



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA
DE MÉXICO**

**FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO CIVIL**

**ANÁLISIS JURÍDICO DEL DIVORCIO EN EL
CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO
FEDERAL VIGENTE**

TESIS

**PARA OPTAR POR EL GRADO DE:
LICENCIADA EN DERECHO**

**PRESENTA:
IVONNE ALBA LEDEZMA**

**ASESOR DE TESIS:
LIC. RICARDO CORTÉS ONTIVEROS**



MÉXICO, D. F. 2011



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis 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.



UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE
MÉXICO

**FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO CIVIL**

**OFICIO INTERNO SEMCIV23/2011
ASUNTO:** Aprobación de Tesis

**DR. ISIDRO ÁVILA MARTÍNEZ,
DIRECTOR GENERAL DE LA
ADMINISTRACIÓN ESCOLAR DE LA U.N.A.M.,
P R E S E N T E .**

La alumna, **ALBA LEDESMA IVONNE** , con número de cuenta **09505524-2**, elaboró en este Seminario bajo la asesoría y responsabilidad del **Lic Ricardo Cortés Ontiveros**, la tesis denominada “ **ANÁLISIS JURÍDICO DEL DIVORCIO EN EL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL VIGENTE** ” y que consta de **214** fojas útiles.

La tesis de referencia, en mi opinión, satisface los requisitos reglamentarios respectivos, por lo que con apoyo en la fracción VIII del artículo 10 del Reglamento para el funcionamiento de los Seminarios de esta Facultad de Derecho, se otorga la aprobación correspondiente y se autoriza su presentación al jurado recepcional en los términos del Reglamento de Exámenes Profesionales de esta Universidad.

La interesada deberá iniciar el trámite para su titulación dentro de los seis meses siguientes (contados de día a día) a aquél en que le sea entregado el presente oficio, en el entendido de que transcurrido dicho lapso sin haberlo hecho, caducará la autorización que ahora se le concede para someter su tesis a examen profesional. Dicha autorización no podrá otorgarse nuevamente, sino en el caso de que el trabajo recepcional conserve su actualidad y siempre que la oportuna iniciación del trámite para la celebración del examen, haya sido impedida por circunstancia grave, todo lo cual calificará la Secretaría General de esta Facultad.

Reciba un cordial saludo.

**“POR MI RAZA HABLARA EL ESPIRITU”
Cd. Universitaria, D. F. 10 de junio del 2011.**

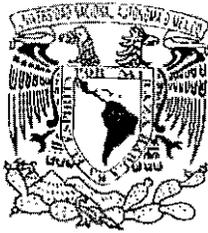
L. Castañeda R

DRA. MA. LEOBA CASTAÑEDA RIVAS
Directora del Seminario



**FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE
DERECHO CIVIL**

MLCR:aks.



UNIVERSIDAD NACIONAL
AVENIDA DE
MEXICO

Ciudad Universitaria, a 24 de agosto de 2010.

DRA. MARIA LEOBA CASTAÑEDA RIVAS
DIRECTORA DEL SEMINARIO DE DERECHO
CIVIL DE LA FACULTAD DE DERECHO
P R E S E N T E.

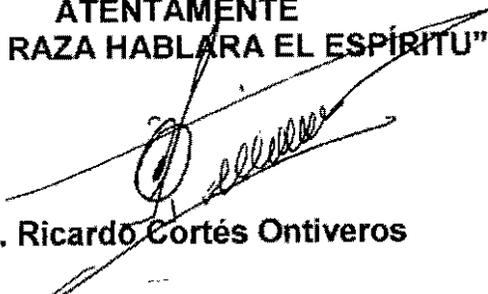
Estimada Directora:

Por este conducto, me permito informar a Usted que el suscrito profesor de la Facultad de Derecho, ha concluido la dirección de la tesis intitulada "ANALISIS JURIDICO DEL DIVORCIO EN EL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL VIGENTE", registrada en el Seminario a su muy digno cargo, y elaborada por la C. **Ivonne Alba Ledezma**, alumna de nuestra querida Facultad, con número de cuenta 9505524-2.

Lo anterior, lo informo a Usted, para que de considerarlo conveniente, se asigne un revisor adscrito al Seminario, y de ser el caso, se someta a réplica en examen profesional.

