



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE
MÉXICO**

FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES ACATLAN

PERDIDA UNILATERAL DEL INTERES EN LA
PRESERVACIÓN DEL VINCULO MATRIMONIAL COMO
CAUSAL DE DIVORCIO

TESIS

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO

PRESENTA

SANDRA GABRIELA NOBLE GÓMEZ

ASESOR: JORGE SERVIN BECERRA

MARZO DE 2006



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

AGRADECIMIENTOS

ANTES QUE NADA DEBO AGRADECER ESTE LOGRO A DIOS POR HABERME PERMITIDO LLEGAR HASTA DONDE ESTOY .

A LA UNIVERSIDAD POR ABRIRME SUS PUERTAS PUES DESDE MUY JOVEN ANHELE SER PARTE DE ELLA.

A MI ASESOR JORGE SERVIN BECERRA POR TODO SU TIEMPO QUE ME DIDICO DURANTE LA CARRERA PERO SOBRE TODO EN EL DESARROLLO DE ESTA TESIS.

A MIS PADRES LULU Y PONY QUE ME HAN DADO LA VIDA Y ME HAN SABIDO CONDUCIR POR EL BUEN CAMINO ADEMÁS DE HABERME HECHO LA MUJER QUE HOY SOY Y QUE CON NADA DEL MUNDO LES PODRE PAGAR TODO LO QUE HAN HECHO POR MI.

A MIS HERMANITOS ARTHUR Y FREDY QUE ME HAN SOPORTADO SIEMPRE Y POR LAS PORRAS QUE SIEMPRE ME HAN HECHADO, ADEMÁS DE QUE SIN ELLOS NO SERIA LA MISMA.

A MIGUELITO QUE ME HA ACOMPAÑADO DURANTE MÁS DE OCHO AÑOS DE MI VIDA POR TODA SU COMPRESIÓN, PACIENCIA PERO SOBRE TODO POR TODO EL AMOR QUE ME HA MANIFESTADO DESDE EL DIA EN QUE LO CONOCI.

A TODOS MIS COMPAÑEROS Y AMIGOS QUE SE HAN CRUZADO EN MI CAMINO PUES DE ELLOS HE APRENDIDO MUCHAS COSA ADEMÁS DE HABER PASADO MOMENTOS MUY GRATOS EN SU COMPAÑÍA EN ESPECIAL A ALE Y A TEO CON QUIENES COMPARTI ESTA EXPERIENCIA QUE AUNQUE DIFÍCIL MUY SATISFACTORIA.

A TODOS MIS MAESTROS POR COMPARTIR SU SABIDURÍA Y TIEMPO CONMIGO.

Y A UN SER QUE AUNQUE YA NO ESTA CON NOSOTROS ME HIZO PASAR MOMENTOS MUY FELICES Y MUY TRISTES DE MI VIDA, A TI MIXTLY QUE DONDE QUIERA QUE TE ENCUENTRES SIEMPRE ESTARAS PRESENTE EN NUESTRA MENTE Y CORAZÓN.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	6
CAPITULO I	
LA FAMILIA	
1.1 CONCEPTO DE FAMILIA	9
1.2 EVOLUCIÓN DE LA FAMILIA	13
1.3 FUNDAMENTOS DE LA FAMILIA	22
1.4 LA FAMILIA COMO INSTITUCIÓN JURÍDICA	25
1.5 LA FAMILIA EN EL DERECHO MODERNO	28
CAPITULO II	
EL MATRIMONIO	
2.1 CONCEPTO DE MATRIMONIO	33
2.2 EVOLUCIÓN DEL MATRIMONIO	40
2.3 EL MATRIMONIO COMO ACTO JURÍDICO	52
2.3.1 ELEMENTOS DE EXISTENCIA	56
2.3.2 ELEMENTOS DE VALIDEZ	63
2.4 LO ESENCIAL DEL MATRIMONIO DESDE EL PUNTO DE VISTA JURÍDICO	70
2.5 LA NATURALEZA JURÍDICA DEL MATRIMONIO	74
2.6 LA VOLUNTAD EN EL MATRIMONIO	80
CAPITULO III	
ANTECEDENTES HISTORICOS DEL DIVORCIO	
3.1 EL DIVORCIO EN DIVERSAS LEGISLACIONES	83
3.1.1 EL DIVORCIO EN EL DERECHO ROMANO	84
3.1.2 EL DIVORCIO EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA	90
3.1.3 CÓDIGO DE NAPOLEÓN DE 1804	94
3.1.4 LEY SOBRE RELACIONES FAMILIARES DE ABRIL DE 1917	96
3.1.5 EL DIVORCIO EN EL CÓDIGO CIVIL DE 1928	99

CAPITULO IV EL DIVORCIO

4.1 CONCEPTO DE DIVORCIO	104
4.2 EXPLICACIÓN DEL SURGIMIENTO DE LAS CAUSALES DE DIVORCIO	105
4.3 CAUSALES DE DIVORCIO CONTEMPLADAS ACTUALMENTE EN LA LEGISLACIÓN NACIONAL	109
4.4 EL DIVORCIO COMO INSTITUCIÓN JURÍDICA	135
4.5 TIPOS DE DIVORCIO	137
4.5.1 DIVORCIO VOLUNTARIO	138
4.5.2 DIVORCIO NECESARIO	142
4.6 EFECTOS DEL DIVORCIO EN EL NÚCLEO FAMILIAR Y SOCIAL	143

CAPITULO V DIVORCIO POR PERDIDA UNILATERAL DE INTERES EN LA PRESERVACIÓN DEL VINCULO MATRIMONIAL.

5.1 ELEMENTO ESENCIAL PARA LA DISOLUCIÓN DEL VÍNCULO MATRIMONIAL	149
5.2 MEDIOS DE PRUEBA NECESARIOS PARA ACREDITAR DICHA CAUSAL DE DIVORCIO	153
5.3 OBLIGACIONES QUE SE DEBEN GARANTIZAR PARA QUE SE OTORQUE EL DIVORCIO POR VOLUNTAD UNILATERAL	156
5.4 SITUACIONES PSICOLÓGICAS Y SOCIALES QUE SE PUEDEN PRESENTAR POR CONTINUAR CON EL VÍNCULO MATRIMONIAL UNA VEZ QUE SE HA PERDIDO EL INTERÉS POR UNO DE LOS CÓNYUGES	157
5.5 ACTITUD DEL ABOGADO CON RESPECTO AL DIVORCIO POR EXISTIR LAGUNAS EN LA LEY AL RESPECTO	167
CONCLUSIONES	171
BIBLIOGRAFÍA	173

INTRODUCCIÓN

En esta tesis presentamos la propuesta de establecer como causal de divorcio a la pérdida unilateral del interés en la preservación del vínculo matrimonial, en virtud de considerar a ésta como la primordial causa por la cual las parejas deciden divorciarse, pues aun cuando en juicio alegan cualquiera de las causales de divorcio contempladas actualmente en nuestro marco jurídico la verdadera causa del mismo la constituye desde mi punto de vista la pérdida del interés, puesto que éste como lo veremos más adelante no constituye un simple capricho, sino una verdadera necesidad que surge cuando se ha perdido el amor, sentimiento de vital importancia en la elección de pareja y posteriormente en el matrimonio; pues el matrimonio y el amor son dos cosas que van de la mano.

Trataremos temas relacionados con el divorcio como lo son la familia y el matrimonio, puesto que se ha considerado que el divorcio es un atentado contra el matrimonio y por consiguiente contra la familia pues aparentemente éste es el principal factor por el cual las parejas se separan, sin embargo, como lo veremos también, el divorcio no constituye un riesgo para dichas instituciones sino más bien implica dignidad en el matrimonio y en la familia además de ser un remedio jurídico frente aquellas situaciones que amenazan a las mismas.

Veremos en el desarrollo de esta tesis el origen y evolución de la familia la cual como podremos observar no ha sido concebida de igual forma en todos los tiempos de tal manera que en un inicio la familia estaba constituida desde el punto de vista jurídico solo por el matrimonio y el parentesco y no así por el concubinato, figura jurídica que más tarde es reconocida como creadora de derechos y obligaciones, por tanto fuente de origen de la misma.

Estudiaremos algunos aspectos del matrimonio que en mi opinión constituyen la columna vertebral de éste, como lo son su naturaleza jurídica, sus elementos de existencia, de validez, la voluntad en el mismo, así como el elemento esencial de éste desde el punto de vista jurídico.

Respecto al tema del divorcio, el cual representa mayor importancia para esta tesis en virtud de ser éste el tema principal estudiaremos sus antecedentes ya que debemos aclarar que también esta figura ha sido objeto de múltiples controversias, sin embargo, como lo veremos el divorcio ha evolucionado satisfactoriamente pues llegó a ser considerado como un derecho perteneciente al hombre y actualmente es un derecho concedido a ambos consortes y que en mi opinión puede seguir evolucionando hasta llegar al divorcio unilateral por la pérdida del interés en la preservación del vínculo matrimonial, tema que estudiaremos ampliamente.

Por otra parte, podría llegar a pensarse que al permitirse en nuestro marco legal la presente causal de divorcio se provocaría un mayor desequilibrio al matrimonio institución que lamentablemente ha ido en decadencia pero no precisamente por permitirse el divorcio, sino más bien por la falta de conciencia y responsabilidad que los futuros y ahora cónyuges deben tener.

Aunado a lo anterior, también se piensa que hasta el momento ningún legislador a considerado esta propuesta como causal de divorcio debido a los abusos a que daría lugar por su aparente facilidad, sin embargo, sabemos que no toda reforma es benéfica para toda la colectividad pese a ello es de suma importancia que el divorcio evolucione proporcionando una salida para aquellas situaciones en las que no se cabe bajo ningún supuesto del divorcio necesario, pero tampoco en el divorcio de tipo administrativo, donde se requiere de la voluntad de ambos consortes.

Otro aspecto de igual importancia del que tampoco los legisladores se ha percatado es que es mucho más grave y perjudicial para la familia y para la sociedad en general el hecho de seguir unido a alguien a quien ya no se ama puesto que a medida de que pase el tiempo, ello traerá como consecuencia el inicio de una relación conflictiva entre la pareja llegando al grado de tornarse imposible la convivencia armónica que como lo veremos es el ambiente indispensable para el correcto y normal desarrollo de todos los miembros que integran a la misma.

De no contemplarse el divorcio por esta causal propuesta, se orilla cónyuge que desea romper con el vínculo matrimonial a tener relaciones fuera del matrimonio,

produciéndose entonces adulterios y bigamias y en la mayoría de las veces hijos fuera del matrimonio, ésta entre otras faltas que más adelante estudiaremos y que constituyen una mayor destrucción del núcleo familiar.

Esto último debe tenerse muy en cuenta pues en estos casos existe ya un riesgo, pues la conflictividad y el desacuerdo parental origina el desarrollo de posibles psicopatologías en los hijos, pues no es el divorcio por sí mismo el que determina las alteraciones en los hijos, sino ciertas variables que frecuentemente acompañan la ruptura familiar mismas que son estudiadas en el capítulo correspondiente de este trabajo.

Además aclaramos desde ahora que el divorcio no pone fin a la familia, puesto que los padres lo son para toda la vida, lo que significa, que el divorcio solo debe alterar la relación de la pareja, pero no la relación con los hijos dado que si se afecta ésta es cuando el niño sufre, por ello consideramos que es importante preguntar a un hijo sobre aquellas situaciones que le gustaría mantener en relación con sus padres después de la separación cuestiones que lamentablemente no se pueden lograr cuando se llega al divorcio en un ambiente de conflicto y de tensiones.

Es por ello y por otras causas que analizaremos más adelante que consideramos necesario que se reforme el Código Civil del Distrito Federal en el sentido de admitir como causal de divorcio a la pérdida unilateral del interés en la preservación del vínculo matrimonial, sin antes llegar a daños mayores.

CAPITULO I

LA FAMILIA

1.1 CONCEPTO DE FAMILIA.

En opinión de Baqueiro Rojas¹, el término familia tiene diversas acepciones por lo que su significado dependerá del ángulo desde el cual se le quiera ver, en este sentido el concepto de familia no será el mismo si esta enfocado desde el punto de vista de origen o bien en razón de sus efectos, así pues tenemos entre otros, los siguientes puntos de vista del concepto de familia:

1.-Desde el punto de vista biológico, se involucra a todos aquellos que por el hecho de descender unos de otros o de un progenitor común generan entre sí lazos de sangre.

2.-Desde el punto de vista jurídico, el cual es el que nos interesa en este momento, la familia atiende a las relaciones derivadas del matrimonio, del concubinato y de la procreación, conocidas como parentesco, a las que la ley reconoce ciertos efectos, esto es, que crean derechos y obligaciones entre sus miembros.

Desde esta perspectiva, la familia sólo se considera a partir de la pareja cualquiera que sea el tipo de unión que hayan adoptado es decir, el de casados o bien el de concubinato, así como sus ascendientes, descendientes y cuando descenden de un mismo progenitor incluyen a sus parientes colaterales hasta el cuarto grado.

Así pues, tenemos como fundamento legal de la primera parte de la definición de familia desde el punto de vista jurídico al artículo 138 Quintus del Código Civil para el Distrito Federal que establece como fuentes de la relación jurídica familiar a “las personas vinculadas por lazos de matrimonio, parentesco o concubinato”; y al artículo 138 Quáter del mismo ordenamiento legal respecto de la

¹ Baqueiro Rojas Edgar, Derecho de Familia y Sucesiones., Facultad de Derecho UNAM, Edit. Harla, 2004. p.13

segunda parte de dicha definición al disponer que “las relaciones jurídicas familiares constituyen el conjunto de deberes, derechos y obligaciones de las personas integrantes de la familia”.²

Ahora bien, en el ámbito jurídico, podemos reducir el concepto de familia a los padres y sus hijos menores, llamándola familia nuclear por sociólogos y familia en sentido estricto por los juristas.

Por otra parte es importante mencionar que el concepto de familia no ha sido el mismo en todas las épocas, lo que significa que ha sido objeto de múltiples controversias ya que solo se les consideraba al matrimonio, al parentesco y a la filiación como fuentes de origen de la misma, situación por la que hoy podemos decir que esos conceptos de familia son anticuados.

Lo anterior es así puesto que, si bien es cierto, que el matrimonio es una de las fuentes de origen de la familia y que representa a primera vista una gran estabilidad social y jurídica, también lo es, que no es la única forma legal de constituir una familia, pues además de las ya mencionadas fuentes de origen de la misma, debemos tener en cuenta al concubinato, “el cual ya no puede verse como una mera “situación de hecho”, pues ya supone un estado civil, que genera parentesco, derechos y obligaciones alimentarias y derechos sucesorios”.³

Sin embargo, debemos aclarar que no es nuestra intención ahondar en el estudio del concubinato, por lo que solo basta decir que afortunadamente nuestro sistema jurídico ya la reconoce como una fuente más de origen de la familia; y digo afortunadamente puesto que es mucho mejor que se le reconozca como tal, que verla como una forma de vicio social de intereses individuales, además de que así dicha figura se encuentra sujeta a la vigilancia por parte del Estado. En otras palabras, es mejor abrir los ojos ante la realidad, que pretender ser ciegos ante la misma.

² Código Civil para el Distrito Federal. Edit. Sista. 2004

³ Adame Goddard Jorge. El Matrimonio Civil en México. Edit. UNAM. México. 2004. p.114

Ahora bien, resulta pertinente establecer que cualquiera que sea la fuente de origen de la familia, ésta establece vínculos entre los miembros que la integran, los cuales pueden ser de diverso orden como son: sentimentales, morales, jurídicos, económicos y de ayuda recíproca, mismos que no pertenecen ajenos al derecho objetivo, sino que éstos se afianzan, reafirman y consolidan atribuyéndoles a dichos vínculos el carácter de deberes u obligaciones o bien, facultades o derechos, los que manifiestan una naturaleza especial; es decir, presentan caracteres fundamentalmente distintos a otras relaciones jurídicas.

Podría parecer a simple vista innecesario el estudio antes realizado a las fuentes de origen de la familia, sin embargo, ello no es así, pues de esta manera podremos entrar al estudio solo de aquellos conceptos que nos son de utilidad en el presente, en razón de considerar inútil remitirnos a aquellos que han dejado de ser útiles frente a la realidad que hoy vivimos como grupo familiar y por ende como sociedad.

Así tenemos que Gutiérrez y González considera a la familia como “El conjunto de personas naturales, físicas o humanas, integradas a través de un contrato de matrimonio de dos de ellas, o integradas por la apariencia o posesión de estado de casados, o por lazos de parentesco por consanguinidad, afinidad o civil, que habitan en una misma casa, la cual constituye el domicilio familiar, y tengan por ley o por acuerdo, unidad en la administración del hogar familiar”.⁴

Nos permitimos hacer una pequeña crítica a la definición anterior, en el sentido de que el maestro Gutiérrez y González considera como elemento importante el que la familia debe habitar en una misma casa argumentando que “la convivencia bajo el mismo techo, es lo que genera los sentimientos de solidaridad familiar, de unión de un grupo que es básico para la sociedad y para el Estado.”⁵

En mi opinión el elemento de que la familia viva en la misma casa no es algo que revista gran importancia, pues si bien es cierto, que lo más importante que debe haber en la familia es la conveniencia, también lo es, que la misma no se logra solo

⁴ Gutiérrez y González Ernesto. Derecho Civil para la Familia. Edit. Porrúa. 2004 p.140

⁵ Op Cit. p.163

por el hecho de vivir bajo el mismo techo, pues puede darse el caso en que la familia viva de tal forma y no haya esa convivencia o solidaridad familiar y sin embargo no por ello dejan de ser una familia; o bien, el hecho contrario, es decir, que no vivan en una misma casa y que sí haya esa unión familiar. Por ello pienso yo que el concepto que nos da Gutiérrez y González va dirigido a la familia en sentido estricto (padres e hijos) pero ni así considero que sea importante este elemento para la constitución de una familia.

Por otra parte, el Código Familiar reformado para el estado de Hidalgo en sus 'Disposiciones Generales' del capítulo primero nos menciona en su artículo inicial que: "La familia es una institución social permanente, compuesta por un conjunto de personas unidas por el vínculo jurídico del matrimonio, o por el hecho jurídico del concubinato; por el parentesco de consanguinidad, adopción o afinidad".⁶

Del estudio de la definición anterior podemos sustraer un elemento para nosotros de suma importancia que consiste en concebir a la familia como "una institución social permanente", lo cual es cierto, pues desde la óptica de la sociología, la familia es sin duda alguna una institución social, ya que las relaciones determinadas por la unión intersexual, la procreación y el parentesco constituyen un sistema integrado en la estructura social con base en pautas estables de la sociedad.

Y por último tenemos que Sara Montero Duhalt la define como "un grupo de personas unidas por lazos de matrimonio, concubinato o parentesco".⁷

Así, una vez expuestos algunos conceptos podemos percatarnos que actualmente todos los autores coinciden en que las fuentes de origen de la familia son el matrimonio, el concubinato y el parentesco. Y a manera de conclusión decimos que la familia es el grupo social más natural de los conjuntos, es decir, un núcleo de personas, que como grupo social ha surgido de la naturaleza derivando del hecho biológico de la generación; comprendiendo en sentido amplio a todas las personas que se hayan unidas por el matrimonio, el concubinato y el parentesco; y

⁶ Código Familiar Reformado para el Estado de Hidalgo Edit. Cajica, México, 1986 p. 392

⁷ Montero Duhalt Sara. Derecho de Familia., 5ª Edic. Edit. Porrúa, México 1992, p.31

en sentido estricto el núcleo familiar siempre estará constituido por los padres e hijos, ello en virtud de existir una relación más estrecha de convivencia.

1.2 EVOLUCION DE LA FAMILIA.

Como veremos en el desarrollo de este tema, la evolución de la familia esta ligada con la historia misma del hombre y por lo tanto con la de las sociedades, dado que su aparición tuvo lugar a partir del momento en que existió la humanidad en virtud de que prevalecía la necesidad de conformar un orden social y económico que diera paso al bienestar general de la humanidad; de esta manera la institución familiar es anterior a la formación de cualquier idea de Estado o de Derecho.

Conocer aun someramente la evolución que a través de la historia sufrió la organización de la familia nos permite comprender el rol que el individuo desempeñó en las distintas etapas históricas en el ámbito de sus relaciones más intimas.

Tenemos que “en un principio, el grupo familiar no se asentaba sobre relaciones individuales de carácter exclusivo entre determinados sujetos, sino que la relación sexual de la que en ultima instancia deriva la organización de la familia, existía indiscriminadamente entre todos los varones y mujeres que componían una tribu (endogamia).”⁸

Siendo este tipo de organización familiar un claro ejemplo del desconocimiento de figuras que ahora jurídicas, son la base y el desarrollo de toda organización puesto que sin un limite o control sobre las relaciones sexuales la humanidad nunca hubiera podido sobrevivir; pues sabemos que las uniones sexuales entre personas con parentesco consanguíneo provoca malformaciones en los productos.

⁸ Bossert Gustavo A. Manual de Derecho de Familia. Edit. Buenos Aires Depalma. 2003 p.2

En opinión de Engels, “encontramos como forma más antigua y primitiva de la familia al matrimonio por grupos, donde grupos enteros de hombres y grupos enteros de mujeres se pertenecen recíprocamente caracterizándose esta época por un comercio sexual sin límites, que al evolucionar condujo a un núcleo de mayor cohesión, teniendo como primera manifestación precisa a la familia consanguínea donde los grupos conyugales se clasifican por generaciones: los abuelos y las abuelas, en los límites de la familia, son maridos y mujeres entre sí; lo mismo sucede con sus hijos, es decir, con los padres y las madres; los hijos de éstos forman a su vez, el tercer círculo de cónyuges comunes; y sus hijos, es decir, los biznietos de los primeros, el cuarto. En esta forma de familia los únicos excluidos de las obligaciones matrimoniales son los ascendientes y descendientes (padres e hijos).”⁹

A pesar de que en esta etapa aparentemente el hombre ya tenía conocimiento o conciencia sobre el parentesco al excluir a los ascendientes y descendientes de las obligaciones matrimoniales, el mismo problema que comentamos anteriormente persistía ya que en el grupo familiar compuesto por una tribu se seguían permitiendo las relaciones sexuales entre los miembros de ésta, solo que ahora haciendo una pequeña pero importante exclusión.

Afortunadamente, después las guerras, la carencia de mujeres y tal vez una inclinación natural en tal sentido, llevó a los hombres a buscar relaciones sexuales con mujeres de otras tribus, antes que con las del propio grupo, a lo que se le llamó exogamia, lo que considero dio lugar a otro tipo de familia llamada “familia punalúa. Si el primer progreso en la organización de la familia consistió en excluir a los padres y los hijos del comercio sexual recíproco, el segundo fue en la exclusión de los hermanos. Se realizó poco a poco, comenzando, probablemente por la exclusión de los hermanos uterinos y acabando con la prohibición del matrimonio entre hermanos colaterales, es decir, los primos carnales.”¹⁰

Como podemos ver es en la organización familiar conocida con el nombre de punalúa donde las personas adquieren conciencia sobre el parentesco y por ende

⁹ Engels Friedrich, El Origen de la Familia. Edit. Coyoacan. México 2000. p.78

¹⁰ Op. Cit. p. 81

establecen la imposibilidad de relacionarse sexualmente entre familiares consanguíneos; no sabemos cual haya sido el verdadero motivo del cambio en el tipo de la organización familiar que se venia dando, pero nosotros pensamos que ello fue debido a los problemas que estas relaciones originaban entre ellos consideramos como la más importante a los hijos con malformaciones que estas uniones provocaban.

Por otra parte tenemos que según Engels “en ninguna forma de familia por grupos puede saberse con certeza quien es padre de la criatura, pero sí se sabe quien es la madre. Aún cuando ésta llama hijos suyos a todos los de la familia común y tiene deberes maternales para con ellos, no por eso deja de distinguir a sus propios hijos entre los demás, por tanto, es claro que en todas partes en donde existe un matrimonio por grupos, la descendencia sólo podía establecerse por vía materna, y por consiguiente solo se reconoce la línea femenina”.¹¹

Traduciéndose lo anterior en un sistema de tipo matriarcal, que lejos de verse como algo positivo, implicaba serios conflictos pues lógicamente que al no tener el hombre la certeza sobre su paternidad éste jamás se hacía responsable y por lo mismo le era fácil relacionarse con la cantidad de mujeres que le diera su gana.

Posteriormente el hombre avanza hacia la formación de grupos familiares asentadas en relaciones individualizadas con carácter de exclusividad, a lo que se le llamo familia sindiásmica “basada en la exclusividad de la relación de la mujer con un solo hombre, pero sin reciprocidad, es decir, con la libertad de relaciones del hombre con diversas mujeres.”¹²

Sin embargo, “el vínculo conyugal así creado era frágil y efímero y podía disolverse por la voluntad de cualquiera de las partes; en ese caso, los hijos quedaban solo a cargo de la madre.”¹³

Debemos reconocer que aun cuando pudiera verse como una injusticia el hecho de que el hombre tenia el derecho de seguir relacionándose con otras mujeres y ésta no, este tipo de organización familiar presenta ya un gran avance puesto que aquí la

¹¹ Op. Cit. p. 86

¹² Bossert Gustavo A. Manual de Derecho de Familia. Edit. Buenos Aires Depalma. 2003. p 3

¹³ Engels Friedrich. El Origen de la Familia. Edit. Coyoacan. México 2000. p. 93

mujer tiene derecho a pertenecer a un solo hombre y por lo tanto éste ya puede estar seguro de que los hijos que tenga su esposa serán de él, lo que como veremos dio lugar al sistema familiar de tipo patriarcal.

Se ha dicho y se ha demostrado que en los pueblos más antiguos en los que se observaba un sistema patriarcal, éste era considerado como una base misma de su organización social, ya que se establecía alrededor del padre (generalmente en torno al ascendente varón más antiguo) constituyendo de esta forma, una fuerte unidad de vínculos de carácter jurídicos, económicos, políticos y religiosos.

El anterior sistema lo podemos observar claramente en el Derecho Romano ya que en “la familia romana se reconocía el parentesco exclusivamente por línea paterna, además existía una sola persona *sui jure*: el paterfamilias y una serie de sujetos dependientes de él, denominados *alieni jure*”.¹⁴

La familia romana encontraba su fundamento principal en la idea del poder absoluto¹⁵. Poder detentado por una sola persona denominado *paterfamilias*.

“Finalmente la familia evoluciona hacia su realización actual fundada en la relación monogámica, es decir, un solo hombre y una sola mujer sostienen relaciones sexuales exclusivas y de ellos deriva la prole que completará el núcleo familiar.”¹⁶

La monogamia impuso un orden sexual en la sociedad, en beneficio de la prole y del grupo social.

“La familia monogámica se diferencia de la sindiásmica por una solidez mucho más amplia de los lazos conyugales, que ya no pueden ser disueltos por deseo unilateral de cualquiera de las partes. Este tipo de familia, en sus orígenes permitía que el hombre rompiera con el lazo conyugal y repudiara a su mujer, se le otorgaba el derecho de infidelidad conyugal, sancionado al menos, por la costumbre; el Código de Napoleón se lo concede expresamente mientras no tenga a la mujer en el

¹⁴ Floris Margadat Guillermo. Derecho Romano. Edit. Esfinge. México 2004 p. 178

¹⁵ Las leyes más antiguas le reconocían el derecho de vida y muerte sobre sus sometidos a su potestad.

¹⁶ Bossert Gustavo A. Op. Cit. p 3

domicilio conyugal, hasta llegar a la monogamia actual, que castiga tanto el adulterio por parte del hombre como de la mujer y donde el lazo conyugal se disuelve por el divorcio; por lo tanto la monogamia se exige a uno y a otro.”¹⁷

En resumen el lograr una organización familiar basada en la monogamia no fue algo censillo, sino que tuvo que pasar mucho tiempo y talvez muchas desgracias para comprender que lo sano no es tener relaciones sexuales con “X” número de personas, si no solo con aquella con la cual pretendamos formar una familia.

Es fácil ver el beneficio que obtiene la sociedad, cuando las uniones, el desarrollo de la vida y la descendencia no se fundan en grupos, sino en sujetos individualizados.

Por otra parte es justo decir que hoy en día la familia continua manteniendo una vital importancia en las sociedades humanas dado que es a través de ella como se transmiten los conocimientos, las habilidades, tradiciones, los prejuicios y en general la mayoría de los códigos culturales.

En esta tesitura tenemos la opinión de Maria de la Paz López, para quien “la familia ha sido por muchos años el espacio por excelencia de la transmisión y el arraigo de los ideales y principios que orientan e integran a las generaciones en el mantenimiento, fortalecimiento y enriquecimiento de la vida cultural y de las instituciones”.¹⁸

Además de que la familia es la que generalmente provee a sus miembros de los bienes materiales y espirituales que son necesarios para vivir tales como un hogar, vestido, alimentos, etc. y es en ella también donde se encuentra el verdadero núcleo educativo de los hijos, pues aun cuando existen personas que piensan que con mandar a los hijos a la escuela están cumpliendo con su obligación de educarlos esto no es así, ya que en la escuela en el mejor de los casos solo se adquiere una formación académica pero la verdadera educación de los hijos deben proporcionarla los padres. En este sentido no existe un sustituto de la familia.

¹⁷ Sánchez Márquez Ricardo. Derecho Civil. Edit. Porrúa. México 1998.p 233

¹⁸ De la Paz López María, La Familia Investigación y Política Pública. Día Internacional de la Familia Registro de un Debate. México. 1992 p.26

Ahora bien, existen estudios que demuestran que a partir de la década de 1960 se han producido diversos cambios en la unidad familiar debido a que existen un mayor número de parejas que viven juntas antes o en vez de contraer matrimonio, de forma similar, algunas parejas de personas mayores, a menudo viudos o viudas, encuentran que es más práctico desde el punto de vista económico cohabitar sin contraer matrimonio.¹⁹

Mi personal punto de vista en relación a lo anterior, es que no importa el hecho de que las personas decidan vivir juntas sin contraer matrimonio puesto que esto no impide de ninguna manera que sea considerada como una familia, pues como lo explicamos antes, la familia tiene diversas fuentes de origen y no solo el matrimonio como lo pretenden establecer algunas personas, ya sea por ignorancia de la materia o por una supuesta moralidad.

En la década de 1970 el prototipo familiar evolucionó en parte hacia unas estructuras modificadas que englobaban a las familias monoparentales, familias del padre o madre casado en segundas nupcias y familias sin hijos.

Las familias monoparentales en el pasado eran a menudo consecuencia del fallecimiento de uno de los padres. Actualmente la mayor parte de las familias monoparentales son consecuencia de un divorcio, aunque muchas están formadas por mujeres solteras con hijos. En 1991 uno de cada cuatro hijos vivía sólo con uno de los padres por lo general la madre. Sin embargo, muchas de las familias monoparentales se convierten en familias con padre y madre a través de un nuevo matrimonio o de un concubinato.

La familia de padres casados en segundas nupcias es la que se crea a raíz de un nuevo matrimonio de uno de los padres. Este tipo de familia puede estar formada por un padre con hijos y una madre sin hijos, un padre con hijos y una madre con hijos pero que viven en otro lugar o bien, dos familias monoparentales que se unen. En este tipo de familia los problemas de relación entre padres no biológicos e hijos suelen ser un foco de tensiones especialmente en el tercer caso.

¹⁹ Diccionario de la Real Academia, México. 2002.

El prototipo de familia que estamos comentando, en mi opinión representa una grave problema sobre todo para los menores, pues en la mayoría de los casos si éstos son muy pequeños crea en ellos un sentimiento de confusión y sufrimiento, ya que para el niño o la niña no es concebible que sus padres no estén juntos y peor aún, que tenga un nuevo papá o una nueva mamá, o bien en su caso nuevos hermanos a los cuales nunca en su vida había visto y que de la noche a la mañana son sus “hermanos”, como casi siempre los adultos pretenden que sea; y si el menor, no es tan pequeño, vamos a decir adolescente, no precisamente creara confusión en él, pero sí sufrimiento e indiferencia en relación al o a los nuevos integrantes de su familia, lo que no permitirá un sano desarrollo del núcleo familiar.

Por otra parte también debemos hablar de aquellas familias sin hijos, las cuales son cada vez más frecuentes dada la libre elección con el que gozan los padres por mandato constitucional y por el control de natalidad (anticoncepción) que facilita aun más esta situación. Durante muchos años, el número de parejas sin hijos se había ido reduciendo de forma constante gracias a la gradual desaparición de enfermedades que como las venéreas, causaban infertilidad. Sin embargo, en la década de 1970 los cambios en la situación de la mujer modificaron esta tendencia así pues hoy las parejas, especialmente en los países más desarrollados a menudo eligen no tener hijos o posponer su nacimiento hasta gozar de una óptima situación económica. Al respecto, Ibarrola opina que “esta situación no solo pone en riesgo a la familia como institución, sino hasta como grupo bio-social.”²⁰

En relación a lo anterior estoy parcialmente de acuerdo, pues si bien es cierto, que mientras más educación o formación académica tengan las parejas, menor será la inquietud de ser padres, pero también lo es, que no estamos en presencia de una cuestión general, es decir, habrá personas muy preparadas que si deseen tener hijos en cualquier momento y otros no, por lo tanto considero que no esta en riesgo la institución familiar, sino que solo es cuestión de tiempo.

Sin lugar a dudas, existen un sin número de causas por las cuales la estructura y organización familiar ha sufrido cambios importantes ya sean positivos o

²⁰ Ibarrola, Derecho de Familia, Edit. Porrúa, México 1998 p.41

negativos pero lo cierto es que la mayoría de éstos provocan desequilibrios que traen consigo casi siempre la desintegración del grupo familiar, así pues entre otros podemos mencionar los siguientes:

-Los cónyuges tienen actualmente una mayor autonomía y libertad, en especial las mujeres, a quienes la legislación ha otorgado mejor estatus legal con respecto al que poseían en otras épocas.

- El papel económico de la mujer dentro de la sociedad se ha transformado logrando mayor independencia, autonomía y libertad.

- El matrimonio religioso se encuentra actualmente en decadencia; y establece que al no considerarse al matrimonio como un sacramento, su estabilidad disminuye, ya que así como se puede entrar libremente a la institución del matrimonio, se puede salir de igual forma de ella.

Además, “estudios recientes demuestran que no son las crisis de valores o étnicas, ni los cambios culturales (impulsados en la mayoría de los casos por los medios de comunicación), los que derivan en las transformaciones de la familia actual, sino que estos cambios tienen que ver más con las modalidades del desarrollo y con las formas que se han pretendido dar a la búsqueda del estado de bienestar. Así las razones que se aducen se concentran en la pérdida de funciones de la familia, que resulta consustancial con el proceso de modernización.”²¹

En efecto, la historia reciente de la familia esta escrita sobre una serie de “relevamientos de funciones”, en donde otras instituciones públicas o privadas, en proceso de especialización, asumen responsabilidades y funciones que en otros tiempos fueron privativas de la familia, así como la creciente incorporación de la población a los procesos de socialización y educación en las escuelas, el cuidado de infantes en guarderías, el cuidado de enfermos y ancianos en hospitales e instituciones de asistencia, la seguridad social, etc.

²¹ De la Paz López María, La Familia Investigación y Política Pública. Día Internacional de la Familia Registro de un Debate. México. 1992. p.27

“Una gran cantidad de estudios ha documentado que las transformaciones en la composición de las familias y las relaciones intrafamiliares, así como en la legislación, tienen mucho que ver con los cambios estructurales en la distribución de los recursos económicos y sociales, como la ampliación de la población asalariada, la extensión de la seguridad social, la extensión y la obligatoriedad de la enseñanza en el nivel primario y secundario, la mayor equidad en el acceso de oportunidades educativas entre niños y niñas, la creciente incorporación de las mujeres al mercado de trabajo y su cada vez mayor acceso a ocupaciones que en el pasado eran reservadas a los hombres. Si bien se puede decir que las funciones de la familia parecen reducirse con el avance de la modernidad, con este hecho compite otro de enorme trascendencia como lo son: las obligaciones y presiones que se ejercen sobre la familia en una época de transición y en tiempos de crisis.²²

En mi opinión, puedo afirmar que la única función familiar que ha sobrevivido a todos los cambios, es la de ser fuente de afecto y apoyo emocional para todos sus miembros.

Ahora bien, considero que la intervención de las mencionadas instituciones en las funciones de la familia, son un arma de dos filos, pues por una parte equilibran los derechos del hombre y de la mujer dentro de la familia al permitir la incorporación de ésta en casi todos los campos (por no decir que en todos) produciéndose con ello una mejor condición económica para la familia; y por otra parte al mismo tiempo da lugar al abandono de la misma, pues lógicamente que al tener los padres de familia otras actividades, suelen abandonar a los hijos en una guardería, con los vecinos o bien, en el mejor de los casos, con los abuelos; pese a ello no deja de ser importante la inclusión de dichas instituciones en las funciones familiares.

En otras palabras no todo puede ser bueno, muchas veces tenemos que sacrificar las cosas que más nos producen alegrías y satisfacciones, para lograr nuestros propósitos ya sean económicos, profesionales, laborales, etc.

²² Ibidem.

Sin embargo, no podemos perder de vista que la familia es en gran medida responsable de la socialización de los hijos, pues aun cuando en esta actividad los amigos y los medios de comunicación juegan un papel muy importante, jamás serán un sustituto de la familia, sino solo un complemento.

En conclusión podemos decir que la forma más elemental y primigenia de la organización social es la familia, siendo una institución natural obligada y requerida por las leyes biológicas, la cual se ha transformado a través del tiempo y del espacio, y que como todo ser vivo se seguirá evolucionando en lo futuro.

1.3 FUNDAMENTOS DE LA FAMILIA.

Cabe decir que este tema lo desarrollo partiendo de mi criterio, por lo cual solo tomare notas doctrinales que sean muy necesarias para la correcta apreciación del mismo.

Sabemos que los fundamentos de la familia pueden ser de diverso orden, sin embargo, para el presente trabajo solo tomaremos a los jurídicos y sociales.

Los fundamentos jurídicos son aquellos que la ley establece en relación al matrimonio, concubinato y parentesco; en razón de ser fuentes originarias de la misma, como ya repetidamente lo hemos venido diciendo.

