfuerzo de adaptación necesaria a su condición de personas casadas. No los impulsa ni a la indulgencia hacia su compañero, ni a la supervigilancia sobre sus propios defectos. Les da una lección de egocentrismo; sobre todo les presenta un espejismo. Aquí, el desierto conyugal, del cual exagera a sus ojos la aridez, hace brillar un oasis donde el nómada consciente de haberse extraviado, podrá al fin saciarse de ternura, donde la mujer encontrará al fin el hombre que la comprenderá, el hombre a la mujer que lo encantará y donde esta vez, alcanzarán el éxito de su vida. A la persecución de este espejismo van las personas que se divorcian. Y después muy a menudo, cuando se han vuelto a casar, las mismas causas que habían convertido en malo al primer hogar y contra las cuales en nombre de la libertad, se había tratado de reaccionar, no hacen menos detestable la segunda unión... El espejismo se desvanece, el desierto reaparece: y de desilusión en desilusión, termina el nómada por morir de sed”.⁴⁷

Este párrafo que acabamos de transcribir, puede sonar un poco dramático, pero las estadísticas han demostrado que al contraer un nuevo matrimonio, se tiene una gran probabilidad de volver a fracasar, ya que el segundo matrimonio de los divorciados, termina en un nuevo

⁴⁵ Idem; p.159.

⁴⁶ IBARROLA, Antonio de; Ob. cit.; p.304.

⁴⁷ SAVATIER, René; *El Derecho, el Amor y la Libertad*; pp. 27-28.

divorcio con mucho más frecuencia que el primero; la incidencia de divorcios en matrimonios de divorciados es mucho mayor que la de divorcios entre matrimonios contraídos por solteros. También es sabido, que los divorcios proliferan entre hijos de divorciados. Los criminales, las personas desambientadas socialmente, también se producen con mayor índice entre hijos de divorciados. La educación de los hijos se lleva a cabo mucho mejor y más fácilmente dentro del matrimonio indisoluble.

Otro de los argumentos en contra del divorcio es el que establece: "Que cuando el orden jurídico legaliza el divorcio está socavando uno de los postulados básicos de todo ordenamiento legal según el cual todo sujeto debe ser responsable de los actos que libremente contrajo. Si el matrimonio no se contrajo como disoluble, no hay razón para que posteriormente la ley conceda a los cónyuges la puesta falsa del divorcio, para escaparse por ella y no cumplir con las obligaciones que libremente contrajeron al momento de celebrar el matrimonio".⁴⁸

De lo anterior se puede deducir, que si una pareja no quiere contraer el matrimonio indisoluble para lograr los fines matrimoniales, no quiere casarse sino vivir en concubinato y no se debe llamar matrimonio a esa reunión que sólo quiere una vida marital transitoria.

Ahora, también establecen, que si la ley sólo permite un pequeño resquicio para obtener el divorcio, los cónyuges o alguno de ellos, se colocarán, aún fraudulentamente, en el supuesto previsto por la ley. Y así, el que quiera divorciarse terminará divorciándose.

La práctica ha demostrado, que no puede restringirse a situaciones dramáticas, a situaciones extremas al divorcio, como pugnan algunos autores, porque para los divorciantes, la suya es la situación más dramática y extrema y se colocarán aún mintiendo, en el supuesto de la ley para obtener lo que deseen.

Existe un argumento que ataca a los que basan su tesis en que el matrimonio es como cualquier contrato civil : "Además del grave error jurídico que implica el afirmar que un contrato

⁴⁸ PACHECO E., Alberto; Ob. cit.; p.60.

civil puede terminarse cuando los contratantes lo deseen, pues esa afirmación ignora principios de equidad tales como los legítimos derechos de los terceros, la imposibilidad de rescindir cuando el objeto del contrato se ha modificado sustancialmente, o los intereses públicos que pueden existir en torno a ciertos contratos y que en el matrimonio siempre existen, este argumento está olvidando todo el aspecto social del matrimonio".⁴⁹

Una tesis muy esgrimida es la que habla sobre la estadística del divorcio, pues dicen, que nunca en ningún país el número de divorcios ha disminuido en relación con el porcentaje del año anterior. Y es de lo que se hablaba anteriormente, si se permite un resquicio por ahí se van ir todos. Y con esto se refuta lo que escribió Hennet en 1789 y que transcribimos en el punto anterior, de que "el divorcio era el mayor preservativo contra el mismo divorcio".

Eduardo Pallares criticó el divorcio vincular puesto que "afirma que éste no es patrimonio de las sociedades más morales, ni el mejor sistema de la cultura y honradez del hogar. También asegura que los matrimonios desavenidos en México eran verdaderos casos patológicos y eran excepcionales y por tanto no debía legalizarse en base a esa excepción para que se hiciera general".⁵⁰

Lo que sí es una realidad es que si el matrimonio tiene la posibilidad de romperse, este se hace más frágil y nacerá frágil, ya que así el matrimonio será tratado con menos seriedad si se sabe que puede ser disuelto, o como dice Sánchez Medal "Si se disminuye el respeto al vínculo matrimonial por medio del divorcio, se hará infelices a más hombres que reforzándolo por medio del matrimonio indisoluble".⁵¹

En los argumentos divorcistas que se basan en la libertad, etc., existe una confusión acerca de la naturaleza del matrimonio, pues "El matrimonio no es amor, ni su esencia consiste

⁴⁹ Idem; p.150

⁵⁰ PALLARES, Eduardo; Ob. cit.; p.38.

⁵¹ SÁNCHEZ MEDAL, Ramón; Ob. cit.; p.60.

en un sentimiento común de los cónyuges. La esencia del matrimonio es el vínculo con contenido jurídico que los cónyuges quisieron voluntariamente aceptar cuando contrajeron matrimonio y no puede disolverse a voluntad de éstos, ya que hay intereses de terceros, ya sea los hijos o la sociedad, pues toda ella esta interesada en la estabilidad del matrimonio".⁵²

Se dice que es imposible volver las cosas a como eran los esposos antes de casarse y por tanto existirá siempre una situación matrimonial creada libremente, la cual hay que respetar.

Hay una corriente divorcista que indica que la indisolubilidad del matrimonio es problema de los católicos, pero la indisolubilidad del matrimonio no deriva de ninguna religión, sino de la misma naturaleza del hombre. Se debe respetar esta indisolubilidad no por motivos religiosos, sino porque el matrimonio es la base sobre la cual descansa la sociedad, pues así habrá moralidad en los hogares y una más correcta educación de los hijos.

Un aspecto que hay que considerar es que todo el mundo considera al divorcio como un mal, como un mal necesario para aquellos casos extremos en que se vuelve imposible la vida en común. Dice que nadie quiere que haya parejas desavenidas, pero si éstas ya existen, no se debe ignorar. Pero ninguno de estos argumentos acaba de justificar la necesidad del divorcio. En todos estos argumentos parece que se busca la libertad del cónyuge culpable que quiere unirse en nuevo matrimonio.

En síntesis, los que opinan en contra de la institución del divorcio, estiman que éste es correlativo a un mayor número de adulterios, de abandono de hijos, de taras morales y fisiológicas, de producción de criminales, de locos y de suicidas. Y por otra parte establecen que todos los argumentos divorcistas tienen una actitud egoísta del que no quiere cambiar su vida, del que no quiere modificar su manera de pensar o su manera de actuar, del que no quiere abandonar sus costumbres a lo mejor lesivas para el cónyuge y para los hijos, sino que quiere antes que nada, en forma egoísta, mantener su forma de ser y su forma de vivir aún cuando el matrimonio fracase, y no piensan ni en los hijos ni en la sociedad.

⁵² PACHECO E., Alberto; Ob. cit.; pp.153-154.