Sin otro particular aprovecho la oportunidad para enviar a Usted un cordial saludo.

ATENTAMENTE
"POR MI RAZA HABLARA EL ESPÍRITU"


Lic. Ricardo Cortés Ontiveros

Gracias a Dios por permitirme realizar todos mis proyectos.

Gracias a mi Madre por que desde el cielo vela por mi.

Gracias a mi Padre por ser mi brazo fuerte ante cualquier circunstancia.

Gracias a la honrosa Universidad Nacional Autónoma de México, por dejarme ser parte de su comunidad.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	VII
--------------------------	------------

CAPITULO PRIMERO LA FAMILIA COMO NÚCLEO SOCIAL

1.1 Origen y evolución histórica de la familia.....	14
1.2 Concepto de familia.....	20
1.2.1.- Concepto de familia en el derecho argentino.....	23
1.3 Naturaleza jurídica de la familia.....	26
1.4 Ubicación del Derecho de familia.....	27

CAPITULO SEGUNDO MATRIMONIO

2.1 Antecedentes del Matrimonio.....	33
2.2 El matrimonio en México.....	40
2.2.1 Época Prehispánica.....	40
2.2.2 Época colonial.....	42
2.2.3 Época Independiente.....	43
2.3 La evolución del concepto de matrimonio.....	45
2.4 Sistemas Matrimoniales.....	51
2.5 Naturaleza Jurídica.....	51
2.6 Efectos del Matrimonio.....	59
2.7 Derechos y Obligaciones que nacen del matrimonio.....	62
2.8 Matrimonio como institución social y política.....	64
2.8.1 Clasificación de los matrimonios.....	64
2.8.1.1 El matrimonio como unión.....	64
2.8.1.2 El matrimonio como alianza.....	67
2.9 El papel del legislador.....	69
2.9.1 Ley de Relaciones Familiares de 1917.....	70
2.9.2 Código Civil Actual.....	73

2.10	Concubinato.....	76
------	------------------	----

CAPITULO TERCERO EL DIVORCIO

3.1	Antecedentes del divorcio.....	83
3.1.1	Divorcio en el Derecho Romano.....	86
3.1.1.1	Doctrinas del Corpus Iuris Justiniano.....	88
3.1.2	El divorcio en la Legislación Española.....	90
3.1.3	Divorcio en el Derecho Canónico.....	91
3.2	Concepto de Divorcio.....	93
3.3	Evolución histórica del divorcio en México.....	98
3.3.1	Disposiciones del Código Civil de 1884 relativas al divorcio.....	102
3.3.2	Ley sobre relaciones familiares.....	104
3.4	Fines que persigue el divorcio.....	107
3.5	La situación legal de los miembros de la familia con la desintegración.....	109
3.6	Naturaleza Jurídica.....	116
3.7	Tipos de divorcio.....	117
3.7.1	Divorcio Administrativo.....	119
3.7.2	Divorcio Voluntario.....	121
3.7.3	Divorcio Necesario.....	124
3.7.4	Divorcio "in causado".....	128

CAPÍTULO CUARTO DIVORCIO IN CAUSA O EXPRES EN MÉXICO

4.1	Origen.....	135
4.2	Procedimiento para la implementación en el Sistema Legal Mexicano.....	146
4.3	Reformas al Código Civil para el Distrito Federa.....	154

CAPÍTULO QUINTO
VENTAJAS Y DESVENTAJAS DEL DIVORCIO EXPRÉS

5.1 Existe Inconstitucionalidad.....	186
5.1.1 Efecto Erga Omnes.....	187
5.2 Opinión Personal.....	194
CONCLUSIONES.....	203
BIBLIOGRAFÍA.....	209

INTRODUCCIÓN

VII

El presente trabajo tiene a bien adentrarnos desde tiempos primitivos hasta la actualidad a un mundo donde la columna vertebral es la familia, la cual ha sufrido diversos cambios a través del tiempo, y por tanto se han modificado las características para formalizar dichas uniones creando la figura del matrimonio la cual otorga derechos y obligaciones para ambas partes, pero con el paso del tiempo estas relaciones se van desgastando hasta que ambos deciden terminar con cualquier tipo de unión y adoptar la figura jurídica que se conoce como **divorcio**.