Ahora bien, considero que para el estudio de los fundamentos de la familia se tienen que tener muy presentes a los fines del matrimonio ya que estos son la columna vertebral de toda unidad familiar es decir, su fundamento, pues no podemos imaginar siquiera a una familia sin comunidad de vida, respeto, igualdad y ayuda mutua. Así, nos resulta oportuno entrar al estudio de los fines del matrimonio, mismos que se encuentran en el artículo 146 del Código Civil para el Distrito Federal que dispone:

a) Comunidad de vida. Aquí se entiende que los pretendientes celebran el matrimonio para toda la vida y no para unirse en forma pasajera. Consiste en la convivencia diaria entre ambos cónyuges, en la cual se deben cumplir con los derechos y obligaciones que derivan del matrimonio, tales como proporcionarse alimentos, ayudarse, respetarse, etc.

b) Respeto. Para que el matrimonio pueda llevarse en armonía y lograrse una verdadera comunidad de vida los cónyuges deben respetarse, ya que de lo contrario podría en un momento dado llegar a ser una situación insostenible para ellos, que puede llevar a la pareja en un momento determinado al divorcio.

c) Igualdad. Esta deriva de un principio de justicia a favor de la mujer y en general de todo ser humano, plasmado en el artículo 4^a Constitucional que dice: "El varón y la mujer son iguales ante la ley...", el cual también encontramos en los artículos 2, 163, 164 y 168 del Código Civil vigente para el Distrito Federal.

d) Ayuda mutua. Es una consecuencia natural del amor que se tiene la pareja, así como un deber jurídico, por el que los casados deben de socorrerse en las cargas de la vida. Cuando la pareja no se socorre en los momentos en que uno necesita del otro, trae consigo problemas serios que con el tiempo van deteriorando la relación pudiendo llegar al divorcio.

e) Posibilidad de tener hijos de manera libre e informada y responsable. Anteriormente a las reformas del Código Civil para el Distrito Federal publicados en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el 25 de Mayo del 2000, la perpetuación de la especie era un fin preponderante en el matrimonio, pero con la entrada en vigor de dichas reformas, se encuentra superado ese criterio y se ha dejado a la procreación como un fin de carácter opcional para los cónyuges. Dicho criterio contenido en el Código Civil del Distrito Federal lo encontramos plasmado también en la Constitución en el artículo 4^o que señala que "Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre e informada el número y espaciamiento de sus hijos".

En mi opinión considero que los fines del matrimonio son la comunidad de vida y la posibilidad de procreación, ya que en cuanto a la igualdad, respeto y la ayuda mutua no deben verse como fines, sino más bien como deberes conyugales ya que el mencionado artículo 146 del Código Civil del Distrito Federal establece que el matrimonio es la unión libre de un hombre y una mujer para realizar la comunidad de vida donde ambos se procuraran respeto... por lo tanto, más que fines propiamente son deberes matrimoniales que deben observarse por los cónyuges dentro de la convivencia diaria de pareja; finalizando con la posibilidad de procrear hijos a lo cual si considero un fin.

Por otra parte respecto del punto de vista social la familia es la base de toda sociedad civilizada²³; en virtud de que las virtudes sociales se aprenden y afianzan en la familia, de ahí que sea la célula moral de la sociedad, si la familia como célula cultural no está activa y reproduciéndose, provoca necesariamente el envejecimiento de la sociedad.

Sin embargo, aún cuando muchos autores afirman que la familia es la base de toda sociedad, Luis Leñero Otero manifiesta que “aquello es una bonita metáfora, una analogía verbal tomada de la terminología biológica; pero en realidad lo que sucede es que la familia es una unidad independiente de la sociedad. Es decir, la sociedad condiciona la existencia y la formación de las nuevas unidades familiares que nacen en ella. Por lo tanto, no es de la familia de donde emanan las directivas y las acciones que van a modificar a la sociedad global. Hay una interacción entre ambos ámbitos, pero se trata de una mediación dual que hay que analizar para entender el desarrollo familiar en su relación con el desarrollo socioeconómico”.²⁴

Respecto a lo anterior, considero que el mencionado autor tiene razón al considerar que existe una interacción entre la familia y la sociedad, sin embargo, no coincido con él, cuando afirma que la familia es una unidad independiente de la misma, dado que como lo mencione antes, es en la familia donde generalmente el individuo adquiere todo tipo de valores que han de servirle después para su correcto

²³ Cabanellas Guillermo, Diccionario de Derecho Usual., Tomo II, 11ª Edic, Edit. Heliasta, p. 176

²⁴ Leñero Otero Luis, La Familia Investigación y Política Pública. Día Internacional de la Familia Registro de un Debate. México. 1992. p. 13

desarrollo dentro de una sociedad. Desde esta perspectiva podemos considerar como fundamentos familiares a los principios o valores que toda familia impone a sus miembros que la integran, los cuales son de observancia obligatoria dentro y fuera de ella, pues de no cumplir con éstos será la misma familia la que se encarga de sancionar y en su caso corregir la falta.

Finalmente, podemos decir que existen otro tipo de fundamentos sobre los cuales debe cimentarse un grupo familiar, tales como el amor, la obediencia y la gratitud que debemos guardar hacia nuestros progenitores para vivir en armonía dentro o fuera del núcleo familiar.

1.4 LA FAMILIA COMO INSTITUCIÓN JURÍDICA.

La familia al ser la más antigua de las instituciones humanas constituye un elemento clave para la comprensión y funcionamiento de la sociedad, pues es a través de ella como la sociedad no sólo se provee de nuevos miembros, sino que se encarga de prepararlos para que cumplan satisfactoriamente con el papel social que les corresponda.

Debemos decir que en este tema como en otros nos encontramos ante un debate, sobre la naturaleza de la familia, pues por ejemplo Bossert nos explica que aun cuando “la función del Derecho es garantizar adecuados mecanismos de control social de la institución familiar, imponiendo a sus miembros (cónyuges, hijos, parientes) deberes y derechos que la estructura requiere para el adecuado cause de la pauta socialmente institucionalizada . Esto no significa que el derecho debe regular la totalidad de los aspectos de la institución familiar pues suele haber comportamientos basados en las costumbres, las tradiciones, que la ley no recoge, y otros que deliberadamente quedan librados a la espontaneidad o la conciencia y que

obedecen a concepciones étnicas o morales e incluso religiosas, de los miembros de la familia.”²⁵

Con lo cual estamos de acuerdo pues aun cuando la familia es una institución protegida con la regulación de las instituciones jurídicas que le dan origen, la misma tiene derecho al gobierno de sí misma, es decir, la familia es soberana ya que ninguno de los poderes federales (ejecutivo, legislativo o judicial), pueden confeccionar arbitrariamente las normas que regulan la vida intrafamiliar.

En esta postura encontramos al autor Ignacio Galindo Garfias quien expresa lo siguiente:

“La familia como agrupación humana tiene sus propias pautas normativas , en su seno se regula de manera espontánea la conducta que deben observar los miembros del grupo en sus relaciones internas para formar la comunidad familiar y para que esta pueda desempeñar sus funciones de manera estable, segura y ordenada.

Esta característica normativa esencial y propia del grupo familiar no es una creación del legislador, pues la familia crea sus propias normas de comportamiento cuyo origen se encuentra en la naturaleza humana (porque es una agrupación humana natural). Y por esa misma característica de la normativa familiar, que se identifica con la naturaleza misma del grupo, esas pautas de conducta, participan en alguna medida en la idiosincrasia de los diversos grupos de familia, según sea el nivel social, económico, cultural, religioso y aún geográfico al que pertenece cada uno.”²⁶

“Así las cosas, carece de sentido pretender descubrir una específica naturaleza jurídica de la familia. No tiene asidero pretender que constituye una persona jurídica, pues no existe norma de la pueda derivarse que la familia, como tal sea titular de derechos y obligaciones. Tampoco la familia constituye un organismo jurídico, en el cual se pueda advertir una interdependencia entre los individuos que la

²⁵ Bossert Gustavo A. Manual de Derecho de Familia. 5ª Edic. Buenos Aires Depalma. 2003 p.9

²⁶ Galindo Garfias Ignacio. Estudio del Derecho Civil. Edit. Porrúa. México 1997. p. 598-599

componen y una dependencia a un interés superior, un poder familiar que, a semejanza del poder estatal trascienden en una estructura autoritaria.”²⁷

Por nuestra parte establecemos que si se trata de una institución jurídica por el hecho de que entre sus miembros nacen derechos y obligaciones los cuales constituyen materia de derecho,

Lo anterior se puede fundamentar en el artículo 138 Quárter que manifiesta lo que a continuación se transcribe: “Las relaciones jurídicas familiares constituyen el conjunto de deberes, derechos y obligaciones de las personas integrantes de la familia”.²⁸

Además, consideramos que la familia si es una institución jurídica en virtud de que en el artículo 138 Ter del Código Civil para el Distrito Federal se establece textualmente que: “Las disposiciones que se refieran a la familia son de orden público interés social y tiene por objeto proteger a su organización y el desarrollo integral de sus miembros, basados en el respeto a su dignidad”.²⁹

Cabe hacer la aclaración de que aun cuando las disposiciones familiares son de orden público e interés social, ello no quiere decir que pertenezcan al derecho público, sino que recaen directamente en la esfera del derecho privado puesto que siempre atienden al interés particular, pero el interés social y el orden público que llevan implícito hace que dicha institución deban ser organizada por el Estado, evitando en todo lo posible que los interesados las puedan modificar, por ello se les ha atribuido a los derechos de familia un carácter irrenunciable, no negociables e imprescriptible.

²⁷ Bossert Gustavo A. Manual de Derecho de Familia. 5ª Edic. Buenos Aires Depalma. 2003. p. 10

²⁸ Ibidem.

²⁹ Código Civil para el Distrito Federal . Edit. Sista. México 2004.

1.5 LA FAMILIA EN EL DERECHO MODERNO.

Dado que la familia es la base de una sociedad civilizada, se hace necesario que ésta sea contemplada por el Derecho a efecto de protegerla y garantizar el cumplimiento de sus fines. Así pues, el conjunto de disposiciones jurídicas que organizan y estructuran a la familia a través de su evolución histórica se caracterizan principalmente por su naturaleza imperativa e irrenunciable, lo que significa que imponen obligaciones y correlativamente se conceden facultades; y que no se puede renunciar a las disposiciones jurídicas establecidas.

En virtud del instinto sexual, de la necesidad del cuidado y protección de la prole, así como de la costumbre social, el derecho estructura y organiza a la familia para lograr su estabilidad y su unidad institucional, creando un conjunto de normas de carácter familiar; estableciendo un complejo de relaciones jurídicas entre los progenitores y sus hijos que disciplinan la filiación y dando unidad de dirección al grupo familiar por medio del ejercicio de la patria potestad para permitir a los padres el cumplimiento del deber de proteger y educar a sus hijos.³⁰

De la misma manera también es importante señalar que en el ámbito internacional la familia representa un papel de suma importancia, de esta manera la Organización de las Naciones Unidas (ONU) entre otras, ha establecido ciertos principios rectores como lo son :

La Declaración del Progreso y el Desarrollo en el Dominio Social adoptada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas el 11 de Diciembre de 1969, que menciona lo siguiente :

“La familia como elemento básico de la sociedad y como medio natural de crecimiento y bienestar de todos sus miembros, en especial de los niños y de

³⁰ Instituto de Investigaciones Jurídicas, Enciclopedia Jurídica Mexicana, Edit, Porrúa, México 2002 p.43

los jóvenes, debe ser ayudada y protegida para que pueda asumir plenamente las responsabilidades que tiene para la comunidad.”³¹

Otra organización que ha señalado la importancia de la defensa de la institución familiar es la Organización de Estados Americanos (OEA), quien en la Convención Americana Especial Sobre los Derechos del Hombre, firmada en la Conferencia Interamericana Especial sobre los Derechos del Hombre, efectuado en san José de Costa Rica el 22 de Noviembre de 1969, se establecieron normas de protección a la familia, así en su artículo 17º fracción I señala que:

“ La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado “. ³²

Así la familia es considerada mundialmente como un elemento indispensable para la existencia y desarrollo de una sociedad, por tal motivo el Estado a través del derecho, se ha encargado por mucho tiempo de vigilar que cumpla con su misión, estableciendo los lineamientos jurídicos conforme a los cuales toda familia debe desarrollarse y organizarse, evitando de esta manera que la voluntad de los particulares sea la que establezca normas reguladoras de las relaciones familiares.

Ahora bien, en acatamiento a las normas de carácter internacional, la mayoría de las Constituciones Políticas de los países, han incorporado las normas básicas de derecho de familia, elevando a rango constitucional la importancia de la misma, tal es el caso de México, que en el año de 1975 reformo el artículo 4º su Constitución Política estableciendo que:

“El varón y la mujer son iguales ante la ley. Esta protegerá la organización y el desarrollo de la familia...” ³³

Así pues, resulta oportuno hacer la aclaración de que una cosa es proteger a la mujer, al marido, o a los hijos y otra cosa es proteger a la familia considerada como una

³¹ Organización de las Naciones Unidas. Declaración Sobre el Progreso y el Desarrollo en el Dominio Social, Resolución 25642, artículo 4º, 1969

³² Organización de Estados Americanos. Conferencia Interamericana Especial sobre los Derechos del Hombre, artículo 17º fracción I, 1969

³³ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Edit. Porrúa México. 2004

institución; lo que significa que el interés individual de cada uno de los miembros de la familia deberá ceder en ocasiones, ante el beneficio general de la misma. Al respecto Ruggiero nos dice que “en las relaciones familiares el interés individual es sustituido por un interés superior, que es el derecho de familia, porque a las necesidades de ésta y no a las del individuo subviene la tutela jurídica. Y a través del interés familiar, exige y recibe protección de un interés más alto el Estado, cuya fuerza de desenvolvimiento y vitalidad dependen de la solidez del grupo familiar”.³⁴

En opinión de Ruggiero “Todo el derecho de familia es disciplina de estados y condiciones personales, los derechos y deberes del individuo son determinados por el Estado los que le son asignados al individuo ya sea en el grupo familiar o fuera de éste y frente a la comunidad social. Al fijar los supuestos y las condiciones que se requieren para que un vínculo surja, subsista o se extinga, al regular las potestades y las subordinaciones, al atribuir derechos y deberes del individuo, al imponerle deberes que derivan de la concesión de determinadas funciones, o al fijar la competencia correspondiente o determinar órganos la ley consagra estados personales, condiciones subjetivas de valor universal, eficaces dentro y fuera del grupo que exigen el respeto de todos. Son precisamente derechos absolutos que se imponen a la observancia general; también cuando de la relación deriven obligaciones y deberes de los demás miembros del grupo frente al titular, lo que interesa sobre todo a la regulación jurídica es la posición personal que fundamenta y legitima contra todos”.³⁵

Considero que además de los motivos antes manifestados por los cuales el Estado ha intervenido en la organización de la familia y desarrollo de las relaciones familiares, es el hecho de que la familia ha perdido parte de la unidad que en otros tiempos tuvo, lo que podría traducirse en un momento dado en un desequilibrio social, que pondría en peligro la paz que debe reinar en todo lugar, por ello es de suma importancia evitar que esto suceda.

Por lo anterior, el Estado siempre debe estar pendiente de los problemas que pueden dar origen a la desavenencia del grupo familiar, ya que es de interés social

³⁴ De Ruggiero Roberto. Instituciones de Derecho Civil. Tomo II. Vol.2 Madrid Reus.1998 p.9

³⁵ Ibidem.

que se cumplan las funciones básicas de educación y formación del hombre dentro de la familia, y para ello se ha apoyado en disposiciones de diversa índole, y particularmente en lo que toca al régimen de seguridad social y asistencia.

Por otra parte, para ejemplificar la relación que tiene el Derecho con la familia podemos mencionar lo que Guillermo Cabanellas³⁶ nos expone con algunas ramas del Derecho. Así tenemos que “en el Derecho Penal la idea de familia es de las primordiales; ya que configura el más grave de los delitos contra las personas (parricidio, filicidio, matricidio, conyugicidio y el fratricidio). Integra la forma más agravada del estupro que se denomina incesto; constituye además un elemento que toman en cuenta los tribunales para agravar (en caso de delitos contra las personas) o atenuar (en el caso de los delitos patrimoniales) la responsabilidad; además es básica en los delitos de infanticidio, aborto, suposición de partos, usurpación de estado civil, celebración de matrimonio ilegal y por último en ciertas faltas que castigan la infracción de deberes familiares entre los cónyuges y padres e hijos.

En el Derecho Procesal, la relación familiar fundamenta la recusación de jueces y peritos y la tacha de testigos. Por otra parte ciertos parientes del procesado están dispensados de declarar.

En el Derecho Administrativo el vínculo de familia crea incompatibilidades para determinados cargos o empleos.

Ahora bien, por otra parte, no podemos dejar de reconocer que en una sociedad como la nuestra, la familia no se encuentra regulada de manera exclusiva por el derecho; sino que en este campo influye como en ningún otro la religión, la costumbre y la moral; por lo que podemos decir, que la familia antes que jurídico, es un organismo ético, ya que sus fines no se agotan en función de generación y defensa de sus miembros, sino que busca además la formación integral del individuo, infundiéndole una determinada escala de valores y una serie de normas de conducta que lo hacen apto para la vida en sociedad.

³⁶ Cabanellas Guillermo, Diccionario de Derecho Usual. Tomo II. 11ª Edic. Edit. Heliasta. 1976 p. 177

En relación a dicho en el párrafo anterior tenemos la opinión del maestro Galindo Garfias para quien “la familia como agrupación humana, tiene sus propias pautas normativas en su seno se regula en manera espontánea la conducta que deben seguir los miembros del grupo en sus relaciones internas para formar la comunidad familiar y para que ésta pueda desempeñar sus funciones en forma estable, segura y ordenada. Se trata de reglas de conducta que son integradoras del grupo social mismo. Por lo que su trasgresión atenta contra la vida del grupo familiar en su conjunto”.³⁷

En mi opinión, los preceptos esenciales que la ley presupone en materia familiar derivan de las propias reglas que se impone la familia, las cuales fueron y continúan siendo apropiadas por el derecho, transformándolos en preceptos jurídicos; lo que explica el fenómeno peculiar que se presenta en este ámbito, es decir, la existencia de preceptos sin sanción, con sanción atenuada o incoercibles; porque el derecho, o es por si mismo incapaz de provocar mediante coerción la observancia de dichos preceptos o bien, cree más conveniente confiar su observancia al sentimiento ético, a la costumbre o a otras fuerzas que actúan en el ambiente social.

³⁷ Galindo Garfias Ignacio, Estudio del Derecho Civil. Edit. Porrúa México 1997. pp. 559 y 600

CAPITULO II

EL MATRIMONIO

2.1 CONCEPTO DE MATRIMONIO

Etimológicamente la palabra castellana matrimonio, deriva de la latina *matrimonium*, de las voces *matris*, madre y *manium*, carga, gravamen o cuidado de la madre y parece expresar que las cargas más pesadas derivadas de esta unión recaen sobre la madre. Según Castán las Decretales de Gregorio IX decían, comentando esta derivación, que para la madre, el niño es antes del parto oneroso, doloroso en el parto, y después del parto gravoso, por cuya razón el legítimo enlace del hombre y la mujer se ha denominado matrimonio. Sociológicamente se hace derivar de la frase *matrem muniens*, significando la idea de defensa y protección de la madre.¹

Del matrimonio se han dado muchas definiciones, entre otras, podemos destacar las siguientes:

Para Ventura Silva Sabino el matrimonio es “la unión de dos personas de distinto sexo con la intención de ser marido y mujer”.²

Lo que resulta claro de la definición anterior así como de las que más adelante veremos, es que el matrimonio solo puede celebrarse por dos personas de distinto sexo, en virtud de así establecerlo la legislación Civil para el Distrito Federal en su artículo 146 que expone lo siguiente:

“Artículo 146. Matrimonio es la unión libre de *un hombre y una mujer* para realizar la comunidad de vida, en donde ambos se procuraran respeto, igualdad y ayuda mutua, con la posibilidad de procrear hijos de manera libre, responsable e

¹ Sánchez Márquez Ricardo, Derecho Civil. Parte General Personas y Familia, Edit. Porrúa, México 1998 p.299

² Ventura Silva Sabino. Derecho Romano. Curso de Derecho Privado. 20ª Edic. Edit. Porrúa. México 2004. p.99

informada. Debe celebrarse ante el juez del Registro Civil y con las formalidades que esta ley exige.”³

Por otra parte, considero que no se debe dejar pasar por alto la anterior definición, sin antes mencionar una pequeña pero significativa crítica que de la misma realiza el maestro Gutiérrez y González la cual consiste “en el error de considerársele al matrimonio como la “unión libre de un hombre y una mujer...”, dado que tal concepción resulta contradictoria a los fines del matrimonio, ya que la unión libre implica la unión temporal de un hombre y una mujer, sólo para gozar los placeres del cuerpo y de la vida, pero con el compromiso de evitar “consecuencias chillonas” , lo que significa que no hay cargas de la vida, además de ser sólo por cierto tiempo; de esta manera es absurdo decir que el matrimonio es la unión libre... pues los fines del matrimonio nada tienen que ver con los de aquélla. De esta manera continua diciendo el autor que lo quisieron decir los asambleístas que intervinieron en la reforma del 2000 es que en el matrimonio las partes deben expresar libremente su voluntad para contraer el mismo.”⁴

Por lo anterior, el texto legal aludido debe decir en mi opinión lo siguiente: El matrimonio es la manifestación libre de voluntad entre un hombre y una mujer para realizar la comunidad de vida, en donde ambos se procuraran respeto, igualdad y ayuda mutua, con la posibilidad de procrear hijos de manera libre, responsable e informada. Debe celebrarse ante el juez del Registro Civil y con las formalidades que esta ley exige.

En opinión de Gutiérrez y González el matrimonio es: “un contrato solemne, de tracto sucesivo, que se celebra entre una sola mujer y un solo hombre, que tiene el doble objeto de tratar de sobrellevar las partes, en común los placeres y cargas de la vida y tratar de perpetuar la especie humana.”⁵

Si nos damos cuenta, el maestro Gutiérrez y González define al matrimonio con la naturaleza jurídica de contrato solemne, de tracto sucesivo, además de hacer

³ Código Civil para el Distrito Federal Edit. Sista, México 2004 p.19

⁴ Gutierrez y González Ernesto. Derecho Civil para la Familia. Edit. Porrúa México.2004 p. 224

⁵ Op. Cit. p.222

referencia solo a dos fines, es decir, la comunidad de vida y la posibilidad de procreación.

Por otra parte, Baqueiro Rojas, nos explica que “el termino matrimonio implica fundamentalmente dos acepciones, las cuales exponemos a continuación:

1. Como acto jurídico, puesto que el matrimonio es un acto voluntario efectuado en un lugar y tiempo determinado, ante el funcionario que el Estado designa para realizarlo; y
2. Como estado matrimonial, ya que el matrimonio es una situación general y permanente que se deriva del acto jurídico, originando derechos y obligaciones que se traducen en un especial genero de vida.

Así pues, tomando en cuenta las anteriores acepciones este autor opina que el matrimonio es: “el acto jurídico complejo, estatal, que tiene por objeto la creación del estado matrimonial entre un hombre y una mujer”.⁶

En esta definición nuevamente encontramos que el autor parte de una naturaleza jurídica del matrimonio, como lo es el acto jurídico complejo, con la cual estamos de acuerdo, ya que como lo veremos más adelante, la unión entre un hombre y una mujer que llamamos matrimonio, se logra en virtud de un acto jurídico que tiene por fin inmediato establecer las relaciones jurídicas conyugales.

Rogina Villegas ha establecido que “en la concepción del matrimonio, han intervenido diversos factores, que podemos fundamentalmente reducir a tres:

- a) El primer factor es el concepto romano del matrimonio del cual transcribimos una breve síntesis formulada por Ruggiero y de la que se desprende un concepto integral de la institución :

⁶ Baqueiro Rojas Edgar. Derecho de Familia y Sucesiones. Facultad de Derecho UNAM. Edit. Harla. 2004. p.39

“El matrimonio romano que en la larga evolución de aquel derecho adoptó configuraciones muy diversas, de forma que el matrimonio justiniano no es en realidad más que una pálida imagen del arcaico- se halla integrado por dos elementos esenciales. El uno físico, la conjunción del hombre con la mujer, que no debe entenderse como la conjunción material de sexos y sí en un sentido más elevado, como unión o comunidad de vida que se manifiesta exteriormente con la deductivo de la esposa *in domum mariti*. La *deductio* inicia la cohabitación y fija el momento en que el matrimonio se inicia. Desde este instante la mujer es puesta a disposición del marido, se haya sujeta a éste y comparte la posición social del mismo. Este poder del marido sobre la mujer puede ser más o menos intenso, afirmarse enérgicamente en la *manus* que coloca a la mujer en situación de hija o faltar completamente; la participación en la dignidad, en los honores, en el culto familiar del marido puede ser más o menos plena; la cohabitación puede interrumpirse, el régimen patrimonial puede variar; puede darse una absoluta paridad y una plena bilateralidad de derechos y deberes; pero lo importante es que el elemento físico no falte, que haya un estado de hecho manifestado en la convivencia, en el ponerse la mujer a disposición del marido.

El otro elemento es intelectual o psíquico y es el factor espiritual que vivifica el material o corporal, del mismo modo que en la posesión (a ella se equipara el matrimonio en las fuentes romanas con frecuencia) el *animus* el requisito que integra o complementa el *corpus*. Este elemento espiritual es el *affectio maritalis*, o sea la intención de quererse en el marido y la mujer, la voluntad de crear y mantener la vida común, de perseguir la consecución de los fines de la sociedad conyugal; un voluntad que no consiste en el consentimiento inicial en un único acto volitivo, sino que debe prolongarse en el tiempo, ser duradera y continua, renovándose de momento a momento, porque sin esto la relación física pierde su valor.

Cuando estos dos factores concurren, el matrimonio queda constituido; si uno de ellos falta o desaparece, el matrimonio no surge o se extingue”.⁷

⁷ De Ruggiero Roberto, Cit. por Rojina Villegas Rafael. Compendio de Derecho Civil I. Personas y Familia. Edit. Porrúa. México 2004. p.288.

Una vez analizado este factor, nos percatamos que el derecho romano influyo considerablemente en la figura del matrimonio, al haber introducido los elementos esenciales para dicha institución cuando dispuso en primer termino que: la unión debe ser entre un hombre y una mujer para realizar la comunidad de vida y es aquí, donde considero, que tiene lugar el segundo elemento, es decir, el factor espiritual que no es otra cosa que el *affectio maritalis* (la intención de ser marido y mujer), el cual no debe ser sólo inicial, sino perpetuo; lo que significa que los cónyuges deben tener la voluntad no solo de crear la vida en común, sino también de mantenerla.

- b) “ El segundo factor es el concepto canónico del mismo. Remitiéndonos a la obra de Ruggiero dice así:

“... el matrimonio se eleva a la dignidad de sacramento: según la concepción canónica, es un sacramento solemne cuyos ministros son los mismos esposos, siendo el sacerdote un testigo autorizado por la Iglesia ; la unión de los esposos es la unión de una unión de cristo con la Iglesia, y como ésta indisoluble. El vínculo es creado por la voluntad de los esposos, ya que es su libre consentimiento el que genera la relación matrimonial; pero su consagración ante la Iglesia, merced a la bendición nupcial, lo eleva a sacramento y como el sacramento ha sido instituido por Dios, y Dios mismo sanciona la unión, ésta es indisoluble... la base jurídica se estructura con las definiciones y pasajes de las fuentes romanas, pero genera consecuencias muy diversas: Interpretando los textos en el que se hace alusión al *consensus* en oposición a la cópula, algunos juristas, si bien espiritualizan el matrimonio infundiendo en él la idea religiosa, ven en el mismo un contrato, porque creen que el *consensus* que en los pasajes romanos significa *affectio maritalis*, equivale a acuerdo o convención, es decir, a un contrato.”⁸

De igual forma que el anterior, este factor es importante, pues como lo veremos más adelante, en diferentes épocas y lugares del mundo, el matrimonio tenía el carácter de indisoluble por habersele considerado como un sacramento divino, sin embargo, con el transcurrir del tiempo, este concepto canónico del matrimonio ha ido en decadencia.

⁸ Op. Cit. p. 289.

c) El tercer y último factor es el concepto laico del matrimonio.

Rojina Villegas dice que “este factor tiene que ver el protestantismo ya que éstos rechazaban la naturaleza sacramental del matrimonio; de igual forma influyeron las ideas de la Iglesia galicana pues en Francia durante el siglo XVI se difundió una teoría teleológica-jurídica que separaba dentro del matrimonio el contrato del sacramento: la regulación del contrato es competencia exclusiva del estado, pero es supuesto para recibir el sacramento del matrimonio y por ultimo también tuvo que ver la influencia del derecho natural pues los teóricos de los siglos XVII y XVIII, niegan la naturaleza sacramental del matrimonio y lo conciben como un contrato de naturaleza civil.”⁹

Como podemos observar, este ultimo factor, tuvo como finalidad que se le negará al matrimonio el carácter sacramental, argumentando que se trataba de un contrato de naturaleza civil y por ende debía ser competencia exclusiva del Estado. Desde mi punto de vista este es el concepto vino a dar un cambio radical a la institución del matrimonio; pues ha creado una situación grotesca en la practica matrimonial que perdura hasta nuestros días, ya que los jóvenes deben casarse dos veces, una conforme a la Iglesia y el Derecho Canónico y otra de acuerdo con el Estado y la Ley Civil, lo cual es absurdo, porque no pudiendo lógicamente las mismas personas casarse dos veces, resulta que en la conciencia de los contrayentes solo uno esos actos es el verdadero matrimonio, y el otro simplemente es un remedio o requisito burocrático que se celebra para dar validez civil a su matrimonio, pero pocas veces es visto como un verdadero matrimonio.

Así las cosas en México el artículo 130 de la Constitución de 1917 ha declarado que los actos del estado civil de las personas son de la exclusiva competencia de las autoridades administrativas en los términos que establezcan las leyes, y tendrán la fuerza y validez que las mismas les atribuyan. Las autoridades federales, los estados y los municipios tendrán en esta materia las facultades y responsabilidades que determine la ley. Sin embargo, debe reconocerse que para la debida interpretación de las normas que regulan los impedimentos, así como para las sanciones de nulidad, es

⁹ Rojina Villegas Rafael. Compendio de Derecho Civil I. Personas y Familia. Edit. Porrúa. México 2004. pp. 289-290.

necesario tomar en cuenta los antecedentes del derecho canónico. Desde nuestros Códigos Civiles de 1870 y 1884 el matrimonio ha quedado totalmente reglamentado por la ley civil, tanto por lo que se refiere a su celebración ante el Oficial del Registro Civil competente como en lo que atañe a la materia de impedimentos, a los acaso de nulidad y a los efectos de la institución.¹⁰

Retomando la idea del concepto del matrimonio tenemos que Sara Montero lo define como: “la forma legal de constituir la familia a través del vínculo jurídico establecido entre dos personas de distinto sexo, que crea entre ellos una comunidad de vida total y permanente con derechos y obligaciones recíprocos, determinados por la propia ley”.¹¹

Podemos hacer una pequeña crítica a la definición anterior pues al haber dicho que es “la forma legal de constituir a la familia...”, desde mi punto de vista podría parecer que establece que el matrimonio, es la única forma de constituir a la familia lo cual es erróneo, pues como lo establecimos en capítulo referente a la misma “el matrimonio no es la única forma de origen de la familia, sino solo una de las posibles formas de establecerla.

Y por último tenemos que Pina Vara considera al matrimonio como: “la unión legal de dos personas de distinto sexo, realizada voluntariamente, con el propósito de convivencia permanente, para el cumplimiento de todos los fines de la vida”.¹²

Como pudimos ver casi todas las definiciones de matrimonio expuestas coinciden en la libre voluntad que debe imperar entre los consortes para la celebración del mismo; además de hacer hincapié en que dicha unión debe ser solo entre un hombre y una mujer, de esta manera, no cabe la más mínima posibilidad de que personas del mismo sexo contraigan matrimonio. Otro elemento en que los autores referidos están de acuerdo es que el matrimonio es para realiza una comunidad de vida, donde algunos

¹⁰ Ibidem.

¹¹ Montero Duhalt Sara, Derecho de Familia, 5ª Edic, Edit. Porrúa, México 1992 p.97

¹² De Pina Vara Rafael . Diccionario Jurídico Mexicano. Edit. Porrúa México 2004 p.368

llegan a manifestar que ésta debe ser de modo permanente, lo que para mi significa que el matrimonio debe contraerse con la intención de que perdure.

En relación al comentario anterior, creemos pertinente decir que no debemos confundir a la permanencia con la indisolubilidad, ya que esta última “atañe a la posibilidad de que el vínculo matrimonial pueda extinguirse, no obstante de haber sido válidamente constituido, en razón de hechos naturales o circunstancias voluntarias.”¹³

Finalmente opino que el matrimonio se constituye por la manifestación libre de voluntad entre un hombre y una mujer para realizar la comunidad de vida, en donde ambos se procuraran respeto, igualdad y ayuda mutua, con la posibilidad de procrear hijos de manera libre, responsable e informada.

2.2 EVOLUCIÓN DEL MATRIMONIO.

El matrimonio ha sido una figura constante en el desarrollo de la humanidad que al igual que otras ha sido objeto de muchos cambios.

Es conveniente referirnos a la evolución histórica que el matrimonio ha tenido en nuestro país, porque de tal manera podremos diferenciar sus distintas etapas y precisar sus características.

“Poco se conoce de la organización jurídica de los pueblos que habitaron nuestro país antes de la llegada de los españoles. Estos pueblos tenían culturas y civilizaciones diversas y estaban ligadas entre sí por estrechas ligas étnicas o sociales que fueron causa de afinidades numerosas.

Una de las culturas de mayor esplendor, fue la cultura maya, en la cual las uniones se realizaban mediante una entrevista, en la que para pedir la mano de la novia los padres de él se hacían acompañar de un negociador, sin embargo, a pesar de que

¹³ Bossert Gustavo A. Manual de Derecho de Familia. 5ª Edic. Buenos Aires Depalma. 2003 p.78

todos conocían el motivo de la entrevista, durante el primer encuentro sostenido entre las familias, el tema de la boda no se tocaba en ningún momento, pero posteriormente en otras visitas el negociador proponía la unión, cada familia se encargaba entonces de ensalzar a su vástago, para inmediatamente entrar al terreno de las negociaciones donde el prometido tenía que pagar el precio de la novia, lo cual se hacía generalmente trabajando para el suegro durante cuatro o seis años.

Entre los mayas el Nuevo Imperio, se practicaba la monogamia exogámica, es decir, se casaban con hombres y mujeres de otras tribus, lo que los diferenciaba de los aztecas, la ceremonia se llevaba a cabo con la presencia de un sacerdote el cual decía sus oraciones y por último bendecía a la pareja. La ceremonia se perfeccionaba cuando la esposa daba de comer y beber a su esposo en presencia de los concurrentes.

Los viudos que volvían a casarse no celebraban ceremonia alguna, solo se necesitaba que ella le diera de comer y de beber, para que se entendiese que aceptaba la propuesta matrimonial.

Por otra parte “los Aztecas consideraban al matrimonio como vinculo indisoluble, que solo la muerte podía disolver. Se dice que un hombre tenía derecho a separarse de su mujer principal solo por la malevolencia, suciedad o esterilidad. A la adúltera se le mataba, pero no podía repudiarse por causa justa y sin la anuencia de un tribunal, no ya a la mujer legítima, sino a la concubina.”¹⁴

Durante la Colonia rigieron en nuestro territorio las leyes españolas, tales como el Fuero Juzgo , el Fuero Real, las Siete Partidas, las Cédulas Reales y en especial para el matrimonio la Real Pragmática en donde la celebración del matrimonio y las relaciones entre los cónyuges se regularon de acuerdo al Derecho Canónico. La Iglesia católica a través de sus miembros (ministros y tribunales eclesiásticos) intervino para dar validez al matrimonio y para resolver las cuestiones que surgían con ese motivo, situación que prevaleció hasta mediados del siglo XIX.”¹⁵

¹⁴ Westermarck Edward. Historia del matrimonio. Edit. Alertes. 1984. p.280

¹⁵ Alvear Acevedo Carlos. Historia de México. Edit. Jus. México 2000. p.40

Desde el México independiente, con la colaboración de los Códigos Civiles se ha considerado al matrimonio como un contrato. El 27 de enero de 1857 se publicó la primera Ley del Registro Civil en la cual prevalecía la Iglesia Católica sobre el Estado, en su artículo 1º expresaba el establecimiento en toda la República el registro del estado civil.

El artículo 65 de dicha ley establecía:

“celebrado el sacramento ante el párroco y previas las solemnidades católicas, los consortes se presentan ante el Oficial del Registro Civil a registrar el contrato de matrimonio”.

En base a lo anterior, podemos percatarnos que antes de celebrar el matrimonio civil era necesario haber contraído matrimonio religioso, al cual, obviamente el Estado le daba más importancia que al matrimonio celebrado ante el Juez del Registro Civil.

En 1853 se iniciaron tres tipos de reformas: religiosa, educativa y militar. Dentro de los primeros se incluía el suprimir la injerencia de la iglesia dentro del matrimonio, sin embargo, no es sino hasta el 23 de noviembre de 1855, cuando se suprime en definitiva el fuero eclesiástico, dando paso con ella a las Leyes de Reforma, en la que por primera vez no se hace mención a la religión oficial.

El 28 de julio de 1859 se promulgó una nueva ley del Registro Civil expedida por el presidente Juárez y en la parte relativa al matrimonio en su exposición de motivos argumentaba “... que la doctrina había sido tan funesta como perniciosa en el sentido católico por el bien de la sociedad se han profanado la virtud espiritual del matrimonio por los mismo que están destinados a procurarla y se ha minado a la sociedad en la organización de las familias por lo mismo tiene estricto deber de predicar la moral y procurar que los creyentes vivan en santidad y en la justicia, han sido tantos los abusos que se han dado en el contrato matrimonial...” De esta manera se rompe la supremacía que había ejercitado durante años la Iglesia sobre el Estado en lo concerniente al estado civil de las personas.

Al respecto, Gutiérrez y Gonzáles nos dice que “al suprimirle a las iglesias la facultad de officiar matrimonio existentes para el estado, sucedió que se limitó de manera injusta e injustificada la voluntad de las partes al celebrar ese contrato de matrimonio. Determino el Estado que sencillamente la voluntad de las partes no podía constituir un contrato de matrimonio, si la misma no se expresaba ante un Oficial del registro Civil , y esto aquí y en cualquier parte donde se hable de respeto a la voluntad de la persona, es un abuso y una violación a esa libertad”.¹⁶

Cabe decir, que no solo se estableció la separación del Estado y la iglesia, sino que se llegó al extremo de negarles personalidad a las Iglesias, sin embargo, en el año de 1992 se reforma la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, otorgándoles de nuevo personalidad, a las agrupaciones denominadas iglesias, lo cual hacia más de cien años se les negaba.

“La reforma del matrimonio como contrato civil fue elevada a la categoría de Ley Constitucional al ser incorporada al texto de la Constitución General de la República de 1857.