3.7. Argumentos en contra de la Separación de Cuerpos.

Algunos autores han sostenido tesis en contra de la institución de la separación de cuerpos. Venustiano Carranza al implantar el divorcio, adujo las siguientes razones en contra de la separación de cuerpos para fundamentar su decreto:

"La simple separación de los consortes, sin disolver el vínculo, única forma que permitió la ley de 14 de diciembre de 1874, lejos de satisfacer la necesidad social de reducir a su mínima expresión las consecuencias de las uniones desgraciadas, sólo crea una situación irregular, peor que la que trata de remediarse, porque fomenta la discordia entre las familias, lastimando hondamente los afectos entre padres e hijos y extendiendo la desmoralización en la sociedad;

Que esa simple separación de los consortes crea, además, una situación anómala de duración indefinida, que es contraria a la naturaleza y al derecho que tiene todo ser humano de procurar su bienestar y la satisfacción de sus necesidades, por cuanto condena a los cónyuges separados a perpetua inhabilidad para los más altos fines de la vida".⁵³

Algunos autores afirman que la separación de cuerpos no sostiene el vínculo más que aparentemente, pues dicen, ¿qué es el matrimonio sin la vida en común? En realidad el hombre no tiene mujer, ni la mujer tiene hombre. Dicen que no importa en estas condiciones que exista de derecho un lazo que no existe realmente bajo ningún aspecto, ni para los cónyuges, ni para sus hijos, ni para la sociedad ni para nadie; cuando se recurre a medias como la separación, es porque entre los esposos median abismos profundos y el odio levanta una barrera infranqueable; y el odio es contrario a la naturaleza del matrimonio. Siguen diciendo que como el matrimonio es el consorcio de toda la vida, ocurre cuando interviene el odio, que la perfección moral supone la

⁵³ SÁNCHEZ MEDAL, Ramón; Ob. cit.; p.21.

unión, crea la situación inversa precisamente, con escándalo para todos y con peligro de contagio para los demás; el hogar queda deshecho, la hacienda destrozada, y los hijos dispersos.

De donde la separación de cuerpos ordinariamente no consigue sino ahondar rencores, con resultado naturalmente negativo, y dice Quintiliano Saldaña que la solución de continuar esta forma, como castigo conyugal, o como sacrificio, en favor de los hijos, ofrecida por el teatro moderno, no satisface, repugna a la sana conciencia del sociólogo.

Otro punto de ataque de la separación de cuerpos; que los autores ven como un defecto capital es que los separados van, fatalmente a un celibato forzoso al que nadie puede ser condenado, máxime cuando se trata de consortes jóvenes o ardientes; o bien lo que es más ordinario y más inmoral, los cónyuges separados o alguno de ellos, recurre al adulterio o al concubinato más o menos escandaloso, y de esa situación difícilmente salen; y es aún más difícil la regeneración, si se toma en cuenta que las nuevas relaciones pueden crear fuertes ataduras y engendrar hijos a quienes es precioso atender y educar.

Otros autores hablan de que la separación de cuerpos como norma general y única, descansa sobre una ficción, sobre los restos de matrimonios muertos.

Establecen los autores que es un ideal la indisolubilidad del matrimonio, la estabilidad del hogar y no es otro el propósito con que se unen los consortes; pero la debilidad y la falibilidad humana, impiden calcular el número de probabilidades en contra y para prever los tropiezos de la vida matrimonial, que modifican las substancias de esos propósitos y por ende su perdurabilidad, y así, en las situaciones mencionadas, perdido el respeto, perdida la santidad del hogar, perdido el amor y acaso mediando un odio a veces mortal, es empeño inútil sostener el matrimonio artificialmente, porque el escándalo o las demás condiciones creadas por hechos inculpables, pero muy graves, y extinguidos los fines del matrimonio, se justifica absolutamente el remedio de la desunión.

CAPITULO IV : SEPARACIÓN DE CUERPOS.

4.1. ¿Se admite la Separación de Cuerpos en el Código Civil vigente?

Este inciso hay que estudiarlo desde dos puntos de vista:

- a) Antes de la introducción de la fracción 9 del artículo 267 del Código Civil; y
- b) Después de la introducción de dicha fracción.

Antes de la introducción, de la fracción 9 del artículo 267 del Código Civil.

Se podría pensar que antes de la adición de la fracción 9 del artículo 267 del Código Civil se permitía la separación de cuerpos, pero la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sostuvo una tesis contraria:

“ MATRIMONIO, pacto nulos entre esposos, si son contrarios a los fines del matrimonio.

Como la ley impone a los consortes la obligación de hacer vida en común, contribuyendo cada uno a los fines del matrimonio, según previene el artículo 162 del Código Civil y, además establece en el artículo 168 que la mujer debe vivir al lado de su marido, el convenio en el cual pacten los esposos que harán vida separada de manera indefinida, es contraria a los fines del matrimonio y, por tanto, nulo, de acuerdo con los artículos 146 trastorno y 147 del propio ordenamiento (directo 9026/1946.-Graciano Rodríguez. Resuelto el 18 de abril de 1949, por mayoría de 3 votos, contra el Sr. Mtro. Medina. Ausente el Sr. Mtro. Meléndez. Ponente el Sr. Mtro. Santos Guajardo, pág. 121 del Boletín de Información Judicial, Núm. 44, año v, 2 de mayo de 1949)”.⁵⁴

⁵⁴ SÁNCHEZ MEDAL, Ramón; “Revista de derecho Notarial”; Ed. Luz; México; 1971; p.61.

Con esta tesis se ve claro, que aunque está contemplado en el Código Civil, en el artículo 277, de que se podrá optar por solicitar el divorcio o solicitar la separación del hogar, la Corte no permitía esos pactos violando esta manera uno de los principios generales del derecho de que "los pactos deben observarse".

Esta tesis rompe con el mencionado principio y nos puede llevar al absurdo de no respetar ningún contrato. trayendo con esto una inseguridad jurídica.

Considero que al hacer estos pactos es precisamente para tratar de perseverar el matrimonio, suspendiendo temporalmente el deber de cohabitación, cuando se considera que este es perjudicial tanto para los cónyuges como para sus hijos y con esta separación se trata de que transcurrido el tiempo, los cónyuges tengan la posibilidad de reconciliarse.

Si la Corte sostiene que estos pactos de separación son contrarios a los fines del matrimonio, que se podrá decir entonces del divorcio, donde se da un rompimiento total y donde se ve claramente que es contrario al matrimonio, a la familia y a la sociedad.

En 1957, se concedió un amparo estableciendo que no toda separación constituye causal de divorcio:

" DIVORCIO, No toda separación del hogar conyugal, constituye causal de.-

Debe considerarse que la separación es justificada, cuando obedece a la necesidad de salvaguardar la integridad personal, la salud o la dignidad del cónyuge que realiza la separación, a pesar de que no ejercite la acción de divorcio, ya sea que derive de esas circunstancias, o que no promueva providencia alguna, cautelar o perjudicial, a fin de que se autorice la separación; el silencio o inactividad al respecto no hace que se pierdan los derechos de defensa, porque si no cumple con las obligaciones inherentes al contrato de matrimonio, es por causa de fuerza mayor, habida cuenta que no está obligado a enfrentarse al peligro y además, que la discreción para evitar el conocimiento de terceros, de los defectos del otro cónyuge, es también atendible para la justificación (sexta época,

cuarta parte, volumen XX del Semanario Judicial de la federación pág. 121 amparo directo 7877/57. Enriqueta Minive de Cervantes. 5 votos)⁵⁵.

Con esta tesis se dio un paso adelante, puesto que ya se permitió la separación sin que ello se encuadrara en alguna causal de divorcio.

Posteriormente hubo otro amparo sustentado la tesis siguiente:

"DIVORCIO, separación de los cónyuges y depósito de la mujer, como medidas provisionales, no requieren resolución judicial.-

Aún cuando es cierto que el artículo 282 del Código Civil, dispone que el juez del conocimiento al admitir la demanda de divorcio, provisionalmente, mientras dure el procedimiento, la separación provisional de los cónyuges en todo caso y el depósito de la mujer, ello no quiere decir que sea la determinación judicial la que venga a crear derecho de separación a favor de los esposos, que los faculte para vivir separados, sino reconocer la situación que se presente, cuando el desacuerdo entre los esposos ha llegado a tal grado de incompatibilidad, que los ha llevado a buscar una separación definitiva mediante el divorcio que lógicamente tiende a agravarse, cuando uno de ellos ha presentado su demanda. Mediante estas medidas provisionales, en especial la separación que decreta en todo caso, lo que pretendió el legislador fue evitar los mayores males que pudieron ocasionarse los cónyuges con motivo del trato diario que los ha predispuesto, impidiendo que uno de ellos pretenda retener a su lado al otro o que contra su voluntad pretende permanecer a su lado. (Amparo directo 2664/68. Beatriz Romo de Robles 27 de febrero de 1996. Unanimidad de 4 votos)⁵⁶.