El divorcio es parte de la condición humana y la primeras leyes se remontan a la antigua Roma y en la actualidad esta permitido en casi todos los países del mundo y se han dado procedimientos sociales y legales para poner fin a una convivencia no deseada. En el orden social la institución del divorcio puede tener algunas consecuencias preocupantes y ha generado un gran número de personas afectadas principalmente mujeres con hijos a su cargo.

En la esfera personal los protagonistas del divorcio lo viven frecuentemente no como un proceso sino como un suceso aislado en el tiempo que cuando ocurre conmociona su vida y la de sus hijos, el empeoramiento de su economía, una nueva vida con relaciones sociales, la búsqueda de un nuevo hogar y la satisfacción de necesidades afectivas y sociales, en la mayoría de los casos se logran superar con éxito ya que de entrada parecen inabordables.

El día de hoy el divorcio es un hecho socialmente aceptado, no esta exento de cierta polémica y ha sido fruto de una delicada evolución histórica esta disolución del vínculo matrimonial fue reconocido por las leyes ha sufrido diversos cambios y algunos han quedado sin efecto completamente, dado que vivimos en una sociedad en constante cambio a causa de la globalización.

Es por ello que deseáramos que la materia familiar fuera una de las ramas del derecho de manera independiente y no derivara de ninguna otra entre los cambios mas representativos y que despertó nuestra inquietud, fue la creación de un nuevo tipo de divorcio el cual fue aprobado en el Distrito Federal

VIII

por la Asamblea Legislativa el 3 de octubre de 2008, al cual se le llamó “in causa” o vulgarmente conocido como “fast track o exprés” cuya naturaleza ha proporcionado a los cónyuges una serie de beneficios en corto tiempo disminuyendo la tramitología dando un gran paso a la economía procesal obteniendo una respuesta positiva y satisfactoria a corto plazo.

CAPÍTULO PRIMERO

LA FAMILIA COMO NUCLEO SOCIAL

Son muy diversas las corrientes doctrinales que atribuyen los orígenes de la vida a los principios que ellas sostienen. De acuerdo a la visión deísta de la existencia humana esta se concibe como la obra de un ser superior que ha creado tanto a la naturaleza como al hombre; así el Génesis afirma “hagamos al hombre a imagen nuestra, según nuestra semejanza... y creo al hombre a imagen suya....Entonces dijo dios no es bueno que el hombre este solo; le haré una ayuda semejante a él...Adan puso a su mujer el nombre de Eva por ser ella la madre de todos los vivientes”.¹

Existe otro punto de vista que es el materialista, donde los sucesos de la vida en la naturaleza son producidos no por intervenciones del poder divino, manifestadas en casos particulares, sino mediante la observancia de leyes generales de selección y evolución de las especies, en las que se encuentra que el hombre ha ascendido a un tipo de organización superior, ya que se afirma que desciende de un tipo de organización inferior.²

Ahora vamos a ampliar aquellos conceptos mediante la consideración del análisis que hace Federico Engels de la obra de Lewis Henry Morgan *La Sociedad Antigua o Investigación acerca de las vías del progreso de la Humanidad desde el salvajismo hasta la civilización pasando por la barbarie. Desde luego debe señalarse que Engels explica que en esta obra, con cierto sentido ejecuta el testamento de su amigo Carl Marx, ya que éste se disponía a exponer personalmente las investigaciones de Morgan, en relación con las conclusiones de su análisis materialista, pues en América Morgan descubrió de nuevo y su modo LA TEORIA MATERIALISTA DE LA HISTORIA descubierta*

¹ DARWIN, Charles, El origen del hombre y la selección en relación al sexo, 7ª edición, Editorial Diana S. A. , 1964 Capítulo XXI, Resumen General y conclusiones pág. 774.

² Op. Cit. pág. 775

por Marx cuarenta años antes y guiándose de ella, llegó a contraponer la barbarie y la civilización, a los mismos resultados esenciales de Marx .