El Código de Napoleón reprodujo la definición que dio Portalis del matrimonio. “Es la sociedad del hombre y la mujer, que se unen para perpetuar su especie, para ayudarse mutuamente a llevar el peso de la vida y para compartir su común destino. Los Códigos Civil de 1870 y 1884, así como la Ley de Reformas de 1917, copiaron dicha definición y por tal copia, esos cuerpos legislativos se hicieron acreedores a las mismas críticas de las que fue objeto la definición de Portalis y que resumidas por Beudant consiste en que tal definición ignora el fin esencial del matrimonio.”¹⁷

Los Códigos Civiles de 1870 y 1884 no definen el matrimonio como sacramento, sino como una sociedad o unión que tiene fines propios y que ha de hacerse conforme a las leyes civiles y católicas si fuere el caso. Es una definición que proporciona una noción general de matrimonio, pero a la vez precisa, pues indica dos fines esenciales

¹⁶ Gutiérrez y González Ernesto, Derecho Civil para la Familia. Edit. Porrúa. México 2004. p.287

¹⁷ Galindo Garfias Ignacio. Derecho Civil. Edit. Porrúa México 2001. p 494.

del matrimonio: la procreación y la ayuda mutua, y dos características propias de la unión: la unidad (monogamia) y la indisolubilidad. Las obligaciones y derechos entre los esposos tampoco se modifican de manera significativa; se mantiene la distinción entre hijos nacidos de matrimonio (legítimo) y los nacidos de uniones no legítimas y no se reconoce otra forma moral de constituir a la familia aparte del matrimonio. Con la legislación liberal el matrimonio se convierte en un asunto político.

La tendencia a la intervención legislativa en materia matrimonial se refuerza en la Ley de Adiciones Constitucionales de 1873, que añade que el legislador, tiene también la facultad de establecer los efectos o “fuerza” que tenga el matrimonio.

El 14 de diciembre de 1874 se publicó la Ley Oficial del Registro Civil y en su artículo 22 disponía:

“El matrimonio es un contrato civil y tanto el como los demás actos que fijan el estado civil de las personas son exclusiva competencia de los funcionarios del orden civil en los términos prevenidos por las leyes...”

Posteriormente la noción tradicional de matrimonio como unión legítima, indisoluble, para la procreación y la ayuda mutua, que era la noción común en México, después de la Independencia comienza a ser desfigurada por la legislación promulgada por el Estado. El punto de partida es la Ley de Julio de 1859 que indica que el matrimonio es un contrato civil que será válido cuando se realice conforme a las leyes civiles, con lo cual el legislador asume la función de definir qué es el matrimonio y cómo se contrae válidamente.

Dicha intervención legislativa va poniendo las bases de cambios profundos, como la difusión del matrimonio como contrato civil, privilegiando la importancia del consentimiento en detrimento de la de los fines. Por ello que la Ley Orgánica de la Reforma dijera que lo esencial del matrimonio es el consentimiento y no hiciera referencia a sus fines.

Hasta el año de 1884 es decretado el segundo Código Civil por el entonces Presidente Manuel González, en este Código el espíritu del legislador hace referencia al matrimonio en su artículo 155 observándolo como una sociedad legítima de un hombre y una mujer, que se unen con vínculos indisolubles para perpetuar la especie y ayudarse a llevar el peso de la vida.

En la misma tesitura, debe destacarse el artículo 129 de este mismo ordenamiento expresaba en su párrafo tercero que:

“el matrimonio es un contrato civil este y los demás actos del estado civil de las personas son de la exclusiva competencia de los funcionarios y autoridades del orden civil, en los términos prevenidos por las leyes y tendrán la fuerza y validez que los mismos le atribuyen”.

En base a lo anterior se empezaba a dar autoridad a funcionarios estatales los que serían investidos por el Estado para emitir sus determinaciones respecto a las situaciones del estado civil de las personas, siendo estos los únicos para tal efecto, lo que dejaba fuera a las autoridades eclesiásticas que durante siglos se habían encargado de dichos trámites.

“La concepción del contractualista del matrimonio tiene también el efecto de inclinar el régimen matrimonial hacia el ámbito del derecho privado de modo que se considera más bien como un asunto propio de la autonomía de los particulares que del interés público, dando como consecuencia su disolubilidad, al introducir el divorcio vincular en 1914, como la mera resolución consensual o judicial, de un contrato.”¹⁸

La introducción del matrimonio civil tuvo como efecto también el de privar de protección civil al matrimonio canónico, salvo en los pocos años que estuvo vigente la legislación del segundo imperio que le reconocía efectos civiles.

¹⁸ Adame Goddard Jorge. El Matrimonio Civil en México. Edit. UNAM. México 2004.p.32

“El régimen matrimonial de 1914 a 1974 puede llamarse revolucionario, tanto por la forma en que fue expedido, como por su contenido. Los cambios legales en materia matrimonial en esta etapa significaron el tránsito de una situación en la que se tenía una noción común del matrimonio, la expresada en los códigos civiles de 1870 a 1884, a una situación en la que se contemplan varios “tipos” de matrimonio: civil o canónico, disoluble o indisoluble y en la que se perfilan otras concepciones de matrimonio: matrimonio de hecho o por comportamiento y matrimonio como acto administrativo. De la concepción tradicional de matrimonio queda la referencia implícita de sus dos fines esenciales y de que se trata de una unión entre un varón y una mujer.”¹⁹

En el año de 1917 se expidió la Ley de Republica Federal que derogo los capítulos y títulos relativos al Código Civil de 1884, se argumentaba entonces que debían establecerse leyes para regular a la familia sobre las leyes más racionales y justas que elevan a los consortes a la alta misión que la sociedad y la naturaleza ponen a su carga de propagar la especie y fundar la familia; por lo que en su artículo 13 disponía que:

“el matrimonio es un contrato civil entre un solo hombre y una sola mujer que se unen con vínculo disoluble para perpetuar la especie y ayudarse a llevar el peso de la vida”.

A partir de ese momento se estableció que el vínculo matrimonial puede terminar, enunciando también dicho ordenamiento las causas y formas por las cuales se podía solicitar el divorcio.

En la opinión de la sustentante en los Códigos del siglo XIX, como podemos percatarnos fueron influenciados por el derecho canónico, puesto que requería a los contrayentes para que efectuasen publicaciones y dar a conocer sus intenciones de carácter matrimonial, como se dijo anteriormente esta influencia fue dada por la iglesia y actualmente aún se conserva cuando se pretenden casar por este medio y consiste en las amonestaciones que se les hacen a los contrayentes leídas en tres domingos consecutivos durante la misa mayor. Estas publicaciones se realizan con el fin de evitar

¹⁹ Op. Cit. Pp.79-80

que las personas impedidas engañaran a su prometido(a) ocultando alguna circunstancia que siendo conocida pudiera proceder el juicio de oposición, y sobre todo que no defraudasen a la ley realizando un matrimonio que posteriormente se vería afectado de validez.

En la citada ley de República Federal de 1917, el legislador hizo manifestaciones respecto a este aspecto y dejó claro que las instituciones familiares debían ocuparse en facilitar el matrimonio suprimiendo las publicaciones, que en la práctica son inútiles, por lo que solo se requería dos testigos para que ellos estuvieran en aptitud y con la plena conciencia de garantizar haber conocido a los pretendientes con anterioridad al acto.

Finalmente el Código Civil de fecha 30 de agosto de 1928, el cual entró en vigor el 1 de octubre de 1932, siguiendo con la tradición de considerar al matrimonio como un contrato en su artículo 178 lo define como sigue:

“el contrato de matrimonio debe celebrarse bajo el régimen de sociedad conyugal, o bajo el de separación de bienes.”

Como puede observarse a través de la historia de nuestro país; se consigna desde la ley de Registro Civil la idea de elevar al matrimonio como contrato, esto se debe a la gran influencia que se tuvo del Código Civil Francés y que hasta la fecha se sigue contemplando en nuestra legislación.

Además, el matrimonio ha evolucionado en diversos aspectos, no solo en lo concerniente a la disolución del mismo, sino al considerarse más importante la celebración del matrimonio civil que el religioso, ya que el Estado puede de manera coercitiva hacer que se cumplan todas las obligaciones inherentes al matrimonio, no sólo entre cónyuges, sino también hacia los hijos.

Debemos decir que los autores de esta época, se preocuparon por discutir la naturaleza jurídica del matrimonio lo cual supone aceptar de antemano que el matrimonio es un acto jurídico... cuyo efecto y validez depende de lo que digan las leyes. Así los autores llaman más o menos a aceptar que el matrimonio, desde el punto

de vista jurídico es un contrato, por la manera en que se contrae; pero también un conjunto de deberes y derechos que constituyen un estado civil y una institución o un conjunto de normas impuestas y orientadas hacia un fin público. De igual forma “los autores hablan de los fines naturales del matrimonio como algo evidente, considerando que son la procreación y la ayuda mutua, principalmente.”²⁰

Así mismo, un aspecto importante de este período es el hecho de que la mayoría de los autores aceptan el divorcio vincular como una solución posible para ciertos casos.

Ahora bien , respecto al régimen postmoderno que va de 1974 al 2000 tenemos que “la reforma al artículo 4º marca el comienzo de una nueva manera de entender el matrimonio, en la que se le concibe primordialmente como una unión afectuosa o comunidad de vida ordenada principalmente a la ayuda mutua de los cónyuges.”²¹

De esta manera, en esta etapa se le considera al matrimonio como una mera comunidad de vida entre un varón y una mujer, sin más obligación que la de proporcionarse alimentos y vivir en un mismo domicilio. El matrimonio prácticamente es considerado como una situación de hecho que termina en cuanto la convivencia se interrumpe por más de un año.

“La discusión doctrinaria sobre la naturaleza jurídica del matrimonio (contrato, institución, estado civil, etc) terminaba en este periodo, dando por aceptado que el matrimonio participa de esos tres caracteres que nos son contradictorios entre sí, sino complementarios. Pero nuevamente la intervención legislativa trastocará el concepto de matrimonio para llevarlo a la solo comunidad de vida.”²²

Por otra parte es conveniente decir que la evolución del matrimonio civil mexicano va en el sentido de su progresivo debilitamiento. Comienza siendo un matrimonio entendido como una unión indisoluble, legítima, de interés público, para la realización

²⁰ Adame Goddard Jorge. El Matrimonio Civil en México. Edit. UNAM México. 2004 p.81

²¹ Op. Cit. p.83

²² Op. Cit. p.113

de dos fines esenciales que son la procreación y la ayuda mutua y termina siendo considerado como una unión temporal, de carácter privado, entre varón y mujer para ayudarse mutuamente.

Así tenemos, que los pasos decisivos en esta evolución son los siguientes:

- 1) La Ley del Matrimonio Civil de 1859 que estableció el matrimonio como un asunto político, cuya validez y efecto depende de la voluntad del legislador;
- 2) La introducción del divorcio vincular con los decretos de Carranza en 1914 y luego en la Ley de Relaciones Familiares, con lo que se debilita la noción de los deberes conyugales (que constituyen el vínculo);
- 3) La supresión de la diferencia entre hijos legítimos y naturales, operada en el Código Civil de 1928, que suprime la idea de que el matrimonio es la única forma moral de crear una familia y que permite el crecimiento de la importancia del concubinato;
- 4) La introducción del “derecho” a decidir sobre la procreación en la reforma de 1974, que lleva a la supresión de la procreación como fin esencial del matrimonio en el Código de 2000.

Al término de esta evolución tenemos en síntesis el siguiente régimen matrimonial.

- a) El matrimonio es solo una entre las varias formas legales de constituir una familia;
- b) La esencia del matrimonio es una convivencia afectiva en un mismo domicilio, sin que esté abierta necesariamente a la procreación;
- c) El deber primordial entre los esposos es el de contribuir económicamente al sostenimiento de la casa común;
- d) El matrimonio puede terminar por la sola separación por más de un año;
- e) Sus diferencias con el concubinato son mínimas y quizá el régimen jurídico del concubinato resulte más práctico en muchos casos.

El matrimonio actual no puede ser considerado ya una institución de interés público, pues en vez de estar orientado a la procreación y educación de los hijos, que

son fines de interés social, se orienta definitivamente al mero provecho económico y afectivo de los cónyuges. No se justifica por lo tanto que tenga un régimen jurídico especial.

Esta evolución que cambia fundamentalmente el concepto legal de matrimonio y de la familia se da en un espacio de tiempo muy reducido, de apenas 142 años (1859-2000), pudo ser posible gracias a que se introdujo la idea de que el matrimonio es, como dice el artículo 130 Constitucional, un acto jurídico cuya naturaleza y efectos los definen las leyes. Estas son expresión de la voluntad política, que es algo siempre cambiante de acuerdo con los intereses del momento.

Por otra parte, Rojina Villegas²³ señala que el matrimonio ha pasado por las siguientes etapas que a continuación exponemos en un breve resumen:

- 1) Promiscuidad primitiva
- 2) Matrimonio por grupos
- 3) Matrimonio por raptó
- 4) Matrimonio por compra
- 5) Matrimonio consensual

1) Promiscuidad primitiva:

En las comunidades primitivas existió en un principio una promiscuidad que impidió determinar la paternidad y, por lo tanto, la organización social de la familia se reguló siempre en relación con la madre. Los hijos seguían siempre la condición jurídica y social de aquélla, dándose así lugar al matriarcado.

2) Matrimonio por grupos:

Este se presenta como una forma de promiscuidad relativa, pues por la creencia mítica derivada del totemismo, los miembros de una tribu se consideraban hermanos

²³ Rojina Villegas Rafael. Compendio de Derecho Civil I. Introducción Persona y Familia. Edit. Porrúa México 2004 Pp.287 y 288

entre sí y, en tal virtud no podían contraer matrimonio con las mujeres del propio clan. De aquí la necesidad de buscar la unión sexual con las mujeres de una tribu diferente.

En un principio el matrimonio no se celebró en forma individual, sino que determinados hombres de un grupo celebraban matrimonio con igual número de mujeres de una tribu distinta. Este matrimonio colectivo traía como consecuencia un desconocimiento de la paternidad, manteniéndose, por lo tanto, el régimen matriarcal y el sistema de filiación uterina, es decir, por la madre. Los hijos siguen en principio la condición social y jurídica que corresponde a los distintos miembros del clan materno.

3) Matrimonio por rapto:

Debido generalmente a la guerra y a las ideas de dominación aparece el matrimonio por rapto, donde la mujer es considerada como parte del botín de guerra, y por lo tanto, los vencedores adquieren en propiedad a las mujeres que logran arrebatarse al enemigo, de la misma manera en que se apropiaban de las cosas y los animales.

4) Matrimonio por compra:

En éste se consolida la monogamia, adquiriendo el marido un derecho de propiedad sobre la mujer, quien se encuentra totalmente sometida a su poder. Toda la familia se organiza jurídicamente reconociendo la potestad del esposo y padre a la vez, para reglamentar la filiación en función de la paternidad, pues ésta es conocida. Asimismo, la patria potestad se reconoce al estilo romano. Es decir, se admite un poder absoluto e ilimitado del *paterfamilias* sobre los distintos miembros que integran el grupo familiar.

5) Matrimonio consensual:

Aquí el matrimonio se presenta como una manifestación libre de voluntades entre hombre y mujer que se unen para constituir un estado permanente de vida y perpetuar la especie. Este es el concepto de matrimonio moderno, que puede estar más o menos influenciado por ideas religiosas, bien sea para convertirse en un sacramento, en un contrato o como un acto de naturaleza compleja en el que interviene además un funcionario público.

Debemos percatarnos que la anterior clasificación fue estudiada ya en el capítulo primero de la presente tesis, por lo tanto, considero innecesario volver a comentar la misma en el presente capítulo.

2.3 EL MATRIMONIO COMO ACTO JURÍDICO.

En opinión de Ayala Salazar “el matrimonio como acto jurídico es la celebración de un acto solemne entre un hombre y una mujer con el propósito de crear una unidad de vida entre ellos. Es un acto voluntario efectuado en un lugar y tiempo determinados ante el funcionario que el Estado designe para celebrarlo.”²⁴

Resulta importante mencionar que la celebración del acto jurídico llamado matrimonio, debe ser un acto voluntario lo que significa que nadie puede obligarnos a realizarlo o no.

Es pertinente mencionar que “el matrimonio como acto Jurídico nos viene de la antigua concepción contractualista, que exaltaron los canonistas, considerando que el matrimonio es un contrato y que, particularmente entre bautizados es un sacramento que se constituye en virtud del contrato matrimonial válido. Esta concepción contractualista canónica, lo que pretende rescatar es lo esencial del acto jurídico matrimonial: la libre voluntad de hombre y mujer que resuelven contraer matrimonio sin que a ese momento lleguen por designio de terceros.”²⁵

Una vez que hemos visto de donde es que surge la concepción del matrimonio como acto jurídico, consideramos pertinente establecer lo que es éste para un mejor entendimiento.

²⁴ Ayala Salazar José Melchor. González Torres Martha Gabriela. El Matrimonio y sus Costumbres.. Edit. Trillas. México 2001. p.151.

²⁵ Bossert Gustavo A. Manual de Derecho de Familia. Buenos Aires Depalma 2003. p.79

Así pues, tenemos que Pina Vara lo concibe como la “manifestación de la voluntad humana susceptible de producir efectos jurídicos”.²⁶

Por lo anterior afirmamos que no todo acto realizador por el ser humano tendrá el carácter de jurídico, sino solo aquellos que presentan importancia para el derecho.

Por su parte, Rojina Villegas define al acto jurídico como la “manifestación de voluntad que se hace con la intención de producir consecuencias de derecho, las cuales son reconocidas por el ordenamiento jurídico.”²⁷

Considerando las definiciones arriba expuestas afirmamos que el matrimonio como acto jurídico es una manifestación de la voluntad sancionada por el derecho para producir consecuencias jurídicas; así quienes lo contraen, manifestando su voluntad libremente, acorde con las normas jurídicas que lo regulan adquieren la situación jurídica de esposos.

Por otra parte, la estructura del acto jurídico matrimonial no se trata pura y simplemente de un contrato en la noción tradicional. Estamos sí frente a un acto jurídico bilateral, que se constituye por el consentimiento de los contrayentes, pero integrado por la actuación también constitutiva del Juez del Registro Civil, con el fin de hacer efectivo un control de legalidad o de legitimidad en nombre del Estado.

En este orden de ideas, existe un grupo de autores que afirman que el matrimonio es un acto jurídico bilateral, en razón de surgir por el acuerdo de voluntades de los esposos y por las consecuencias jurídicas que se darán en la esfera jurídica de ambos consortes; sin embargo, también hay otro grupo de tratadistas que afirman que el matrimonio es un acto plurilateral, ya que además del consentimiento de los consortes requiere forzosamente de la expresión de la voluntad de la autoridad competente (Oficial del Registro Civil) como elemento de existencia de este acto jurídico; de tal

²⁶ De Pina Vara Rafael. Diccionario Jurídico Mexicano. Edit. Porrúa. México 2004. p.54

²⁷ Rojina Villegas Rafael, Compendio de Derecho Civil I. Personas y Familia. Edit. Porrúa. México 2004. p. 115

manera que la sola manifestación de los contrayentes es insuficiente para que se realice el acto jurídico del matrimonio.

Dentro del grupo de autores que afirman que el matrimonio es un acto jurídico bilateral tenemos a Gutiérrez y González para quien “el consentimiento se forma con las voluntades de los dos contrayentes”.²⁸

Además sigue diciendo el autor, que en relación al artículo 148 del Código Civil para el Distrito Federal el cual a la letra dispone que: “Los menores de edad podrán contraer matrimonio, siempre que ambos hayan cumplido dieciséis años . Para tal efecto, se requerirá el “consentimiento” de quienes ejerzan la patria potestad, o en su defecto la tutela; y a falta o por negativa o imposibilidad de éstos el Juez de lo Familiar suplirá dicho consentimiento, el cual deberá ser otorgado atendiendo a las circunstancias especiales del caso.” No se trata de un consentimiento, sino de una autorización, licencia o permiso, para que él o los menores contraigan nupcias.

Este argumento se funda en la siguiente explicación que hace el maestro y la cual transcribimos: “Si uno o dos menores celebran contrato de matrimonio, el contrato podrá ser impugnado de nulo, en primer lugar por los que sobre ellos ejerzan la patria potestad, por no tener los contrayentes capacidad de ejercicio, pero no podrá ser declarado inexistente, por falta de ese consentimiento, ya que la autorización que dan los que ejercen la patria potestad, no es elemento de existencia del matrimonio de los menores. Es solo un requisito de eficacia, para que surta efectos el contrato de matrimonio, pero nunca elemento de existencia. Así entonces los assembleístas, debieron decir que se requiere “licencia, permiso o autorización” de los que ejercen la patria potestad, para que ese contrato pueda surtir sus efectos, y no sea declarado nulo”.²⁹

En mi opinión, considero que el argumento que hace el maestro Gutiérrez y González en relación a que el matrimonio es un acto jurídico bilateral no es aceptable,

²⁸ Gutiérrez y González Ernesto. Derecho Civil para la Familia. Edit. Porrúa. México 2004. p.344.

²⁹ Ibidem.

por dos razones: en primera por que por disposición del artículo 146 del Código Civil para el Distrito Federal la manifestación de la voluntad del hombre y la mujer para unirse en matrimonio debe hacerse ante el Juez del Registro Civil. Y en segunda por que de no ser así, carecería de un elemento de existencia llamado solemnidad.

Ahora bien en relación a la critica del artículo 148 del Código Civil para el Distrito Federal que hace el autor mencionado, estoy de acuerdo en que no se debió llamar consentimiento a la autorización o permiso que deben otorgar las personas mencionadas en el artículo en mención, pues volviendo al artículo 146 del mismo ordenamiento legal para la celebración del matrimonio solo se requiere el consentimiento de los que se van unir libremente en matrimonio y de la declaración del Juez del Registro Civil; además de que por disposición del artículo 238 del Código Civil para el Distrito Federal se desprende que por la falta de ese consentimiento se podrá alegar la nulidad del matrimonio, pero no su inexistencia.

Por otra parte, en relación al grupo de tratadistas que afirman que el matrimonio es un acto jurídico plurilateral tenemos a Rojina Villegas para quien “el matrimonio es un acto mixto debido a que se constituye no solo por el consentimiento de los consortes, sino también por la intervención que tiene el 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, éste no existirá desde el punto de vista jurídico”.³⁰

Como vemos la intervención del Oficial del Registro Civil es un aspecto de suma importancia en la celebración del acto jurídico matrimonial, por ende nosotros aceptamos sin lugar a dudas la que el matrimonio es un acto jurídico mixto.

En la misma postura encontramos al autor Sánchez Márquez para quien “al no concurrir la voluntad de los contrayentes y la del Oficial del Registro Civil, el acto debe considerarse inexistente”.³¹

³⁰ Rojina Villegas Rafael. Compendio de Derecho Civil. Edit. Porrúa. México 2004 p.292.

³¹ Sánchez Márquez Ricardo. Derecho Civil. Edit. Porrúa. México 1998. p.280.

Lo anterior implica lo que se conoce doctrinariamente como el reconocimiento que debe hacer la norma a la manifestación de voluntad contenida en el acto jurídico como elemento esencial del matrimonio.

Y por último tenemos a Julián Bonecasse para quien el matrimonio “es un acto jurídico que se concreta en la celebración de esta unión ante el Oficial del Estado Civil y cuyo único objetivo es la adhesión de los interesados a la institución jurídica del matrimonio.”³²

En otras palabras, no basta que las partes se pongan de acuerdo sobre los objetos que implica el matrimonio, sino que se requiere además que su consentimiento sea homologado por el Estado a través del Oficial del Registro Civil.

En conclusión decimos que la unión de un hombre y una mujer que llamamos matrimonio, se logra en virtud de un acto jurídico plurilateral, es decir, un acto voluntario, lícito, que tiene por fin inmediato el establecimiento de relaciones jurídicas conyugales.

2.3.1 ELEMENTOS DE EXISTENCIA .

Antes que nada iniciamos este subtema diciendo que los elementos de existencia según Rojina Villegas son “aquellos sin los cuales el acto jurídico no puede existir, pues faltaría al mismo un elemento de definición”.³³

Ahora bien, partiendo de la idea de que el matrimonio es un acto jurídico, tenemos que nada impide que para determinar los elementos de existencia del matrimonio apliquemos la doctrina general relativa al acto jurídico.

³² Julian Bonecasse. La Filosofía del Código de Napoleón aplicada al Derecho de Familia. Edit. Cajica. Vol. II, 2004. p.222

³³ Rojina Villegas Rafael. Compendio de Derecho Civil I. Introducción Personas y Familia. Edit Porrua. México 2004. p. 300

Así, con fundamento en el artículo 1859 del Código Civil para el Distrito Federal tenemos que: “Las disposiciones legales sobre contratos serán aplicables a todos los convenios y a otros actos jurídicos, en lo que no se opongan a la naturaleza de éstos o a disposiciones especiales de la ley sobre los mismos”.

Además en opinión de Rojina Villegas, “por la regulación que hace el Código Civil respecto a los matrimonios nulos, se desprende que se aceptan en principio todas las disposiciones contenidas en el propio Código respecto a existencia y validez de los contratos (artículos 1794 y 1795); así como las reglas sobre capacidad, vicios del consentimiento, objeto, motivo y fin de los contratos, inexistencia y nulidad de los actos jurídicos. Relacionando el artículo 2224 con el 1794, podemos sostener que son elementos esenciales de un acto jurídico: a) La manifestación de voluntad; y b) La existencia de un objeto física y jurídicamente posible.”³⁴

Sin embargo, hay un tercer elemento que aun cuando no se da en todos los contratos, se desprende del artículo 2228 del Código Civil para el Distrito Federal que dispone:

“Artículo 2228. La falta de forma establecida por la ley, si no se trata de “actos solemnes”, así como el error, el dolo, la violencia, la lesión y la incapacidad de cualquiera de los actores del acto produce la nulidad relativa del mismo”.

Por lo anterior se establece como el tercer elemento a la “solemnidad” cuando la ley lo exija.

A continuación haremos referencia a cada uno de los elementos de existencia del matrimonio arriba anotados:

a) Manifestación de Voluntad (consentimiento).

³⁴ Op. Cit. p.299

El consentimiento es como lo explica el maestro Bravo González “el acuerdo de las voluntades de las partes que se entienden para producir un efecto jurídico”³⁵

Además el consentimiento puede ser expreso o tácito . Es expreso cuando se exterioriza por el lenguaje: oral, escrito o mímico. Es tácito cuando se desprende de hechos u omisiones que de manera necesaria e indubitable revelan un determinado propósito, aunque el autor del acto jurídico no exteriorice su voluntad a través del lenguaje. En otras palabras, en todo acto jurídico encontramos una manifestación de voluntad, es decir, la exteriorización de un propósito que puede efectuarse por una declaración de voluntad, o bien, por actos que revelen en el sujeto la intención de llevar a cabo acciones que el derecho reconoce y a las cuales imputa determinadas consecuencias.

Como lo vimos antes “el consentimiento de la pareja para contraer matrimonio necesario para el nacimiento del acto jurídico y la comunidad de vida requiere de la declaración oficial como requisito de legalidad”.³⁶

En relación a lo arriba manifestado, considero que en el matrimonio como en todo acto jurídico, puede manifestarse el consentimiento en cualquiera de sus formas por lo que respecta a los consortes; pero no así en relación a la declaración del Oficial del Registro Civil, es decir, la voluntad del Estado pues ésta debe ser siempre de manera expresa en su modalidad escrita, puesto que la omisión de tal declaración será causa de inexistencia, es decir, si del acta matrimonial resulta plenamente la falta de ese elemento esencial debe decirse que no hubo matrimonio.

Por otra parte, es pertinente referirnos al momento en que se integra el consentimiento en el matrimonio pues hay que recordar que el consentimiento no se integra igual en todos los casos, ni se sigue sistema igual en todos los Códigos del mundo para considerar que se integró el consentimiento en el contrato; así pues, Gutiérrez y González para quien el matrimonio es un contrato solemne, dice que “la

³⁵ Bravo González Agustín y otros. Derecho Romano. Edit. Porrúa. 19ª Edic. Edit. Porrúa. México 2004. p.47

³⁶ Chávez Asencio Manuel F. La Familia en el Derecho. Relaciones Jurídicas Conyugales. 5ª Edi. Edit.Porrúa. México 2003 p. 75

regla general de éste contrato siempre será un contrato entre personas presentes, y sin plazo para aceptar. En el caso del contrato de matrimonio celebrado por medio de representante legal, debe considerarse como celebrado entre presentes”.³⁷

Esto último tiene su fundamento jurídico en el artículo 44 del Código Civil para el Distrito Federal que dispone lo siguiente: “Cuando los interesados no puedan concurrir personalmente... en los casos de matrimonio... se necesita poder otorgado en escritura pública o mandato extendido en escrito privado firmado por el otorgante y dos testigos y ratificadas las firmas ante Notario Público, Juez de lo Familiar o de Paz”.

Pues bien, en la situación arriba planteada “se tendrá que dar la misma solución que se dio para el supuesto entre presentes, pues se debe recordar que por medio de la representación, el representado se entiende que jurídicamente esta presente en la realización del acto, aunque no este presente en lo físico. El representado no es tercera persona, persona ajena para los efectos del contrato, ya que se considera que jurídicamente esta presente en la celebración del matrimonio.”³⁸

Ahora bien debemos decir que “este matrimonio presenta una doble posibilidad sobre el momento en que se perfecciona el consentimiento, así tenemos lo siguiente:

1.-Que la propuesta para aceptar sea hecha entre personas no presentes, y a su vez se pueden dar dos posibilidades más:

- a) Que esa propuesta hecha entre personas no presentes, sea sin otorgar plazo, o bien
- b) Que la propuesta hecha entre personas no presentes, sea otorgando un plazo para aceptar.

2.- Que la propuesta sea hecha entre personas presentes.

En el primer caso en su inciso a), es decir, cuando la propuesta para aceptar sea hecha entre personas no presentes y que esa propuesta para celebrar

³⁷ Gutiérrez y González Ernesto. Derecho Civil para la Familia. Edit. Porrúa. México 2004. p.277.

³⁸ Op. Cit. p.280.

matrimonio sea hecha sin otorgar plazo, el mencionado autor considera que el consentimiento se integra hasta que el proponente se entera de que la persona a la que le propuso matrimonio, dijo que sí; sin embargo, aún cuando el consentimiento se haya otorgado el matrimonio no se perfecciona en ese momento, sino hasta el instante en que se cumpla con elemento esencial de la solemnidad.

Por otra parte, en el inciso b) del primer caso, es decir cuando la propuesta para aceptar sea hecha entre personas no presentes y se otorgue un plazo para aceptar el consentimiento se integra conforme a lo que dispone el artículo 1804 del Código Civil para el Distrito Federal que a la letra dice:

“Artículo 1804. Toda persona que propone a otra la celebración de un contrato fijándole un plazo para aceptar, queda ligada por su oferta hasta la expiración del plazo”.

Sin embargo, debemos aclarar que el plazo deberá de ser de una amplitud suficiente, ya que de otra manera el plazo sale sobrando.

Y finalmente en el segundo caso que se refiere a la propuesta de celebrar matrimonio entre personas presentes, no presenta en términos generales gran dificultad, pues si están presentes las partes, ahí se externa la propuesta, que es o no aceptada de inmediato, y el consentimiento puede formarse o no desde luego.

Ahora bien, es importante subrayar nuevamente que el acuerdo de voluntades debe darse entre un hombre y una mujer, por así mandarlo el artículo 146 del Código Civil para el Distrito Federal, pues además como veremos enseguida uno de los objetos específicos del matrimonio consiste en la creación de derechos y obligaciones entre un hombre y una mujer, por lo que al presentarse o permitirse la identidad sexual en los consortes, originaría un hecho imposible con fundamento legal del artículo 1828 del Código Civil para el Distrito Federal, que dice textualmente lo siguiente:

“ Artículo 1828. Es imposible el hecho que no puede existir porque es incompatible con una ley de la naturaleza o con una norma jurídica que debe regirlo necesariamente y que constituye un obstáculo insuperable para su realización”.

c) Existencia de un objeto física y jurídicamente posible.

En opinión del maestro Chávez Asencio “el objeto del matrimonio consiste en la creación de deberes, derechos y obligaciones conyugales que se contienen en el vínculo jurídico que se origina por el acto jurídico del matrimonio”³⁹

Considerando que el objeto en el matrimonio consiste desde luego, crear derechos y obligaciones para las dos partes como los son por ejemplo: el derecho y el deber de vivir juntos, de proporcionarse alimentos, de hacer vida marital, de guardarse fidelidad, de reconocer a los hijos nacidos después de ciento ochenta días, etc.

Es de suma importancia mencionar la crítica que señala Gutiérrez y González en relación al objeto del matrimonio, pues para él, “el perpetuar la especie humana y tratar de sobrellevar en común los placeres y cargas de la vida no son propiamente el objeto u objetos del matrimonio tal como lo sostienen otros tratadistas, ello en virtud de como nos explica la perpetuación de la especie humana no es un acto voluntario sino, más bien natural pues puede darse el caso de que la pareja lleve vida marital, es decir, haya relaciones sexuales y no se de el embarazó y por el contrario puede ser que cuando se tiene una sola relación sexual y no se desea el hijo se quede embarazada, este ejemplo por demás sencillo nos permite observar claramente que la concepción no implica una voluntad, sino como lo mencionamos ya, un hecho de la naturaleza. Y por lo que respecta a la intención que se debe tener de sobrellevar los placeres y cargas de la vida, no implica objeto del matrimonio, pues por ejemplo tal es el caso de un condenado a muerte, que en su ultima voluntad decide casarse, ello implica que al estar condenado a muerte no podrá sobrellevar tales cargas y placeres o bien perpetuar la especie, sin embargo se esta permitido la celebración de dicho matrimonio, lo mismo podemos decir

³⁹ Chavez Asencio Manuel F. La Familia en el Derecho. Relaciones Jurídicas Conyugales. 5ª Edic. Edit. Porrúa. México 2003 p.73

de un enfermo en fase terminal y así como esos existen otros ejemplos donde no se hacen necesarios tales objetos para la celebración del mismo. Sin embargo, el autor mencionado afirma que las partes que celebran el matrimonio deben llevar la más firme intención de perpetuar la especie, pero de ninguna manera pueden decir que si van a cumplir con ese objeto, pues como ya se explico no depende de la voluntad de ellos . Si al momento de celebrar el matrimonio externan su voluntad de intentar con toda seriedad y buen deseo de perpetuar la especie, estarán externando correctamente lo que la ley sanciona como primera parte del objeto del contrato.”⁴⁰

Por otra parte es importante anotar aquí que en materia de matrimonio se prohíbe expresamente por disposición del artículo 147 del Código Civil para el Distrito Federal, cualquier condición contraria a la perpetuación de la especie o a la ayuda mutua que se deben los cónyuges, previniendo se que se tendrá por no puesta dicha estipulación. En este caso, se sanciona con la inexistencia la estipulación contraria a los citados fines del matrimonio. El sistema de nuestro Código vigente ha sido en el sentido de reconocer la inexistencia de ciertas cláusulas o condiciones que se tienen por no puestas, tal ocurre en la hipótesis del artículo 147 del Código Civil para el Distrito Federal al cual ya nos hemos referido o bien para ciertas condiciones testamentarias que según los artículos 1355 y 1358 del Código Civil para el Distrito Federal también se tendrán por no puestas.

d) La solemnidad

Esta también un elemento de existencia del matrimonio, dado que la voluntad de los cónyuges debe manifestarse en forma que la ley establece, en ausencia de la cual el acto de celebración del matrimonio es inexistente.

En este orden de ideas tenemos que el maestro Gutiérrez y González define la solemnidad de la siguiente manera “La solemnidad es el conjunto de elementos de carácter exterior del acto jurídico, sensibles, en que se plasma la voluntad de los que contratan, y que la ley exige para la existencia del mismo”. Y continua diciendo el

⁴⁰ Gutiérrez y González Ernesto. Derecho Civil para la Familia. Edit. Porrúa. México 2004. p.291 y 292.

autor que el efecto de esta forma en el acto jurídico, es darle existencia, y así por el contrario ante su falta, por ministerio de la ley, la voluntad de los que pretendan contratar no produce los efectos deseados y sus voluntades no alcanzan el rango de acto jurídico, y se puede decir con la tesis clásica que el “acto no existe.”⁴¹

En otras palabras, no basta que las partes se pongan de acuerdo sobre los objetos que implica el matrimonio, sino que se requiere además que su consentimiento sea homologado por el Estado a través del Oficial del Registro Civil.

Lo anterior implica lo que se conoce doctrinariamente como el reconocimiento que debe hacer la norma a la manifestación de voluntad contenida en el acto jurídico como elemento esencial del matrimonio.

Además de todo lo anterior Rogina Villegas opina que “se pueden considerar como elementos esenciales para la existencia misma del acto jurídico, las siguientes solemnidades: que se otorgue el acta matrimonial; que se haga constar en ella tanto la voluntad de los consortes como la declaración del Oficial del Registro Civil considerándolos unidos en nombre de la ley y de la sociedad y que se determinen los nombres y apellidos de los contrayentes.”⁴²

2.3.2 ELEMENTOS DE VALIDEZ .

Rojina Villegas define a los elementos de validez como “aquellos que nos son necesarios para la existencia del acto jurídico, pero cuya inobservancia trae consigo la nulidad absoluta o relativa, según lo disponga la ley”.⁴³

⁴¹ Op. Cit. p.297

⁴² Rojina Villegas Rafael. Compendio de Derecho Civil I. Introducción Personas y Familia. Edit. Porrúa México 2004. p.305.

⁴³ Op. Cit. p. 300.

Como lo mencione antes fundamento en el artículo 1859 del Código Civil para el Distrito Federal que dispone:

” Artículo 1859. Las disposiciones legales sobre contratos serán aplicables a todos los convenios y a otros actos jurídicos, en lo que no se opongan a la naturaleza de éstos o a disposiciones especiales de la ley sobre los mismos.”

Así las cosas nada impide que para determinar los elementos de validez del matrimonio apliquemos la doctrina general relativa al acto jurídico.

Por lo arriba manifestado tenemos que de acuerdo con los artículos 1795, 1798, 1812 a 1834, 2225 a 2231 del Código Civil para el Distrito Federal, son elementos de validez de todo acto jurídico, los siguientes:

- a) Capacidad;
- b) Ausencia de vicios en la voluntad;
- c) Licitud en el objeto, fin o condición del acto

Una vez enlistados los elementos de validez de todo acto jurídico, procedemos a realizar el estudio de los mismos en forma general y posteriormente en relación con el matrimonio.

a) Capacidad.

Debemos recordar en principio que la capacidad es la aptitud jurídica para ser sujeto de derechos y obligaciones, por lo cual existen dos tipos de capacidad, la de goce y la de ejercicio. La capacidad de ejercicio es elemento de validez en los actos jurídicos, en tanto que la capacidad de goce se presenta como esencial.