En esta tesis se aprecia que la Suprema Corte si reconoce la separación de cuerpos, sin que por ello se incurra en una causal de divorcio, pues expresó que no existe disposición legal en donde se requiera la declaración previa de que la separación del hogar matrimonial de un

⁵⁵ Idem; pp.61-62.

⁵⁶ Idem; p.62.

cónyuge sea justificada, en el juicio de divorcio que se le instaure, por la causal de la fracción VIII del artículo 267 del Código Civil del D.F.

Con esta postura se ve que la Suprema Corte pretendía proteger en algo al matrimonio, ya que daba una opción más aparte del divorcio, que era la separación de cuerpos.

Así quedaba establecido, que cuando existía causa grave para separarse del hogar conyugal, aunque no haya habido una resolución judicial previa que la autoriza, no se incurría en la causal de divorcio por abandono injustificado del hogar matrimonial por más de seis meses.

Aunque estas ejecutorias no admiten de manera especial y directa la separación de cuerpos, en ellas hay fundamento para sostener que, sin necesidad de una resolución judicial previa, puede uno de los cónyuges, aún sin presentar la demanda de divorcio, cuando existe causal grave y justificada, separarse unilateralmente del otro cónyuge, sin incurrir por ello en causa de divorcio; y así mismo, pueden también ambos cónyuges, aunque no exista resolución judicial previa, convenir en vivir separados por un tiempo o indefinidamente, cuando después del matrimonio se ha hecho irremediablemente imposible la vida en común, sin que esta clase de convenio sea ilegal o, lo que es más, la ejecución del mismo pueda servir de pretexto para invocarla en sí misma por uno de los cónyuges como una causal de divorcio.

Pallares considera que, "aún fuera de los supuestos previstos en las fracciones VI y VII del artículo 267 del Código Civil, o sea aunque no se esté en el caso de los padecimientos físicos o enfermedades contempladas en estas dos fracciones, siempre que la cohabitación de los cónyuges se haya vuelto imposible por causas muy graves, podrá uno de los cónyuges solicitar de la autoridad judicial la separación temporal de cuerpos, sin necesidad de acudir por fuerza al juicio de divorcio necesario".⁵⁷

⁵⁷ Idem; p.59.

Así lo expresa el tratadista referido, cuando hace notar que aunque la separación temporal de cuerpos o indefinida, es contraria a la vida en común que exige el matrimonio, sin embargo, cuando la cohabitación se ha hecho imposible por incompatibilidad de caracteres o por causas más graves, es procedente solicitar del juez que autorice una separación por tiempo determinado sin la ruptura del vínculo conyugal.

Después de la introducción de la fracción 9 del artículo 267.

Pero ahora es interesante analizar la fracción IX del artículo 267 del Código Civil, en la que se autoriza a cualquiera de los cónyuges a solicitar el divorcio cuando han estado separados más de un año, independientemente del motivo que haya originado la separación.

Con la introducción de esta fracción se ve la posición netamente liberal a favor del divorcio y por tanto atentatoria contra la estabilidad del matrimonio, puesto que todo lo que habíamos analizado, hasta las tesis de la Suprema Corte no tendrá ya vigencia al establecerse esta causal de divorcio.

Decimos esto porque aún habiendo consentimiento de las dos partes para separarse por un año aunque sea por motivos de trabajo, es decir, que ni siquiera media problema alguno, al paso de dos años puede solicitarse el divorcio si es que una de las partes se arrepiente, ya que la fracción IX establece "independientemente del motivo que haya originado la separación".

Con esto parece que se está dando un paso hacia el repudio unilateral, lo cual resulta muy grave, puesto que ya ni siquiera se necesita la voluntad de ambas partes, ni un ilícito de alguno de ellos, ni una causa objetiva y grave que trastorne la vida matrimonial; simplemente conque se compruebe el hecho de que han estado separados por espacio de un año para que el divorcio proceda.

Esta separación puede proceder de una causa legítima y autorizada por el otro cónyuge o puede haber sido provocada por el cónyuge que deseaba divorciarse.

La causa aludida provoca una mayor inestabilidad al vínculo matrimonial y a lo que es en sí la familia, ya que si un cónyuge desea divorciarse lo único que tiene que hacer es separarse por un año de su cónyuge, sin que tenga que aducir alguna razón, y así ya no tendrá ningún problema.

Como dice el Dr. Pacheco "es como si el legislador hubiera introducido el divorcio por caducidad del matrimonio".⁵⁸

Analizado las tesis que había sostenido la Suprema Corte, en las que ya había aceptado los pactos de separación entre los esposos, ahora pueden ser causas de disolución del matrimonio, dado que el Código al hablar de "independientemente del motivo que haya originado la separación", da pie a sostener esta posición. Y lo mismo ocurre con las tesis de que "No toda separación del hogar conyugal, constituye causal de divorcio" debido a que actualmente se encuadra perfectamente en la fracción IX del artículo 267 del Código Civil.

El legislador al introducir el término "independientemente del motivo", esta abriendo una gran puerta para todos aquellos que quieran divorciarse, ya que si antes no podían encuadrarse en alguna de las otras diecisiete causales de divorcio, ahora es fácil encuadrarse en esta última. Y si cada año los divorcios van aumentando con esta última fracción van a aumentar aún más.

Considero que debiera suprimirse esta causal porque va debilitar aún más el lazo matrimonial.

El legislador en vez de introducir disposiciones que hagan más fuerte el vínculo conyugal, como podría ser el hablar de la indisolubilidad del matrimonio, de los fines del matrimonio lo que está haciendo es todo lo contrario, puesto que está introduciendo disposiciones que la hacen más débil.

⁵⁸ PACHECO E., Alberto; Ob. cit.; p.162.

Los contrayentes deberían ir con la idea de que ese matrimonio es para siempre, y no con la idea, de que en un momento dado, si las cosas les empiezan a salir un poco mal, tienen la posibilidad de divorciarse, y el casarse con esta idea está desvirtuando totalmente el matrimonio, puesto que ya lo están considerando como un matrimonio a prueba, lo cual debiera llamarse mejor concubinato o cualquier otro nombre, menos matrimonio.

Respondiendo a la pregunta hecha en el título de este punto, de que si se admite la separación de cuerpos en el Código Vigente, podemos contestar que no se admite por las consideraciones hechas, y podríamos decir, que actualmente la institución de la separación de cuerpos, es una institución en desuso en nuestro derecho.

En la exposición de motivos del actual Código Civil no se hace ninguna alusión a la separación de cuerpos, aunque está contemplada en el Código Civil, y si se ve en cambio una amplia voluntad divorcista, que se verá un "poco" restringida cuando existan hijos. El que este un poco restringida, es porque el procedimiento va ser un poco más largo, pero al final de cuentas se divorciarán.

4.2. Consideraciones sobre la familia y el divorcio.

En este punto quisiera hacer algunas reflexiones sobre lo que la familia representa y las implicaciones que puede tener en ella el divorcio.

La familia es un pequeño mundo cerrado, constituido en su forma más restringida por la sociedad natural de padres e hijos, pequeño grupo humano que está cimentado en lazos de sangre, viviendo su vida propia y propagándose a través de las generaciones; la familia no es una simple creación artificial del hombre, tampoco es un producto efímero de lenta evolución, cuya evolución tendiera a sustituirlo por formas nuevas de organización y de vida.

La familia ha podido asumir apariencias y reglamentaciones diversas según la época, el grado de civilización, tipo de vida o de costumbres. Estable aquí, nómada allá. Asume la forma

de familia patriarcal en los primeros tiempos; más adelante se caracteriza como familia tronco, y luego en los tiempos que corren, se transforma en la familia inestable de nuestros días. Es suficiente un examen serio y profundo de las condiciones ordinarias de la vida, para captar toda la importancia, la enorme importancia de su papel, y comprobar que nada ni nadie puede sustituirla.

La familia es la célula inicial de toda sociedad verdadera, el factor principal de su riqueza y la garantía más firme de su propiedad en el orden y en la paz.