Así la obra de Engels sirvió para divulgar la revolucionaria tesis de Morgan sobre las nociones de la historia primitiva y al señalar que éste “descubrió de nuevo, y a su modo, la teoría materialista de la historia” se apoya en que según esa opinión “el factor decisivo de la historia es, en fin de cuentas la producción y la reproducción de la vida inmediata. De una parte la producción de medios de existencia, de productos alimenticios, de ropa, de vivienda, y de los instrumentos que para producir eso se necesita y la producción del hombre mismo y la continuación de la especie. El orden social en que vive el hombre en una época, esta condicionado por esas dos especies de producción: por el grado de desarrollo del trabajo de una parte y de la familia de la otra. Cuando menos desarrollado esta el trabajo mas restringida es la cantidad de sus productos y, por consiguiente la riqueza de la sociedad, con tanta mayor fuerza se manifiesta la influencia dominante de los lazos de parentesco sobre el régimen social. El gran merito de Morgan consiste en haber encontrado en las uniones gentilicias de los indios norteamericanos, la clave para descifrar importantísimos enigmas, no resueltos aun de la historia antigua de Grecia, Roma y Alemania. En los estadios prehistóricos de la cultura, Morgan clasifica tres épocas principales salvajismo, barbarie, civilización, que a la vez califica como equivalentes a estadios inferior medio y superior; encontrando en ellos un desarrollo paralelo por parte de la familia.

En la primera época del **salvajismo** dicho autor indica que los hombres permanecían en los bosques y vivían parcialmente, en los árboles, en razón de la existencia de fieras salvajes. No obstante este periodo debió haber durado milenios no pudo demostrarse su existencia.³

Tiempo después el hombre puede agregar a su alimento de fruta y raíces con el fuego, el pescado, con esto se convierte en independiente del

³³³ ENGELS, Federico, El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado, pág. 19.

clima y de los lugares; extendiéndose en la tierra siguiendo el curso de los ríos y las costas de los mares. En tal estadio la edad de piedra caracteriza el material del que están hechos sus instrumentos. La invención de las primeras armas-maza y lanza- conducen a la caza y finalmente, la invención del arco, la cuerda y la flecha, son elementos de transito hacia la barbarie. En el análisis de Engels en este periodo, predomina la apropiación de productos que la naturaleza da ya hechos y las producciones artificiales del hombre están destinadas sobre todo a facilitar esta apropiación.⁴

En el segundo estadio prehistórico, -de barbarie- nace la costumbre de recubrir con arcilla las vasijas para hacerlas refractarias al fuego. Se domestican y crían animales, como cultivan plantas. Empieza a sentirse la diferencia de condiciones naturales entre los dos grandes continentes; de ahí que la población de cada hemisferio se desarrolla de una manera particular. Más adelante se inicia la domesticación de animales y se cultivan hortalizas mediante el riego empezando a emplearse el adobe. Se obtiene abundancia de carne y leche.⁵

Engels destaca en este periodo al aparecer la agricultura y la ganadería que se aprenda a incrementar la producción de la naturaleza por medio del trabajo humano. Esta etapa termina con la fundición del mineral de hierro y pasa al estadio de la civilización con el invento de la escritura alfabética. En este periodo de la industria, propiamente dicha y del arte.

Morgan a través del análisis de la organización de los pueblos en las etapas indicadas, el explicar la constitución de la familia basada en un sistema de parentesco que estaba en contradicción con sus verdaderos vínculos, en los que toma un papel decisivo la consanguinidad entre los pueblos salvajes o bárbaros. En efecto Morgan paso la mayor parte de su vida entre los iroqueses; y Engels al escribir su obra en 1884 señala que entonces estaban establecidos

⁴ Op. cit. 10.

⁵ Idem , pág. 22 y 23

en el Estado de Nueva York y entre ellos encontró lo que llama la familia SINDIASMICA en la cual el iroques no solo llama hijos e hijas a los suyos propios sino también a los de los hermanos que, a su vez también le llaman a él padre... no son simples hombres, sino expresión de las ideas que se tienen de lo próximo y lo lejano de lo igual o lo desigual en el parentesco consanguíneo ... lo apelativos de su padre, hijo, hermano, hermana, no son simples títulos honoríficos sino que por el contrario, traen consigo serios deberes recíprocos perfectamente definidos y cuyo conjunto forma una parte esencial del régimen social en esos pueblos...⁶

Engels transcribe el pensamiento de Morgan “La familia es elemento activo; nunca permanece estacionada, sino que pasa de una forma inferior a una forma superior a medida que una sociedad evoluciona de un grado mas bajo a uno mas alto. Los sistemas de parentesco, por el contrario, son pasivos; solo después de largos intervalos registran los progresos hechos por la familia y no sufren una modificación radical, sino cuando se ha modificado radicalmente la familia”.