El maestro Gutiérrez y González dice que “la capacidad de goce es la aptitud jurídica para ser titular de derechos y obligaciones; y que la capacidad de ejercicio

implica tener antes la capacidad de goce, es la aptitud jurídica para ejercitar esa capacidad de goce”.⁴⁴

Aplicando estas ideas al matrimonio, tenemos que distinguir entre la capacidad de goce y la de ejercicio para celebrar dicho acto.

En esta tesitura tenemos que por disposición del artículo 22 del Código Civil para el Distrito Federal “la capacidad jurídica de las personas se adquiere con el nacimiento y se pierde por la muerte”. Es pertinente señalar que los artículos 646 y 647 del mismo ordenamiento legal establecen respectivamente que la mayoría de edad comienza a los 18 años cumplidos y que es a partir de entonces cuando la persona puede disponer libremente de sí y de sus bienes; por lo que nos atrevemos a decir que la capacidad plena de goce y de ejercicio se adquiere a los 18 años, por lo tanto de ahí que pudiera pensarse que esa es también la edad que se requiere para ser capaz de celebrar matrimonio. Esto último también puede desprenderse del artículo 237 del mismo ordenamiento legal al establecer que “el matrimonio entre el hombre o la mujer menor de edad, dejará de ser causa de nulidad cuando el menor hubiere llagado a los dieciocho años, y ni él ni su cónyuge hubieren intentado la nulidad”.

Sin embargo, la ley admite una excepción a la regla, en virtud de haberse reconocido que en la realidad, hay casos en que los menores de edad se enamoran al grado de quererse unir en matrimonio, por lo que el artículo 148 del Código Civil para el Distrito Federal dispone lo siguiente:

“Artículo 148. Para contraer matrimonio es necesario que ambos contrayentes sean mayores de edad. Los menores de edad podrán contraer matrimonio, siempre que ambos hayan cumplido dieciséis años . Para tal efecto, se requerirá el consentimiento de quienes ejerzan la patria potestad, o en su defecto la tutela; y a falta o por negativa o imposibilidad de éstos el Juez de lo Familiar suplirá dicho consentimiento, el cual deberá ser otorgado atendiendo a las circunstancias especiales del caso”.

⁴⁴Gutiérrez y González. Derecho Civil para la Familia. Edit. Porrúa. México 2004. p.342

En este orden de ideas tenemos que según Chávez Asencio “en relación al matrimonio de los menores existen deberes y facultades recíprocos por parte de los que ejerzan la patria potestad, así ésta el deber de otorgar el consentimiento, si no existe objeción fundada, para que sus menores hijos al alcanzar la edad núbil, puedan contraer matrimonio, lo que se requiere en los términos del Código Civil.”⁴⁵

Retomando la idea de la capacidad Rojina Villgas dice que “la capacidad de ejercicio en el matrimonio supone la capacidad de goce, es decir, ya que se tiene la edad nubil, pero que además se han cumplido los dieciocho años para celebrar válidamente el matrimonio. Además, se requiere no padecer locura ni alguna otra de las enfermedades que se indican en las fracciones VIII y IX del artículo 156 del Código Civil para el Distrito Federal, la primera de ellas establece a “la impotencia incurable para la copula” y la segunda “una enfermedad crónica incurable , que sea, además contagiosa o hereditaria”.⁴⁶

b) Ausencia de vicios en el consentimiento

Como ya lo hemos mencionado reiteradamente, al ser el matrimonio un acto jurídico le son aplicables por lo tanto, las reglas de los actos jurídicos en tanto no se opongan a la naturaleza de éstos o a disposiciones especiales de la ley sobre los mismos, así pues en consecuencia, se consideran como vicios del consentimiento :

I.- El error.

“El error es una creencia contraria a la realidad, es decir, un estado subjetivo que esta en desacuerdo con la realidad o con la exactitud que nos aporta el conocimiento científico”.⁴⁷

El cual aplicado al matrimonio es causa de nulidad tal como lo establece el artículo 235 f. I del Código Civil para el Distrito Federal que dice textualmente:

⁴⁵ Chávez Asencio Manuel F. La Familia en el Derecho. Relaciones Jurídicas Paterno Filiales. 5^a Edic. Edit. Porrúa. México. 1992. p.314

⁴⁶ Rojina Villegas Rafael. Compendio de Derecho Civil I. Introducción Personas y Familia. Edit. Porrúa México 2004. p. 308.

⁴⁷ Op. Cit. p.139.

“ Artículo 325: Son causa de nulidad de un matrimonio:

I El error acerca de la persona con quien se contrae, cuando entendiendo un cónyuge celebrar matrimonio con persona determinada lo contrae con otra.”

II.-La violencia .

Según nuestro Código Civil para el Distrito Federal en su artículo 1819 “hay violencia cuando se emplea fuerza física o amenazas que importen peligro de perder la vida, la honra, la libertad, la salud, o una parte considerable de los bienes del contratante, de su cónyuge, de sus ascendientes o de sus parientes colaterales dentro del segundo grado”.

El cual, al igual que error, aplicado al matrimonio es causa de nulidad por disposición del artículo 245 del Código Civil para el Distrito Federal, que establece:

“Artículo 245: La violencia física y moral serán causa de nulidad del matrimonio, en cualquiera de las circunstancias siguientes:

I Que importen peligro de perder la vida, la honra, la libertad, la salud o una parte considerable de los bienes;

II Que haya sido causada al cónyuge, a la persona o personas que la tenían bajo su patria potestad o tutela al celebrarse el matrimonio, a sus demás ascendientes, a sus descendientes, hermanos o colaterales hasta el cuarto grado; y

III Que haya subsistido al tiempo de celebrarse el matrimonio.”

III. El dolo según el Código Civil para el Distrito Federal en su artículo 1815 se refiere a cualquier sugestión o artificio que se emplee para inducir a error o mantener en él a alguno de los contratantes (que en el caso del matrimonio se refiere a los contrayentes).

IV. Mala fe según ese mismo ordenamiento legal es la disimulación del error de uno de los contrayentes, una vez conocido.

c) Y por último tenemos a la licitud en el objeto.

Rojina Villegas dice que “al aplicarse las reglas generales del acto jurídico contenidas en los artículos 1830 y 1831 del Código Civil para el Distrito Federal, dicho acto de matrimonio debe ser lícito en su objeto, motivo y fin. Además el artículo 147 del Código Civil para el Distrito Federal se considera no puesta cualquier condición contraria a la perpetuación de la especie o la ayuda mutua que se deben los consortes.

Además, el maestro Gutiérrez y González menciona en su libro Derecho Civil para la Familia que si al momento de celebrarse el matrimonio se dan los elementos de existencia del contrato, pero las partes lo celebran buscando una finalidad ilícita, ese matrimonio estará viciado de nulidad y podrá ser destruido por una sentencia judicial en ese sentido.⁴⁸

Por lo anterior, encontramos en materia de matrimonio existe una modalidad importante, en cuanto que para el caso de ilicitud en el fin o en la condición, no se establece la nulidad del acto jurídico, como se dispone en la regla general contenida en el artículo 2225 del Código Civil para el Distrito Federal, sino que subsiste el matrimonio, pero son nulos los pactos que vayan en contra de sus fines, o bien, se tienen por no puestas las condiciones que pretendan contrariar los mismos.

Sigue diciendo el autor que independientemente de esta regulación especial, los artículos 156, fracciones V, VI y VII, 243 y 244 del Código Civil para el Distrito Federal estatuyen la nulidad del matrimonio cuando en si mismo el acto es ilícito, en los siguientes casos:

- a) Adulterio habido entre las personas que pretendan contraer matrimonio;
- b) Atentado contra la vida de alguno de los casados para contraer matrimonio con que quede libre;

⁴⁸ Gutiérrez y González Ernesto. Derecho Civil para la Familia. Edit. Porrúa. México 2004. p. 317

c) Rapto, cuando la mujer no sea restituida a lugar seguro, donde libremente pueda manifestar su voluntad:

d) Bigamia, e

e) Incesto

En los cinco casos anteriores se nulifica el matrimonio por ilicitud en el acto mismo".⁴⁹

Por otra parte en cuanto a la forma, determinaremos el papel que desempeña en el matrimonio, pues, alternativamente puede ser un simple elemento de validez o bien un elemento esencial para la existencia de un acto, por constituir una verdadera solemnidad. Así las personas que pretendan casarse presentarán un escrito ante el Oficial del Registro Civil del domicilio de cualquiera de ellas, que exprese: nombres, apellidos, edad, ocupación y domicilio de los pretendientes y de sus padres. Nombre de la persona con quien hayan estado casados, si es el caso, la causa de la disolución y su fecha. Debe acompañarse al escrito de solicitud, lo siguiente: acta de nacimiento de ambos o dictamen médico que determine la edad, constancia de que prestan su consentimiento los ascendientes o del tutor en su caso, declaración de dos testigos mayores de edad, un certificado médico, copia del acta de defunción del cónyuge fallecido si es el caso o la parte resolutive de la sentencia de divorcio o de nulidad del matrimonio, si hubo matrimonio anterior y copia de dispensa si es el caso.

Las formalidades que deberán observarse en la celebración del matrimonio y en la redacción del acta correspondiente son consagradas en el artículo 103 del Código Civil, sólo se exceptúa la solemnidad que exige la fracción VI del propio precepto, relativa al consentimiento de los contrayentes, y a la declaración del Juez del Registro Civil, así como a la existencia misma del acta que deberá otorgarse por el citado Juez del Registro Civil y en el libro correspondiente, según previene el artículo 37 del Código Civil para el Distrito Federal.

⁴⁹ Op. Cit. Pp.309 y 310.

Sin embargo, no todas las formalidades que establece el artículo 103 del Código Civil para el distrito Federal, son necesarias para la validez del matrimonio, pues podrán omitirse algunos datos que por su importancia secundaria, indiscutiblemente no afectarán la validez de ese acto jurídico. Tales serían, por ejemplo, el no mencionar la ocupación de los contrayentes, de sus padres o abuelos, así como omitir el estado, ocupación y domicilio de los testigos, y su declaración si son o no parientes de los contrayentes y en que grado.⁵⁰

2.4 LO ESENCIAL DEL MATRIMONIO DESDE EL PUNTO DE VISTA JURÍDICO.

Una de las características esenciales de la figura del matrimonio en México, considero yo es que por disposición legal del artículo 146 del Código Civil para el Distrito Federal el mismo solo puede celebrarse entre un hombre y una mujer, con la finalidad de que puedan cumplirse plenamente con el objeto y los fines del mismo.

Por lo anterior es importante mencionar aquí los fines del matrimonio, los cuales los encontramos en el artículo 146 del Código Civil para el Distrito Federal.

- a) Comunidad de vida: aunque se entiende que los pretendientes celebran el matrimonio para toda la vida y no para unirse solamente en forma pasajera, consiste en la convivencia diaria entre ambos cónyuges, en la que deben cumplir todos los días con los derechos y obligaciones que derivan del matrimonio, tales como proporcionarse alimentos, ayudarse, respetarse, etc.
- b) Respeto: para que el matrimonio pueda llevarse en armonía y lograrse una verdadera comunidad de vida, los cónyuges deben respetarse, ya que

⁵⁰ Rojina Villegas. Compendio de Derecho Civil I. Introducción Personas y Familia. Edit. Porrúa México 2004. p.307

de lo contrario, podría ser en un momento dado una situación insoportable para ellos, que pueden llevar a la pareja en un momento determinado al divorcio.

- c) Igualdad: ésta se deriva de un principio de justicia a favor de la mujer y en general de todo ser humano, plasmado en el artículo 4 de la Constitución que dice “que el varón y la mujer son iguales ante la ley”; el cual encontramos también en los artículos 164 y 168 del del Código Civil para el Distrito Federal.
- d) Ayuda mutua: Es una consecuencia natural del amor que se tiene la pareja, así como un deber jurídico, por lo que los casados deben de socorrerse en las cargas de la vida. Cuando la pareja no se socorre en los momentos en que uno necesita del otro, trae consigo problemas serios que con el tiempo van deteriorando la relación pudiendo llegar al divorcio.
- e) Posibilidad de tener hijos de manera libre e informada y responsable. Anteriormente a las reformas del Código Civil para el Distrito Federal, publicadas en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el 25 de mayo del 2000, la perpetuación de la especie era un fin preponderante en el matrimonio, pero con la entrada en vigor de dichas reformas, se encuentra superado ese criterio y se ha dejado a la procreación como un fin con carácter opcional para los cónyuges. Dicho criterio contenido en el Código Civil lo encontramos plasmado también en la Constitución en el artículo 4º que señala que “Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre y responsable sobre el número y espaciamiento de sus hijos”.

En mi opinión considero que los fines del matrimonio son la comunidad de vida y la posibilidad de procreación, ya que en cuanto a la igualdad, el respeto y la ayuda mutua no son fines, sino deberes conyugales, ya que el artículo 146 del Código Civil para el Distrito Federal, establece que el matrimonio es la unión libre de un hombre y una mujer para realizar la comunidad de vida en donde ambos se procuraran respeto,

igualdad y ayuda mutua por tanto más que fines propiamente son deberes matrimoniales que deben observarse por los cónyuges dentro de la convivencia diaria de pareja; finalizando con la posibilidad de procrear hijos de manera libre, informada y responsable, lo cual si considero un fin, el cual como ya se menciono dejo de ser obligatorio para quedar como opcional para los cónyuges.

Por otra parte, la esencia del matrimonio radicar también en el hecho de que éste esta formado por un conjunto de reglas de derecho a las cuales se someten los esposos al declarar su voluntad de unirse en matrimonio; originado con la unión de sexos una organización social llamada familia la cual proporcionara seguridad y la certeza a los miembros que la integran.

Al respecto Fernández Clérigo señala que la ley se preocupa de regular las relaciones entre cónyuges, determinándolas gran precisión en el orden personal y sin que la voluntad de aquellos pueda, por regla general alterar ni contrariar las disposiciones legales. En el matrimonio se generan una serie de consecuencias como son la paternidad, la filiación, la patria potestad, la sucesión, etcétera”.⁵¹

En este orden de ideas podemos decir que lo esencial en el matrimonio lo constituyen en gran medida los efectos del matrimonio que pueden ser:

- a) entre consortes,
- b) en relación a los hijos, y
- c) en relación a los bienes.

Así procedemos a estudiar cada uno de ellos a fin de demostrar lo esencial de esta figura jurídica.

- a) Efectos entre los cónyuges: Los derechos subjetivos que se derivan del estado civil que rige al matrimonio se manifiestan en las facultades siguientes:

⁵¹ Fernández Clerigo Luis. El Derecho de Familia en la Legislación Comparada U. T. E. H. A. México. 1947. p.13

- 1.- El derecho a la vida en común, con la obligación correlativa de la cohabitación;
- 2.- El derecho a la relación sexual, con el débito carnal correspondiente;
- 3.- El derecho a la fidelidad, con la obligación correlativa impuesta a cada uno de los esposos;
- 4.- El derecho y la obligación de alimentos, con la facultad de exigir asistencia y ayuda mutua.

b) Los efectos del matrimonio respecto a los hijos se aprecia desde los siguientes puntos de vista:

- 1.- Para atribuirles la calidad de hijos legítimos;
- 2.- Para legitimar a los hijos naturales mediante el subsecuente matrimonio de sus padres;
- 3.- Para originar la certeza en cuanto al ejercicio de los derechos y obligaciones que impone la patria potestad.

c) Efectos del matrimonio en cuanto a los bienes. Conforme al sistema vigente regulado por el Código Civil para el Distrito Federal, existen dos regímenes posibles en cuanto a los bienes al celebrarse un matrimonio:

- 1.- El de separación de bienes, y
- 2.- El de sociedad conyugal.

Por todo lo anterior, podemos establecer que lo esencial del matrimonio desde el punto de vista jurídico puede ser visto desde dos puntos esenciales del matrimonio, es decir, desde sus fines o bien desde sus efectos.

2.5 LA NATURALEZA JURÍDICA DEL MATRIMONIO.

Como puede verse el matrimonio es una estructura mediante la cual se pretende organizar la sexualidad humana y la crianza de los vástagos que pudieran nacer de esa convivencia sexual, lo que ha originado una compleja discusión sobre su naturaleza jurídica por lo que enseguida veremos algunos criterios de la misma.

- 1.- Como sacramento;
- 2.- Como institución;
- 3.- Como estado jurídico;
- 4.- Como acto jurídico condición;
- 5.- Como acto jurídico mixto;
- 6.- Como contrato ordinario;
- 7.- Como contrato de adhesión;
- 8.- Como acto de poder estatal;
- 9.- Como acto constitutivo y como estado de vida.

1.- El Matrimonio como sacramento:

Aquí tenemos que el Derecho Canónico considera al matrimonio como un sacramento en el que los esposos o cónyuges son los ministros del acto y la función del sacerdote se reduce a la de un testigo de la celebración, con el propósito de asegurarse en el cumplimiento de las normas de derecho canónico y registrar el acto del matrimonio. Donde la iglesia no tiene el poder para disolver el vínculo del matrimonio sacramental consumado.⁵²

Cabe decir al respecto que en nuestro derecho actual no se contempla la presente categoría, en virtud de la reforma realizada por el Presidente Juárez, misma que ya fue mencionada anteriormente.

⁵² Sánchez Márquez Ricardo. Derecho Civil. Edit. Porrúa. México. 1998 p.307

2.- El matrimonio como institución:

Para explicar al matrimonio como institución jurídica es pertinente mencionar una definición de la misma, así tenemos que para Rojina una institución jurídica es “un conjunto de normas de igual naturaleza que regulan un todo orgánico y persiguen una misma finalidad”.⁵³

Por lo anterior el matrimonio como institución significa el conjunto de normas que rigen al matrimonio, creando un estado de vida permanente derivado de un acto jurídico solemne.

En lo personal el matrimonio constituye una verdadera institución, ya que existen artículos que regulan el acto de su celebración, elementos esenciales y de validez, así como los que fijan los derechos y obligaciones de los consortes, además de que al crear un estado permanente de vida será la fuente de una gran variedad de relaciones jurídicas.

3.- El matrimonio como estado jurídico:

“Desde este punto de vista, el matrimonio se presenta como una doble consecuencia de la institución matrimonial y del acto jurídico que celebran las partes en unión del Oficial del Registro Civil, pues constituye a la vez una situación jurídica permanente que rige la vida de los consortes y un acto jurídico mixto desde su celebración. El matrimonio evidentemente constituye un estado jurídico entre los consortes, pues crea entre los mismos una situación jurídica permanente que origina consecuencias constantes por aplicación del estatuto legal respectivo a todas y cada una de las situaciones que se van presentando durante la vida matrimonial.

⁵³ Rojina Villegas Rafael. Compendio de derecho Civil I. Introducción Personas y Familia. Edit. Porrúa. México 2004. p.291

La plenitud de las consecuencias jurídicas del matrimonio, la realización de su fin y, sobre todo, el cumplimiento de las obligaciones entre marido y mujer y en relación con los hijos dependen fundamentalmente del estado matrimonial.”⁵⁴

Se le ve al matrimonio como estado, porque los que contraen matrimonio cambian su estado civil anterior por el de casados.

La característica de permanencia del matrimonio, es la que configura la categoría de estado civil de esta institución jurídica. El estado civil de casado, es la institución de carácter permanente en la que se encuentra un sujeto en relación con la nación, con los miembros de su familia o con el grupo social en que vive; este estado sólo puede cambiarse en nuestro derecho mediante las formas de extinción del matrimonio que son: la muerte de uno de los cónyuges, la nulidad y el divorcio.

4.- El matrimonio como acto jurídico condición:

“Rojina Villegas atribuye a León Duguit la significación que tiene el acto jurídico condición así las cosas es “un acto que tiene por objeto determinar la aplicación permanente de todo un estatuto de derecho a un individuo o a un conjunto de individuos, para crear situaciones jurídicas concretas que constituyen un verdadero estado, por cuanto que no se agotan por la realización de las mismas, sino que permite su renovación continua. Por virtud del matrimonio se condiciona la aplicación de una serie de normas que rigen la vida de los consortes en forma permanente.

En el acto condición los efectos jurídicos del acto se producen cuando se han reunido todos los elementos que la ley establece. A lo anterior Rojina lo interpreta como un sistema de derecho que es puesto en su totalidad en movimiento por virtud de un acto jurídico que permite la realización constante de consecuencias múltiples y la creación de consecuencias jurídicas permanentes.⁵⁵

⁵⁴ Op. Cit. p.297.

⁵⁵ Op. Cit. p.292

5.- El matrimonio como acto jurídico mixto:

“Ello en virtud de que no basta la intervención de los particulares, es decir, de los consortes, sino que será necesaria la intervención del Estado que lo hace a través del Juez del Registro Civil.”⁵⁶

Debemos recordar que un acto jurídico de naturaleza mixta es aquél en el que concurren tanto normas de derecho público como normas de derecho privado. Es verdad que se trata de un acto jurídico mixto, pues sin la declaratoria que realiza el Oficial del Registro Civil en representación del Estado el matrimonio no existe desde el punto de vista jurídico.

6.- El matrimonio como contrato ordinario:

La consideración que se le da al matrimonio como contrato, es sobre la base de que reúne todos los elementos esenciales y de validez del contrato. Se dice que es un contrato porque existe acuerdo de voluntades destinado a reglamentar derechos. Sin embargo, existen autores que niegan la presente naturaleza jurídica del matrimonio entre otros tenemos a los siguientes:

Galindo Garfias quien por su parte dice que “el matrimonio no puede ser un contrato en virtud de que el objeto de los mismos es una cosa o un derecho que se encuentra en el comercio, por lo que si se juzga al matrimonio como un contrato, la entrega recíproca de los cónyuges, no puede ser objeto de un contrato.”⁵⁷

Al respecto Gutiérrez y González⁵⁸ manifiesta que el objeto de los contratos tiene tres significados que son :

1.- Objeto directo del contrato que consiste en crear y transmitir derechos y obligaciones;

⁵⁶ Ibidem.

⁵⁷ Galindo Grifas Ignacio. Derecho Civil. Edit. Porrúa .México 2001. p. 476.

⁵⁸ Gutiérrez y González Ernesto. Derecho Civil para la Familia. Edit. Porrúa. México 2004. Pp. 241 y 242.

2.- Objeto indirecto del contrato que consiste en el objeto directo de la obligación, es decir, una conducta de dar, hacer o abstenerse o no hacer; y

3.- Objeto material o cosa física material.

Una vez visto el significado que del objeto del contrato se tiene por disposición legal del artículo 1824 del Código Civil para el Distrito Federal, podemos ver que el maestro Galindo Garfias se limita en su razonamiento al considerar solo a la cosa o al derecho que se encuentran dentro del comercio como objeto del contrato.

Nosotros consideramos que el objeto directo del contrato de matrimonio consiste en crear un sin número de derechos y obligaciones para los contrayentes como son fidelidad, alimentos, vida común, débito carnal, etcétera. En relación al objeto indirecto podemos decir que en materia de matrimonio tiene una característica especial, que consiste en la procreación de la especie humana, la ayuda mutua, etc. Por lo anterior al igual que el maestro Magallón, consideramos que “el matrimonio es un contrato con características particulares”.⁵⁹

Para Gutiérrez y González el matrimonio no es ni un sacramento, ni una institución sino uno “contrato solemne”, el cual dice, ha perdido actualmente una gran efectividad debido de manera básica al cambio tan extremo de la moral y en especial a la llamada liberación de la mujer.

En mi opinión considero que el matrimonio es un contrato solemne en el que intervienen dos personas de distinto sexo, quienes expresan libremente su voluntad de conformar una comunidad de vida con derechos y obligaciones recíprocos determinados por la ley.

Decimos que es un contrato solemne puesto que para su realización no es suficiente con la voluntad de las partes, sino que se debe seguir procedimientos y formalidades especiales estructurados por la ley. La Forma consiste en la presentación

⁵⁹ Magallón. Instituciones de Derecho Civil. T. III, Editorial Porrúa. México. 1988 p.233

personal de ambas partes y en la celebración del matrimonio por un representante de la ley y del Estado, lo que le da al mismo el carácter público. Así todo matrimonio contraído en forma distinta adolece de nulidad.

7.- El matrimonio como contrato de adhesión:

Admitida la naturaleza jurídica del matrimonio como contrato, se procede a adoptar una modalidad de los mismos, puesto que autores como Ruggiero y Bonnacasse señalan que “el matrimonio esta sustraído a la libre voluntad de las partes, en virtud de que estas no pueden estipular condiciones y términos ni adicionar cláusulas o modalidades ni disciplinar las relaciones conyugales de modo contrario a lo establecido en la ley”.⁶⁰

Es importante aclarar que nosotros no concebimos la idea del matrimonio como contrato de adhesión desde el punto de vista en el cual uno de los cónyuges impone al otro el conjunto de derechos y obligaciones derivados del mismo contrato; sino en virtud de que el contrato de matrimonio contiene en sí sus efectos jurídicos los cuales son previamente establecidos por el derecho y no por los cónyuges.

Como atinadamente manifiestan Ruggiero y Bonnacasse el matrimonio como contrato tiene una modalidad, la de adhesión, dado que el Estado por cuestiones de orden público impone el régimen legal del mismo, evitando con ello un abuso de la institución.

8.- El matrimonio como un acto de poder estatal:

Se le atribuye esta categoría por el hecho de que la voluntad de los contrayentes debe manifestarse en presencia del Oficial del Registro Civil, pues toda otra declaración realizada entre los esposos no tiene ningún valor jurídico. Es el Estado el que une en matrimonio, esto es, se constituye formalmente por acto del poder público.

⁶⁰ Ruggiero Roberto. Instituciones de Derecho Civil. Vol. 2 Madrid 1931 p.723 y Bonnacasse Julien. Op. Cit. p.246

A esta característica que debe observar todo matrimonio constituye el elemento de existencia conocido como solemnidad.

9.- El matrimonio como acto constitutivo y como estado de vida:

Esta posición se debe al maestro Chávez Asencio quien considera al matrimonio como un acto constitutivo, donde participan los contrayentes, el Oficial y la unión o vínculo es un estado de vida, ya que tiene un sentido personalista. Es una relación interpersonal única, que se realiza entre dos personas creando una comunidad de vida.⁶¹

Ahora bien, una vez expuestas la mayoría de las categorías que se le dan al matrimonio, podemos concluir que el matrimonio es una relación de naturaleza tan compleja que ninguna de las figuras la define por sí sola, si más bien, para definirla es necesario que se complementen unas y otras. Esto indica que el matrimonio es una figura de naturaleza jurídica compleja y múltiple.

2.6 LA VOLUNTAD EN EL MATRIMONIO.

La voluntad en el matrimonio ha sido un tema ya tocado en la presente tesis, sin embargo, no está por demás aclarar que éste es uno de los elementos de suma trascendencia en el matrimonio ya que provoca la aparición de efectos y consecuencias de derecho.

En todos los casos de matrimonio celebrado, el papel de la voluntad de los contrayentes ha sido determinante; no así en otros sistemas, ajenos al nuestro, en los que se dan casos como los de matrimonios por raptó de la mujer y acuerdo de los progenitores.

⁶¹ Chávez Asencio Manuel F. La Familia en el Derecho Relaciones Jurídicas Conyugales 5ª Edic. Edit. Porrúa. México 2003 p.59 y 67

Por otra parte “es necesario que tal declaración se manifieste en forma correcta y luego que se reúnan las condiciones especiales de procedencia que el acto exija”⁶², así en los sistemas jurídicos occidentales ha sido siempre indispensable la manifestación de la voluntad de los contrayentes ante el ministro de la iglesia o el Oficial del Registro Civil.

¿Podemos decir que el matrimonio es un compromiso?

Para poder responder esta interrogación, primero debemos saber qué es un compromiso, por ello procedemos en este momento a decir que un compromiso significa palabra dada, fe empeñada u obligación contraída. Para comprometerse se requiere que haya voluntad, ósea aceptar voluntariamente hacer algo o entregar algo.

Esta voluntad debe ser libre, sin que nada, o nadie la obstaculice, pues “se ha sostenido que a lo único que tenemos derecho, en relación con los actos cuya ejecución u omisión no se nos ordena o prohíbe, es a exigir que los demás no interfieran en nuestra conducta”⁶³, ya que de lo contrario dicha voluntad no tendrá valor humano ni jurídico alguno.

En este orden de ideas podemos establecer que el matrimonio es el vínculo jurídico que nace entre las partes por virtud del mutuo consentimiento.

Como ya se ha mencionado para contraer matrimonio se requiere de la libertad de los contrayentes, y que aquélla se conserva siendo cónyuges. La voluntad libremente expresada se requiere para poder comprometerse, lo que en otras palabras significa que la voluntad es indispensable para que el compromiso exista.

Así pues, en el matrimonio el compromiso es un acto de voluntad, es decir, por un acto de voluntad los novios se transforman en cónyuges; se comprometen a unir sus vidas, pero no se confunden, conservando cada uno su propia personalidad. Ya no son un hombre y una mujer sino cónyuges. Un hombre y una mujer unidos en matrimonio.

⁶² Álvarez de Lara Rosa María y Otros. Diccionario de Derecho Civil y de Familia. 1ª Edic. Edit. Porrúa. México 2004. p.403.

⁶³ García Maynez Eduardo. Introducción al Estudio del Derecho. Edit. Porrúa. México 2003. p. 220.

Para comprometerse en matrimonio, se requieren ciertos elementos, sin los cuales no podrá darse la comunidad de vida conyugal. Dichos elementos son: La sinceridad, la confianza y el respeto mutuo; empero por ser el matrimonio un acto muy especial, requiere adicionalmente de la entrega total.

Así tenemos que solo se acepta el compromiso de quien es sincero, de quien habla o actúa sin dobles, sin disimulo pues al falso y al mentiroso no se le cree; consecuentemente, no se acepta su compromiso y no podrá haber una relación interpersonal ni jurídica con él.

La confianza es un sentimiento del que confía. Es un sentimiento de seguridad y por eso puede decirse que la “confianza a desaparecido” cuando ésta se pierde. Así pues en el matrimonio no sólo se confía en la respuesta del cónyuge sobre su compromiso y el cumplimiento de sus deberes, sino también en el saber conservar dentro de la comunidad conyugal todas las intimidades, las confidencias mutuas, todo lo que saben uno del otro, pues tan pronto como se divulguen o se abusen de esos conocimientos mediante chantajes sentimentales o cosas semejantes se herirá al otro cónyuge, con el riesgo de perder la confianza mutua. La confianza es necesaria para la convivencia durante la vida conyugal.

CAPITULO III

ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL DIVORCIO

En este capítulo se realiza un breve recorrido por la historia del divorcio, no solo en nuestro país, sino a nivel mundial, esto para evidenciar que en sus inicios el divorcio no fue una figura aceptada por la sociedad, sin embargo, éste ha ido evolucionando de tal forma que se ha adaptado a las actuales necesidades sociales.

3.1 EI DIVORCIO EN DIVERSAS LEGISLACIONES.

El Divorcio como se establece en el Código Civil para el Distrito Federal es una figura relativamente nueva, pues antiguamente no existía como ahora se le conoce, sino que básicamente había la figura de la repudiación como lo podemos ver en las siguientes regulaciones jurídicas.

Por ejemplo en Grecia, “el divorcio parece haber sido prácticamente desconocido, pero después se transformo en un acontecimiento diario. Según la ley ática, el marido podía repudiar a su mujer cuando quisiera y sin tener que invocar motivo alguno, pero estaba obligado a devolver a la mujer a la casa de su padre con su dote. La mujer podía pedir el divorcio acudiendo al arconte y mencionar los motivos por los cuales quería divorciarse.”¹

“En Babilonia, en la antigua Persia, en China y Japón se practico el repudio, en el Derecho de la India, según las Leyes de Manú, se congregaban otras causas de divorcio, como son: la incompatibilidad de caracteres, enfermedad incurable, etc. En Babilonia existía el repudio y la esterilidad de la mujer como causa de divorcio. La

¹ Guy Duty, Divorcio y Nuevo Matrimonio, Edit. Britania. Puerto Rico, 1957 p.105

esterilidad de la mujer después de nueve años de casada, permitía la marido casarse con otra mujer además de la primera. En la antigua China se reconocía el repudio, la esterilidad, la impudicia, la falta de consideración y respeto debido a los suegros, la charlatanería, el robo, el mal carácter y la enfermedad incurable como causales de divorcio”.²

En el Derecho Hebreo existió la repudiación. En el Deuteronomio (Cap. XXIV, Versículo 1 y sig.) se encuentran los siguientes preceptos: “cuando alguno tomare mujer y se casaré con ella, si no le agrada por haber hallado en ella alguna cosa torpe, le escribía una carta de repudio y se la entregaba en su mano y la despedía de su casa así ella podía ir a casarse con otro hombre. Y si la aborreciere éste último también tendría el mismo derecho que el anterior, es decir, le escribiere carta de repudio y la despedía de su casa; o si muriere el posterior hombre que la tomo para sí por mujer, no podrá su primer marido, que la despidió volverla a tomar para que sea su mujer, después que fue amancillada; porque es abominación delante de Jehová.” La Ley Bíblica no hace referencia a una institución que constituye típicamente el divorcio. Para la Biblia no existe más que una repudiación; el divorcio surge de las reglas de Talmud, que fue el creador del autentico divorcio, como se conoce en la Ley Israelita y como ha pasado al derecho positivo moderno. Las causas de divorcio fueron la esterilidad y el adulterio.”³

3.1.1 EL DIVORCIO EN EL DERECHO ROMANO.

En el derecho romano de acuerdo con Galindo Garfías “divortium es una institución jurídica que propiamente surgió al mismo tiempo en que el derecho intervino para organizar jurídicamente al matrimonio, constituyendo sobre la base de un nexo obligatorio entre el varón y la mujer que deciden hacer vida en común.”⁴

² Sánchez Marquez Ricardo. Derecho Civil. Edit. Porrúa.1995 p.359.

³ Op. Cit. p.360

⁴ Galindo Garfías Ignacio. Derecho Civil. Edit. Porrúa. México 2001. p.598.

Apareció en una forma primitiva como un derecho concedido al varón, de repudiar a la mujer en ciertos casos. Debemos decir que “el repudio consistía en la voluntad de uno de los esposos de separarse”.⁵El cual, como veremos más adelante también será concedido a la mujer.

“La admisión legal del divorcio en Roma data desde la Monarquía, sin embargo, su uso era poco frecuente por los antiguos romanos, posteriormente según nos señala Cicerón el divorcio se encontraba permitido en la Ley de las XII Tablas. Durante la época Republicana, el divorcio se utilizó con mayor frecuencia, pues éste al igual que el matrimonio, no requería de ninguna formalidad. Era suficiente un simple aviso comunicado de palabra, por escrito (*per litteras*) o por conducto de un mensajero (*per mantium*).

Pero las cosas no se quedaron así pues bajo el Imperio de Augusto “a partir del año 18 a. C., la *Lex Iulia de Adulteriis* estableció que el repudio debía notificarse al otro esposo en presencia de siete testigos (ciudadanos púberos) oralmente o por un acta escrita, que le era entregada por un manumitido; esto se hacía con el fin de facilitar la prueba de la repudiación.”⁶

Desde el origen de Roma, la institución del divorcio fue admitida y reglamentada legalmente, a pesar de que no concordaba con las costumbres primitivas muy severas a ese respecto.

“En el primitivo derecho romano, para los matrimonios en que la mujer estaba sujeta a la *manus* del marido, es decir, a una potestad marital férrea, equiparando a la mujer como una hija, solo el marido tenía el derecho de repudiar a la esposa para disolver su matrimonio, y había, por consiguiente, la posibilidad de una disolución matrimonial por voluntad unilateral. Posteriormente ya en la evolución del derecho

⁵ Petit Eugene. Tratado Elemental de Derecho Romano. Edit. Porrúa. México 2004. p.110

⁶Op. Cit. p.110

romano, para los matrimonios en los que la mujer no estaba sujeta a la *manus* del marido, el derecho de repudiación se concedía a ambos cónyuges.”⁷

Debemos percatarnos de que en su inicio el repudio solo podía ser ejercido por el hombre; lo que constituía desde mi personal punto de vista una violación grave e injusta hacia la mujer, sin embargo afortunadamente eso dejó de ser así con el tiempo, ya que posteriormente también la mujer podía ejercer este derecho de repudio, igualando de esta manera al hombre y a la mujer.

“A partir de Constantino los emperadores cristianos inician una lucha en contra del divorcio por declaración unilateral (repudio) buscando hacerlo más difícil, obligando a precisar las causas legítimas de repudio y solo respetando el divorcio por mutuo consentimiento.”⁸

Desde mi perspectiva, esta oposición al divorcio en forma unilateral provoca serios problemas pues al permitirse éste se evitan otros conflictos que tienen su origen en la necesidad de colocarse intencionalmente los cónyuges en una causal de divorcio, lo que me parece una aberración pues nadie está obligado a permanecer unido a otra persona si ello ya no se desea o se quiere.

Según Eduardo Volterra “Con el primer emperador cristiano se empieza un movimiento legislativo claramente contrario al divorcio unilateral. En el año 335 Constantino castiga gravemente al cónyuge que se divorcia unilateralmente, fuera de tres *iustae causae* que se determinan taxativamente: para la mujer cuando el hombre es homicida o violador de sepulcros o envenenador; para el hombre cuando la mujer es adúltera, envenenadora o alcahueta. Mientras que el divorcio bilateral es plenamente libre y no está sometido a ninguna sanción, el unilateral, produce también el efecto jurídico de disolver el matrimonio, pero el que lo realiza fuera de estas tres causas incurre en las sanciones siguientes: la mujer pierde la dote, debe dejar todos sus bienes en la casa del marido y es deportada; el marido debe restituir la dote; si pasa a nuevas

⁷ Rojina Villegas Rafael. Compendio de Derecho Civil I. Introducción Personas y Familia. Edit, Porrúa. México 2004. p. 370

⁸ Floris Margadat Guillermo. Derecho Romano. Edit. Esfinge. México 2004. p. 204.

nupcias, la primera mujer puede invadir la casa y adueñarse de la dote de la segunda esposa.

De lo anterior podemos observar como con posterioridad el divorcio unilateral estaba sujeto o limitado a tres causas, mismas que evidenciaban una gran desigualdad jurídica entre el hombre y la mujer.

En el año 421 Honorio y Constancio II promulgan otra Constitución contra el divorcio, formulada en términos y con disposiciones más conformes con la técnica legislativa como *iustae causae* de divorcio unilateral se distinguen los *magna crimina* o *graves causae* de los *morum vitia* o *mediocres causae*. Por los *magna crimina*, de uno de los cónyuges el otro puede divorciarse libremente sin incurrir en pena. La mujer que se divorcia por una *mediocris causa* pierde la dote y la donación nupcial y no puede realizar otro matrimonio; si se divorcia sine causa, además de incurrir en las mismas penas es condenada a la deportación perpetua, en tanto que el hombre que se divorcia por una *mediocris causa*, retiene la donación nupcial pero debe restituir la dote y esperar dos años antes de pasar a nuevas nupcias; si se divorcia sine causa, pierde la dote así como la donación nupcial y es condenado al celibato perpetuo.