Hoy en estos días en que vivimos, se ataca, se desconoce, se niega brutalmente, irracionalmente la misión natural que corresponde a la familia, por lo cual en este trabajo tratamos de exponer algunas ideas para poder preservar su unidad e indisolubilidad.

La familia es para el individuo y no el individuo para la familia.

La necesidad de reaccionar contra conceptos y costumbres que desconocen la naturaleza propia de la familia, no debe hacerse caer en afirmaciones que nos lleven precisamente a un extremo contrario a lo que se sostiene.

El individualismo es un error peligroso cuando se pretende buscar dentro de los límites del individuo aislado del medio social en que él mismo se colocó, la regla suprema de su vida, el fin último de sus actividades y la fórmula definitiva de su felicidad.

La familia es el más indispensable de los cuadros sociales que el hombre necesita para vivir, debiendo el hombre mismo cuidar de la familia. Esta merece todos los cuidados, las atenciones y aún de los más duros sacrificios. Pero es para el hombre para quien definitivamente existe la familia.

El hombre nace siendo el viviente más débil, más impotente para conservarse por sí mismo. Para esta frágil existencia es necesario un ambiente de amor que la reciba, le cuide,

momento a momento y que vaya conviniendo con él mismo, hasta lograr hacer de éste, el ser humano capaz de defenderse por sí mismo.

En el corazón del padre y de la madre existe instinto sublime y profundo que, después de haber unido sus vidas para traer a la existencia a un nuevo ser, les da también las energías físicas y morales para defenderlo de todo peligro, protegiéndolo, con su vida misma.

La existencia de padre y madre desnaturalizados constituye la excepción, y la excepción confirma la regla, padre y madre que no oyen a sus hijos, son seres criminales que se olvidan de lo que son.

A veces la muerte deja en la orfandad a esos pequeños y entonces es preciso hacer un intento, pero no pasa de ser un intento, de sustituir al padre y a la madre con instituciones privadas u oficiales, pero el caso es excepcional.

El niño crece y se transforma en adolescente. El papel de la familia debe estar igualmente enderezado a facilitar la obra de su formación moral y el desarrollo completo de su personalidad.

Por ello, cuando la familia sabe estar a la altura de su misión, constituirá la mejor escuela para la formación del ser humano. Frente a esa familia, entendida en su plenitud, no existe escuela que pueda superarla.

La familia pone ante sus ojos la más eficaz de todas sus lecciones: Fidelidad en el amor, escrupuloso cumplimiento del deber, resolución en el trabajo, lealtad en las palabras y probidad en las relaciones; ejercicio del olvido de sí en el don perpetuo de sí mismo, así como de esas calladas lecciones de un obrar, de un actuar diario y constante.

Surge clara y precisa la objeción de que muchos padres y madres no son fieles a su misión, que muchos de ellos, especialmente en esta sociedad nuestra que cada vez se desnaturaliza más y más, y con frecuencia en esos hogares, el niño recibe lecciones desmoralizantes y que sus ojos, nada más tendrá la infidelidad, la mala conducta y el vicio.

Es dura la objeción y lo que es doloroso es que es cierta por ello es por lo que se necesita luchar contra esa familia en decadencia, contra el hogar transformado en un centro de disolución.

La familia y la verdadera prosperidad de un país, no sólo importan el crecimiento de la población sino algo más, a la vez que la cantidad, importa esencialmente la calidad.

Problema cuantitativo y cualitativo, valioso en sus dos aspectos. La auténtica fuerza de una sociedad reside en la moralidad de quienes la forman.

Cualquiera que sea el punto de vista en que nos coloquemos, el económico, jurídico, es cosa cierta que la riqueza y la fuerza de un pueblo se hallan en buena parte en el número de sus miembros.

La familia en la actualidad no tiene el respeto debido dada su gran importancia. Por el contrario, se lanza contra ella enormes fuerzas de choque, la asaltan incontables egoísmos. Se trata de una ofensiva múltiple, contra la que hay que promover una fuerza múltiple.

La familia lógicamente sufre en toda esta aventura y cada vez se verá más lesionada.

En el antiguo derecho de familia, estaba sólidamente asentada la familia con el fundamento de un matrimonio con carácter indisoluble.

Pero surgieron las ideas revolucionarias inventando el nuevo derecho, de acuerdo con el individualismo más ortodoxo, para el que no existía, en esencia más que el individuo.

Se comienza por despojar al matrimonio de su carácter religioso declarándolo contrato de derecho civil, pudiendo las partes separarse.

Los hijos adulterinos y naturales tenían igual condición que los legítimos, por lo que toca al derecho sucesorio.

Se dejó a la unión conyugal su carácter de contrato laico y se conservó el divorcio.

En México, como consecuencia de su tradición española, el matrimonio canónico era el valedero, indisoluble, firme.

Pero un día, las ideas de la Revolución Francesa se filtran, de España, se estudiaba en las escuelas de derecho, el derecho civil francés, estudiando el divorcio.

Surge el movimiento reformista de los cincuenta del siglo pasado, y se establece el matrimonio civil como única fuente de derecho por lo que toca al matrimonio.

Aparece entonces una situación de tragedia para la sociedad de aquellos días, viendo que se negaba el derecho a la Iglesia de ser quien regula las condiciones del matrimonio.

Se imponía la obligación de pasar bajo el matrimonio civil, para que los hijos fueran legítimos ante el Estado y pudieran reclamar sus derechos desde llevar el nombre del padre y llamarse así legítimos, todo ello con sus consecuencias patrimoniales.

La sociedad por tanto se dividía en tres grupos:

El primero, los que no admitían la idea del matrimonio civil, declarando la indisolubilidad del matrimonio

El segundo, los que sólo aceptaban el matrimonio civil sin importarles lo que la Iglesia dijera, y menos aún la opinión de las gentes con las que convivían en esa sociedad;

Lentamente, surge el tercer grupo, el cual lo van formando quienes entienden que, no sería en conciencia válido su matrimonio si no era celebrado ante la Iglesia pero entendían los caracteres del contrato, con efectos civiles.

El divorcio no existía ni aún para los que admitían el matrimonio civil como única forma de contraer matrimonio.

Pasan los años y continúa minándose la conciencia colectiva, y llegando el momento de la revolución, ésta asesta un golpe brutal a la familia mexicana al establecer el divorcio en la Ley de Relaciones Familiares, doctrina totalmente contraria a la tradición mexicana.

Se precisa el problema rotundamente: Un ciudadano, una persona, no puede válidamente pretender que le sea lícito contraer nupcias, aunque una sentencia civil ejecutoriada declare roto, de una vez para todas, el vínculo.

La doctrina que la Revolución Francesa lanzó al mundo y que a través de más de un siglo fue aceptada por el legislador mexicano, contrariando una actitud y costumbre nacional, viene a crear en la legislación mexicana un síntoma de desequilibrio social.

Frente al matrimonio civil, podemos presentar cuatro casos claros y precisos:

Primero: La actitud firme de una persona con recta razón que ve en el matrimonio civil un contrato de derecho civil con sus consecuencias.

Este sujeto, consciente de sus deberes, contrae como básico el matrimonio sacramento y para los efectos de la ley civil, el matrimonio civil, pero sabiendo que el matrimonio es indisoluble.

Segundo: Formado por individuos que por evitar el que dirán, porque la novia y la familia exigen, etc., contraen el matrimonio religioso o canónico. Tales individuos carecen de sentido religioso. Si llegare el momento oportuno, se divorciarían.

Tercero: Marido y mujer se casan para correr una aventura pasional, se divorciarán si las cosas ofrecen tropiezos. La ley civil les protege. No les importan los hijos, posiblemente se abstengan de tenerlos.

Llegado el momento del matrimonio religioso, lo contraen, quedarán bien ante la sociedad, viste la ceremonia religiosa por inercia, luego verán que hacen.

El matrimonio civil da la salida y esto constituye un ataque más contra la familia en México, al amparo del Derecho Civil.

Cuarto: El Matrimonio ha vivido largos años en condiciones de normalidad.

Llega un momento en que la esposa se olvida de sus deberes, se niega a cumplir con ellos. Su naturaleza femenina está en pleno descenso. Quizá no entiende que el compañero de su vida es aún un ser sexualmente activo, con las limitaciones que los años van poniendo al hombre.