Engels menciona que el estudio de la historia primitiva “nos revela un estado de cosas en que los hombres practican la poligamia y sus mujeres la poliandria y en que, por consiguiente, los hijos de unos y otros se consideran comunes.⁷ Morgan concluyo con gran parte de sus colegas que la historia de la familia se basó en estadio primitivo en el cual imperaba, en el seno de la tribu , el comercio sexual promiscuo de modo que cada mujer pertenecía igualmente a todos los hombres y cada hombre a todas las mujeres.

Según Morgan la primera etapa de la familia es la consanguínea en la que prevalece una total promiscuidad; pero esta formula ha desaparecido y la exclusión de las costumbres del comercio sexual entre padres e hijos, dando

⁶ ENGELS Federico, El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado, pág. 26 y 27.

⁷ Op. Cit. pág. 28.

paso a la familia ***punalua***⁸. De este tipo de familia surge la ***gens*** y al prohibirse la unión entre parientes consanguíneos las uniones por grupos fueron haciéndose imposibles y ahí apareció la familia ***sindiásmica***⁹

Engels plantea lo siguiente: la evolución de la familia en los tiempos prehistóricos consiste en una constante reducción del círculo en cuyo seno prevalece la comunidad conyugal entre los dos sexos, círculo que en su origen abarcaba la tribu entera. La exclusión progresiva, primero de los parientes cercanos después de los lejanos y finalmente de las personas meramente vinculadas por alianza, hace imposible en la practica todo matrimonio por grupos; en último termino no queda sino la pareja, unida por vínculos frágiles aun es molécula cuya disociación concluye el matrimonio en general.

El tránsito de la unión sindiásmica a la monogamia señala el inicio de la familia patriarcal con relevante poder exclusivo del hombre; a quien le esta sometida, con la procreación de hijos que sólo pudieran ser de él. Esta monogamia no la califica Engels como una reconciliación entre el hombre y la mujer sino como esclavizamiento de sexo por otro. En un viejo manuscrito inédito, redactado en 1846 por Marx y por Engels se encuentra esta frase “la primera división del trabajo es la que se hizo entre el hombre y la mujer para la procreación de los hijos.”¹⁰

Engels confirmo la teoría que había determinado Morgan sobre la teoría materialista de la historia, donde manifiesta que la monogamia nació de la concentración de grandes riquezas en las mismas manos- las de un hombre- y del deseo de transmitir esas riquezas por herencia a los hijos de este hombre,

⁸ **Punalúa:** El sociólogo Mariano H Cornejo tiene su origen en las islas Hawaii, implicando la palabra “compañero íntimo”, como quien dice socio, dado que un grupo de hermanas eran mujeres comunes de sus maridos comunes de los cuales quedaban excluidos sus propios hermanos que así quedaban asociados.

⁹ **Sindiásmica:** Un hombre vive con una mujer, peor de tal suerte que la poligamia y la infidelidad ocasional, sigue siendo un derecho para los hombres, así mismo sigue siendo un derecho para los hombres, al mismo tiempo se exige la mas estricta fidelidad a las mujeres, mientras dure la vida en común y su adulterio se castiga cruelmente, Federico Engels pág. 44.

¹⁰ ENGELS, Federico, pág. 63

excluyendo a los de cualquier otro. En cuanto los medios pasen a ser propiedad común la familia individual dejara de ser la unidad económica de la sociedad.

Engels le otorga gran importancia a la organización social de los griegos y de los romanos de los tiempos primitivos en gens, fratria o tribu. Señala que la palabra latina gens que Morgan utilizó para el grupo consanguíneo, procede como la palabra griega del mismo significado, genos de la raíz aria común gan que significa “engendrar”. Las palabras gens en latín y genos en griego se emplean para designar a ese grupo que se jacta de constituir una descendencia común (del padre común de la tribu).