En esta legislación contra el divorcio encontramos nuevamente la desigualdad jurídica entre los cónyuges, dado que las sanciones que se imponían a los hombres eran rigurosas o fuertes pero más aun eran las que se imponían a las mujeres.

En el año 449 Teodosio y Valentiniano, vuelven a poner en vigor el sistema de Constantino (ya que aquellas disposiciones habían sido atenuadas por posteriores emperadores) aumentando a 14 las *iustae causae* para el hombre y para la mujer, los castigos son casi los mismos, a no ser que la mujer debe esperar no solo dos años, sino cinco para casarse otra vez, y en que el hombre ya no es castigado con el celibato perpetuo.

En el año de 497 Anastasio, confirma que el divorcio bilateral es inculpable, pero que los divorciados deben esperarse un año antes de casarse de nuevo.

Como hemos visto el divorcio en forma bilateral, siempre ha sido bien aceptado por la legislación romana, sin embargo, era necesario establecer algún requisito para evitar un abuso en el divorcio y por consiguiente en los matrimonios, de esta forma se estableció que los divorciados debían esperar cierto tiempo para celebrar un matrimonio posterior apenas disuelto otro.

En el año 533 Justiniano, repite las disposiciones de Teodosio y Valentiniano, añadiendo nuevas *iustae causae* a favor del marido, introduciendo la figura del *bona gratia* que consistía en el “divorcio por la mutua voluntad de los esposos, no siendo requerida de esta manera ninguna formalidad, pues el desacuerdo disuelve lo que el consentimiento había unido.”⁹

En este orden de ideas Eduardo Pallares¹⁰ expone lo que Justiniano estableció como causas legales para que el matrimonio pudiera disolverse:

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

La mujer podía pedir el divorcio en los siguientes términos:

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

⁹ Petit Eugene. Tratado Elemental de Derecho Romano. Edit. Porrúa. México 2004. p. 110

¹⁰ Pallares Eduardo, El Divorcio en México, Edit. Porrúa. México 1984 p.12

Si analizamos las causales arriba señaladas, podemos percatarnos de tan enorme diferencia que existía entre el hombre y la mujer, pues al parecer la mujer no era la esposa o compañera del hombre, sino más bien un objeto de su pertenencia. Debo decir que es inconcebible que el hombre tuviera derecho a tener otra mujer, con una pequeña, casi insignificante limitación que consistía en que “siempre y cuando no este en la casa conyugal” esto me parece una burla para la mujer, dado que a ella no se le permitía ni tratar con otros hombres sin permiso de su esposo. Lo anterior nos hace pensar que debemos agradecer la evolución de las causales de divorcio o mejor dicho la igualdad del hombre y la mujer ante la ley.

En el año 556 se introducen nuevas *causae*, tanto para el hombre como para la mujer, la prisión perpetua en un convento y la pérdida del patrimonio (la dote, la donación nupcial o de la cuarta parte de los bienes cuando estos no se hubieran constituido), el cual pasaba a los descendientes dos tercios, o bien, a falta de éstos, un tercio a los ascendientes y el resto o a falta también de ascendientes, todo el patrimonio al convento, confirmando además las penas contra el cónyuge que presentó una *iustae causae* de divorcio (la mujer pierde la dote y no puede reclamar la donación nupcial; el hombre pierde la donación nupcial y debe restituirla dote). También en el divorcio por mutuo consentimiento, excepto en el caso de voto de castidad de uno de los cónyuges, debe de ser castigado con las mismas sanciones establecidas para el *repudium* fuera de las *iustae causae*. Esta norma era demasiado grave para la sociedad del tiempo, de modo que fue abrogada por Justino II en el año 556.”¹¹

Ahora bien, debemos percatarnos que conforme pasó el tiempo, las causales de divorcio fueron más limitadas, pues como lo vimos antes, el repudio, podía ser libre y hacerse aún sin causa justificada, o bien, tendría que fundarse en determinados motivos justificados. Sin embargo, algunos autores consideraban que la facilidad de obtener el divorcio produjo la inmoralidad de las clases poderosas, que abusaban de dicha institución, para satisfacer sus caprichos amorosos y hacer perder al matrimonio la estabilidad y la dignidad moral y religiosa que antes tenía; sin embargo, yo no lo considero de tal manera pues el simple hecho de que una persona haya perdido el

¹¹ Volterra Eduardo. Instituciones de Derecho Privado Romano, Edit. Civitas. 1991 p.662 – 664

interés en seguir unido a su cónyuge por haberse perdido el amor es causa más que suficiente para disolver el matrimonio y no por ejercitar este derecho se estaría abusando de esta institución. En otras palabras una cosa es ejercer nuestros derechos cuando lo creamos justo conveniente y además necesario y no por ello podemos hablar de abusos.

Por otra parte un aspecto igual de importante es el relacionado a las sanciones o castigos a los cuales se hacían merecedores aquellos que repudiaran o se divorciaran de sus parejas cuando no cabían en ninguno de los supuestos de las causales contempladas para tal efecto, las cuales eran sobre todo de tipo económico, circunstancia que provocó que los que quisieran divorciarse lo pensarán bien, pues como lo dije antes, éstos tenían que devolver la dote y la donación nupcial en la mayoría de los casos.

A manera de conclusión podemos decir que es indiscutible que en el derecho romano en materia de divorcio existía en sus inicios un privilegio para el hombre pues la repudiación se ejercía solo por el marido, lo cual afortunadamente cambió posteriormente, al haberle concedido también este derecho a la mujer, correspondiéndoles así a ambos consortes.

3.1.2 EL DIVORCIO EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA.

En opinión de Eduardo Pallares no debe llamarnos la atención el hecho de que en las leyes españolas, no aparezca sino en algunas de ellas, normas relativas al divorcio. Esta omisión se explica fácilmente, si se toma en cuenta que todo lo concerniente al matrimonio y al propio divorcio pertenecía a la jurisdicción eclesiástica y que la Iglesia mediante Decretales, resolución de Concilios y el Código Canónico , era la que reglamentaba esas materias”.

No obstante aquello hay algunas disposiciones en la legislación civil que tratan el divorcio. Vamos a referirnos a las más importantes de las leyes españolas como lo son las Siete Partidas, el Fuero Juzgo y el Fuero Real; cabe decir que estas leyes presidieron a la nuestra y que estuvieron vigentes en México.

a) Las Siete Partidas:

Las Siete partidas se ocupan del divorcio en el título noveno, donde se encuentran, entre las más importantes, las siguientes:

La segunda, que autoriza el divorcio por causa de adulterio y ordena al marido que tiene conocimiento de este delito, que acuse a su mujer. Si no lo hace peca mortalmente. La acusación deberá presentarse ante el Obispo o ante un Oficial suyo.

La ley tercera, autoriza también la separación de los esposos cuando el matrimonio se celebró, no obstante existir un impedimento dirimente y también si los esposos son cuñados. En este caso, se trata más bien de pedir la anulación del matrimonio y no el divorcio. Así como también se trata de un acción pública, porque puede ejercitarla cualquier persona.

La ley cuarta prohíbe que pidan la acción mencionada las siguientes personas: el que se supiese que estaba en pecado mortal o que se le probase estarlo, a menos que le correspondiese hacerlo por parentesco. Tampoco se deberá oír al que lo hiciese con la intención de utilizarse de alguna cosa de aquellos a quienes acusa, ni el que hubiese recibido dinero u otra cosa por esta razón, siempre que se le pudiese probar.

b) El Fuero Juzgo :

En el Fuero Juzgo encontramos en el Libro Tercero, Sexto título, las siguientes disposiciones:

1.- Se prohíbe que alguno se case con la mujer que dejó al marido a no ser que supiese que fue dejada por escrito o por testigos. (Esta ley demuestra que el divorcio, no era indisoluble).

3.- Si el marido abandona a su mujer motivo legal (con tuerto) pierde la dote que recibió y no tiene derecho a los bienes de su mujer. Además si había enajenado lo que había recibido de la mujer, estaba obligado a devolverlo.

4.- Si la mujer abandonada injustamente, le hubiera dado a su esposo algún bien, aunque fuera por escrito, tal donación no valdría (*mas quanto diera la mulier por aquel escripto, todo debe tornar a ella*). Esta ley demuestra que el divorcio en aquel entonces no era indisoluble y es preciso llegar hasta el Concilio de Trento para encontrar en él, con el carácter de imperativa, la indisolubilidad. Un Concilio de Toledo obligo a la mujer casada con judío a divorciarse de él o bautizarse.

c) Fuero Real:

“En el Fuero Real, la ley 9, Título I, Libro II, autoriza el divorcio en cuanto al vínculo cuando alguno de los cónyuges, o los dos, quieran disolver el matrimonio para entrar en una orden monástica; pero siempre que el matrimonio no se hubiese consumado.”¹²

Si nos detenemos un momento a realizar un análisis de las tres disposiciones jurídicas arriba mencionadas, podemos decir, que cada una representa características muy diversas, así pues, en las Siete Partidas a mi parecer se regula la figura del divorcio y en el Fuero Juzgo se regula la figura del repudio, puesto que encontramos en él características muy similares a las del repudio que existía en roma; y por ultimo en relación al Fuero Real, no entiendo porque hablar de divorcio, si en la misma disposición pone como requisito que el matrimonio no se hubiese consumado, ¿entonces hay o no matrimonio?.

Por otra parte, en forma más reciente tenemos que la Ley de Matrimonio Civil de 1870 y el Código Civil de 1889, rechazaron el divorcio vincular estableciendo que: “el matrimonio se disuelve por la muerte de uno de los cónyuges”. (art.52), y que “ el divorcio sólo produce la suspensión de la vida común de los casados”. (art.104).

¹² Pallares Eduardo. El Divorcio en México. Edit. Porrúa. 1984 p 18.

España regulo el Divorcio en la época de la segunda República, en la Constitución de 1931 estableció; en su artículo 43, que el matrimonio podía disolverse por mutuo disenso o a petición de cualquiera de los cónyuges, con alegación, en este caso, de justa causa.

Además “para pedir el divorcio por mutuo disenso los cónyuges debían ser mayores de edad, la que entonces se ganaba a los 23 años. Actualmente, el Código no dice nada al respecto, y cualquiera que sea la edad de los consortes es admisible la solicitud, solo cuando sean esposos menores de 18 años, es preceptiva la intervención del Ministro Fiscal.”¹³

Y la Ley de Divorcio de 1932, admitió el divorcio vincular, bajo dos modalidades: divorcio por mutuo disenso y divorcio causal, conservado, al lado suyo, la simple separación personal, con el nombre de separación de personas y bienes.

Es importante mencionar que “la Ley de 1932, en su artículo 4^o establecía, un mínimo de dos años para poder solicitarse el divorcio fundado en el mutuo disenso. Hoy se puede pedir la separación judicial al año del matrimonio y, el divorcio transcurrido un año más si subsiste el cese efectivo de la convivencia.”¹⁴

En 1939 se derogo la Ley de Divorcio de 1932 y para finalmente el 7 de Julio de 1981 reimplantar el divorcio vincular junto con la separación.

“Es necesario advertir que al divorcio vincular, es decir, la disolución del vínculo matrimonial sólo se llega, de un modo u otro, *luego del cese efectivo de la convivencia conyugal*. En otras palabras, el divorcio presupone el cese de la convivencia conyugal que, a su vez, es causa para obtener la separación de cuerpos, salvo en el acaso de separación de cuerpos pedida por ambos cónyuges o por uno de ellos con el consentimiento del otro, luego de haber transcurrido un año como mínimo desde la

¹³ Entrena Klett Carlos Ma. Matrimonio, Separación y Divorcio. En la Legislación Actual y en la Historia. Edit. Aranzadi, España 1990 p. 582

¹⁴ Op. Cit. p. 583

celebración del matrimonio. Salvo este supuesto la separación sólo puede ser demandada por un cónyuge.”¹⁵

Sin embargo, existe un caso en el que no es necesario el cese efectivo de la convivencia conyugal como presupuesto previo al divorcio vincular o dirimente que se encuentra establecido en el artículo 86, inc.5º y que consiste en “que uno de los cónyuges haya sido condenado por atentar contra la vida del otro, sus ascendientes o descendientes”.

En el artículo 85 del Código Civil Español se lee: “El matrimonio se disuelve, sea cual fuere la forma y el tiempo de su celebración, por la muerte o declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges y por el divorcio. Y en el artículo 86 se establecen las causales de divorcio”.¹⁶

Del análisis de la evolución del divorcio en España debemos destacar que el divorcio vincular fue rechazado por mucho años, estableciéndolo solo en los casos de muerte de uno de los cónyuges, sin embargo, posteriormente se logro restaurarlo aunque no por mucho tiempo ya que solo estuvo vigente por siete años, debiendo pasar cuarenta y dos para volverlo a implantar.

3.1.3 CÓDIGO DE NAPOLEÓN DE 1804.

Nos permitimos hacer una breve referencia al divorcio en Francia, en virtud de que es en este país donde surge el Código de Napoleón, así tenemos que “fue hasta la Revolución Francesa como las ideas católicas respecto a la indisolubilidad del matrimonio perdieron su valor. Sin embargo, no fue en la primera Constitución Francesa de 1791 como se estableció legalmente el divorcio, sino hasta una ley del año siguiente, es decir, de 1792. Esta ley Francesa se caracteriza por permitir el divorcio por simple

¹⁵ Zannoni Eduardo A. Derecho Civil. Derecho de Familia. 2ª reimpresión. Edit. Buenos Aires. Astrea. 1993 p.38

¹⁶ Sánchez Márquez Ricardo. Derecho Civil. Edit. Porrúa México 1998. p. 362.

incompatibilidad de caracteres y, además, por adulterio, por injurias graves, por sevicia, por abandono de cónyuge o de la casa conyugal. También se reconocen causas que en realidad no implican una culpa, un hecho inmoral o un delito, como la locura y la ausencia no imputable. También la emigración por más de cinco años fue causa de divorcio.”¹⁷

En opinión de Rojina Villegas, “en el Código de Napoleón se admitió tanto el divorcio voluntario como el necesario, pero se restringieron las causas en este último así pues, ya no se aceptó la incompatibilidad de caracteres, la locura, la ausencia, la emigración y se reconocieron como causas de divorcio: el adulterio, las injurias graves, la sevicia y las condenas criminales.

Hasta el año de 1816 continuó el divorcio en Francia conforme al Código de Napoleón, pero con motivo de una Carta Constitucional de 1814 que le dio al catolicismo el valor de religión de Estado, por la ley de 1816 se suprimió el divorcio. Se ha interpretado esta ley de 1816, como un desagravio a la Iglesia, causado por la revolución Francesa, que a su vez trajo como consecuencia que el catolicismo no fuese la religión de Estado.

A partir de 1816 y hasta 1884, no hubo divorcio en Francia, no obstante que a mediados del siglo pasado se volvió a negar al catolicismo el carácter de religión de Estado. Era lógico entonces que al desaparecer la causa que impedía el divorcio, se promulgara una ley que volviera a admitirlo, pero solo hubo iniciativas de Cámaras de Diputados en diferentes ocasiones que presentaron proyectos que fueron siempre rechazados. No fue sino hasta 1884 cuando se reimplanta el divorcio, pero no ya en los términos de la ley de 1816, sino más bien en la forma que lo estableció el Código de Napoleón. Es decir, restringiendo el divorcio en los casos de adulterio, de injurias graves, de sevicia y de condenas criminales.”¹⁸

¹⁷ Rojina Villegas Rafael. Compendio de Derecho Civil I. Introducción Personas y Familia Edit. Porrúa. México 2004. p.372

¹⁸ Op. Cit. p. 373

Solo se acepta el divorcio por actos culposos de uno de los cónyuges y lo rechaza en aquellos casos en que alguno de ellos padece enfermedad mental, en los cuales no pueden imputarse culpa a alguno de los consortes.

En Francia, en realidad ya no hay divorcio voluntario, en la actualidad, pero se ha llegado, como lo explica Planiol, a circunstancias todavía más graves, porque hay los divorcios simulados. No hay una verdadera causa de divorcio, pero como los consortes no pueden divorciarse por mutuo consentimiento, simplemente, porque ya no quieren continuar casados y no se les aceptaría esta manifestación de voluntad, entonces recurren a la inmoralidad de inventar una causa.

3.1.4 LEY SOBRE RELACIONES FAMILIARES DE ABRIL DE 1917.

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

En opinión de Rojina Villegas, “la citada ley tomo en cuenta las causas de divorcio que regulo 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 de Relaciones Familiares, ni después el Código vigente han admitido que la infracción de las capitulaciones matrimoniales pueda disolver el vínculo”¹⁹

Considero un aspecto relevante la cuestión anterior, ya que al ser las capitulaciones matrimoniales de acuerdo con el artículo 179 del Código Civil para el Distrito Federal “pactos que los otorgantes celebran para constituir el régimen patrimonial de su matrimonio y reglamentar la administración de los bienes...” debiera

¹⁹Rojina Villegas Rafael. Compendio de Derecho Civil I. Personas y Familia. Edit. Porrúa. México 2004. p.377.

seguir siendo causa de divorcio la infracción de las mismas, pues de no ser así que caso tiene que se realicen, si a final de cuentas no son respetadas.

En opinión de Sánchez Márquez “La ley de Relaciones Familiares de 1917 admite el divorcio vincular voluntario o por mutuo consentimiento, y el divorcio necesario aumentando el número de causales”.²⁰

Ahora bien, haciendo referencia a las causales de divorcio Eduardo Pallares²¹ menciona que el artículo 76 de la Ley de Relaciones Familiares enumera a las mismas de la siguiente forma:

I. El adulterio de uno de los cónyuges;

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

III. La perversión moral de alguno de los cónyuges, demostrada por actos del marido para prostituir a la mujer, no solo cuando lo haya hecho directamente, sino también cuando haya recibido cualquier remuneración con el objeto expreso de que otro tenga relaciones ilícitas con ella; por la incitación a la violencia de uno de los cónyuges al otro para cometer algún delito, aunque no sea incontinencia carnal; por el contacto 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;

IV. Ser cualquiera de los cónyuges incapaz para llenar los fines del matrimonio, o sufrir sífilis, tuberculosis, enajenación mental incurable, o cualquier otra enfermedad crónica incurable, que sea, además, contagiosa o hereditaria;

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

²⁰ Sánchez Márquez Ricardo. Op. Cit. p.363

²¹ Pallares Eduardo. El Divorcio en México. Edit. Porrúa. México 1984 p.28-29

VI. La ausencia del marido por más de un año, con el abandono de las obligaciones inherentes al matrimonio;

VII. La sevicia, las amenazas, las injurias graves o malos tratamientos de un cónyuge para el otro, siempre que éstos y aquéllas sean de tal naturaleza que hagan imposible la vida en común;

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

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

IX. El vicio incorregible de la embriaguez;

X. Cometer un cónyuge contra la persona o los bienes de otro, un acto que sería punible en cualquier otra circunstancia, o tratándose de persona distinta de dicho consorte, siempre que tal acto tenga señalado en la ley, una pena que no baje de un año de prisión;

XI. El mutuo consentimiento.

Por otra parte “el artículo 75 de esta ley establecía que el divorcio disuelve el vínculo matrimonial y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro. Se conserva el divorcio por separación de cuerpos, que se relega a segundo término quedando como excepción relativa la causal señalada en la fracción IV del artículo 76 que se refiere a enfermedades crónicas e incurables, contagiosas y hereditarias, dejando a la voluntad del cónyuge sano pedir el divorcio vincular o la simple separación del lecho y habitación”.²²

Es importante mencionar que el artículo 102 de la mencionada ley disponía que los cónyuges que recobraran su entera capacidad para contraer nuevo matrimonio, salvo cuando el divorcio se hubiese decretado por causa de adulterio, pues en este caso, el cónyuge culpable no podrá contraer un nuevo matrimonio sino después de dos años de pronunciada la sentencia de divorcio.

²² Sánchez Márquez Ricardo. Derecho Civil. Edit. Porrúa. México 1998. p.377.

Debemos decir que actualmente nuestro Código Civil para el Distrito Federal sigue regulando de la misma manera al divorcio en relación de que deja en aptitud a los excónyuges de contraer nuevo matrimonio, por disposición del artículo 289, de la cual bebemos hacer una aclaración, ya que nuestro ordenamiento legal en comento dice cónyuges, sin embargo, no podemos hablar de cónyuges, puesto que por el divorcio éstos dejan de serlo y se convierte en excónyuges, es por ello que nosotros utilizamos la expresión de excónyuges y no de cónyuges.

3.1.5 EL DIVORCIO EN EL CÓDIGO CIVIL DE 1928.

Para llegar al estudio de nuestro Código Civil para el Distrito Federal actual, debemos hacer primeramente un breve análisis de los códigos que le presidieron, como lo son el Código Civil de 1870 y el Código Civil de 1884 y la Ley de Relaciones Familiares de 1914.

En este orden de ideas, “en los códigos de 1870 y 1884, existió el divorcio por separación de cuerpos, bien como divorcio por mutuo consentimiento, bien como divorcio necesario por determinadas causas”.²³

Sabemos que los códigos de 1870 y 1884 no aceptaron el divorcio vincular, sino sólo el de separación de cuerpos. Entre ambos Códigos solo existe una diferencia de grados, es decir, el de 1870, estatua mayores requisitos, audiencias y plazos para que el juez decretara el divorcio por separación de cuerpos, los que redujo considerablemente el Código de 1884. Algunas de las cláusulas se repiten en el actual Código de 1928.

En el Código de 1870 se parte de la noción de que el matrimonio es una institución indisoluble por lo que se rechaza el divorcio vincular.

²³ Op. Cit. p. 363.

Este Código Civil de 1870 señaló en el “artículo 240 las siguientes causas de divorcio:

- 1) El adulterio de uno de los cónyuges;
- 2) La propuesta del marido para prostituir a la mujer, no solo cuando el mismo marido lo haya hecho directamente, sino cuando se pruebe que ha recibido dinero o cualquiera remuneración con el objeto expreso de permitir que otro tenga relaciones ilícitas con su mujer;
- 3) La incitación o la violencia hecha por un cónyuge a otro para cometer algún delito, aunque no sea de incontinencia carnal;
- 4) El conato del marido o la mujer para corromper a los hijos;
- 5) El abandono sin justa causa del domicilio conyugal, prolongado por más de dos años;
- 6) La sevicia del marido con su mujer, o la de ésta con aquél; y
- 7) La acusación falsa hecha por un cónyuge a otro. “²⁴

Como podemos ver se señalaban solo siete causas de divorcio, es decir de separación de cuerpos, donde cuatro de las cuales constituyen delitos.

El artículo 239 prevenía que “el divorcio no disuelve el vínculo del matrimonio; suspende sólo algunas de las obligaciones civiles; que se expresan en los artículos relativos a este Código.”

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

Por su parte el Código Civil de 1884 en su artículo 226 señalaba como único divorcio el de separación de cuerpos, por lo tanto subsistía el vínculo matrimonial, suspendiéndose algunas obligaciones civiles que imponía el matrimonio.”²⁵

²⁴ Batiza Rodolfo. Las Fuentes del Código Civil de 1928. Edit. Porrúa. México 1979 p.316.

Sin embargo, reglamento al divorcio por separación de cuerpos a través del mutuo consentimiento de los consortes.

Las causales de divorcio que contemplaba el Código Civil de 1884 eran además de las siete causas que contemplaba el Código Civil de 1970, las siguientes:

- 8) El hecho de que la mujer de a luz en el matrimonio a un hijo concebido antes de celebrarse el contrato y que judicialmente sea declarado ilegítimo;
- 9) La negativa de uno de los cónyuges de suministrar alimentos conforme a la ley;
- 10) Los vicios incorregibles de juego o embriaguez;
- 11) Una enfermedad crónica e incurable, que sea además contagiosa o hereditaria, anterior a la celebración del matrimonio y que no haya tenido conocimiento el otro cónyuge;
- 12) La infracción de las capitulaciones matrimoniales.

De todo lo antes dicho, podemos concluir que para los legisladores de los Códigos Civiles de 1870 y 1884 lo primordial era la estabilidad del matrimonio y la familia como elementos constitutivos de la convivencia social.

Por lo que respecta a la Ley de Relaciones Familiares de 1914, no hace una enumeración de causas, y de acuerdo con su exposición de motivos, se ve el propósito evidente de terminar con los matrimonios desavenidos.

Al efecto su artículo 1º dispuso: El matrimonio podrá disolverse en cuanto al vínculo , ya se por mutuo y libre consentimiento de los cónyuges, cuando el matrimonio tenga más de tres años de celebrado 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”.

²⁵ Chávez Ascencio Manuel F. La Familia en el Derecho, Relaciones Jurídico Conyugales. 5º Edic. Edit. Porrúa. México 2003 p.443

En esta forma tan amplia en que la ley de 1914, reconoció el divorcio vincular necesario, se comprendían dentro de la primera serie de causas, es decir, las que hacían imposible o indebida la realización de los fines del matrimonio, las siguientes:

- a) Impotencia incurable para la cópula, en cuanto que impedía la perpetuación de la especie;
- b) Enfermedades crónicas e incurables que fuesen contagiosas o hereditarias;
- c) Situaciones contrarias al estado matrimonial, por abandono de la casa conyugal o por ausencia, pues al no realizarse la vida en común, ya no se podían cumplir los fines matrimoniales.

En la segunda serie de causas, podían considerarse a su vez, las siguientes:

- a). Faltas graves de alguno de los cónyuges que hicieran irreparable la desavenencia conyugal. Es decir, se incluían los delitos de un cónyuge contra el otro , de un cónyuge contra los hijos y de un cónyuge contra terceras personas que arrojaran una mancha irreparable;
- b). Los graves hechos inmorales de prostitución de la mujer, de tolerancia del marido para prostituirla, o de la ejecución de actos directos para su prostitución, así como la corrupción de los hijos; y
- c). El incumplimiento de obligaciones conyugales en cuanto alimentos y abandono en condiciones afflictivas de un cónyuge o de los hijos.”

El Código Civil ahora vigente en el Distrito Federal que se publicó en 1928, pero que entro en vigor el 1º de octubre de 1932, reconoce los siguientes tipos de divorcio: el divorcio necesario; b) divorcio voluntario; c)separación de cuerpos y la introducción de un nuevo divorcio, que se ha denominado d) divorcio voluntario de tipo administrativo. Mismos que estudiaremos en el capítulo siguiente.

Sin embargo, en opinión de Rojina Villegas “este ordenamiento reprodujo las mismas causas de la Ley de Relaciones Familiares, suprimiendo también la infracción de las capitulaciones matrimoniales, pero se introducen nuevas: desde luego se

comprenden los vicios, no sólo la embriaguez consuetudinaria, sino el uso inmoderado de las drogas enervantes, y el juego".²⁶

²⁶ Rojina Villegas Rafael. Compendio de Derecho Civil I. Personas y Familia. Edit. Porrúa. México 2004. p378.

CAPITULO IV

EL DIVORCIO

4.1 CONCEPTO DE DIVORCIO.

De acuerdo con el artículo 266 del Código Civil del Distrito Federal el Divorcio disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro. No debemos dejar pasar de largo la anterior definición que hemos transcrito, pues la misma contiene un error, al decir que "deja a los cónyuges en aptitud...", no podemos hablar de cónyuges, sino más bien debería decir el texto legal excónyuges,

Baqueiro Rojas manifiesta que "el divorcio se entiende legalmente como el único medio racional capaz de subsanar, hasta cierto punto las situaciones anómalas que se generan en ciertas uniones matrimoniales y que deben desaparecer ante la posibilidad absoluta de los consortes de conseguir su superación.

Desde sus orígenes latinos, el término divorcio implica el significado de separación, de separar lo que ha estado unido; de ahí que actualmente y en el medio jurídico, por divorcio debemos entender la extinción de la convivencia matrimonial, declarada por la autoridad."¹

En opinión del mismo autor "El divorcio es la disolución del matrimonio válido en vida de los cónyuges y la terminación de los derechos y deberes de él derivados"²

Desde el punto de vista jurídico el divorcio significa la disolución del vínculo matrimonial y sólo tiene lugar mediante la declaración de la autoridad judicial y en ciertos casos de la autoridad administrativa, dentro de un procedimiento señalado por la ley, en el que se compruebe debidamente la imposibilidad de que subsista la vida matrimonial. En cualquier caso, la resolución que decreta la ruptura del vínculo

¹ Baqueiro Rojas Edgar. Derecho de Familia y Sucesiones. Facultad de Derecho. UNAM. Edit. Harla México 2004 p.440

² Op. Cit. p.147.

matrimonial debe ser pronunciada cuando no hay duda de que ha cesado la posibilidad de que continúen unidos en matrimonio los consortes, ya sea porque ha quedado en el juicio la existencia de hechos en tal manera graves que considerados en la ley como causa de divorcio , han provocado la ruptura del vínculo, o porque el marido y la mujer están de acuerdo en cesar su vida matrimonial.

“El divorcio engendra un estado civil especial entre divorciados origina restricciones a sus respectivas capacidades para contraer nuevo matrimonio y produce, además, otras consecuencias en cuanto a la patria potestad y custodia de los hijos.”³

La disolución del matrimonio puede ser entendido como el remedio jurídico a las situaciones que impliquen una amenaza a la constitución familiar.

4.2 EXPLICACIÓN DEL SURGIMIENTO DE LAS CAUSALES DE DIVORCIO.

Si bien es cierto que las causales de divorcio como lo hemos podido ver en el desarrollo de esta tesis han sido casi las mismas desde sus orígenes, también lo es, que en sus inicios estas eran muy limitadas y generalmente a favor del hombre, sin embargo, con la evolución del ser humano y por ende de la sociedad, éstas han sido objeto de algunos cambios, de tal manera que nuestro sistema jurídico actualmente contempla XXI causas de las mismas, en su artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal.

Nosotros consideramos que se ha abusado en cuanto a las causas de divorcio, pues nuestro Código Civil vigente para el Distrito Federal, equipara graves hechos inmorales o delictuosos, con causas que en realidad no deben motivar el divorcio. Por ejemplo: la comisión de delitos que se sancionen con una pena mayor de dos años de

³ Chávez Asencio Manuel F. La Familia en el Derecho. Relaciones Jurídicas Familiares . Edit. Porrúa. México 2003. p.287

prisión, no en perjuicio de uno de los cónyuges, sino de un tercero, no debe ser desde el punto de vista moral, una causa de divorcio. En cambio la acusación calumniosa de un cónyuge contra el otro, el adulterio, el intento del marido para prostituir a la mujer, el delito en que marido y mujer incurriesen al corromper a los hijos, ciertas gravísimas injurias, sí deben ser causa de divorcio desde el punto de vista moral, pues se ha roto para siempre esa comunidad espiritual, que constituye la base, la razón de ser que justifica esa vinculación durante la vida de los consortes.

Podemos decir que las causales de divorcio surgen de la preocupación de la sociedad en conservar las uniones matrimoniales, es decir, de evitar en la medida posible que las parejas se separen ya que aun se piensa que el divorcio acarrea serios perjuicios a la organización familiar y por ende a la organización social, lo cual como veremos en el capítulo correspondiente no es así.

Sin embargo, nosotros pensamos que debemos empezar a dejar atrás estas ideas. Pues si bien es cierto, que esta institución en algunos casos resulta desfavorable para el desarrollo de los miembros que integran a la familia, también lo es, que en otros representa la mejor salida legal que tienen a su alcance aquellos cónyuges que ya no desean seguir unidos en matrimonio por cualquiera que sea la causa.

Debemos dejar en claro que el divorcio nunca disuelve el vínculo familiar, sino sólo el vínculo entre los esposos, es decir, no va más allá de la pareja, lo que significa, que los hijos siguen y seguirán por toda la vida siendo hijos de aquellos padres que se han divorciado, conservándose así el vínculo familiar.

Por otra parte consideramos pertinente hacer un breve recordatorio de las causas de divorcio en el derecho mexicano así presentamos a continuación un cuadro sinóptico tomado de Rojina Villegas⁴ partiendo del Código Civil vigente para el Distrito Federal que es el ordenamiento que admite el mayor número de ellas, señalando las causas correspondientes en cada legislación anterior.

⁴ Rojina Villegas Rafael. Compendio de Derecho Civil I. Introducción Personas y Familia, Edit. Porrúa. México 2004 p.379 y 380.

C. C. Vigente	L.R.F	C.C. 1884	C.C.1870
Adulterio.	Adulterio	Adulterio	Adulterio
Dar a luz un hijo ilegítimo.	Sí	Sí	No
Propuesta del Marido para prostituir a la mujer.	Sí	Sí	Sí
Incitación de un cónyuge a otro para cometer un delito.	Sí	Sí	Sí
Corrupción de los hijos.	Sí	Sí	Sí
Enfermedad hereditaria o contagiosa, crónica e incurable. Impotencia.	Sí	Sí	No
Enajenación mental.	Sí	No	No
Abandono del domicilio conyugal por seis meses.	Sí (seis meses)	Sí (con justa causa un año)	Sí (dos años)
Separación del domicilio conyugal con justa causa por más de un año.	No	Sí	No

C.C vigente.	L.R.F.	C.C. de 1884	C.C. de 1870
Hábitos de juegos o de embriaguez, uso de drogas enervantes	Embriaguez	No	No
Cometer un delito no político, que sea infamante, con pena mayor de dos años.	Sí	No	No
Acusación calumniosa en delito que merezca más de dos años de prisión.	Sí	Sí (sin limite de penalidad)	Sí (sin de limite penalidad)
El mutuo consentimiento	Sí	Sí	Sí
Delito de un cónyuge contra el otro en cuanto a los bienes, o a su persona.	Sí	No	No
Negarse a dar alimentos el cónyuge obligado a ello.	Ausencia del marido abandonado obligaciones inherentes al matrimonio, más de un año.	Sí	No

4.3 CAUSALES DE DIVORCIO CONTEMPLADAS ACTUALMENTE EN LA LEGISLACIÓN NACIONAL.

“En nuestra legislación civil vigente para el Distrito Federal, se trato de equiparar en lo posible las causas de divorcio en lo que se refiere al hombre y a la mujer; pero sobre todo se intento garantizar los intereses de los hijos, que a menudo son las victimas de la disolución familiar.”⁵

Rojina Villegas⁶ clasifica a las causales de divorcio de la siguiente manera:

- I.- Las que impliquen delitos (fracciones: I, IV, V, XI, XIII, XIV y XVI);
- II.- Las que constituyan hechos inmorales (fracciones II, III y V);
- III.- Las contrarias al estado matrimonial o que impliquen el incumplimiento de obligaciones conyugales (fracciones VIII, IX, X y XII);
- IV.- Determinados vicios (fracciones VI y VII); y
- V.- Ciertas enfermedades (fracción XV).

A continuación haremos un breve comentario de todas y cada una de las causales de divorcio contempladas en el artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal.

Código Civil para el Distrito Federal artículo 267 : “Son causales de divorcio:

Fracción I.- El adulterio debidamente probado de uno de los cónyuges”.

Debemos decir primeramente que “respecto a esta causal hay una innovación muy importante en el Código Civil vigente, frente a todos los ordenamientos anteriores, exceptuando la ley de 1914, que no menciona causas específicas; pero en el Código de 1870 y en el de 1884 y en la Ley de Relaciones Familiares se hacia una distinción entre el adulterio del hombre y el de la mujer. El adulterio de la mujer siempre fue causa de divorcio en esos ordenamientos, como en el Código vigente lo es. En cambio, el adulterio del hombre no fue siempre causa de divorcio; se requería bajo esos Códigos

⁵ Rojina Villegas Rafael. Derecho Civil Mexicano II. Derecho de Familia. Edit. Porrúa. México 2003. p.394

⁶ Op. Cit. p.378

de 1870 y 1884 y en la Ley de Relaciones Familiares, que además hubiese escándalo por virtud del adulterio, bien cuando el marido ofendía a su mujer, o bien cuando la adúltera ofendía de palabra o de obra a la esposa, o cuando el adulterio se realizaba en la casa conyugal, o era como consecuencia de un concubinato, de una relación sexual continua con otra mujer. El Código Civil vigente para el Distrito Federal lleva a cabo la equiparación del adulterio del hombre y el de la mujer. Por eso dice el precepto que será causa de divorcio, el adulterio debidamente probado de uno de los cónyuges, sin exigir ningún otro requisito.”⁷

De lo anterior nos podemos percatar del gran avance jurídico que se ha tenido en los últimos años, pues gracias al mismo la mujer y el hombre son iguales ante la ley y por lo tanto gozan de los mismos derechos y obligaciones.

Es importante mencionar que el adulterio es actualmente una de las causales más invocadas por los divorciantes, lo cual nos parece preocupante, ya que ello muestra que aun no somos lo suficientemente maduros y responsables en nuestras relaciones y peor aun evidencia la falta de respeto que se tiene al matrimonio.

Por otra parte tenemos una jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que dice lo siguiente:

“DIVORCIO, ADULTERIO COMO CAUSAL DE. Es preciso reconocer una distinción entre el adulterio como causal de divorcio y el adulterio como delito sancionado por la ley penal; si bien ambos implican la existencia de relaciones sexuales entre cónyuge culpable y persona distinta del otro cónyuge, el adulterio tipificado como delito requiere, como elemento constitutivo, haber sido en el domicilio conyugal o con escándalo; más la simple relación sexual entre el cónyuge demandado y un tercero constituye causal de divorcio, justificativa de la disolución del vínculo

⁷Op. Cit. p.382

matrimonial, porque éste sólo puede subsistir, para el legislador, mediante una vida en común, basada en la fidelidad de los esposos.”⁸

En este orden de ideas tenemos que Gutiérrez y González, nos manifiesta los siguiente: “no debemos confundir al adulterio civil como causal de divorcio, con el adulterio penal, que dará base, en el ámbito federal, para formular una querrela contra el adúltero, reiterando que el matrimonio esta fincado en una base de “fidelidad” y confianza, y por lo mismo bastará cualquier acto que rompa esa confianza, que atente contra la fidelidad para que se entienda consumando el adulterio civil.”⁹

Así pues del estudio a la jurisprudencia arriba expuesta y del comentario antes transcrito establecemos que para la existencia el adulterio civil solo requiere que haya infidelidad conyugal, es decir, que los cónyuges tengan relaciones sexuales con diferente persona.

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

“Esta fracción al igual que la fracción I, protege el derecho a la personalidad en su especie Derecho al Honor, pues considera que es una ofensa al honor del cónyuge varón, el que su dama llegue preñada al matrimonio, y no precisamente de él.”¹⁰

Sin embargo, del análisis de la fracción en cuestión, nos podemos percatar que la misma no se otorga en forma absoluta, ya que pone como condición que el varón no tuviere conocimiento de tal circunstancia, dado que de lo contrario se sobre entiende que éste acepta a este niño (a) como suyo.