No quiere, por egoísmo, ayudar al marido. Si éste es consciente de su deber, el hombre podrá defenderse; pero si el marido no huye de las tentaciones, de las situaciones límite, la respuesta la hallamos en la vida real en los numerosos casos de divorcio bajo la protección de la legislación civil, abriendo el camino a individuos que buscan nuevas relaciones legalizadas por la ley civil antisocial, a través del matrimonio.

El divorcio, al realizarse bajo el imperio de la ley civil, provoca el aniquilamiento de la familia. Las víctimas van a ser los hijos. En su espíritu, florecerá el resentimiento contra el padre y contra la madre.

Como consecuencia del divorcio, señalamos tres crisis que son trascendentales y que van contra la familia.

La primera es la crisis de la estabilidad con toda la carga psíquica emocional, social, etc., que comprende éste término, es una consecuencia lógica, material, directa del divorcio, en función con las condiciones propias de un ambiente de inmoralidad, que reina en todos los aspectos de la vida social.

Es preciso que no olviden marido y mujer que el matrimonio impone deberes, que exigen sacrificios, pero que a la vez presenta compensaciones.

Al darse el divorcio, los llamados matrimonios civiles que reemplazan al primer matrimonio civil, que se contrajera a la par del matrimonio canónico, son etapas en una marcha hacia el fracaso. La estabilidad familiar, protección de los hijos, de la esposa y del esposo, se vuelve mito.

Se plantea la crisis de la estabilidad, en un desmoronamiento claro.

En segundo lugar, encontramos la crisis de la fecundidad. Es consecuencia de la lujuria, que expresa decadencia. Existen mujeres que tienen miedo a los hijos, cuidan de su cuerpo ya que son muchos los trabajos que traen los hijos. Estos exigen gastos, la situación económica empeora, el lujo ya no es posible, y se niega a tener hijos.

La crisis de la fecundidad implica este otro hecho: la relación del marido de convertir a su mujer en un instrumento de placer. Si la mujer lo acepta es un ser sin responsabilidades, en vez de ser la esposa, la compañera del hombre, la madre de sus hijos, así cuaja la crisis de la fecundidad.

La tercera crisis es la de la educación: el hijo estorba en casa, es necesario buscar a donde enviarlo. El padre y la madre se olvidan de que la familia es la primera escuela, siendo así, los padres no son capaces de ser guías ni orientadores.

La educación apenas llega a ser simple instrucción, la familia esta vacía, los hijos se alejarían, a lo sumo acabará siendo escuela de cosas que no deben aprenderse.

Estas crisis se dan debido a que los contrayentes no tienen una idea cierta de los fines naturales del matrimonio y al desconocerlos se presentan los problemas.

Por ello es importante que los contrayentes sepan la importancia tan trascendental que tiene el matrimonio en la sociedad y cuales son los fines de este matrimonio.

El divorcio daña al hogar, porque a la solidez del mismo hogar, aún la simple posibilidad del divorcio opone una creciente y constante inseguridad.

El divorcio daña a la unión conyugal, al surgir la separación de intereses y de la mutua confianza, al nacer las tentaciones de infidelidad.

El divorcio no es remedio, porque va a destruir estos hogares, a la vez que es una invitación a la discordia.

El divorcio daña al hijo, debido a que aún los partidarios del mismo invocan los intereses de los hijos, son precisamente éstos los primeros en sufrir los efectos del divorcio.

Por ello desintegrar la familia, descuidarla, corromperla será un error deplorable que acabará con la piedra angular de la sociedad; por eso el vínculo que estrecha a los cónyuges, como creador de una familia es, por su naturaleza, perpetuo.

La pureza misma de la unión exige que está se contraiga con el más firme propósito de indisolubilidad, para confianza y progreso del grupo, y así, el matrimonio debe ser la plenitud de compenetración de afectos y esfuerzos.

Deben los consortes llevar como ideal el mantenimiento a toda costa, del lazo matrimonial por toda la vida, poniendo en juego su inteligencia y su prudencia.

Esto sin contar con que, la presencia de los hijos hará por razones de índole natural, que se estrechen y hagan más sólidos los compromisos entre los esposos, pues nace en cada uno el interés por mantener y educar a la prole dentro del mismo amor; la obligación del marido de apoyar a aquella y a la esposa, hace que se establezca una sólida corriente que garantizará con mucho, la estabilidad del vínculo matrimonial.

El cumplimiento del deber por parte de cada uno de los esposos, garantiza la solidaridad más íntima, la conducta más ejemplar y un intercambio entre todos los miembros de la familia.

Nadie podrá colocar, además, en tela de juicio, que el género de vida compartido en ese ambiente, hará que salgan del matrimonio individuos íntegros espiritual y físicamente, conscientes del respeto debido a los demás, ciudadanos cumplidores de su deber, y en ello tiene interés el Estado.

No puede aceptarse en manera alguna, por la función misma de la institución matrimonial, que al celebrar el matrimonio la voluntad de los contrayentes sea otra, distinta a la de mantener la subsistencia del vínculo conyugal, durante toda su vida, mediante el firme propósito de superar las contingencias que por azares de la vida, amenacen el mantenimiento de ese vínculo.

En México se debe tener el concepto social de que el matrimonio es un estado superior a la voluntad de los particulares; que el matrimonio es el origen y el fundamento de nuestra sociedad; que se debe contraer como un acto por su esencia indisoluble y para toda la vida con el propósito de ayudarse a llevar el peso de la vida y de perpetuar la especie; que el hogar es la cosa más dulce y sugerente; que mientras la palabra madre e hijo signifiquen lo que hasta hoy, debemos buscar la fórmula necesaria para que el matrimonio sea estable; el derecho tiene que dificultar la presencia de los divorcios.

Por todas estas razones, cada uno debe contribuir con su esfuerzo individual y los reformadores y los legisladores deben permanecer en constante observación de la institución del matrimonio.

4.3. La Separación de Cuerpos ante la Crisis Matrimonial.

Si bien es cierto, que es un ideal mantener unidos a los cónyuges dentro del matrimonio, también es cierto que entre ellos pueden surgir dificultades que hagan

imposible la vida en común. Pero no es necesario que se rompa el vínculo conyugal para superar esas desavenencias, puede simplemente darse la separación de cuerpos, la cual no rompe el vínculo, puesto que esta institución sólo suspende algunos de los derechos y deberes conyugales, del matrimonio pero permanece el vínculo.

Ahora, aquí hay que recordar los fines y características del matrimonio. Entre los fines del matrimonio esta la procreación y educación de los hijos, la ayuda mutua y el remedio de las pasiones.

Es evidente que con la separación de cuerpos, se suspende el deber de cohabitación, pero es el único deber que se suspende, puesto que subsisten tanto el deber de fidelidad como el deber de asistencia, lo que no ocurre con el divorcio. Decimos que subsiste el deber de fidelidad, porque aunque están separados, siguen unidos por un vínculo y por un pacto.

Este pacto es importantísimo, dado que el pacto conyugal en última instancia es el fundamento jurídico sobre el que se sustenta la separación de cuerpos, puesto que con esta institución no se viola el pacto sino que se respeta, y aún en los casos de crisis matrimonial, la familia subsiste.

Con la separación de cuerpos se revela que el cónyuge quiere solucionar la crisis, que quiere darse un tiempo para reflexionar, para tratar de superar los errores o los malos entendidos, y con el divorcio lo que se revela, es que el cónyuge quiere solucionar su crisis; es él, el que ya no puede vivir con su cónyuge, es él, el que ya no desea cambiar ni aceptar a su cónyuge, por lo que se ve, está anteponiendo su interés individual al de su familia y al de la sociedad.

Aquellos que se divorcian, porque pretenden rehacer su vida; creen que volviéndose a casar todo va ser distinto. ¿Pero qué garantía tiene de que con otro matrimonio las cosas van a salir mejor, si él no está dispuesto a cambiar?

Los índices de divorcio son mayores en personas ya divorciadas, que en personas que contraen matrimonio por primera vez.

Cabe aclarar, que empieza a darse un alto índice de divorcios entre matrimonios jóvenes que se casan por primera vez, y esto se da debido a que no tiene un pleno conocimiento de lo que el matrimonio es y lo que representa.

Sucede que los cónyuges al contraer matrimonio, no tienen la idea de mantener el vínculo conyugal durante toda su vida, no tienen el propósito de superar las contingencias que se les pudiera presentar, sino que van con la idea de que el matrimonio es disoluble, pues el divorcio les da amplia salida. Y hay que recordar que el matrimonio es indisoluble, porque si se le considera disoluble, estaríamos nombrando matrimonio a lo que realmente es concubinato o amor libre; sería un matrimonio a prueba lo cual, no se puede concebir.

Como mencionábamos al principio de este inciso, puede haber circunstancias que hagan materialmente imposibles la reconciliación y el advenimiento del matrimonio, y es aquí donde los divorcistas no acaban de explicar porque no basta con la simple separación. ¿Porqué es necesario disolver el vínculo conyugal?

Estiman los divorcistas, que se les debe dar oportunidad de rehacer su vida, pero como establecíamos anteriormente, si un cónyuge con su primer matrimonio no tuvo la voluntad de superar las dificultades, ahora que le hace pensar que sí lo hará, además de que ahora tendrá que atender a dos familias, pues resulta claro que debe seguir atendiendo a su excónyuge.

También consideran los divorcistas, que no se les debe atar si ya no quieren seguir conviviendo con ese cónyuge y que va contra la libertad el pretender atarlo.

Pero aquí hay que tener muy presente que nadie los obligó a contraer matrimonio y que si alguien lo hizo, ya caemos en otra figura que podría ser la nulidad, pero si fue libre su voluntad de unirse al otro cónyuge con vínculo indisoluble, no se les está coartando ninguna libertad.

Ahora si no pueden convivir sanamente, pues que se separen, porque ahí siguen respetando su pacto.

Los que aluden a que con la separación de cuerpos se condena al cónyuge a llevar un celibato forzoso, el cual es contrario a la naturaleza humana, también están equivocados, pues su voluntad al casarse fue tener hijos con su esposo o esposa y no con otra persona.

Al contraer matrimonio, los cónyuges en sentido estricto, son célibes con respecto a las demás personas y así, el que no quiera verse sometido a un celibato, que no se case.

Esta idea del celibato forzoso, podría conducirnos al absurdo de pensar, que cuando alguno de los dos se enferme y por tal motivo no pueda realizar el acto conyugal, el cónyuge sano puede buscarse otra persona para satisfacer sus pasiones.

Con la separación de cuerpos, no se condena a nadie a llevar un celibato forzoso, puesto que lo único que se hace es mantener la situación matrimonial de los cónyuges.

Es un error el tratar de establecer que la separación de cuerpos es contraria a la naturaleza humana, debido a que no se debe ver al hombre y a la mujer como meros reproductores de hijos, y entender la naturaleza humana como mero reproductor, es entenderlo como una bestia.

La obligación de procrear hijos es al género y no al individuo, pues no todos están ordenados a casarse o a llevar el sacerdocio. No es esencial a la naturaleza humana la procreación, porque el hombre es mucho más que órganos reproductores.

Existe un argumento que sostiene que la separación de cuerpos no sostiene el vínculo conyugal más que aparentemente, ya que dicen ¿Qué es el matrimonio sin la vida en común? que importa que exista un lazo de derecho que no existe de hecho. Es un argumento de bastante peso, pero considero que la separación de cuerpos debe buscarse en forma temporal, para que así haya la posibilidad de una reconciliación. Y sólo por causas reiteradamente graves, por falta de

voluntad de alguno de los cónyuges, esta separación temporal, puede irse prorrogando, pero tratando de que no se haga definitiva.

Otro argumento, es el que estima que la separación de cuerpos no hace sino ahondar rencores entre padres e hijos y por ello es mejor que se divorcien. Pero precisamente con la separación de cuerpos lo que se pretende es tratar de remediar todos esos rencores, dejando pasar un determinado tiempo para así aliviar sus problemas.

Y otro argumento es que con la separación de cuerpos se está fomentando el adulterio, y por ello hay que aceptar el divorcio para terminar con los adulterios. Esta posición es totalmente absurda, puesto que trata de eliminar el adulterio a base de legalizarlo.

No podemos negar que con la separación de cuerpos se pueden dar los adulterios, pero no por ello hay que irse hasta el extremo de divorciarse. Lo que habría que hacerse, es establecer sanciones para el cónyuge culpable y darle todos los derechos al cónyuge inocente.

Nuestra legislación actualmente, para problemas matrimoniales, sólo ofrece como solución jurídica el divorcio, por lo cual me parece que se debe legislar especialmente sobre la institución de la separación de cuerpos, para casos de hogares desunidos, que en muchas ocasiones son causas remediables y transitorias, pero que en la actualidad la única salida que tienen es la del divorcio.

Este divorcio repugna a quienes entienden el matrimonio, no sólo como camino abierto a la felicidad individual de los contrayentes, sino principalmente como institución constitutiva de una familia fincada en vínculos de solidaridad y corresponsabilidad entre padres e hijos, y si éstos faltan, entre los consortes, que han unido sus vidas y destinos comunitariamente, es decir, sobre hechos y consecuencias que no es posible desconocer.

De ahí que prefieran continuar una vida común cada vez más difícil, o separarse de hecho, lo cual los lleva a situaciones igualmente desastrosas, sin poder acudir a una separación legalmente reconocida y reglamentada que, sin destruir el vínculo conyugal pueda conducirnos

después de algún tiempo a una reconciliación, o cuando menos a una vida que ofrezca un ambiente más favorable al desarrollo y educación de los hijos.

Consideremos que se podrían aminorar los divorcios si los cónyuges no se ven en cierto modo constreñidos a divorciarse, rompiendo el vínculo matrimonial, teniendo la opción de la separación de cuerpos, que pueda más tarde conducirlos a una reconciliación. Por tal motivo es muy conveniente legislar sobre esta institución.

La separación de cuerpos no disuelve el vínculo matrimonial, sino que simplemente habilita a los cónyuges a vivir separados ante la imposibilidad de soportar la vida en común.

Aún los adversarios más obstinados de la separación de cuerpos opinan que debe ser admitida, porque por desgracia existen situaciones en que la vida común rebasa las fuerzas humanas.

La institución de la separación de cuerpos, debe constituir un paréntesis a la convivencia de los cónyuges, una situación transitoria que debe conducir a la reconciliación o, en el menos satisfactorio o favorable de los casos, a la supresión de un ambiente familiar insoportable para los esposos y en ocasiones para los hijos.

La separación de cuerpos es un mal menor, pero que puede contribuir en numerosas ocasiones al sentimiento espiritual y al fortalecimiento de la familia. Dicha institución debe ser una alternativa para los cónyuges, para enfrentar situaciones que parecen remediabiles, ya que con el divorcio ni siquiera intentan resolver esas dificultades.

Al no regularse la separación de cuerpos en la legislación, se perjudica la estabilidad del vínculo, ya que los cónyuges no tienen otra salida, más que el divorcio o la separación de hecho.

4.4. Causas y efectos de la separación

a) Causas

Es indudable que hay casos en que la vida en común puede resultar insoportable y en esos casos es preferible que se distancien, sin que por ello lleguen al extremo de solicitar el divorcio, puesto que en ocasiones son situaciones transitorias.

En este inciso analizare las causas que pueden dar lugar a la separación. Pero antes de ver cada una de las causas, quisiera mencionar los países que en sus legislaciones contemplan la separación de cuerpos y el divorcio, o simplemente la separación o exclusivamente el divorcio.

De los países sudamericanos sólo dos no admiten el divorcio, como son Brasil y Chile ya que estos países sólo admiten la separación. Brasil admite la separación culpable y consensual y Chile sólo admite la culpable.

Los países como México, Costa Rica, Cuba, El salvador, Guatemala, Haití, Honduras, Nicaragua, Panamá, República Dominicana, Ecuador y Venezuela, admiten el divorcio. Y todos ellos excepto México, El Salvador y Ecuador admiten la separación de cuerpos.

Otros países de América del Sur están muy divididos, debido a que Argentina, Colombia y Paraguay sólo admiten la separación de cuerpos o admiten el divorcio. Bolivia, Perú y Uruguay admiten tanto el divorcio como la separación de cuerpos.