⁸ Mateos Alarcón Manuel. Las Pruebas en materia Civil, Mercantil y Federal. Edit. Cárdenas Editor y Distribuidor. México 2003. p. 631

⁹ Gutiérrez y González Ernesto. Derecho Civil para la Familia Edit. Porrúa México 2004. p.506

¹⁰Op. Cit. p.508

Por su parte Rojina Villegas expone que tal fracción, “no implica que la mujer haya cometido delito alguno, al haberle ocultado a su futuro marido tal circunstancia, sino que implica un grave hecho inmoral, por que ello demuestra una deslealtad absoluta, tanto antes del matrimonio como en el momento de celebrarlo, y es deslealtad de la mujer, de no revelar a su futuro marido que se encuentra encinta, y que evidentemente implica además una injuria, es la que se sanciona como causa de divorcio”¹¹

Por nuestra parte decimos que pudiera pensarse que toda persona, sobre todo soltera, tiene derecho a ejercer su sexualidad de la manera que más le plazca, pero esto no puede ser así y menos aún cuando existe un compromiso de matrimonio de por medio, puesto que ello implicaría una falta al mismo.

Ahora bien, como podemos percatarnos todos los autores mencionados se refieren solo a la deslealtad por parte la mujer hacia su futuro marido, lo cual me pare incorrecto, pues también existe la posibilidad de que el hombre haya procreado un hijo antes de la celebración del matrimonio con persona distinta a su cónyuge y desde mi perspectiva esto también implica deslealtad de parte del hombre para su mujer y por ende causa de divorcio.

Fracción III. “La propuesta de un cónyuge para prostituir a otro, no solo cuando él mismo lo haya hecho directamente, sino también cuando se pruebe que ha recibido cualquier remuneración con el objeto expreso de permitir que se tengan relaciones carnales con ella o con él”.

Gutiérrez y González¹² nos dice que la anterior fracción comprende dos hipótesis que son:

- a) Cuando un cónyuge propone directamente al otro que se prostituya;

¹¹ Rojina Villegas Rafael. Derecho Civil Mexicano II. Derecho de Familia. Edit. Porrúa. México 2003. p.389

¹² Gutiérrez y González Ernesto. Derecho Civil para la Familia Edit. Porrúa México 2004. p.509

b) Cuando un cónyuge propone al otro que se prostituya, ya que le van a dar una retribución con el objeto expreso de permitir que se tengan relaciones carnales con ella o con él.

Rojina Villegas expresa que “dada la amplitud con la que esta expresada esta causa por la fracción III del artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal, puede ir más allá del delito de lenocinio que castiga el Código Penal, cuando alguien obtenga de otro un lucro a través del comercio carnal, haciendo una explotación de su cuerpo en forma constante o accidental. Una comparación entre el artículo 267, frac. III, del Código Civil para el Distrito Federal y el artículo 207 del Código Penal vigente en el Distrito Federal, para el lenocinio, nos permitirá precisar la independencia que existe entre lo que constituye una causa de divorcio ante ese hecho ilícito, y los elementos que integran desde el punto de vista estrictamente penal, el delito de lenocinio... La idea de ilicitud que existe en ambos preceptos coincide en su aspecto esencial pero evidentemente para que se pruebe la cusa de divorcio no exigirá el juez civil que se acrediten todos los elementos que para el delito de lenocinio requiere el Código Penal, y cuyos elementos deben justificarse plenamente para probar la existencia del cuerpo del delito. En tanto que el Código Penal comprende este comercio carnal indebido por la explotación del cuerpo de otra persona, que podrá llevar a cabo un tercero, el Código Civil para el Distrito Federal se refiere, como es evidente, sólo el marido frente a la esposa, pero no solo cuando directamente la explote, sino también cuando le proponga prostituirla”¹³

Fracción IV: “La incitación o la violencia hecha por un cónyuge al otro para cometer un delito”.

Como podemos ver la presente fracción comprende según Gutiérrez y González¹⁴ dos hipótesis que son las siguientes:

a) Que un cónyuge INCITE al otro para cometer un delito.

¹³Op. Cit. p.383

¹⁴Gutiérrez y González Ernesto. Derecho Civil para la Familia. Edit. Porrúa México 2004. p.510

b) Que un cónyuge HAGA VIOLENCIA sobre el otro cónyuge para cometer un delito.

Rojina Villegas manifiesta que “aquí nuevamente encontramos que esta incitación puede tipificar el delito previsto por el artículo 209 del Código Penal, que textualmente estatuye: “al que provoque públicamente a cometer un delito, o haga apología de éste o de algún vicio, se le aplicara de.... Como se ve del mencionado artículo se requiere que alguien provoque públicamente a otro para cometer un delito, o bien que haga la apología de éste o de un vicio; en cambio la fracción IV del artículo 267 del Código Civil del Distrito Federal no requiere que esa provocación se haga públicamente, sino basta con que un cónyuge incite a otro a cometer un delito, aun cuando no sea de incontinencia carnal, o bien, que lleve a cabo una violencia física o moral para que cometa el delito. Podrá haber tanto causa de divorcio como delito, cuando públicamente un cónyuge incite al otro a cometer un delito, o lo que es más grave , cuando lleve a cabo violencia física o moral... para que se cometa el delito.”¹⁵

Es importante destacar como en ésta, como en otras causas de divorcio, dada su importancia implica también un delito. Sin embargo en materia civil lo que parece importante es el fin de librar al cónyuge que es incitado o sobre el cual se ejerce violencia física o moral para realizar un delito de convertirse en coparticipe del mismo, es decir, desde mi perspectiva lo que protege esta causal es la integridad.

Fracción V: “La conducta de alguno de los cónyuges con el fin de corromper a los hijos, así como la tolerancia en su corrupción.”

También es esta fracción se contiene dos supuestos según Gutiérrez y González¹⁶:

a) El que uno de los cónyuges realice actos tendientes a corromper a sus descendientes.

¹⁵ Rojina Villegas Rafael. Compendio de Derecho Civil. Introducción, Personas y Familia. Edit. Porua. México 2004. p.384

¹⁶ Gutiérrez y González Ernesto. Derecho Civil para la Familia. Edit. Porua México 2004. p.511

b) La tolerancia de un cónyuge en la corrupción de los descendientes.

Estos actos pueden llegar a constituir el delito especial de corrupción de menores, o bien, el hecho inmoral de corromper a un menor de edad, o un mayor de dieciocho años. Lo que quiere decir que “Podrá darse el caso específico de corrupción de menores de dieciocho años de edad; pero podrán ser los hijos mayores, y entonces ya no estaremos ante ese delito, pero sí indiscutiblemente, ante el acto inmoral del padre o de la madre que inducen o llegan a corromper al hijo o la hija mayor de dieciocho años.”¹⁷

El punto que toca esta causal de divorcio, desde mi perspectiva es la protección al normal desarrollo de los descendientes.

Generalmente se piensa que los padres solo quieren lo mejor para los hijos y por ello esta causal de divorcio no tendría razón de ser; sin embargo, desgraciadamente esto no es general, pues cada vez se presentan con mayor frecuencia casos en los que los padres o por lo menos alguno de ellos enseñan a sus hijos conductas negativas que pueden llegar a constituir un delito.

Por otra parte pero en este orden de ideas, considero yo que lo que se esta exigiendo en el segundo supuesto de esta causal es el carácter enérgico que deben tener los padres respecto a sus hijos, de tal manera que no permitan que nadie (ni aun su padre o madre) los corrompa.

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”.

Para el estudio de esta causa de divorcio conviene decir que la idea fundamental de la misma, se encuentra en que la enfermedad debe reunir dos requisitos que son: contagiosa o hereditaria e incurable.

¹⁷ Op. Cit. p.385

De igual forma es importante decir que esta causa de divorcio no parte de una ofensa, de deslealtad, de engaño, ni tampoco puede admitirse que el cónyuge sano acepte celebrar matrimonio con un enfermo, bien con padecimiento contagioso para correr el riesgo de contraerlo, o bien para transmitirlos a sus hijos, si fuese hereditario, sino que conózcase o no la enfermedad, hay una razón evidente de interés público para proteger la especie y evitar el contagio; razón de salubridad pública indiscutible, sobre todo para impedir la transmisión hereditaria.¹⁸

Estamos de acuerdo en que sea una causal de divorcio más que nada de interés público, sin embargo, la misma desde mi perspectiva puede considerársele como injusta; ya que no debería dejarse a la voluntad del cónyuge sano pedir la separación de cuerpos o en su caso en divorcio vincular, tratándose de enfermedades hereditarias e incurables, porque no debe depender de su voluntad, el que se transmita la enfermedad a los hijos que se tuviese, como tampoco deberá depender de su voluntad, cuando exista la enfermedad contagiosa, si hubiese hijos, que la misma se les pueda transmitir.

Ahora bien, si bien es cierto, que la sociedad esta interesada en conservar su bienestar, en no correr ningún riesgo de contagio de cualquier enfermedad; también lo es, que al ser de interés publico se encuentra sobre el interés individual, lo que trae consigo que la causal en comento en su primera parte deje en desamparo a aquella persona que por azares del destino adquiere una enfermedad que cubre las características a que se refiere la presente causal, pues si su cónyuge, presenta la demanda de divorcio por esta causa no le será nada difícil acreditarlo y por ende obtener el divorcio; pero en este momento surge una interrogante ¿qué hay de los derechos del enfermo?.

Por otra parte, en relación a la impotencia sexual ésta tiene como único requisito que debe ser irreversible pero nunca podrá ser causa de divorcio cuando tenga su origen en la edad avanzada, dado que ello provocaría contradicción en la ley “por

¹⁸ Rojina Villegas Rafael. Compendio de Derecho Civil. Introducción, Personas y Familia. Edit. Porua. México 2004. p.398

cuanto que no es tampoco un impedimento para celebrar el matrimonio, y por otra parte se permite el matrimonio entre ancianos, no obstante la impotencia del marido, siendo por consiguiente, al permitirlo, perfectamente válido.”¹⁹

Gutiérrez y González dice que esta causal en su aspecto de impotencia sexual “debe entenderse que no se refiere sólo a la que pueda padecer el cónyuge, sino que considero que también se puede invocar por el marido en contra de la esposa, ya que la impotencia sexual también se da en la mujer, sí bien más difícil de probar, pues se puede fingir por ella que no la padece, y simular durante el acto sexual, que alcanza su orgasmo, cuando en realidad no tiene sensación alguna al realizar esa relación sexual”.²⁰

Al respecto estoy completamente de acuerdo, sin embargo, aun no contamos con algún medio científico que pueda comprobar la impotencia sexual de la mujer o un identificador de mentiras cuando finge un orgasmo, por lo tanto solo tenemos que conformarnos en el dicho de la mujer.

Fracción VII: “Padecer trastorno mental incurable previa declaración de interdicción que se haga respecto del cónyuge enfermo”.

“En razón de que esta causal pertenece como lo habíamos dicho antes al grupo de las que engloban a las enfermedades, no podemos considerar que hay un hecho imputable, que hay una conducta susceptible de perdón. Ni podemos interpretar tampoco que por el transcurso de seis meses se pudiera extinguir la acción de divorcio en función del perdón. Es decir, desde un punto de vista racional, el término de caducidad no debe operar en este tipo de causales de divorcio.”²¹

Al establecer la causal en estudio que el trastorno mental incurable debe ser probado mediante declaración de interdicción que se haga respecto del cónyuge enfermo se quiere decir, que para la procedencia de esta causal se requiere que antes

¹⁹ Op. Cit. p.397

²⁰ Gutiérrez y González Ernesto. Derecho Civil para la Familia. Edit. Porrúa México 2004. p.513

²¹ Op. Cit. p.397

de iniciar el juicio de divorcio, se siga un procedimiento previo de interdicción, esto es, que primero se siga un juicio ante el juez civil de lo familiar, en el cual se demuestre por medio de médicos peritos en psiquiatría, que el cónyuge al que se dice esta enfermo, en verdad esta loco.²²

En otras palabras el divorcio en el que se invoca la causal en comento no se obtiene con el solo dicho “es que esta loco (a)”; sino que debe haber un juicio de interdicción previo al divorcio, con el cual se demuestre tal cuestión.

Me parece muy atinado por parte del legislador haber establecido la presente causal pues es claro que una persona no esta obligada a permanecer unida en matrimonio con una persona que no esta bien de sus facultades mentales, ya que además de correr un riesgo físico al poder ser agredida, también sufre daños a nivel emocional pues su pareja nunca podrá responderle como él o ella quisiera por lo anterior considero de gran importancia esta causal. Pese a lo anterior el cónyuge que no quiera pedir el divorcio fundado en las causas enumeradas en las fracciones XVI y XVII del artículo 267 del Código Civil del Distrito Federal, es decir, enfermedades, incluyendo además impotencia y locura incurables, podrá sin embargo solicitar que suspenda su obligación de cohabitar con el otro cónyuge; y el juez con conocimiento de causa, podrá decretar esa suspensión, quedando subsistentes las demás obligaciones creadas por el matrimonio.

Fracción VIII: “La separación injustificada de la casa conyugal por más de seis meses”.

Es necesario decir que se pueden dar actos contrarios al estado matrimonial, que pueden implicar actos imputables a un cónyuge, o bien, no imputables, pero que rompen la vida matrimonial, de tal manera que al cesar esa vida en común por cierto tiempo, se permite el divorcio, no obstante que no haya culpa o hecho imputable a uno de los cónyuges.

²² Gutiérrez y González Ernesto. Derecho Civil para la Familia. Edit. Porrúa. México 2004. p.514

Esta separación no significa necesariamente abandono de todas las obligaciones conyugales, puesto que es frecuente que el marido se separe de la casa conyugal y siga cumpliendo con sus obligaciones alimentarias.

Rojina Villegas nos dice que “evidentemente esta causal de divorcio toma en cuenta que se falta al cumplimiento de la obligación más importante en el matrimonio. La obligación que podríamos decir que es fundante, para derivar las otras, o sea la de hacer vida en común, la de vivir bajo el mismo techo, que solo puede llevarse a cabo y cumplirse cuando ambos consortes viven juntos. Se trata de la obligación fundante por cuanto, si no hay vida en común no se pueden cumplir con los otros fines naturales del matrimonio para constituir la familia, para que si hay hijos pueda ejercerse convenientemente la patria potestad por ambos padres. Para que exista la ayuda mutua, no sólo en lo que se refiere a alimentos, sino también en la ayuda de carácter moral, espiritual, que la ley supone entre los consortes. A su vez la fidelidad, y el debito carnal cuando las condiciones fisiológicas de los consortes lo permitan, necesariamente se basan en la vida en común.”²³

Nosotros como Rojina Villegas pensamos que si no hay vida común, no se pueden cumplir los demás fines del matrimonio, aun cuando el que se separa de la casa conyugal siga cumpliendo con algunas de las obligaciones alimenticias ello no quiere decir que este cumpliendo como la ley lo marca, pues lo primordial en el matrimonio es la realización de una comunidad de vida.

Es pertinente señalar la Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que dice:

“DIVORCIO ABANDONO DEL DOMICILIO CONYUGAL COMO CAUSAL DE.- La causal de divorcio consiste en el abandono o separación de la casa conyugal por más de seis meses sin causa justificada, se refiere a un lapso continuo y es de tracto sucesivo o de realización continua, por lo que la acción no caduca y

²³ Rojina Villegas Rafael. Compendio de Derecho Civil. Introducción, Personas y Familia. Edit. Porua. México 2004. p.392

puede ejercitarse cualquiera que sea el tiempo por el cual se prolongue el abandono, si los hechos que la motivan subsisten cuando se ejercita.”²⁴

Ahora bien, resulta pertinente decir que en las causales de divorcio en las que se abandona el hogar, no es procedente el divorcio por tal causal cuando los cónyuges viven en calidad de arrimados, pues los cónyuges carecen de autoridad propia y de la libre disposición del hogar, porque viven en casa ajena y carecen de hogar propio, es decir de domicilio conyugal.

Respecto del comentario arriba realizado tenemos la siguiente Jurisprudencia:

DIVORCIO, PRUEBA DEL ABANDONO DE HOGAR COMO CAUSAL DE. Cuando se alegue como causal de divorcio el abandono de hogar conyugal, es necesario demostrar con prueba directa la existencia del domicilio conyugal, por lo que es impropio pretender acreditarlo con simples presunciones derivadas de las pruebas de la contraria.”²⁵

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

Es pertinente decir que “esta causal de divorcio simplemente requiere que se demuestre el hecho objetivo de la separación de la casa conyugal y que no se pruebe por el demandado a quien se señala como cónyuge culpable, que tuvo motivo justificado para separarse.”²⁶

²⁴ Tesis 148 de la última compilación de Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación publicada en el apéndice al Semanario Judicial de la Federación, editado en el año de 195, cuarta parte, p.480. Cit. por Ibidem. P.399

²⁵ Mateos Alarcón Manuel. Las Pruebas en materia Civil, Mercan y Federal. Edit. Cárdenas Editor y Distribuidor. México 2003. p 660.

²⁶ Rojina Villegas Rafael. Compendio de Derecho Civil I. Introducción, Personas y Familia. Edit. Porrúa México 2004. p.391

Además debemos percatarnos que esta causal en estudio, deja el camino abierto para que cualquiera de los dos cónyuges solicite el divorcio, es decir, aun el que se separo del domicilio conyugal puede pedirlo.

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

La presente causa de divorcio “viene a demostrar que aun en los casos en que la ausencia no sea imputable al cónyuge ausente, da causa de divorcio al otro cónyuge, precisamente porque ya no se realizan los fines naturales del matrimonio, por haberse roto la vida en común y porque para la ley no puede existir un matrimonio en esta situación anómala. Se distingue entre la declaración de ausencia y la presunción de muerte del ausente. Como solo en ciertos casos cuando la ausencia se debe a circunstancias especiales, como la inundación, el naufragio, el incendio, no se requiere que se lleve a cabo la declaratoria de ausencia, sino que solo por el transcurso de dos años se puede ya declarar la presunción de muerte del ausente, habrá causa de divorcio, aún sin necesidad de que se haya declarado la ausencia. En cambio cuando la ausencia no se deba a esas causas, tiene primero que hacerse la declaración de ausencia, y después vendrá la correspondiente presunción de muerte. Bastara con que se llegue a declarar la ausencia, para que conforme a la fracción X exista ya la causa de divorcio”.²⁷

Por todo lo anterior podemos considerar que el fundamento de esta causal de divorcio es la separación de los cónyuges, es decir, la suspensión en la realización de la comunidad de vida.

Fracción XI: “Las sevicias las amenazas o las injurias graves de un cónyuge para el otro, o para los hijos”.

²⁷ Op. Cit. p.393

Según el maestro Gutiérrez y González²⁸ en esta fracción XI se contienen seis hipótesis a saber:

- a) La sevicia de un cónyuge para el otro;
- b) Las amenazas de un cónyuge para el otro;
- c) Las injurias graves de un cónyuge para el otro;
- d) La sevicia de un cónyuge para los descendientes;
- e) Las amenazas de un cónyuge para los descendientes; y
Las injurias de un cónyuge para los descendientes.

Ahora bien, en esta fracción se comprenden como nos podemos percatar las causas de divorcio que son más frecuentes de invocarse ante nuestros tribunales y en los del todo el mundo, y especialmente en Francia la jurisprudencia ha hecho aplicación amplísima de estas causas. Puede darse el caso de tipificarse el delito de amenazas, de injurias, o bien, constituir solo desde un punto de vista civil una causa de divorcio independiente de que se establezca por sentencia la existencia o comisión de esos delitos.

Para la sevicia discuten los autores y la jurisprudencia si se requiere un maltrato continuo, aun cuando no sea grave, pero que por su permanencia, continuidad o repetición, llega a ser imposible la vida conyugal; o si puede haber sevicia a pesar de que el maltrato no sea continuo, si es grave, y el cual puede ser de palabra o de obra. Propiamente debemos entender a la sevicia en función de su finalidad: que haga imposible la vida conyugal; que los malos tratos de palabra o de obra que la constituyen den como resultado que se rompa definitivamente la armonía entre los cónyuges, aunque no sean continuos. El mismo criterio se sigue para la injuria que debe ser grave, pero esta gravedad debe ser apreciada por el juez y no por el actor en el juicio de divorcio, a efecto de resolver si hace imposible la vida conyugal.

Haciendo referencia a la última parte del párrafo anterior tenemos la siguiente tesis jurisprudencial.

²⁸ Gutiérrez y González Ernesto. Derecho Civil para la Familia. Edit. Porrúa. México 2004. p.517

“DIVORCIO INJURIAS GRAVES COMO CAUSAL DE. La gravedad de las injurias, como causa de divorcio establecida por la fracción XI del artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal, debe ser calificada por el juzgador, pues sería contrario a los mas elementales principios de la técnica jurídica que quedara a la apreciación de los interesados.”²⁹

Es de suma importancia que al entablar la demanda de divorcio por injurias graves, el actor debe manifestar cuales fueron éstas, puesto que si lo deja solo en que hubo injurias graves y no manifiesta cuales fueron, el juzgador se encuentra imposibilitado para entrar al análisis de las mismas y por lo tanto no puede determinar el grado de aquellas; lo que traería consigo que el juez podría perfectamente establecer que no quedo probada la acción, porque desde que se presentó la demanda no se señalaron los elementos necesarios para calificar la injuria misma, y en tal virtud, la causa resultó insuficiente.

Al respecto tenemos la siguiente tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que dice:

“DIVORCIO, INJURIAS GRAVES COMO CAUSAL DE. DEBEN EXPRESARSE EN LA DEMANDA LOS HECHOS EN QUE CONSISTEN Y EL LUGAR Y TIEMPO EN QUE ACONTECIERON. Para que proceda la causa de divorcio por injurias graves, es indispensable que se expongan en la demanda los hechos en que consisten y el lugar y el tiempo en que acontecieron para que el demandado pueda defenderse y el juzgador pueda hacer la calificación de su gravedad, ya que deberá ser de tal naturaleza que haga imposible la vida conyugal.”³⁰

Es menester decir que una de las principales pruebas que se pueden ofrecer para acreditar esta causal de divorcio es la testimonial por ello, la Suprema Corte de la Nación a establecido las siguientes jurisprudencias al respecto:

²⁹ Mateos Alarcón Manuel. Las Pruebas en Materia Civil, Mercantil y Federal. Edit. Cárdenas Editor y Distribuidor. México 2003 p.648

³⁰ Op. Cit. p.654

“DIVORCIO, INJURIAS GRAVES COMO CAUSA DE.- Si los testigos presentados por el actor en el juicio de divorcio, no expresaron las palabras constitutivas de la injurias imputadas a la demandada, la autoridad sentenciadora estará imposibilitada para juzgar la gravedad de tales injurias y, por ende, para considerar justificada la causa de divorcio que se trata”.³¹

Del análisis de la tesis arriba transcrita, podemos observar que es muy importante que cuando en el juicio de divorcio ofrezcamos la prueba testimonial para acreditar las injurias imputadas al demandado, los testigos deben expresar tal y cual se dijeron las palabras, aun cuando sean demasiado fuertes, ya que de lo contrario no se podrá justificar dicha a causa de divorcio.

Por otra parte tenemos una jurisprudencia más en relación a esta causal de divorcio que dice:

“DIVORCIO, INJURIAS GRAVES COMO CAUSAL DE. Tratándose de juicios de divorcio, por causa de injurias graves que hacen imposible la vida conyugal, el objeto filosófico de la prueba es llevar al ánimo del juzgador, la certeza de la existencia de un estado de profundo alejamiento de los consortes, motivado por uno de ellos, que ha roto, de hecho, el vínculo de mutua consideración, indispensable en la vida matrimonial. El profundo y radical distanciamiento de los cónyuges por los actos de una de ellos, incompatibles con la armonía requerida para la vida en matrimonio, es el índice que fija racionalmente el ánimo del juzgador.”³²

Del estudio de la jurisprudencia antes mencionada concluimos que las pruebas que ofrezcamos deben demostrar un profundo alejamiento de los cónyuges de tal

³¹ Tesis 381, p.710 de la última compilación de Jurisprudencia publicada en el apéndice del Semanario Judicial de la Federación del año de 1995. Cit. por Rojina Villegas. Op. Cit. p.392

³² Mateos Alarcón Manuel. Las Pruebas en Materia Civil, Mercantil y Federal. Edit. Cárdenas Editor y Distribuidor. México 2003. p. 653

manera que haga imposible la vida conyugal, ya que este es el factor que determinara la decisión del juzgador.

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

Para hacer más fácil el entendimiento de la presente causal de divorcio transcribimos a continuación los artículos 164 y 168 del Código Civil del Distrito Federal :

“Artículo 164. Los cónyuges contribuirán económicamente al sostenimiento del hogar, a su alimentación y a la de sus hijos, así como a la educación de éstos en los términos que la ley establece, sin perjuicio de distribuirse la carga en la forma y proporción que acuerden para este efecto, según sus posibilidades. A lo anterior no esta obligado el que se encuentre imposibilitado para trabajar y careciere de bienes propios, en cuyo caso el otro atenderá íntegramente a esos gastos.

Los derechos y obligaciones que nazcan del matrimonio serán siempre iguales para los cónyuges e independientes de su aportación económica al sostenimiento del hogar.”

“Artículo 168. Los Cónyuges tendrán el hogar autoridad y consideraciones iguales, por lo tanto, resolverán de común acuerdo todo lo conducente al manejo del hogar, a la formación y educación, así como a la administración de los bienes de los hijos en caso de desacuerdo, podrán ocurrir ante el Juez de lo Familiar.”

Los fundamentos de esta fracción comprenden diversas situaciones en las que pueden colocarse los cónyuges en sus relaciones y en las relaciones con sus hijos. Así tenemos que aplicando lo establecido en el artículo 164 del Código Civil del Distrito

Federal a la causal de divorcio en estudio tenemos que se estatuye que como causa de divorcio la negativa de los cónyuges de contribuir económicamente en el sostenimiento del hogar, de darse alimentos así como a sus hijos y contribuir en la educación de éstos últimos.

Debemos percatarnos que en ambos artículos se señala el deber y especial responsabilidad de los padres en la educación de los hijos, lo cual corresponde a ambos en igualdad de circunstancias, sin embargo, la causa de divorcio fracción XII hace referencia en su parte final solo al incumplimiento injustificado de la sentencia ejecutoriada a que se refiere el artículo 168 del Código Civil del Distrito Federal pues con ello se falta gravemente a los deberes y obligaciones generados por la paternidad y por la maternidad. Ambos ejercen la patria potestad y para ello tendrán autoridad igual dentro del hogar, lo que obliga a ambos a responder en la formación, educación y la administración de sus bienes de sus hijos. En esta situación los actos u omisiones se sancionan por ser contrarios al respeto, la persona y dignidad de los hijos, a su formación, promoción y educación, lo que directamente afecta a la familia como núcleo fundamental de la sociedad.

Es necesario decir que es causa de divorcio el incumplimiento de las obligaciones conyugales por el hecho de hacer difícil la vida en común, ya que al no haber participación de algunos de ellos en el sostenimiento del hogar, se empezaran a generar dificultades generalmente de tipo económico que repercutirán sin duda, en algún grado en la promoción integral de los cónyuges en el aspecto humano espiritual.

Ahora bien, esta causal hace referencia a un aspecto importante que consiste en la negativa injustificada de cumplir con sus obligaciones, al respecto el maestro Chávez Asencio nos dice que "sólo caben dos posibilidades de justificación al incumplir con una obligación: podría aplicarse el artículo 320 del Código Civil para el Distrito Federal; que señala los casos en que cesa la obligación, o bien limitarse a la causa que establece el artículo 164 del Código Civil para el Distrito Federal.

Entiendo que sólo existe una causa justificada la cual se establece en el artículo 164 Código Civil para el Distrito Federal donde se manifiesta que sólo está eximido o

justificado para no contribuir económicamente, el que se encuentre imposibilitado para trabajar y careciera de bienes propios. Por lo tanto, no está excluido quien carezca de trabajo, el perezoso, etc. Todos, salvo el imposibilitado que careciere de bienes, deben contribuir económicamente para el sostenimiento del hogar y para los alimentos al cónyuge e hijos. Por lo tanto el imposibilitado que tenga bienes, debe contribuir.

Esta causal no caduca, por tratarse de un acto de tracto sucesivo, toda vez que la alimentación debe darse permanentemente (quincena a quincena, o mes a mes), ésta causal no caduca pues siempre pondrá en pocas de la negativa del cónyuge a cumplir sus obligaciones.

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

Esta causal procede bastándose con la acusación calumniosa, que la calumnia se refiera a un delito que se impute al cónyuge inocente y que ese delito esté sancionado con una prisión mayor de dos años. Lo que debe probarse en el juicio de divorcio son tanto las imputaciones que hace el cónyuge culpable, como la penalidad del delito previsto en la ley.

Al respecto existe jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que dice: "para que exista la causal de divorcio por acusación calumniosa, no es necesario que esta dé lugar a la instrucción de un proceso y al pronunciamiento de una sentencia absolutoria del acusado, porque es posible que la acusación se archive por el Ministerio Público y no se consigne a la autoridad judicial, y sin embargo, puede ser calumniosa para los efectos de divorcio, lo que apreciará en cada caso el Juez Civil tomando en cuenta que la imputación que hace cónyuge al otro, de haber cometido delito que merezca pena mayor de los años de prisión, se haya hecho a sabiendas de que es inoperante, que esté inspirada en el propósito de dañarlo en su reputación, y en la consideración social que merece, circunstancias todas ellas reveladoras de la

existencia de una odiosidad y de una falta de estimación entre los cónyuges, que hace imposible la vida en común".³³

De lo anterior estoy totalmente de acuerdo pues por el simple hecho de existir tal supuesto de la causal de divorcio en comento, es suficiente para demostrar que la relación marital no es buena a tal grado de dañar a la pareja; sin embargo, consideró que se debería además castigar civilmente a la persona que incurra en la falsedad pues es injusto que alguien dañe la reputación de cualquier persona máxime si se trata de la reputación de la persona con la cual se encuentra unida en matrimonio.

Según el autor Sánchez Márquez "comete el delito de calumnia quien imputa a otro falsamente un ilícito, ya sea por que el hecho es falso o inocente la persona a quien se le atribuye. La acusación calumniosa, revela que entre los cónyuges ha desaparecido todo nexo de afección y estima, al punto que la acusación es el signo de que ha dejado de existir la *affectio maritalis*." ³⁴

Por otra parte, nos podemos percatar del análisis de esta causal que el fundamento de la misma es la falta de respeto de un cónyuge al otro y la injuria que significa la acusación calumniosa demuestra desprecio, lo que rompe la vida conyugal en forma grave.

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

Primeramente debemos decir que en el ámbito del Derecho Penal, se llama delito doloso, a aquel en el que el delincuente sabe exactamente cual es su conducta, y sabe que no es lícita, y sin embargo, realiza la misma.

Ahora bien, nos permitimos mencionar un ejemplo de tal causa de divorcio: una persona intencionalmente o dolosamente causó lesiones graves a un enemigo, y fue

³³ Chávez Ascencio Manuel F. La Familia en el Derecho. Relaciones Jurídicas Conyugales. Edit. Porrúa. México 2003. p.534

³⁴ Sánchez Márquez Ricardo. Derecho Civil. Edit. Porrúa. México 1998. p.393

procesado y condenado por sentencia que causó ejecutoria, la esposa o esposo de esa persona puede demandar el divorcio.

Por otra parte, en esta fracción "evidentemente que hasta tanto no haya una sentencia ejecutoriada que imponga al cónyuge que cometiere el delito una pena mayor de dos años de prisión, no podrá configurar la causa de divorcio que la ley otorga al otro cónyuge, pero siempre y cuando el delito no sea político y resulte infamante."³⁵

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

"Aquí estamos en una categoría de causales de divorcio por vicios, que implican indiscutiblemente hechos ilícitos, hechos imputables, en donde hay culpabilidad, y que separamos de los delitos o de los hechos inmorales, por la fisonomía especial que presentan, pero que de ninguna manera podemos equiparar con las enfermedades en donde sólo existe el divorcio como un remedio, y tan es así que Código Civil vigente Código Civil para el Distrito Federal permite que en el caso de enfermedades, el cónyuge sano pueda tener la acción de divorcio vincular, o la acción de separación de cuerpos, único caso en que según el artículo 277 del Código Civil vigente Código Civil para el Distrito Federal, se mantiene aquélla institución regulada en los códigos anteriores y que sólo traía como consecuencia la separación de los consortes en cuanto a la vida en común bajo el mismo techo. Dice sobre el particular este artículo 277. El cónyuge que no quiera pedir el divorcio fundado en las causas enumeradas en las fracciones XVI y XVII del artículo 267, es decir, enfermedades, incluyendo además impotencia y locura incurables, podrá sin embargo solicitar que suspenda su obligación de cohabitar con el otro cónyuge; y el juez con conocimiento de causa, podrá decretar esa suspensión, quedando subsistentes las demás obligaciones creadas por el matrimonio."³⁶

³⁵ Rojina Villegas Rafael. Compendio de Derecho Civil I. Introducción Personas y Familia. Edit. Porrúa México 2004. p.388

³⁶ Op. Cit. p.399

En esta causales encontramos vicios que son evidentemente hechos ilícitos, y hay culpabilidad independientemente de que sean o no delitos; se consideran como hechos inmorales, y por lo tanto, están basados en el concepto de divorcio-sanción.

Debe observarse que los vicios a los que se refiere la fracción XV por sí mismos no son causales de divorcio, sino "cuando amenazan causar ruina de la familia o constituyan un continuo motivo de desavenencia conyugal".

Por lo tanto, esta causal comprende dos aspectos:

1. La existencia del vicio, de juego o la embriaguez.
2. La amenaza de ruina de la familia, o la continua desavenencia conyugal.

Para que puede probarse el hábito de la embriaguez como causal constitutiva del divorcio, es menester que la adición del demandado al consumo de bebidas embriagantes sea de tal naturaleza que amenace causar la ruina familiar o constituya un continuo motivo de desavenencia conyugal, por lo que al no justificarse lo anterior, la causal del divorcio no puede prosperar.

Hay que señalar también que los juegos a los que se refiere esta fracción son los juegos de azar, con las consiguientes pérdidas económicas que se traduzcan en ruinas de la familia, pero podríamos pensar que también los juegos deportivos podrían causar, bien sea la ruina de la familia o desavenencias conyugales, al desentenderse uno de los cónyuges de sus deberes económicos o conyugales. En el caso de la embriaguez, es imposible lograr la convivencia conyugal y la comunidad se destruye; además ésta el grave ejemplo para los hijos de un padre dipsómano.

Nosotros consideramos que no solo los juegos de azar son los que causan la ruina de la familia o desavenencias conyugales, pues tal es el caso de los jugadores deportivos, que llagan a la adicción de los mismos, repercutiendo esto en un alejamiento del núcleo familiar y hasta de su trabajo, lo cual sin duda provocara serios problemas económicos y familiares pues en la mayoría de los casos se descuida a los hijos y al cónyuge, esto lo podemos observar no solo en familias con posición

económica media o baja sino hasta en familias con una posición económica desahogada.

Por aparte, es de suma importancia que se de una causal de divorcio de este tipo pues con el ejemplo que reciben los hijos por parte de un padre o madre alcohólico que genera conflictos en el núcleo familiar no se puede dudar que en lo futuro, los mismos se conduzcan de la misma manera en el momento en que llegaren a formar su propia familia.

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

"Esta fracción carece de técnica legislativa, pues debió tratarse la hipótesis que regula, como un segundo párrafo de la fracción XIV. Ya que ambas fracciones, la XIV y la XVI parten de un mismo supuesto, es lo que la fracción XIV atiende a que haya el cónyuge cometido un delito doloso contra cualquier persona, y a XVI, que lo haya cometido contra su cónyuge o descendientes, por lo cual es la misma idea de haber cometido un delito doloso, y que se le haya condenado por sentencia que haya causado ejecutoria."³⁷

Fracción XVII: "la conducta de violencia familiar cometida o permitida por uno de los cónyuges contra el otro, o hacia los hijos de ambos, o de algunos de ellos. Se entiende por violencia familiar la descrita en este código."

El Código Civil del Distrito Federal en su artículo 323 Quater explica que: "por violencia familiar se considera el uso de la fuerza física o moral, así como la comisión grave que se ejerce contra un miembro de la familia por otro integrante de la misma, que atente contra su integridad física, psíquica o ambas, independientemente del lugar en que se lleve a cabo y que pueda producir o no lesiones."

³⁷ Gutiérrez y González Ernesto. Derecho Civil para la Familia. Edit. Porrúa México 2004. p524

Y en el artículo 323 Quintos del Código Civil para el Distrito Federal dice: "también se considera violencia familiar la conducta descrita en el artículo anterior llevada a cabo contra la persona con que se encuentra unida fuera de matrimonio, de los parientes de ésta, o de cualquier otra persona que esté sujeta a su custodia, guarda, protección, educación, instrucción o cuidado, siempre y cuando el agresor y el ofendido convengan o hayan convivido en la misma casa".

La violencia familiar también es una de las causales de mayor invocación por los divorciantes, sin embargo, aun nos queda mucho por hacer en este campo pues existen hogares en los cuales se presenta violencia en alguna de sus modalidades pero que por miedo no se hace nada al respecto.

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

Esta causal considero que debe ser parte de la anterior, pues aun sigue siendo una manifestación de violencia familiar ya que al no cumplir con esa orden judicial o administrativa cualquier acercamiento generará temor y angustia.

Fracción XIX: "El uso no terapéutico de las sustancias ilícitas a que hace referencia la Ley General de Salud y las lícitas no destinadas a ese uso, que produzcan efectos psicotrópicos, cuando amenacen causar la ruina de la familia o constituyan un continuo motivo de desavenencia."

En esta fracción, señala Gutiérrez González que el asambleísta cometió un error al decir "el uso no terapéutico de las sustancias ilícitas" puesto que, las sustancias no son en sí ilícitas ni lícitas. Lo que es ilícito o lícito es el uso que de esas sustancias se haga, esto es, el motivo o el fin determinante de la voluntad de las personas."³⁸

³⁸Op. Cit. p.526

Por lo anterior, es ilógico decir que las sustancias son lícitas o ilícitas, si ellas no pueden desarrollar conductas, y la licitud o ilicitud es sólo respecto de conductas humanas.

Fracción XX: "El empleo de métodos de fecundación asistida, realizadas sin el consentimiento de su cónyuge."

Podemos decir que "esta fracción XX es de nuevo cuño, y obedece a los avances de la biología y su influencia en el ambiente del derecho. Esta causal del divorcio, naturalmente que sólo se le puede otorgar al esposo en contra de la mujer, pues sólo ella, dado el estado de la ciencia, es la única de la pareja que puede ser fecundada por inseminación artificial o invitro. También esta fracción reposa sobre la protección al "Derecho al honor", como lo hace la fracción IV del artículo 267 en estudio."³⁹

Considero que esta causal de divorcio es un tanto egoísta, pues entonces ¿sólo se podrá ser madre cuando el hombre lo permita? Pienso que debe ser derogada tal fracción, ya que limita la libre voluntad de la mujer de convertirse en madre; y esto se convierte en una injusticia más grave si la mujer no puede ser madre porque el del problema, es decir, el infértil o estéril es el marido.