Los países del Common Law: Inglaterra, Estados Unidos, Canadá y Puerto Rico, admiten la separación y el divorcio.

Bélgica, Luxemburgo y Holanda, admiten la separación y el divorcio.

En Alemania, Austria, Francia, Italia, Grecia, Portugal y Suiza, admiten el divorcio y todos ellos exceptuando a Alemania y Grecia admiten la separación.

Los países nórdicos Dinamarca, Finlandia, Islandia, Noruega y Suecia admiten la separación consensual y judicial; y admiten la posibilidad de conversión de la separación en divorcio.

Por lo que se puede ver, en varios países se regula la separación de cuerpos, y en algunos países como en el nuestro, no se regula de manera especial la separación, por lo que esto puede resultar perjudicial para la estabilidad del vínculo, ya que el divorcio es la única alternativa que tienen, o la separación de hecho, la cual transcurrido un plazo se convierte en causal de divorcio.

Algunos Estados admiten la separación consensual, prescindiendo de los motivos que llevan a ella, mientras que otros, reconociendo la separación legal, admiten su transformación en divorcio a petición de cualquiera de las partes después de transcurrido cierto tiempo.

En mi opinión, sería conveniente que en México se legislara en materia de separación de cuerpos, aunque no quieran suprimir el divorcio, para darles a los cónyuges otra opción que no sea en exclusiva el divorcio.

A continuación analizaremos las causas que pueden dar lugar a la separación.

Entre las causas de separación podríamos englobar las siguientes:

- 1.- Adulterio
- 2.- La provocación de uno de los cónyuges al otro para cometer adulterio u otros delitos.
- 3.- Tentativa de uno de los cónyuges contra la vida del otro.
- 4.- Las sevicias, amenazas o injurias graves.
- 5.- Condena a una pena aflictiva e infamante.
- 6.- El abandono voluntario del hogar conyugal; y
- 7.- El mutuo consentimiento.

Para que se configure la causal de adulterio, debe ser debidamente probado. Debe haber presunciones graves para probar el adulterio. No se configura el adulterio cuando se trata de simples imprudencias en la conducta de los cónyuges.

En la segunda causal se habla de la propuesta de prostituir al otro cónyuge, o la propuesta a cometer cualquier otro delito aunque no sea de incontinencia carnal. Aquí existe el problema de que el único medio de prueba es la confesión del cónyuge inocente, pero es claro que debe protegersele.

La tentativa de uno de los cónyuges contra la vida del otro, es la tercera de las causales, y en esta causal debe proceder la separación dado que el cónyuge inocente pone en peligro su vida al estar junto al cónyuge culpable. Debe permitirse la separación aún cuando todavía no exista una condena penal.

La sevicia se da cuando alguno de los cónyuges ha sufrido heridas u otros daños de orden físico o fisiológico.

Las injurias graves deben llegar a hacer insoportable la vida en común. Podría considerarse que la negativa al débito conyugal cuando es persistente y no justificado, constituye una injuria grave.

Las amenazas, son aquellos actos que, sin constituir una ofensa física, ni una injuria, por su continuidad hacen la vida conyugal insoportable.

Otras causas son que alguno de los cónyuges haya sido condenado por una pena infamante y por la cual tenga que cumplir dos o más años de prisión.

Al hablarse del abandono voluntario del hogar conyugal, lo que se debe tomar en cuenta es la falta absoluta a los deberes que tiene como esposo o como esposa.

Y por último el mutuo consentimiento, que debe ser cuando los cónyuges consideran que es más pertinente separarse por un tiempo para así tratar de remediar los conflictos que pudieran tener.

En las causales que medie culpa de alguno de los cónyuges, pueden volver a hacer vida en común, siempre y cuando el cónyuge inocente otorgue el perdón.

Como puede apreciarse, estas causas de separación se engloban en las causales de divorcio que establece el artículo 267 del Código Civil, y que a nuestro modo de ver no debiera dar lugar al divorcio sino simplemente a la separación de cuerpos.

Este procedimiento de separación de cuerpos, debería de llevarse a cabo, de la misma manera en que se lleva un procedimiento de divorcio y al no haber reconciliación cuando se encuentren separados, consideramos que no debe darse el divorcio en forma automática, como lo hacen otras legislaciones, sino que sería preferible que se llevara en forma separada, es decir que fueran distintos los procedimientos.

Pero para que se pueda establecer una legislación en materia de separación de cuerpos, sería necesario que se derogara la fracción IX del artículo 267 del Código Civil.

b) Efectos de la Separación.

El principal efecto de la separación de cuerpos es que suspende el deber de cohabitación, pero deja subsistente el vínculo matrimonial y tanto el deber de fidelidad como el deber de asistencia.

La separación de los cónyuges desde luego debe tener sus repercusiones, entre los efectos que analizaremos están:

La situación de los cónyuges con respecto a sus deberes y derechos, la situación patrimonial y el estado en el que quedan los hijos.

La separación de cuerpos no interrumpe las obligaciones ni los derechos derivados del vínculo matrimonial, sólo suspende el deber de cohabitación, de tal modo que cada cónyuge continúa sujeto a sus obligaciones y tiene el goce de los derechos inherentes a su estado.

A diferencia del divorcio, la separación de cuerpos no deja al cónyuge en aptitud de contraer otro matrimonio, puesto que con la separación el matrimonio aún subsiste, y así no se desintegra la familia. Los esposos deben mantener uno frente a otro sus deberes de celibato aunque no vivan juntos.

En la separación por mutuo consentimiento, los esposos deberán ponerse de acuerdo, respecto de quien tendrá la custodia de los hijos, sobre la alimentación y la educación de los hijos, de sí desean disolver la sociedad conyugal si bajo ese régimen se casaron, pero en todo caso salvaguardando los derechos de terceros. Este acuerdo debiera ser homologado judicialmente para que pueda tener una mayor validez.

Cuando la separación sea por culpa imputable a alguno de los cónyuges, la potestad deberá corresponder al cónyuge inocente, aunque el cónyuge culpable tendrá el deber de seguir aportando para la manutención de los hijos y del cónyuge inocente según sus posibilidades.

Con respecto a las relaciones entre padres e hijos, debe carecer de influencia la declaración de esposo culpable o inocente, ya que ambos se encuentran obligados de igual modo respecto a aquellos; y deben soportar los gastos de manutención que la ley les imponga.

El cónyuge inocente debe conservar el derecho de tener un domicilio separado del de su consorte.

El juez debiera tener la facultad de decretar las medidas que juzgue convenientes para evitar la dilapidación de bienes y así garantizar la manutención de los hijos.

Debe resultar claro que es importante la manutención de los hijos, pero no es menos importante su educación, por tanto ambos cónyuges deben tratar de educar de la mejor forma a los hijos.

La separación de cuerpos no produce ningún efecto en cuanto al derecho sucesorio.

Si ha pasado un determinado número de años sin que haya habido reconciliación, no por ese hecho debe declararse automáticamente el divorcio, sino que si desean divorciarse tendrán que seguir otro procedimiento.

La separación de cuerpos termina por la muerte de alguno de los cónyuges o por la reconciliación, y en su caso tendrán que darle aviso al juez, para que se restaure en forma, el deber de cohabitación y restablezcan la sociedad conyugal si lo desean y si la hubieran disuelto.

CONCLUSIONES

PRIMERA. El matrimonio es la base de la familia y de la sociedad por lo que además de establecer sus fines el Código Civil, debiera dar una definición del mismo.

SEGUNDA. Una definición ideal de matrimonio pero que no cabría actualmente en nuestro sistema por contemplar la figura del divorcio es: "Unión de hombre y mujer con vínculo indisoluble tendiente a la procreación y educación de los hijos, así como la ayuda mutua y el remedio de las pasiones".

TERCERA. El divorcio es una institución poco deseable, a la cual debiera de restarse fuerza poco a poco, empezando con derogar algunas causales de divorcio, principalmente la fracción 9 del artículo 267 de Código Civil, por la que por el sólo transcurso de un año de separación de los cónyuges, no importa el motivo, puede dar lugar a solicitar el divorcio.

CUARTA. Decimos que el divorcio es una institución poco deseable, debido a que viola el pacto de fidelidad que celebraron los cónyuges al contraer matrimonio y porque con el divorcio se desintegra la familia.