Por lo tanto me atrevo a decir que antes de cualquier tipo de adiciones legales deberían estudiarse bien todos aquellos supuestos que pudiesen presentarse y no cometer el error tan grave de limitar derechos por limitar.

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

"Esta idea de que los cónyuges no deben desempeñar actividad que dañe a la familia, ha evolucionado, por fortuna para bien de la mujer, pues implica que ni el marido puede oponerse a que la mujer trabaje, ni ésta a que aquel labore en lo que crea y pueda hacer, siendo lícito, y esto que ahora se dispone en el artículo 169, era

³⁹ Op. Cit. Pp. 527-528

antes dirigido sólo a la prohibición de que la mujer trabajara, si con esa labor descuidaba el hogar.

La evolución de la norma 169 es la siguiente:

En 1928 tenía este texto:

"La mujer podrá desempeñar un empleo, ejercer una profesión, industria, oficio o comercio, cuando ello no perjudique a la misión que le impone el artículo anterior".

Y ese artículo anterior, el 168 disponía:

"Estará a cargo de la mujer la dirección y cuidado de los trabajos del hogar."

Y finalmente en ese cúmulo de restricciones a la mujer, el artículo 170 disponía que:

"El marido podrá oponerse a que la mujer se dedique a las actividades a que se refiere el artículo anterior, siempre que subvengan a todas las necesidades del hogar y funde su oposición en causas graves y justificadas".

Pero luego el 9 de enero de 1954, se modificó el artículo 169, y se dijo:

"La mujer podrá desempeñar un empleo, ejercer una profesión, industria, oficio o comercio, cuando ello no perjudique a la misión que impone el artículo anterior, ni se dañe la moral de la familia o la estructura de ésta."

Y se modificó también en esta fecha, el artículo 170 y se dijo que:

"El marido podrá oponerse a que la mujer se dedique a las actividades a que se refiere el artículo anterior, siempre que funde su oposición en las causas que el mismo señale. En todo caso el juez resolverá lo que sea procedente."

Posteriormente, pero aún en la vigencia del Código Civil de 1928, se volvió a modificar el artículo 168, y ya se habló en común de dos, y se dijo:

"El marido y la mujer tendrán en el hogar autoridad y consideraciones iguales, por lo tanto, resolverán de común acuerdo todo lo conducente al manejo del hogar, a

la formación y educación de los hijos y a la administración de los bienes que a éstos pertenezcan. En caso de desacuerdo, el juez de lo familiar resolverá lo conducente."

Y el artículo 169 recibió este texto:

"Los cónyuges podrá desempeñar cualquier actividad excepto las que dañen la moral de la familia o la estructura de ésta. Cualquiera de ellos podrá oponerse a que el otro desempeñe la actividad de que se trata y el juez de lo familiar resolverá sobre la oposición."⁴⁰

Del análisis realizado a la evolución del mencionado artículo hemos visto como ha cambiado la prohibición la cual iba dirigida sólo para la mujer, teniéndosele literalmente amarrada pues no se le dejaba trabajar, sino en la casa dado que así lo determinaba el machismo de la época, y ya hoy se establece la causal en estudio, tanto a favor de la mujer como del hombre.

4.4 EL DIVORCIO COMO INSTITUCIÓN JURÍDICA.

"El divorcio es un acto jurisdiccional o administrativo por virtud del cual se disuelve el vínculo conyugal y el contrato de matrimonio concluye, tanto con relación a los cónyuges como respecto de terceros."⁴¹

Por su parte el maestro Gutiérrez y González nos dice que "la naturaleza jurídica de la figura del divorcio no es propia, sino que corresponde, según el tipo de divorcio, a dos diferentes figuras jurídicas de la Teoría de las obligaciones, mismas que se analizan al hacer el estudio de "formas de extinguir las obligaciones". El divorcio por mutuo consentimiento y el divorcio judicial voluntario, tienen naturaleza jurídica de un convenio de revocación, y el divorcio judicial necesario o por controversia, obedece a la

⁴⁰ Op. Cit. p.528-530

⁴¹ Pallares Eduardo. El Divorcio en México. Edit. Porrúa. México.1998. p.36

figura jurídica de la rescisión, ya que cuando se presenta un convenio de divorcio, ya ante el Oficial del Registro Civil o ante el Juez Civil de lo Familiar, se está celebrando un convenio de revocación solemne. Y cuando se formula la demanda de divorcio necesario, al fundarse en un hecho ilícito, lo que se está pidiendo al juez, es que se declare la rescisión del contrato de matrimonio.”⁴²

Lo anterior se explica a continuación: “Una vez que un hombre y una mujer deciden celebrar el contrato de matrimonio, externan su “consentimiento”, respecto del “doble objeto” que se han propuesto, y satisfacen la “forma solemne” que la ley les determina, de homologar su consentimiento, frente al Estado, por conducto de un Oficial del Registro Civil.

Como se ve el acto del contrato de matrimonio es existente y plenamente válido, pero al paso del tiempo, pues el contrato de matrimonio es de “tracto sucesivo”, los cónyuges por razones subjetivas, que no tienen porque externarlas, se ponen de acuerdo y deciden poner fin a ese contrato de matrimonio existente y válido.

Así se presentan ya ante un Juez Civil de lo Familiar, ya ante un Oficial del Registro Civil, según sea el caso, y después de cumplir con el procedimiento que marca la ley para comparecer ante uno u otro funcionario competente, el Estado declara revocado el contrato de matrimonio mediante una resolución de divorcio; así tenemos aplicada la idea de la “revocación” al contrato de matrimonio, y naturalmente que al decretarse la revocación, el acto matrimonial se extingue.

Ahora bien respecto a la resolución por revocación del contrato de matrimonio debemos decir que ésta es un acto solemne, por que ese acto convencional del divorcio, que se conoce como “por mutuo consentimiento”, implica que las partes hagan un convenio para ponerle fin al contrato de matrimonio, y es un convenio, ya que va a poner fin a derechos y obligaciones; pero ese convenio que hacen los cónyuges, no va a existir con el solo consentimiento y el objeto, sino que requiere de una forma

⁴² Gutiérrez y González Ernesto. Derecho Civil para la Familia. Edit. Porrúa México 2004. Pp. 497-498

“solemne “ que va a ser la comparecencia ante un funcionario público del Estado, y la homologación que hace éste del referido convenio, dándole así la “forma solemne”.⁴³

Por otra parte, tenemos a la terminación del contrato de matrimonio por rescisión el cual según el Código Civil del Distrito Federal en su artículo 267 establece las causales para demandar la disolución necesaria del contrato de matrimonio, y lo cual se debe hacer por medio de una sentencia judicial, pues se pondrá así fin con ella, a un “conflicto de intereses”, derivado en casi todos los casos , por un hecho ilícito cometido por uno de los cónyuges en agravio del otro.

Por nuestra parte coincidimos con el maestro Gutiérrez y González pues pensamos que el Derecho para la familia requiere en algunas ocasiones de la aplicación de las normas que regulan las figuras de la Teoría de las Obligaciones y de las demás que regulan el ámbito del Derecho Civil, es decir, el Derecho para la familia no es autónomo, sino una rama del Derecho Civil.

4.5 TIPOS DE DIVORCIO.

Podemos dividir los diferentes tipos de divorcio que admite la legislación civil mexicana según diversos criterios; desde el punto de vista de la autoridad ante la cual se tramitan puede haber divorcio judicial o divorcio administrativo; desde el punto de vista de las causales que lo originan, puede haber divorcio voluntario o divorcio necesario. Como el divorcio administrativo es siempre voluntario éste podemos a su vez subdividirlo en judicial y administrativo, siendo siempre judicial

⁴³ Op. Cit. Pp. 478-480

4.5.1 DIVORCIO VOLUNTARIO.

El divorcio voluntario puede ser como lo dijimos antes de dos tipos administrativo o judicial.

Es administrativo cuando concurren los siguientes requisitos: haya transcurrido un año de la celebración del matrimonio, ambos cónyuges convengan en divorciarse, sean mayores de edad, hayan liquidado la sociedad conyugal de bienes, si están casados bajo ese régimen patrimonial, la cónyuge no este embarazada, no tengan hijos en común, o teniéndolos sean mayores de edad, y éstos no requieran alimentos o alguno de los cónyuges. El trámite se lleva a cabo ante la autoridad administrativa (Oficial del Registro Civil). (Artículo 272 del Código Civil del Distrito Federal.)

Satisfechos los presupuestos señalados "se deben presentar personalmente ante el Oficial del Registro Civil del lugar de su domicilio; y comprobarán con las copias certificadas respectivas que son casados y mayores de edad y manifestarán de manera terminante y explícita su voluntad de divorciarse".⁴⁴

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

El Oficial del Registro Civil, previa identificación de los consortes, levantará un acta en la cual hará constar la solicitud de divorcio y citará a los cónyuges para que se presenten a rectificarla a los quince días. Si los consortes hacen la ratificación, el Oficial del Registro Civil los declarará divorciados, haciendo la anotación correspondiente en la del matrimonio anterior." (Artículo 272 Código Civil del Distrito Federal)

⁴⁴ Chávez Ascencio Manuel F. La Familia en el Derecho. Relaciones Jurídicas Conyugales. 5ª Edic. Edit. Porrúa. México 2003. p.471

De tal manera el papel del Oficial, como señala Eduardo Pallares, "es pasivo, pues se limita a comprobar que se presenten los documentos necesarios, identificar a los consortes, y levantar el acta con la solicitud de divorcio, citando a los cónyuges, para que la ratifiquen a los quince días. Es decir, no hace esfuerzo alguno por avenirlos o buscar la permanencia del matrimonio. Según el mencionado autor el papel de pasivo del Oficial Civil en esta clase de divorcio, se explica porque, no habiendo hijos de por medio, ni conflicto de intereses pecuniarios procedentes del matrimonio, tanto la sociedad como el Estado, carecen de interés en que vínculo conyugal subsista, y consideran el divorcio como una rescisión de un contrato".⁴⁵

Se dice que el divorcio voluntario se ha adoptado para evitar el escándalo y para no dar a conocer públicamente una conducta inmoral o vergonzosa, pero principalmente para proteger a los hijos, para que no conozcan el hecho grave, inmoral o delictuoso en el que ha incurrido alguno de sus padres, siendo estos los aspectos que justifican la posibilidad de poder regular una forma de divorcio voluntario.

Además, Gutiérrez y González señala que "este tipo de divorcio es muy rápido y sencillo, pues resulta suficiente para que se decrete la disolución del contrato de matrimonio, por el Estado, sin necesidad de un juicio, sino sólo a través de que el Oficial del Registro Civil, constate que se reúnen los requisitos establecidos en el artículo 272 del Código Civil del Distrito Federal y listo."⁴⁶

Por lo anterior, sería difícil imaginar un divorcio más fácil de obtener que éste, y aun parece que el artículo 273 del Código Civil del Distrito Federal orienta a los cónyuges para que si no se encuentran en ninguno de los casos previstos en éste, no pierdan la esperanza del divorcio sino que acudan ante el Poder Judicial.

Así pues, tenemos que es Judicial según el artículo 273 del Código Civil del Distrito Federal cuando: "los cónyuges no se encuentran en el caso previsto en el

⁴⁵ Pallares Eduardo. El Divorcio en México. Edit. Porrúa. México 1984. p.40

⁴⁶ Gutiérrez y González Ernesto. Derecho Civil para la Familia. Edit. Porrúa México 2004. p. 492

artículo anterior y por mutuo consentimiento lo soliciten al Juez de lo Familiar, en los términos que ordenan Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal, siempre que haya transcurrido un año o más de celebrado el matrimonio y acompañen un convenio que deberá contener las siguientes cláusulas:

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

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

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

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

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

VI. La manera de administrar los bienes de la sociedad conyugal durante el procedimiento y a hasta que se liquide, así como la forma de liquidarla, exhibiendo para este caso, el inventario, avalúo y el proyecto de partición; y

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

Nos podemos percatar que el convenio contiene aspectos referidos a los cónyuges, otros a los hijos y por último a los bienes de la sociedad conyugal. Sin embargo, consideramos que lo exigido por el Código Civil del Distrito Federal es lo mínimo que debe convenirse entre los divorciantes.

En este tipo de divorcio el Ministerio Público participa para velar por los intereses morales y patrimoniales de los hijos menores e interdictos, y también para que se cumplan debidamente las leyes relativas al matrimonio y al divorcio.

Así, el Ministerio Público puede oponerse al convenio, por considerar que se violan los derechos de los hijos, o porque no quedan estos bien garantizados, o puede promover modificaciones que si son aceptadas por los cónyuges se continuará el procedimiento, en caso contrario el tribunal resolverá en la sentencia lo que procede con arreglo a la ley, cuidando que en todo caso quede debidamente garantizados los derechos de los hijos. Por último debemos señalar que las audiencias o juntas de avenencia deben celebrarse dentro del término fijado por la ley o de lo contrario se consideran nulas por tratarse de leyes procesales que son de orden público.⁴⁷

A diferencia del divorcio voluntario de tipo administrativo, aquí el papel del juez es activo. Hecha la solicitud, citará el tribunal a los cónyuges y al presentarse el Ministerio Público a una junta en la que se identificarán plenamente, que se efectuará después de ocho días, y antes de los quince días siguientes y si asistiesen los interesados los exhortará para procurar su reconciliación" (artículo 675 del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal)

Si no logra avenirlos, aprobará provisionalmente oyendo al representante del Ministerio Público, los puntos del convenio relativos a la situación de los hijos menores, a la separación de los cónyuges, a los alimentos de aquellos y las medidas de aseguramiento que estime necesarias. Si insisten los cónyuges en su proposición de divorciarse, los citará el tribunal a una segunda junta, la que se efectuará después de los ocho y antes de los quince días de solicitada, y en ella volverán a exhortar a

⁴⁷ Op. Cit. Pp.746-747

aquellos con el propio fin de procurar la reconciliación. Si tampoco se lograre la reconciliación y en el convenio quedaran bien garantizados los derechos de los hijos menores o incapacitados, el tribunal oyendo el parecer del representante del Ministerio Público sobre este punto, dictará sentencia en que quedará disuelto el vínculo matrimonial y decidirá sobre el convenio presentado.

Se trata de un acto personalísimo, y en el artículo 678 del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal, previene que los cónyuges no pueden hacerse representar por un procurador en las juntas antes mencionadas y deben comparecer personalmente.

4.5.2 DIVORCIO NECESARIO.

Como lo dijimos antes "el divorcio necesario o contencioso siempre será judicial y se funda en diversas causales, así pues unas fundadas en delitos, otras en causas de salud y unas más en el incumplimiento de obligaciones familiares."⁴⁸

Este tipo de divorcio, siempre se tramita ante un Juez Civil de lo Familiar, y la demanda que se formule, debe fundarse en algunas de las "causales" que se establecen en el artículo 267 del Código Civil del Distrito Federal las cuales dan origen al divorcio vincular aún en contra de la voluntad del cónyuge culpable y a petición del inocente.

Así las cosas, podemos afirmar que en el divorcio necesario, solo uno de los cónyuges quiere divorciarse, pues de otra forma, los divorciantes recurrirían al divorcio por mutuo consentimiento.

Ahora bien, como lo vimos antes en los dos tipos de divorcio, el administrativo y el judicial por mutuo consentimiento, no se tiene que expresar la causa del divorcio, si no

⁴⁸ Sánchez Márquez Ricardo. Derecho Civil. Edit. Porrúa México 1998. p364-365

sólo externar la voluntad de ambos cónyuges de divorciarse y formular el convenio del caso. En cambio en el divorcio necesario, si se tiene que expresar al Juez Civil de lo Familiar cual es el motivo o causa por el cual se demanda la disolución del vínculo matrimonial y al efecto se deberá invocar alguna o algunas de las que se enlistan en el artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal y además probarla en juicio.

En este orden de ideas sabemos que la esencia de la mayoría de las llamadas "causales de divorcio", está en la idea de un hecho ilícito cometido por un cónyuge en contra del otro. Y es precisamente por ese hecho ilícito, que se considera que no puede seguir adelante el contrato de matrimonio, por lo cual el juez de lo familiar, después de ver que se siga el procedimiento ante él, cumpliendo con todas las formalidades que establece la ley adjetiva, decreta la terminación del contrato de matrimonio. “⁴⁹

Por otra parte, dentro del divorcio necesario podemos mencionar el divorcio sanción y el de divorcio remedio. Donde el primero de ellos se motiva por delitos cometidos entre los cónyuges, de padres a hijos o de un cónyuge en contra de terceras personas; por hechos inmorales; por incumplimiento de obligaciones fundamentales en el matrimonio; y finalmente por actos contrarios al estado matrimonial. Y el segundo se admite como medida de protección para el cónyuge sano y los hijos, cuando el otro consorte padece enfermedad crónica e incurable, y además contagiosa, o hereditaria.

4.6 EFECTOS DEL DIVORCIO EN EL NÚCLEO FAMILIAR Y SOCIAL.

Los efectos del divorcio en el núcleo familiar los podemos apreciar desde mi personal punto de vista desde dos ángulos uno en relación a los hijos y otro en relación a los cónyuges.

⁴⁹ Gutiérrez y González Ernesto. Derecho Civil para la Familia. Edit. Porrúa México 2004. Pp.495-496

En relación a los hijos podemos afirmar son éstos los grandes perdedores en todo juicio de divorcio, cualquiera que sea la causa de éste y cualquiera que sea la edad de aquellos, sin embargo, debemos aceptar que existen casos extremos en los cuales el divorcio debe concederse .

Así las cosas tenemos a continuación algunos efectos jurídicos del divorcio en relación a los hijos como lo son los siguientes:

En los casos de divorcio voluntario señala el Artículo 273 f. I del Código Civil para el Distrito Federal que se debe “designar a la persona que tendrá la guarda y custodia de los hijos menores o incapaces, durante el procedimiento y después de ejecutoriado el divorcio”.

Y en los casos de divorcio necesario señala el artículo 282 f. V del Código Civil para el Distrito Federal que se debe “Poner a los hijos al cuidado de la persona que de común acuerdo hubieren designado los cónyuges, pudiendo ser uno de éstos. En defecto de ese acuerdo, el cónyuge que pida el divorcio propondrá la persona en cuyo poder deben quedar provisionalmente los hijos. El Juez de lo Familiar, previo el procedimiento que fije el Código respectivo y tomando en cuenta la opinión del menor resolverá lo conducente.

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

Al respecto podemos decir que normalmente se confían los hijos a algunos de los progenitores, pero debe hacerse notar que dichas fracciones no limita a algunos de éstos la custodia.

La sentencia de divorcio fijará en definitiva la situación de los hijos, conforme a lo que indica el artículo 283 del Código Civil para el Distrito Federal.

Y respecto a los alimentos como efecto provisional del divorcio necesario, los encontramos en el artículo 282 f. II del Código Civil para el Distrito Federal que

establece lo siguiente: "Señalar y asegurar las cantidades que a título de alimentos deben dar el deudor alimentario ... y a los hijos que corresponda";

Sobre este particular Eduardo Pallares decía que para que "esta medida precautoria no traiga consigo la violación al artículo 16 Constitucional es necesario, no sólo que esté fundado en la ley, sino también estar motivada, tal como lo exige el mencionado precepto de nuestra Constitución. La motivación consiste en la prueba de que el cónyuge que demanda el divorcio y sus hijos, tienen necesidad de percibir la pensión alimenticia. Además, es igualmente indispensable la prueba de estos dos extremos: que el deudor alimentario se encuentre en condiciones económicas lo suficiente para pagar los alimentos, y la prueba de la cantidad a que deban ascender estos últimos".

Cierto es, en términos generales, que si no se cumplen los extremos previstos por los artículos 14 y 16 Constitucionales, quien se viere forzado a cumplir una orden de autoridad sin haber el debido proceso legal, o sin que fuera fundada y motivada la resolución judicial puede demandar el divorcio y protección de la justicia federal. Sin embargo, en materia de alimentos encontramos una excepción, la contenida en el artículo 943 del Código de Procedimientos Civiles donde se previene que "tratándose de alimentos, ya sean provisionales, o los que se deban dar por contrato, por testamento o por disposición de la ley, el juez fijará la petición del acreedor, sin audiencia del deudor, y mediante la información que estime necesaria, una pensión alimenticia provisional".

Esta disposición podría parecer anticonstitucional y combatirse mediante el amparo contra la ley, pero ya ha sido resuelto en varias sentencias de la Suprema Corte de Justicia de la Nación."⁵⁰

Por otra parte en relación a los efectos del divorcio entre cónyuges tenemos que: Los efectos patrimoniales más importantes del divorcio son que el culpable, cuando lo hay, "pierde todo lo que se le hubiere dado o prometido por su consorte o por otra persona

⁵⁰ Op. Cit. Pp.569-570

en consideración a éste” Artículo 286 del Código Civil para el Distrito Federal; Sobre el particular, conviene precisar que esta reversión de lo donado no puede operar de pleno derecho, pues es necesario que sea parte de la sentencia del divorcio. De aquí la importancia que al demandar el divorcio, se demande también la devolución de lo que el cónyuge inocente hubiere dado al culpable, y sólo así podrá comprenderse esto dentro de la sentencia.

También debe liquidarse la sociedad conyugal, si la había Artículo 197 del Código Civil para el Distrito Federal; y en los casos de divorcio voluntario la mujer tendrá derecho a una pensión por un tiempo igual a la duración del matrimonio siempre y cuando no tenga ingresos suficientes o se una en matrimonio o concubinato.

Ahora bien, debemos señalar que actualmente nuestra legislación expresa que en el divorcio necesario, el pago de alimentos en favor del cónyuge inocente se considera como una sanción al establecer el artículo 288 del Código Civil para el Distrito Federal que: "en los casos de divorcio necesario, el Juez de lo familiar sentenciará al cónyuge culpable al pago de alimentos a favor del cónyuge inocente tomando en cuenta las circunstancias del caso ..." ⁵¹

Además, el cónyuge inocente no solo tiene derecho al pago de los alimentos, sino también, a una indemnización por los daños y perjuicios que el divorcio le pudiera causar; pues por ejemplo, si la mujer era la que permanecía en la casa al cuidado de los hijos mientras el esposo trabajaba, con el divorcio, ésta tiene que trabajar, lo que la llevará a buscar la forma y manera para que mientras trabaja los hijos estén en escuelas, en internados, o bien contratar una persona que los cuide constituyendo esto gastos extras.

Por otra parte es importante decir que “en virtud del divorcio, los cónyuges recobran su entera capacidad para contraer matrimonio” Artículo 289 del Código Civil para el Distrito Federal; con lo cual estamos de acuerdo, pues disuelto el vínculo no hay

⁵¹ Op. Cit. Pp. 573 -574

razón para prohibir un nuevo matrimonio inmediato, más que en los casos de posible confusión de la paternidad por el nuevo matrimonio de la divorciada.

En relación al estado familiar el divorcio tiene el efecto de disolver el vínculo de los esposos por lo cual éstos dejan de ser cónyuges y adquieren el estado de divorciados, sin que vuelvan a ser solteros, pues soltero es, quien no ha contraído matrimonio, y equivale a célibe, que según el Diccionario de la Real Academia, “dícese de la persona que no ha tomado estado de matrimonio”⁵²

Ahora bien, los efectos del divorcio en el núcleo social pueden ser vistos desde diferentes ángulos. Así tenemos que hay quienes consideran que el divorcio es el causante de la destrucción de los hogares o de las familias; con lo cual no estamos de acuerdo, puesto que los matrimonios destrozados no los causan los divorcios, sino otras causas, como por ejemplo las que establece el artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal, así pues, el rompimiento del matrimonio es ya un hecho, mucho antes de que sea jurídicamente establecido.

En este sentido, podemos ver claramente que el divorcio en lugar de ser perjudicial es benéfico, pues en situaciones que entrañan un conflicto o repulsión profunda el mantener unida legalmente a una pareja por el matrimonio puede resultar más destructivo para ellos mismos y para sus hijos que permitir su separación.

Sabemos que durante años el divorcio ha sido considerado como la última opción posible para una pareja rota o incluso descartada por sus admitidas consecuencias en los hijos dado que se consideraba que la ruptura de la pareja conllevaba consecuencias traumáticas en los hijos sin que realmente hubiese análisis serios y rigurosos de todas las variables que influyen negativamente en la adaptación a esta situación.

Los efectos del divorcio han pasado por diversas fases. En una primera parte de la investigación se planteaba que éste tenía consecuencias muy negativas,

⁵² Pacheco Escobedo Alberto. La Familia en el Derecho. Edit. Panorama. México. 1985 p. 164

considerando que el divorcio era el origen de determinadas alteraciones psicopatológicas, que marcaban el desarrollo futuro de los hijos. Sin embargo, la investigación actual plantea un análisis más complejo y matizado.

No se puede hablar de divorcio en general pues ello depende de la estabilidad psicológica de las personas que se separan y del modo en que lo hagan para que las consecuencias sean de un tipo o de otro.

“Existe un consenso general en afirmar que las consecuencias del divorcio dependen de manera muy significativa de cual sea el contexto en que la ruptura del vínculo matrimonial se produce pues no es lo mismo el mutuo acuerdo tras un progresivo enfriamiento de relaciones, que la confrontación continua.”⁵³

⁵³ Fernández Ríos Encarna. El niño ante el Divorcio. Edit. Pirámide. Madrid. 2002. p. 26

CAPITULO V

DIVORCIO POR PERDIDA UNILATERAL DE INTERES EN LA PRESERVACIÓN DEL VINCULO MATRIMONIAL.

5.1 ELEMENTO ESENCIAL PARA LA DISOLUCIÓN DEL VINCULO MATRIMONIAL.

Como lo hemos dicho anteriormente en otros capítulos esta causal de divorcio supone la pérdida unilateral del interés en la preservación del vínculo matrimonial, por lo tanto el elemento esencial para la disolución del vínculo matrimonial es la pérdida unilateral del interés, dado que no hay porque mantener unido en matrimonio a quien ya no quiere estarlo.

Ahora bien, es importante decir que la pérdida del interés del que estamos haciendo referencia va más allá de un simple capricho, es decir, la pérdida del interés en conservar el vínculo matrimonial por uno de los cónyuges esta íntimamente relacionado con la pérdida del amor, puesto que si los cónyuges se aman difícilmente pensarán en divorciarse.

Por lo anterior, considero necesario hablar un poco del amor en el matrimonio, puesto que éste en la mayoría de los casos es un factor de vital importancia en la elección de pareja, sin embargo, también es a mi consideración la causa principal por la que las mismas se separan “dado que en nuestra sociedad se da por sentado que el amor y el matrimonio van de la mano”.¹

Ahora bien, el amor presenta algunas modalidades entre ellas suele ser “limitado siendo el jardín común y corriente en cuyo recinto subsisten las parejas casadas que forman un matrimonio tradicional, cuando el amor romántico se ha agotado. Aquí

¹ Rosenbaum Salo. La Relación Matrimonial. Edit. Industrias Gráficas Gasa. Barcelona 1970. p.276

encontramos que solo se puede estar enamorado y profundamente vinculado en la intimidad y el compromiso con una persona a la vez.”²

Este tipo de amor es el que afortunadamente, predomina en los matrimonios de nuestra sociedad, y decimos “afortunadamente” por el hecho de implicar un amor maduro en que el que se tiene el compromiso solo con una persona, lo que proporciona estabilidad al matrimonio.

Por otra parte, pensamos que el gusto es un elemento importante en el amor, sin embargo, existen parejas que pueden amarse sin gustarse por el hecho de haberse casado en plena fiebre del amor romántico (el cual es ciego y a menudo irracional), sin haberse conocido lo suficiente para cerciorarse de si se gustaban o no, lo que desafortunadamente implicara en un futuro el divorcio, puesto que a nuestro modo de ver, gustarse es la clave del amor.

Dado que “el gusto se apoya en el respeto y no en la pasión, sin embargo, esto no significa que la pasión carezca de importancia, sino que el amor basado en el gusto y la pasión es mucho más sólido que meramente pasional.”³

Por lo tanto, sin el respeto no concebimos el logro de un verdadero amor, pues el mutuo respeto es esencial para el establecimiento de la identidad, la igualdad y la sincera comunicación en una pareja.

De esta manera el gusto recíproco es sólo un aspecto del amor, pero lo consideramos esencial para el descubrimiento de la creatividad individual, la estima mutua y la realización erótica que deviene autentico amor maduro, lo que llamamos amor sin reservas.

Por otra parte tenemos otro tipo de amor el cual no tiene límites, ni reservas sino que se forja y se extiende por sí mismo. Sí tenemos que el amor sin trabas se basa en

² Karacena Onel George. Matrimonio Abierto. Edit. Grijalbo México 1976. p277

³ Op. Cit. p.282

la identidad y en la igualdad de ambos cónyuges; no es amor posesivo. Se apoya en el sentimiento de pertenecer “con” y no “a” otra persona. El amor, tal y como lo concebimos, es libre de restricciones, mandatos y proposiciones al comportamiento del cónyuge, condicionamientos todos éstos que son propios del amor limitado. La pareja que se acepte abierta y sinceramente sobre esta base, que pueda comunicar sin trabas y honradamente, es capaz de respaldarse mutuamente. Semejante clima no solo es reconfortante y sereno sino que nutre el desarrollo. El uno ayuda al otro a devenir el o ella, a ser lo que pueden llegar a ser. Creciendo y modificándose, al no ser posesivos ni dominantes, sus relaciones tienen una vibración, una novedad constante confirmada, y también espontaneidad. Ambos son y devienen al mismo tiempo.”⁴

Refiriéndonos a esta clase de relación amorosa podríamos decir que es la más perfecta puesto que lo que vemos es la fusión de una gran capacidad de amar y, a la vez un gran respeto recíproco, así como respeto propio. Sin embargo, es duro reconocer que son pocos los matrimonios en los cuales el amor suele llegar a desarrollarse y manifestarse de tal manera, pues desgraciadamente en nuestra sociedad aun somos educados en forma dependiente y egoísta, y sí a esto le sumamos el machismo del que todavía somos objeto, no cabe la menor duda de que en realidad nos encontramos ante un panorama oscuro, donde la relación matrimonial es “a ver quien manda sobre quien” y no un compañerismo como debiera ser.

Aunado a lo anterior, es importante mencionar que muchos matrimonios sobreviven con sistemas de soporte artificial, son patéticos. Mantienen una guerra interna donde sufren todos los que están en contacto con su patología, desde los vecinos que escuchan sus gritos, pasando por los amigos que no saben donde meterse cuando empieza otra batalla, hasta los hijos que son las víctimas malheridas. A veces hay silencios espesos, y a veces se gritan incesantemente, o se golpean jugando un juego de golpes bajos, de ¡a ver quien puede más!, llegándose a establecer alianzas con los hijos, lo que provoca generalmente mayores conflictos, pues el padre o la madre, quien sea el ofendido o se sienta en tal posición, siempre le preguntará al niño

⁴ Op. Cit. p.283

¿de qué parte estas? poniéndolo así en una situación difícil, es decir, entre la espada y la pared. A lo que hay que preguntarse si esto es vida.

Por lo anterior, considero necesario que antes de que se llegue a tales extremos se permita el divorcio unilateral por la pérdida del interés en la conservación del vínculo matrimonial, tal como sucedía en el Derecho Romano donde no era necesaria una causa determinada para legitimar el divorcio porque la institución del matrimonio romano se fundaba no sólo en el hecho de la cohabitación, sino en el afecto conyugal o *affectio maritalis*, por tanto, cuando este desaparecía, procedía el divorcio.

Así las cosas, me permito decir aquí, que si en muchísimas ocasiones se ha tomado como ejemplo al Derecho Romano para nuestra legislación ¿porque no así en la presente cuestión?. Pues el divorcio ha pasado a ser un elemento más de la vida moderna, de los cambios ocurridos en nuestra sociedad, de conceptos de democracia según los cuales toda persona tiene derecho de expresión, acción y decisión cuando se trata de buscar su bienestar y felicidad. Surgiendo en este instante otra interrogante ¿a caso debo seguir unido (a) a mi pareja, cuando ya he perdido el afecto marital, cuando ya no me hace feliz su compañía, cuando ya no me interesa?.

La respuesta, sin duda, a la anterior interrogante debe ser NO, pues considero que la unión matrimonial es necesariamente, o por lo menos así debe serlo, un acto de amor libremente realizado, por lo tanto, cuando se ha perdido la relación afectiva hacia el cónyuge lo más sano es la separación, ya que si se sigue unido a éste, cabe la posibilidad de llegar a lastimarlo moralmente y a herir sus sentimientos ya sea en forma consiente o inconsciente, puesto que se ha perdido el elemento esencial que verdaderamente une a la pareja, el amor.

Aunado a lo anterior, podemos decir que cuando ya no hay relación afectiva de uno de los esposos hacia el otro, se convierte el matrimonio en una unión forzosa, que producirá inevitablemente mayores males que bienes, teniendo como efecto el que los cónyuges, lejos de continuar amándose o bien recuperar lo que se ha perdido, lleguen al grado de odiarse.

Así podemos decir que en una sociedad ideal, la única causa del divorcio sería la pérdida del interés, es decir, la desaparición del amor.

Por otra parte, es cierto que a la sociedad le interesa que los matrimonios no se disuelvan, pero también le interesa que los hogares no sean focos de constantes disgustos, por lo tanto, considero que una vez que se ha perdido el interés por alguno de los cónyuges en conservar su vínculo matrimonial, por que se ha perdido el afecto, la solución puede ser la ruptura del vínculo matrimonial, que... aunque muy doloroso, es un mal necesario y menos dañino, tanto para él como para su pareja y los hijos.

Es pertinente aclarar aquí que podría parecer ilegal el hecho de que el cónyuge que ha perdido el interés en la preservación de su vínculo matrimonial tenga el derecho de interponer el divorcio necesario, puesto que en virtud del artículo 278 del Código Civil para el Distrito Federal “el divorcio necesario solo puede ser demandado por el cónyuge que no haya dado causa a él”, sin embargo, el artículo 267 del mismo ordenamiento legal en su fracción IX nos abre la posibilidad de que se admita la presente propuesta, pues en ella se establece que dicha causal podrá ser invocada por cualquiera de los cónyuges, independientemente del motivo que haya originado la separación.

5.2 MEDIOS DE PRUEBA NECESARIOS PARA ACREDITAR DICHA CAUSAL DE DIVORCIO.

Para hablar de los medios de prueba necesarios para acreditar la causal de divorcio que se propone en la presente tesis, primeramente debemos hacer un breve recordatorio de lo que son éstos, su importancia y cuales son los que se contemplan en nuestra legislación, para así poder determinar cual o cuales de ellos son los más idóneos para el presente caso .

Los medios de prueba según el artículo 289 del Código Civil para el Distrito Federal “Son aquellos elementos que puedan producir convicción en el ánimo del juzgador acerca de los hechos controvertidos o dudosos.”

Según Planiol “un derecho no es nada sin la prueba del acto jurídico o del hecho material del cual se deriva. Cuando la existencia de éste acto o hecho se desconoce, es necesario probarlo, para convencer al juez de la existencia misma del derecho, a falta de prueba no se puede obtener el respeto del derecho. Es pues, la prueba la única que vivifica al derecho y la única que lo hace útil. “⁵

De lo anterior, podemos decir que la prueba constituye uno de los elementos de mayor importancia del derecho, pues sin ella podríamos caer en arbitrariedades e injusticias, traduciéndose todo ello en una gran incertidumbre jurídica.

Así pues, tenemos que el legislador ha elegido los medios de prueba que ha estimado más eficaces y menos expuestos a error. Creyendo que servirán a los jueces y tribunales para acercarse cuanto sea posible a la verdad, y por lo mismo nadie puede emplear otros medios de prueba que los autorizados y reconocidos por la ley.⁶

En este orden de ideas tenemos que el Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal en sus artículos 289 y 278 establece lo siguiente:

“Artículo 278. Para conocer la verdad sobre los puntos controvertidos puede el juzgador valerse de cualquier persona, sea parte o tercero, y de cualquiera cosa o documento, ya sea que pertenezca a las partes o a un tercero, sin más limitación que la que las pruebas no estén prohibidas por la ley ni sean contrarias a la moral”.

⁵Marcel Planiol. Tratado Elemental de Derecho Civil. Tomo II. Edit. Cajica. Puebla-México 1946-1948 p.18

⁶Mateos Alarcón Manuel. Las Pruebas en Materia Civil, Mercantil y Federal. Edit. Cárdenas Editor y Distribuidor México 2003 p.17

Por su parte el Código Federal de Procedimientos Civiles en su artículo 93 establece los siguientes medios de prueba:

- I. Confesional;
- II. Los documentos públicos;
- III. Los documentos privados;
- IV. Los dictámenes periciales;
- V. El reconocimiento o Inspección Judicial;
- VI. Los testigos;
- VII. Las fotografías, escrito y notas taquigráficas y, en general, todos aquellos elementos aportados por los descubrimientos de la ciencia, y
- VIII. Las presunciones.

Sin embargo, no basta que las pruebas sean de las que reconoce y permite la ley para que sean admisibles, sino que es además necesario que sean pertinentes, que tengan una influencia decisiva en la contienda, pues de otra manera resultan perfectamente inútiles y no producen otro resultado que prolongar sin motivo justificado el juicio y dar origen a gastos y costas indebidos.

Lo anterior lo encontramos establecido en el artículo 259 del Código de Procedimientos Civiles en los términos siguientes:” El que presentare pruebas notoriamente impertinentes, deberá pagar los gastos e indemnizar los perjuicios que de la presentación sigan al colitigante, aunque en lo principal obtenga sentencia favorable”.

De los términos de este precepto se infiere que las pruebas deben ser pertinentes a la controversia que se ventila entre los litigantes, y que la violación de él se castiga con la pena, al autor de ella, del pago de los gastos y perjuicios que cause al litigante; pero no faculta a los jueces y tribunales para repeler de oficio tales pruebas.⁷

⁷ Idem. p.19

Explicando que se entiende por pruebas impertinentes decimos que son “aquellas que no se refieren a los hechos alegados por las partes y por consecuencia que no tienen ninguna relación que se ventila”.⁸

Así pues, debemos ahora decir que a mi juicio las pruebas pertinentes para acreditar esta causal de divorcio que se propone, es solo la Instrumental pública, en virtud de considerar inútiles para el presente caso a las demás pruebas que contempla nuestro marco legal, pues esta causal no implica ningún hecho ilícito, ni un estado de salud o bien el incumplimiento de obligaciones matrimoniales; sino solo causa subjetiva de la pérdida unilateral del interés en la preservación del vínculo matrimonial, por lo tanto, solo basta con la presentación de la demanda de divorcio para probar tal situación, es decir, basta con el dicho del o la promovente.

5.3 OBLIGACIONES QUE SE DEBEN GARANTIZAR PARA QUE SE OTORQUE EL DIVORCIO POR VOLUNTAD UNILATERAL.

La causal de divorcio propuesta en la presente tesis, implica la voluntad divorcista de cualquiera de los cónyuges sin mediar acto ilícito, sino solo una causa subjetiva que constituye la pérdida unilateral del interés en la preservación del vínculo matrimonial, por ende, no podemos hablar de cónyuge culpable y cónyuge inocente ya que esta causal de divorcio queda comprendida dentro de las llamadas causas remedio.

Así las cosas, en la resolución respectiva el Juzgador deberá considerar inocentes a ambos consortes y “fijara lo relativo a la división de los bienes y se tomarán las precauciones necesarias para asegurar las obligaciones que queden pendientes entre los cónyuges o con relación a los hijos” (artículo 287 Código Civil para el Distrito Federal).

⁸ Idem.

Por lo tanto, las obligaciones que se deben garantizar para que se otorgue el divorcio por la pérdida unilateral del interés de uno de los cónyuges en la preservación del vínculo matrimonial; no corresponden únicamente a uno de los cónyuges, sino a ambos, puesto que aquí no hay culpable o inocente, por tal motivo el juez con conocimiento de la situación fijará las obligaciones que corresponden a cada una de las partes tomando en cuenta, que lo fundamental es que los intereses de los hijos, en caso de haberlos, queden debidamente garantizados.

Así las cosas consideramos que lo más indicado es que cuando se solicite el divorcio fundado en esta causal deba acompañarse de un convenio que deberá contener las mismas cláusulas que establece el artículo 273 del Código Civil para el Distrito Federal en relación al Divorcio Voluntario por vía Judicial.

Ahora bien, para el pago de la pensión alimenticia el Juez de lo Familiar hará uso de su arbitrio toda vez que en las disposiciones relativas, las reglas para determinar éstas siempre hacen referencia al cónyuge culpable, como se puede observar de la lectura del primer párrafo del artículo 288 del Código Civil para el Distrito Federal que a la letra dice: “En los casos de divorcio necesario, el Juez de lo Familiar sentenciara al cónyuge culpable de alimentos a favor del cónyuge inocente, tomando en cuenta las circunstancias del caso...”

5.4 SITUACIONES PSICOLÓGICAS Y SOCIALES QUE SE PUEDEN PRESENTAR POR CONTINUAR CON EL VÍNCULO MATRIMONIAL UNA VEZ QUE SE HA PERDIDO EL INTERES POR UNO DE LOS CÓNYUGES.

Es pertinente decir que cuando uno de los cónyuges a perdido el interés en la preservación de su vínculo matrimonial lo ideal es el divorcio, pues de no ser así esto daría lugar tarde o temprano a mayores problemas, dado que como sabemos toda relación amorosa requiere necesariamente de dos personas, es decir, uno de los

consortes no puede salvar su matrimonio si al otro ya no le interesa, en otras palabras se necesita del interés de ambos tanto para iniciar como para continuar unido en matrimonio.

Ahora bien, continuar con el vínculo matrimonial sin el interés de uno los consortes, trae consigo en la mayoría de los casos un peor panorama familiar que el que ya se esta planteando, pues al no separarse éstos ante este problema se originaran indudablemente otros en los cuales ya no solo se involucran los cónyuges sino también los hijos, lo que podría evitarse si éstos se separan a tiempo.

Sin embargo, esto no es tan fácil como parece pues hay muchas personas para las cuales el divorcio significa un atentado contra la familia dado que involucra la separación de la misma, sin embargo, debemos percatarnos de que lo primordial para todo ser humano es vivir en un ambiente agradable, lleno de paz y armonía; por lo que para nosotros el divorcio, lejos de ser un atentado contra la familia es la salida a ese mundo que buscan todas aquellas parejas que se encuentran a disgusto con una relación conyugal que en lugar de proporcionarles esa felicidad los hace infelices.

La gran mayoría de las personas que pone fin a su matrimonio lo hace con el propósito de mejorar su calidad de vida y la de sus hijos, esperan encontrar una pareja más comprensiva o vivir solos pero llevando una vida en la que tengan la oportunidad de respetarse a sí mismos, estar tranquilos o experimentar una existencia menos turbulenta, sin intromisiones, ni sufrimientos.

Por lo anterior, desde mi punto de vista la principal causa de divorcio, sin menospreciar a ninguna de las ya contempladas en nuestro marco legal, es la que se propone en la presente tesis, en virtud de que en nuestra sociedad, existen matrimonios donde los cónyuges se encuentran sentimentalmente separados, sin que se de ya entre ellos ninguna relación afectiva, situación que con el transcurso del tiempo se hace más insoportable, porque da lugar escapes como el alcoholismo, la infidelidad, insultos entre los consortes, malos tratos, golpes, etc. Situaciones que no se hubieran manifestado si en nuestra legislación se permitiera el divorcio por la causal propuesta en esta tesis.

Este tipo de matrimonios producen consecuencias indeseables para los miembros de las familias creadas por ellos mismos y por ende para la sociedad, puesto que como lo vimos antes es en el núcleo familiar donde la personas adquieren los elementos indispensables para su correcto desarrollo.

Es de suponerse que la disolución del matrimonio perjudique al cónyuge que no lo solicita; pero ¿qué hacer? Si desafortunadamente son muy pocos los recursos con los que se cuentan para poder ayudar a una pareja que se encuentra en esta situación, ya que en casi todos los casos, por no generalizar, una vez que se pierde el amor o la afectividad difícilmente se recuperan; es como se dice por ahí “al amor hay que alimentarlo, porque si no se muere”, y desgraciadamente las personas no se dan cuenta de ello, sino hasta que es demasiado tarde.

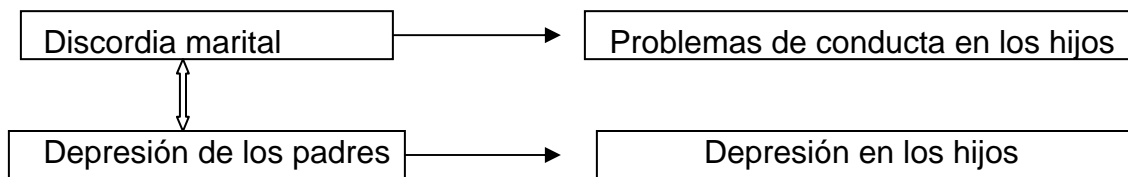
Así, si ya se perdió la afectividad hacia la pareja y se sigue unido a ésta, esto acarreará mayores problemas. De tal manera que si no se permite el divorcio por la pérdida unilateral del interés, entre otras cosas se obliga a éste cónyuge a tener relaciones que pueden ser solamente pasajeras o bien contraer nuevas nupcias sin disolver su matrimonio anterior, produciéndose entonces adulterios o bigamias y en la mayoría de las veces, hijos fuera del matrimonio.

Por lo tanto, el divorcio, es un remedio indispensable para el matrimonio fracasado y un medio de preservar la dignidad matrimonial.

Ciertamente, no son pocos los matrimonios en los que uno de los cónyuges deja de amar a su pareja sintiendo solamente estimación y cariño hacia ella, pero ese sentimiento de deseo, de atracción, de comprensión, de tener la necesidad física de esa persona desaparece y precisamente por querer a esa persona no se le quiere dañar permaneciendo a su lado, puesto que cada vez le será más difícil mantener una relación de pareja temiendo que llegue el momento de rechazarla y herir sus sentimientos. Por tal motivo, considero de gran importancia y necesidad que se contemple en nuestro marco legal la posibilidad de un divorcio, por la pérdida unilateral del interés en la preservación del vínculo matrimonial

Ahora bien, la situación es todavía mucho más perjudicial cuando en ese matrimonio hay hijos, puesto que ellos perciben con claridad la tensión existente entre sus padres generando ello sentimientos de culpa, sufrimiento, tristeza, angustia, etc.

Además “los conflictos de pareja contribuyen directamente a la aparición de problemas de conducta en los hijos y también induce y mantiene la depresión de los padres , por lo que se incrementa indirectamente el riesgo de depresión clínica en los hijos. Asimismo, la depresión de los padres aumenta directamente el riesgo de padecer depresión en los hijos e incrementa las disputas entre los padres, por lo que contribuye directamente a aumentar el riesgo de que los hijos presente problemas conductuales. Este es un claro ejemplo de dos factores de estrés familiar que suelen coincidir teniendo cada uno efectos directos sobre áreas diferentes del funcionamiento psicológico de los hijos. “⁹



Por lo anterior, podemos afirmar que todo niño necesita para crecer y desarrollarse en forma sana, de una familia cuyos padres vivan en armonía y le ofrezcan la estabilidad que da el intercambio de una pareja que se ama. Siendo sus padres los elementos básicos que lo nutren afectivamente. La seguridad y la confianza que de ellos obtiene es lo que va a permitir utilizar al máximo sus potencialidades y alcanzar con éxito, y con menor gasto de energía su estabilidad afectiva, social y educativa.

Así pues, “si en el núcleo familiar el menor no cuenta con estos elementos, la repercusión sobre el psiquismo del niño es inevitable. Las sensaciones más variadas amenazan y desorganizan su pequeño y hermoso mundo, el cual se convierte en cruel y hostil “papá y mamá no se quieren ni me quieren; no soy valioso, ni digno de ser

⁹ Buendía José. Familia y Psicología de la Salud. Edit. Pirámide. Madrid. 1999. p. 191

amado”. Estas sensaciones se resumen en el sentimiento de abandono que puede dejar huellas profundas y repercutir en el resto de su existencia, ya que ese sufrimiento le va a dificultar adaptarse a presiones futuras, a las que todo ser humano puede estar sometido, ya que el sentimiento de seguridad, paz y amor, indispensable para su crecimiento emocional sano, se ha resquebrajado seriamente.”¹⁰

Así las cosas parece que la separación puede ser a veces la mejor opción, si permanecer juntos significa educar al niño en un ambiente de conflictos y tensiones continuas, es decir, una casa llena de tensión puede repercutir mucho más en los niños que la resolución de la tensión con el divorcio.

Se considera que el divorcio puede ser una experiencia subjetiva dolorosa que puede llegar a ser recordada durante mucho tiempo; sin embargo el dolor debido a esa experiencia no se compara con el dolor que siente el menor cuando vive en un ambiente de conflicto por el desacuerdo de los padres.

“Así los niños de familias monoparentales libres de conflicto presentan menores problemas de conducta que las familias integradas pero infelices.”¹¹

Por lo todo lo anterior podemos decir que cuando en un matrimonio empiezan las dificultades los hijos (independientemente de la edad que tengan), son los primeros que pagan las consecuencias, dado que se van dando cuenta de los problemas que día a día se suscitan entre sus padres llegando incluso al grado de sentir vergüenza de la situación por la cual están atravesando lo que implica un desgaste mayor para él pues tratará de evitar a toda costa ser descubierta, ya que lo atormenta la sola idea de ser objeto de burlas o rechazo si se llega a saber lo que esta sucediendo en su hogar.

“De esta manera se perturba su relación con sus compañeros, pues evitarán que algún amigo los visite, tornándose en niños inhibidos, díscolos, agresivos y difíciles para

¹⁰ Urdaneta Yolanda. Los Hijos del Divorcio. 2ª Edic. Edit. DISINLIMED. C.A. Caracas 1994. p.44

¹¹ Fernández Ríos Encarna. El Niño ante el Divorcio. Edit. Pirámide. Madrid 2002. p.30

acatar las normas disciplinaria, adaptarse a situaciones nuevas y realizar actividades deportivas.”¹²

Por otra parte, los regaños de sus padres aumentan el grado de su ansiedad e interfieren en su capacidad de atención y concentración, repercutiendo así en otro aspecto de suma importancia como lo es la educación; ya que uno de los factores más importantes relacionados con el rendimiento escolar, es la confianza que los niños puedan tener en sí mismo, pues de ello, va a depender en gran parte, el éxito de sus logros escolares, despliegue de creatividad, toma de decisiones, ajuste y confianza para comunicar sus conocimientos y dudas, sin el temor a la crítica, desvalorización o rechazo por parte de sus compañeros.

En este orden de ideas debemos decir, que la autoestima de los hijos depende en gran parte del tipo de relación que existe en la familia, es decir, entre sus padres, lo que significa que si ésta no es sana, los niños se sentirán no amados, no tomados en cuenta y objeto de agresiones entre sus padres, dejan de sentirse valiosos e importantes, ya que su autoestima se resiente profundamente implicando ello necesariamente, que al ir creciendo dentro de ese núcleo familiar les afecte psicológicamente sintiéndose sumamente inseguros de sí mismos, confirmándose a cada momento la idea de que no sirven para nada y de que no va a poder hacer las cosas bien; construyéndose así el mejor camino hacia su propio fracaso.

No esta por demás decir que los niños con alta autoestima, seguros de sí mismos, pueden contar con más recursos internos para salir por su propia cuenta de la situación de estrés. Los desajustes que se presentan pueden ser contenidos y drenados por sus propios mecanismos. Ellos tienen la capacidad para prepararse para los acontecimientos temidos, manejando sus propios impulsos a través de actividades lúcidas o deportivas, canalizando y elaborando sus sentimientos de enojo en forma apropiada y sin mayor menoscabo de su personalidad.

¹² Urdaneta Yolanda. Los Hijos del Divorcio. 2ª Edic. Edit. DISINLIMED. C.A. Caracas 1994. p.123

Lo antes expresado nos lleva a una reflexionar sobre el daño tan enorme del que es objeto un menor cuando en su familia la relación es conflictiva. Por ello volvemos a hacer hincapié en la necesidad de establecer esta causa de divorcio que propongo a fin de evitar que en un futuro, no muy lejano, este niño completo emocionalmente, comience a resquebrajarse por conflictos familiares.

Un aspecto que no debemos dejar pasar es la situación de angustia en la que vive el niño, ya que siempre estará al pendiente y lleno de temor de lo que pueda suceder, tanto por los disgustos de sus progenitores como por los regaños constantes de los que es objeto por parte de sus padres, quienes inmersos en sus problemas muchas veces sin darse cuenta se desahogan éstos. Y ¿qué derecho tienen los padres para destruirle la vida a su propio hijo?.

Otro aspecto igual de importante es el descuido de los padres hacia sus hijos, orillándolos a buscar la atención o el cariño que según ellos sus padres ya no les proporcionan, lo que implica un grave riesgo para los menores pues al sentirse solos e incomprendidos buscarán ser aceptados por otras personas, las que en la mayoría de las veces son unas lacras de la sociedad y que aprovechándose de la soledad e incomprensión del menor los inducen al vicio haciéndoles creer que así se van a olvidar de sus temores y preocupaciones.

Por lo anterior aseguramos que la falta de atención de los padres hacia los hijos origina en gran medida que éstos sean personas desorientadas e inseguras y por lo tanto, tengan poco interés en las actividades que realizan, un bajo aprovechamiento en la escuela, dificultad para convivir con otras personas y en casos extremos hasta delincuencia y drogadicción.

En general son muy variados los problemas que pueden presentarse como producto de una mala relación familiar, sin embargo, “la intensidad de la reacción del niño va a depender, en gran medida de los trastornos que eso ocasione en su vida, del

e intensidad de conflictos entre sus progenitores y de la prolongación de dichos conflictos.”¹³

Así pues, “muchos niños presentan trastornos en el sueño ya que este tipo de situación familiar genera en ellos un gran monto de agresividad hacia las figuras de autoridad, todo lo cual los hace sentir temerosos de que se puedan cumplir sus fantasías de venganza y rabia hacia sus padres, solicitando afanosamente la compañía de la madre durante la noche, como una manera de calmar sus miedos y controlar la situación. Otros más sufren problemas de alimentación, siendo los más importantes la anorexia y los vómitos durante la etapa de crisis como una forma de reaccionar ante esta situación de estrés; hay niños con incremento del apetito, como una manera de aplacar sus sentimientos de desamparo. Las dinámicas del anoréxico y del obeso son muy similares. Son niños con una problemática emocional muy profunda, infelices, resentidos, tensos, reservados y con mucho sentimiento de culpabilidad oculto. Muchos niños vuelven a los acatos más infantiles, manifestando diferentes regresiones, tales como chuparse el dedo u orinarse en la cama mucho tiempo después de haber controlado el hábito, muchas niñas pequeñas se masturban de manera compulsiva y lloran sin razón aparente, niños con escopresis (defecación involuntaria), o bien, niños que pueden presentar miedo a la sala de baño y la embadurnan de heces, como expresión de ansiedad y rabia. Siendo todas estas manifestaciones un reflejo de la problemática emocional profunda estrechamente relacionada con una inadecuada comunicación con las figuras de autoridad.”¹⁴

Así pues, profesionales que trabajan con niños coinciden en que más daño hace una aparente unión entre los padres, en la cual se ha perdido el amor y el respeto mutuo, y donde las agresiones son el “el pan de cada día”, que una separación amistosa, en la que se tome muy en cuenta a los hijos. Al respecto señalamos que una familia unida, pero conflictiva, es más nociva que una situación estable con padres separados.

¹³ Fernández Ríos Encarna. El Niño ante el Divorcio. Edit. Pirámide. Madrid 2002. p.56

¹⁴ Urdaneta Yolanda . Los Hijos del Divorcio. 2ª Edic. Edit. DISINLIMED. C.A. Caracas 1994. p. 130

Por otra parte, hablaremos ahora de los adolescentes los cuales se encuentran de por sí en una etapa de muchos cambios como lo son el crecimiento corporal pubertad-adolescencia, las exigencias educacionales intelectuales y vocacionales, contradicciones propias de nuestra cultura, la madurez sexual y sus demandas, las influencias y presiones sociales inherentes a las “condiciones de grupo” y otros, son causa de su descontrol interno al cual tiene que enfrentarse y no sabe como hacerlo. Y si a todo esto le sumamos la mala relación de sus padres definitivamente el adolescente, se encuentra perdido pues no encontrara en ellos el apoyo emocional que se requiere para poder superar o enfrentar esta etapa de la vida tan difícil en muchos casos.

En este orden de ideas, “todas estas situaciones y problemas que tiene el adolescente se agudizan si el hogar no le sirve de “continente”, dadas las frecuentes peleas entre sus padres o porque se encuentra sometido a presiones de un divorcio conflictivo. El adolescente en un medio así, vive sin esperanzas, no encuentra salida para su propia angustia, se siente engañado y traicionado, por lo cual se aparta cada vez más de la sociedad, plegándose a grupos cuya influencia puede ser perniciosa pudiendo recurrir al consumo de drogas y alcohol. Todo ello alimenta la violencia en exceso el hamponato y la delincuencia. En muchas circunstancias no se hace esperar el suicidio o su intento, como resultado a un cuadro depresivo de soledad y desesperanza.”¹⁵

Así pues, una vez planteada la situación en la que se encuentran los adolescentes, no podemos aceptar que a su vida se le presente un problema más, es decir, la relación conflictual de sus padres, pues en la mayoría de los casos una de las conductas más frecuentes, de uno o ambos padres, es la de tratar que el adolescente se parcialice por uno de ellos y actúe en contra del otro situación que confunde más al joven, ya que lo coloca en una posición conflictiva en cuanto a sus sentimientos de lealtad, generando mayor agresividad, ambivalencia, inseguridad y miedo.

¹⁵ Idem. p.137

En otro orden de ideas la posición negativa y el descontrol de los padres se suceden en muchos casos por la confusión que en ellos producen los cambios bruscos y actitudes de sus hijos, sus reacciones y sus demandas de autonomía. A veces pueden mostrarse indiferentes, ante ciertos problemas familiares, especialmente cuando los padres se encuentran atravesando por un proceso de divorcio. Un hogar en estas condiciones, puede carecer de normas, principios, acuerdos, respeto y obediencia, no contando las madres con el apoyo moral de la figura de autoridad masculina, sintiéndose impotentes y desamparadas frente a las crisis de sus hijos.

La confusión y el desconocimiento, en la aplicación de normas acorde a su edad y situación, conlleva a mayores conflictos en la relación padre e hijo, ya que el adolescente desea y lucha por su independencia, pero a la vez esta pidiendo y necesitando de límites que le sirvan de contención a su ansiedad. El consejo, recomendación o prohibición los interpreta, en la mayoría de las veces, como intromisión y control.

Cuando la relación padre e hijos ha sido positiva, y éstos se han criado en un ambiente de amor, de entendimiento y respeto, el adolescente estará mejor equipado para enfrentarse a su propia ansiedad y a situaciones difíciles, como lo sería el hecho de un divorcio de sus padres, sin que ello genere conflictos profundos. La actitud frente al hecho puede ser comprensiva y tolerante apoyando a sus padres en sus decisiones y reconociendo que dadas las circunstancias, la separación de sus progenitores aunque dolorosa, es una necesidad. Los problemas que los jóvenes puedan presentar en hogares en estas condiciones, seguramente van a poder ser solucionados por las figuras de autoridad, y su recuperación emocional va a llevarse a cabo de manera más rápida que los otros jóvenes en igualdad de situación.¹⁶

Por las razones antes expuestas, considero que no debemos aferrarnos a un sentimiento que ya está perdido y que lo único que lograremos es dañarnos a nosotros mismos y a las personas que nos rodean, pues no hay nada más bello que una pareja que vive en paz después de un divorcio. Denota madurez, impulsa el crecimiento,

¹⁶ Urdaneta Yolanda. Los Hijos del Divorcio. 2ª Edic. Edit. DISINLIMED. C.A. Caracas 1994. p.142

permite la atracción de parejas mejores para uno y otro, fomenta verdaderamente la unión familiar. Y además indica que sobre cualquier problema que pudieron tener, y existía, y existe, un aprecio y un respeto a la persona que se escogió en un tiempo como pareja.

5.5 ACTITUD DEL ABOGADO CON RESPECTO AL DIVORCIO POR EXISTIR LAGUNAS EN LA LEY AL RESPECTO.

Debemos iniciar este tema diciendo que según el artículo 1º del Código de Ética Profesional de la Barra Mexicana de Abogados “El abogado ha de tener presente que es un servidor del Derecho y un coadyuvante de la Justicia; y que la esencia de su deber profesional es defender diligentemente y con estricto apego a las normas morales, los derechos de su cliente.”¹⁷

Como nos podemos percatar de la transcripción anterior se desprende que el abogado es un coadyuvante de la Justicia, sin embargo, en ocasiones el cumplimiento de este deber, se ve limitado por los medios legales con los que cuenta para defender a su cliente, tal es el caso que estamos planteando, pues no es justo que una persona se vea obligada a colocarse en algún supuesto legal para lograr su cometido, en este caso el divorcio.

Así son numerosos los clientes que han solicitado unilateralmente los servicios profesionales de un abogado para iniciar un juicio de divorcio, aduciendo al efecto solo el hecho de ya no le interesa conservar su matrimonio, aun cuando su cónyuge es el mejor de los hombres o la mejor de las mujeres, ante esta situación el abogado no puede hacer nada, pues como sabemos el divorcio aun no ha evolucionado lo suficiente como para considerar como causal de divorcio la que se presenta en esta tesis, sin embargo, el abogado por buscar la manera de dar solución a los problemas de sus

¹⁷ Villoro Toranzo Miguel. Introducción al Estudio del Derecho. 18ª Edic. Edit. Porrúa. México 2004. p.274

clientes, los aconseja sobre los medios que pueden tomar para lograr su divorcio. Por ejemplo:

Llega una señora al despacho del abogado y le dice: Lic. quiero divorciarme de mi esposo.

Abogado.-Si señora, dígame cuál es el motivo.

Señora.-Pues la verdad, es que ya no me siento a gusto con mi esposo, ya no lo amo, es más me incomoda que me hable o que me acaricie.

Abogado.-Mire señora, no puedo divorciarla nada más porque dejó de querer a su esposo; le voy a leer las causales de divorcio y usted me dice si se encuentra en alguna de ellas.

Señora.-No Licenciado, en ninguna.

Abogado.-Para poderla divorciar es necesario que se encuentre dentro de alguna de éstas. ¿Qué le parece la causal "X"?

Señora.-Pero es que yo no quiero inventar cosas que no son. Yo ya no amo a mi marido, pero él es una buena persona y no quiero de ninguna manera inventar algo que no es; porque considero que antes que nada debe existir la honestidad entre las personas, y el que haya dejado de amarlo, no significa que quiera levantarle falsos.

Abogado.-Bueno, usted ya le solicitó a él el divorcio voluntario y se lo negó.

Señora.-si, pero él no quiere que nos divorciemos porque dice que es él me quiere mucho y que prefiere que yo siga con él aunque no lo quiera.

Abogado.-Yo le sugiero algo sencillo, provóquelo para que la golpee, o sepárese de su hogar por un años, y así, podemos demandar el divorcio.

Señora.-Pero no veo la razón por la cual tengo que exponer mi integridad física, además me separó del hogar es porque ya no amo mi marido, por lo tanto, esperar un año para poder demandar el divorcio me parece algo ilógico. ¿Que mi voluntad no cuenta?.

En este ejemplo podemos darnos cuenta que la señora se quiere divorciar, pero el motivo por el cual lo quiere hacer no está establecido dentro de las causales de divorcio en nuestra legislación, por lo tanto, el abogado se ve precisado a buscar alguna solución para poder demandar el divorcio, situación que no debe ser, pues “el abogado debe evitar opiniones propias que provoquen o acentúen los conflictos de pareja”.¹⁸

En conclusión, consideramos muy importante que los abogados sean conscientes de la responsabilidad que tienen en los procesos de divorcio, y por consiguiente, que conozcan el alcance y el daño emocional que sus actuaciones y decisiones pueden tener si se actúa pensando exclusivamente en ganar el caso.

Por otra parte, no existe precepto legal que demuestre que legislador tuvo en cuenta la importancia del problema que analizo ahora. Esa omisión puede explicarse por las siguientes razones:

1.-Porque legislador haya pensado que se devaluaba al matrimonio o el fin del mismo al suponer que se podría romper fácilmente cuando una de las partes pierden el interés hacia su cónyuge. Posiblemente no quiso considerar el problema desde el punto de vista de la realidad social y de la naturaleza del hombre, sino que prefirió mantenerse en un nivel en el que se deben cumplir los fines del matrimonio: la ayuda mutua, la procreación de la especie, y la educación de los hijos.

2.-La otra razón por la cual ningún legislador ha considerado la pérdida unilateral del interés en la preservación del vinculo matrimonial como causa de divorcio, se debe indudablemente a los abusos a que daría lugar, y sobre todo, al temor de que el matrimonio pierda estabilidad, se transforme en una fórmula social y legal que legaliza

¹⁸ Fernández Ríos Encarna. El niño ante el Divorcio. Edit. Pirámide Madrid. 2002. p.175

uniones transitorias, que se llevan a cabo sin el propósito de fundar una unión conyugal "hasta que la muerte lo separe".

Sin embargo, cabe mencionar que la causa que se propone no es que de lugar a abusos, sino más bien, reafirma la importancia de la voluntad; como concepto teórico dentro del Derecho, y tampoco es destructora de la estabilidad en la institución del matrimonio, puesto que no por el hecho de que se coloque tal posibilidad en el marco legal, todos los matrimonios van a querer divorciarse.

Debemos considerar que la sociedad se va transformando y es preciso que también se transforme algunos artículos de la ley, pero sin olvidar que el reformar leyes trae consigo un cambio, con el cual, no siempre, ni necesariamente se tiene un beneficio real para la colectividad. La reforma, por el simple prurito de reformar, no constituye ningún avance, muchas veces ello no significa sino justificar con apariencias pero sin contenido, el ejercicio del mandato popular"

Por lo anterior, se deduce que para reformar hay que tomar en cuenta las circunstancias sociales del momento, sin olvidar que las reformas a la ley deben ser claras, precisas y congruentes con nuestras realidades. Evitando así que los abogados tomen actitudes como las de aconsejar a sus clientes para que busquen la manera de colocarse en los supuestos establecidos por la ley.

CONCLUSIONES

1.- La familia es la organización más elemental y primigenia de toda la humanidad, siendo el núcleo social por excelencia en virtud de que es en ésta, donde el ser humano adquiere todo tipo de valores.

2.- El matrimonio en nuestro sistema jurídico es sólo una de las fuentes de origen de la familia, por lo tanto, consideramos que el divorcio no es un atentado contra la misma, sino más bien, debe ser concebido como un remedio jurídico a las situaciones que impliquen una amenaza para la misma y por ende para la sociedad.

3.- El matrimonio debe ser visto como un acto de amor libremente realizado, por ello, cuando se ha perdido unilateralmente el interés en la preservación del vínculo matrimonial se debe permitir el divorcio, tal como sucedía en el derecho Romano, donde no era necesaria una causa determinada para legitimar el divorcio, porque la institución del matrimonio Romano se fundaba no solo en el hecho de cohabitar, sino en el afecto conyugal "affecto maritalis".

4.- En sus inicios el divorcio no fue una figura aceptada por la sociedad, sin embargo, al percatarse ésta de que los conflictos entre los padres tienen una influencia más duradera y destructiva sobre la pareja y los hijos que el propio divorcio éste ha ido evolucionando de tal forma que se ha adaptado a las actuales necesidades sociales.

5.- Puede pensarse que al colocarse en nuestro marco jurídico la causal de divorcio propuesta en la presente tesis, daría lugar a abusos de dicha institución, sin embargo, nosotros pensamos que esto no es así, puesto que cuando alguien decide divorciarse es porque sus necesidades son esas.

6.- Debido a que a la sociedad le interesa que los hogares vivan en armonía, consideramos que una vez que se ha perdido unilateralmente el interés en la preservación del vínculo matrimonial, éste sea disuelto; pues de no ser así, se convierte el matrimonio en una unión forzosa, que producirá inevitablemente mayores males que

bienes, teniendo como efecto el que los cónyuges, lejos de continuar amándose o bien recuperar lo que se ha perdido, lleguen al grado de odiarse.

7.- Establecemos que en la causal de divorcio propuesta no debe haber cónyuge culpable y cónyuge inocente, puesto que el hecho de perder el interés en la preservación del matrimonio no implica por ningún motivo que se esté cometiendo un hecho ilícito, sino que se trata de una causa subjetiva.

8.- Las obligaciones que se deben garantizar para que se otorgue el divorcio por pérdida unilateral del interés de uno de los cónyuges en la preservación del vínculo matrimonial; no corresponden únicamente a uno de los cónyuges, sino a ambos, puesto que aquí no hay culpable o inocente, por tal motivo el juez con conocimiento de la situación fijará las obligaciones que corresponden a cada una de las partes tomando en cuenta que lo fundamental es que los intereses de los hijos, en caso de haberlos, queden debidamente garantizados.

9.- Visto al divorcio como una necesidad en las condiciones ya mencionadas, opinamos que lo fundamental sería extender la información acerca del matrimonio y el divorcio, en especial en las instituciones de nivel básica y superior, de tal forma que nuestros jóvenes se den cuenta de que el matrimonio es un acto serio el cual implica una gran responsabilidad como esposos y como futuros padres, como compañeros que se aman, con el compromiso de ayudarse mutuamente y tener presente que todo matrimonio encierra la potencialidad de un divorcio.

10.- Así concluimos que es necesario establecer a la pérdida unilateral del interés en la preservación del vínculo matrimonial como causal de divorcio para evitar daños mayores en núcleo familiar, pues de esta manera evitaríamos que el abogado dé consejos a su cliente para poder disolver su matrimonio, o bien, que el cónyuge interesado en disolver su matrimonio se vea obligado a colocarse en alguna de las causales de divorcio contempladas en el Código Civil para el Distrito Federal, cuando ello pudiera evitarse.

BIBLIOGRAFÍA

- 1.-Adame Goddard Jorge. El Matrimonio Civil en México. Edit. UNAM. México 2004.
- 2.- Álvarez de Lara Rosa María y Otros. Diccionario de Derecho Civil y de Familia. 1ª Edic. Edit. Porrúa. México 2004.
- 3.-Alvear Acevedo Carlos. Historia de México. Edit. Jus. México 2000.
- 4.- Ayala Salazar José Melchor. González Torres Martha Gabriela. El Matrimonio y sus Costumbres. Edit. Trillas, México 2001.
- 5.-Azuara Pérez Leandro, Sociología., 11ª Edic. Edit. Porrúa México 1991.
- 6.-Baqueiro Rojas Edgar, Derecho de Familia y Sucesiones., Facultad de Derecho UNAM, Edit. Harla, 2004.
- 7.-Batiza Rodolfo. Las Fuentes del Código Civil de 1928. Edit. Porrúa. México 1979.
- 8.-Bonnecasse Julien. La filosofía del Código de Napoleón aplicado al derecho de Familia. Edit. Cajica. Vil. II. 2004.
- 9.-Bossert Gustavo A. Manual de Derecho de Familia. 5ª Edi. Edit. Buenos Aires Depalma. 2003.
- 10.-Bravo González Agustín y otros. Derecho Romano. 19ª Edic. Edit. Porrúa. México 2004.
- 11.-Buendía José. Familia y Sicología. Edit. Pirámide. Madrid. 1999.
- 12.-Cabanellas Guillermo, Diccionario de Derecho Usual., Tomo II, 11ª edic, Edit. Heliasta. 1976.

- 13.-Chávez Asencio Manuel F. La Familia en el Derecho Relaciones Jurídicas Conyugales 5ª Edic. Edit. Porrúa. México 2003 .
- 14.-Chávez Asencio Manuel F. La Familia en el Derecho. Relaciones Jurídicas Familiares. Edit, Porrúa 2003.
- 15.-Chávez Asencio Manuel F. La Familia en el Derecho. Relaciones Jurídicas Paterno Filiales. Edit, Porrúa 2004.
- 16.-Código Civil para el Distrito Federal. Edit. Sista. 2004.
- 17.-Código Familiar Reformado para el Estado de Hidalgo Edit. Cajica, México, 1986.
- 18.-Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Edit. Sista. México 2004.
- 19.-De la Paz López Maria, La Familia Investigación y Política Pública. Día Internacional de la Familia Registro de un Debate. México 1992.
- 20.-De Pina Vara Rafael . Diccionario Jurídico Mexicano. Edit. Porrúa México 2004 .
- 21.-Diccionario de la Real Academia, México. 2002.
- 22.-Engels Friedrich, El Origen de la Familia, Propiedad Privada y Estado., Edit. Coyoacan. México 2000.
- 23.-Entrena Klett Carlos Ma. Matrimonio, Separación y Divorcio. En la Legislación Actual y en la Historia. Edit. Aranzadi, España 1990.
- 24.-Fernández Clerigo Luis. El Derecho de Familia en la Legislación Comparada U. T. E. H. A. México. 1947.
- 25.- Fernández Ríos Encarna. El Niño ante el Divorcio. Edit. Pirámide. Madrid 2002.

- 26.-Floris Margadat Guillermo. Derecho Romano. Edit. Esfinge.2004.
- 27.-Galindo Garfias Ignacio. Derecho Civil. Edit. Porrúa México 2001.
- 28.-Galindo Garfias Ignacio, Estudio del Derecho Civil., Edit. Porrúa 1997.
- 29.- García Maynez Eduardo. Introducción al Estudio del Derecho. Edit. Porrúa México 2003.
- 30.-Gutiérrez y González Ernesto. Derecho Civil para la Familia Edit. Porrúa. 2004.
- 31.-Guy Duty, Divorcio y Nuevo Matrimonio, Edit. Britania. Puerto Rico, 1957.
- 32.-Ibarrola, Derecho de Familia, Edit. Porrúa, México 1998 .
- 33.-Instituto de Investigaciones Jurídicas, Enciclopedia Jurídica Mexicana, Edit, Porrúa, México 2002 .
- 34.-Karacena Onel George. Matrimonio Abierto. Edit. Grijalbo México 1976.
- 35.-Leñero Otero Luis, La Familia Investigación y Política Pública. Día Internacional de la Familia Registro de un Debate. México 1992.
- 36.-Magallón. Instituciones de Derecho Civil. T. III, Editorial Porrúa. México. 1988.
- 37.-Marcel Planiol. Tratado Elemental de Derecho Civil. Tomo II Edit. Cajica. Puebla México.
- 38.-Mateos Alarcón Manuel. Las Pruebas en Materia Civil, Mercantil y Federal. Edit. Cárdenas Editor y Distribuidor. México 2003.
- 39.-Montero Duhalt Sara, Derecho de Familia., 5ª edic. Edit. Porrúa, México 1992.

40.-Organización de Estados Americanos._Conferencia Interamericana Especial Sobre los Derechos del Hombre, artículo 17º fracción I, 1969.

41.-Organización de las Naciones Unidas. Declaración Sobre el Progreso y el Desarrollo en el Dominio Social, Resolución 25642, artículo 4º, 1969.

42.-Pacheco Escobedo Alberto. La Familia en el Derecho. Edit. Panorama. México. 1985.

43.-Pallares Eduardo, El Divorcio en México, Edit. Porrúa 1984.

44.-Petit Eugene. Tratado Elemental de Derecho Romano. Edit. Porrúa. México 2004.

45.-Rojina Villegas Rafael. Compendio de Derecho Civil I Introducción, Personas y Familia. Edit.Porrúa México 2004.

46.-Rojina Villegas Rafael. Estudio de Derecho Civil II. Derecho de Familia. Edit.Porrúa México 2003.

47.-Rosenbaum Salo. La Relación Marimonial. Edit. Industrias Gráficas Gasa. Barcelona 1970.

48.-Ruggiero Roberto. Instituciones de Derecho Civil. Vol. 2 Madrid 1931.

49.-Sánchez Marquez Ricardo. Derecho Civil. Edit. Porrúa. México 1998.

50.-Tesis 148 de la ultima compilación de Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación publicada en el apéndice al Semanario Judicial de la Federación, editado en el año de 1995.

51.-Tesis 381, p.710 de la ultima compilación de Jurisprudencia publicada en el apéndice del Semanario Judicial de la Federación del año de 1995.

- 52.-Urdaneta Yolanda. Los Hijos del Divorcio. 2ª Edic. Edit. DISINLIMED. C.A. Caracas 1994.
- 53.-Valverde y Valverde Calixto. Tratado de derecho Civil Español. 3ª Edic. Madrid Reus. España. 1943.
- 54.-Ventura Silva Sabino. Derecho Romano. Curso de Derecho Privado. 20ª Edic. Edit. Porrúa. México 2004.
- 55.- Villoro Toranzo Miguel. Introducción al Estudio del derecho. 18ª Edic. Edit. Porrúa. México 2004.
- 56.-Volterra Eduardo, Instituciones de Derecho Privado Romano, Edit. Civitas. 1991.
- 57.-Westermarck Edward. Historia del Matrimonio. Edit. Laertes. 1984.
- 58.-Zannoni Eduardo A. Derecho Civil. Derecho de Familia. 2ª reimpresión. Edit. Buenos Aires. Astrea. 1993.