QUINTA. El divorcio no se justifica porque basta con la simple separación de los cónyuges, en aquellos casos en que la vida en común se haya vuelto difícil.

SEXTA. El divorcio revela que los cónyuges no quieren solucionar la crisis, sino que pretenden solucionar su situación personal, en cambio, con la separación de cuerpos si se revela el interés de éstos por solucionar los problemas matrimoniales.

SEPTIMA. La separación de cuerpos es una institución necesaria en nuestro derecho, dado que con esta institución, no se desintegra la familia, sino que subsiste.

OCTAVA. Con la separación de cuerpos se respeta el pacto conyugal que contrajeron libremente los consortes, en el que se prometieron fidelidad y se vincularon al otro cónyuge.

NOVENA. La separación de cuerpos no coarta la libertad de los contrayentes, puesto que ellos al contraer matrimonio quisieron unirse con vínculo indisoluble a su cónyuge y por tal motivo deben respetar su pacto que contrajeron libremente.

DÉCIMA. La separación de cuerpos no conduce al celibato forzoso, sino que lo que hace es mantener la situación matrimonial de los cónyuges.

DÉCIMA PRIMERA. La separación de cuerpos no es una institución del todo deseable, pues lo deseable es que los cónyuges permanezcan unidos, pero es preferible al divorcio, dado que da la posibilidad a los cónyuges de que vuelvan a hacer vida en común.

DÉCIMA SEGUNDA. Es necesario abundar en nuestra legislación sobre esta institución, para darles otra opción a los cónyuges y no tengan que ir necesariamente al divorcio, cuando con frecuencia no lo quieren y sólo lo realizan para protección patrimonial suya o de la prole.

DÉCIMA TERCERA. Aunque en nuestra legislación en forma pobre, se contemple la separación de cuerpos, es una institución prácticamente en desuso en nuestro derecho.

BIBLIOGRAFIA

AGUILAR, Antonio y DERBEZ, Julio. *Panorama de la legislación civil de México*; Imprenta Universitaria, 1990.

ALCOCER MARTÍNEZ, Mariano. *Los Tres Bienes Fundamentales del Matrimonio*; México, San Ignacio, 1960.

ARZA, Antonio. *Nuevo Concepto del Matrimonio*; Bilbao, Mensajero, 1975.

BATIZA, Rodolfo. *Las Fuentes del Código Civil de 1928*; México, Porrúa, 1979.

BELLUSCIO, Augusto César. *Derecho de familia*; Buenos Aires, Depalma, 1975;

BRANCA, Giuseppe. *Instituciones de Derecho Privado*; México, Porrúa, 1987.

CASTAN TOBEÑAS, José. *Derecho Civil y Foral* vol. V, Madrid, Reus, 1983.

CASTRO y BRAVO, Federico de. *Compendio de Derecho Civil*; Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1966.

CICU, Antonio. *El Derecho de Familia*; Buenos Aires, Ediar, 1947.

COUTO, Ricardo. *Derecho Civil Mexicano*; México; La Vasconia, 1919; Tomo I.

COSSÍO Y CORRAL, Alfonso de. *Instituciones de Derecho Civil*; Madrid, Alianza, 1975.

CHAVEZ ASCENCIO, Manuel. *La Familia en el Derecho*; México, Porrúa, 1987.

DE PINA, Rafael. *Derecho Civil Mexicano*; México, Porrúa, 1992.

- DE PINA, Rafael. *Elementos de Derecho Civil Mexicano*, México, Porrúa, 1980.
- DÍAZ MORENO, J.M. *Ante el Problema del Divorcio*; Madrid, Autores Cristianos, 1995.
- DIEZ PICAZO, Luis y GULLON, Antonio. *Instituto de Derecho Civil*; Madrid, Tecnos, 1973, Vol. I.
- FERNÁNDEZ CLERIGO, Luis. *Misión de la Familia en la Vida General de México*; México, Ediciones de la Junta Central, 1987.
- FLORES BARROETA, Benjamín. *Lecciones del Primer Curso de Derecho Civil*; Universidad Iberoamericana, 1965.
- FLORES GÓMEZ, Fernando. *Introducción al Estudio del Derecho Civil*; México, Porrúa; 1995.
- FORCANO, Benjamín. *La Familia en la Sociedad de Hoy*; Valencia, Comercial Editora de Publicaciones, 1997.
- GALINDO GARFIAS, Ignacio. *Derecho Civil*; México, Porrúa, 1982.
- HERVADA, Javier y LOMBARDÍA, Pedro. *El Derecho del Pueblo de Dios*; Pamplona, Universidad de Navarra, 1993, Tomo III.
- HERVADA, Javier. *Los Fines del Matrimonio*; Pamplona, Gómez, 1978, Vol. III.
- IBARROLA, Antonio. *Derecho de Familia*; México, Porrúa, 1981.
- JEMOLO, Carlo Arturo. *El Matrimonio*; Chile, Jurídica Europa-América, Trad. Santiago Senties, 1984.

- JUÁREZ, Benito. *Documento, Discurso y Correspondencia*; México, Secretaría del Patrimonio Nacional, 1964, Tomo II.
- MACEDO, MIGUEL. *Datos para el Estudio del Nuevo Código Civil del D.F.*; México, Imprenta de F. Díaz de León, 1884.
- MAGALLÓN IBARRA, Jorge. *El Matrimonio*; México, Tipografía Editora Mexicana, 1996.
- MAZEAUD, Henri y MAZEAUD, Jean. *Lecciones de Derecho Civil*; Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, Trad. Luis Alcalá Zamora, 1959, Vol. III.
- METZ, René. *Matrimonio y Divorcio*; Salamanca, Sigueme, 1974.
- MONTERO DUHALT, Sara. *Derecho de Familia*; México, Porrúa, 1985.
- MONTSERRAT TORRENTES, Josep. *Matrimonio, Divorcio y Separación*; Barcelona, Ediciones Península, 1970.
- MUÑOZ, Luis. *Derecho Civil Mexicano*; México, Modelo, 1995, Tomo I.
- PACHECO E., Alberto. *La Familia en el Derecho Civil Mexicano*; México, Panorama, 1984.
- PALLARES, Eduardo. *El Divorcio en México*; México, Porrúa, 1975.
- PINA VARA, Rafael. *Elementos de Derecho Civil Mexicano*; México, Porrúa, 1975, Vol I.
- PLIANOL, Marcel y RIPERT, George. *Tratado Práctico de Derecho Civil Francés*; La Habana, Cultural, Trad. Mario Díaz Cruz, 1946.
- PUIG PEÑA, Federico. *Tratado de Derecho Civil Español*; Madrid, Revista Jurídica de Derecho Privado, 1953, Tomo II.

PUIG BRUTAU, José. *Fundamentos de Derecho Civil*; Barcelona, Bosch, 1985, Tomo IV.

RIPERT, Georges y BOULANGER, Jean. *Tratado de Derecho Civil*; Buenos Aires, La Ley, Trad. Delia García Daireaux, 1963.

ROJINA VILLEGAS, Rafael. *Derecho Civil Mexicano*; México, Porrúa, 1959, Vol.I, Tomo II.

ROJINA VILLEGAS, Rafael. *Derecho Civil Mexicano*; México, Porrúa, 1959, Vol.II, Tomo II.

ROTONDI, Mario. *Instituciones de Derecho Privado*; Barcelona, Labor, Trad. Francisco F. Villavicencio, 1953.

SÁNCHEZ MEDAL, Ramón. *El Divorcio Opcional*; México, Porrúa, 1974.

SÁNCHEZ MEDAL, Ramón. *Los Grandes Cambios en el Derecho de la Familia de México*; México, Porrúa, 1979.

SÁNCHEZ MEDAL, Ramón. *La Libertad en el Matrimonio y en el Divorcio*; Revista de Derecho Notarial, México, 1971, Num. 41.

SIMO SANTOJA, Vicente. *Divorcio y Separación*; Madrid, Tecnos, 1917.

LIBRO DEL CINCUENTENARIO DE CÓDIGO CIVIL; México, UNAM, 1978.

MEMORIAS DEL PRIMER CONGRESO MUNDIAL SOBRE DERECHO FAMILIAR Y DERECHO CIVIL; México, UNAM, 1978.