De otro estudio que hizo Engels señala que en Roma, según se ha mencionado que diez gens formaban una fratria, que se llamaba allí curia; es decir 10 curias constituían una tribu que en su origen debió tener como el resto de las tribus latinas, un jefe electivo, general del ejército y gran sacerdote. El conjunto de las tres tribus formaba el pueblo romano, el populus romanus, así nadie podía pertenecer al pueblo romano si no era miembro de una gens y por tanto de una curia y de una tribu.¹¹

Engels agrega que la revolución social acabó con la antigua constitución de la gens y lo único que el sabe de cierto es que su causa estuvo en las luchas entre la plebe y el populus. La nueva constitución atribuida al rex servio tulio, creo una nueva asamblea del pueblo, que comprendía o excluía indistintamente a los individuos del populus y de la plebe, según prestaran o no servicios militares. Toda la población masculina sujeta al servicio militar quedo dividida en seis clases con arreglo a su fortuna. Los bienes mínimos de las cinco clases superiores eran para la I de 100,000 ases; para la II de 75 000; para la III de 50,000 para la IV de 25,000 y para la V de 11,000 La sexta clase los proletarios, compóngase de los más pobres, exentos del servicio militar y de impuestos.

¹¹ Op. cit. pág. 127 y 128

Para Engels el estado se alza sobre las ruinas de la gens. En Atenas surge de los antagonismos de clase que se desarrollaban en la sociedad gentilicia; en Roma esta se convirtió en aristocracia cerrada; la victoria de la plebe destruyó la antigua constitución de la gens e instituyó sobre sus ruinas el Estado. Entre los germanos vencedores del imperio romano aquel surge de la conquista de territorios extranjeros que el régimen gentilicio era impotente para dominar. De ahí que el Estado no es de ningún modo un poder impuesto desde fuera a la sociedad, sino un producto de la sociedad cuando llega a un grado de desarrollo determinado. Así el Estado nació de la necesidad de refrenar los antagonismos de clase y los conflictos de esas mismas, siendo por regla general... el Estado de la clase más poderosa.

Desde el punto de vista de Toffler calcula que la primera época se inició hacia el año 8000 a.c. y concluyó hasta los años 1650-1750, estimando que antes de ella, los humanos vivían en grupos pequeños y a menudo migratorios y se alimentaban de la caza, la pesca y la cría de rebaños. Hace aproximadamente diez milenios, se inició la revolución agrícola y se difundió lentamente por el planeta, extendiendo poblados, asentamientos, tierra cultivada y una nueva forma de vida. Este flujo concluye en Europa cuando la revolución industrial desencadena la segunda gran ola que aún no ha perdido totalmente su fuerza, cuyas manifestaciones más obvias son para muchos países fundamentalmente agrícolas que ahora se empeñan en construir fábricas de automóviles, factorías textiles ferrocarriles y plantas transformadoras de alimentos, la cresta culminante de esta corriente llegó alrededor de 1955, cuando el número de empleados y trabajadores superó por primera vez al de obreros manuales, fue esa primera década la que vio la introducción generalizada del computador, los vuelos comerciales de reactores, la píldora para el control de la natalidad y muchas otras innovaciones de gran impacto; se está librando una encarnizada batalla entre quienes tratan de preservar el industrialismo y quienes tratan de sustituirlo. Como veremos la cuestión política fundamental no es quien controla los últimos días de la sociedad industrial, sino

quien configura la nueva civilización que está surgiendo rápidamente para reemplazarla. A un lado están los partidarios del pasado industrial, al otro millones de personas cuyo número no cesa de aumentar que comprenden que los más urgentes problemas del mundo, alimentación, energía, control de armamentos, población, pobreza, recursos ecológicos, clima, los problemas de los ancianos, el derrumbamiento de la comunidad urbana, la necesidad de un trabajo productivo y remunerador no pueden resolverse ya dentro de la estructura del orden industrial.

También podemos afirmar que Juan Jacobo Rosseeau menciona que la más antigua de todas las sociedades y la única natural es la de la familia, sin embargo los hijos no permanecen ligados al padre más que durante el tiempo que tienen la necesidad de él para su conservación. Tan pronto como esta necesidad cesa, los lazos naturales quedan disueltos. Los hijos exentos de la obediencia que debían al padre y este revelado de los cuidados que debían a aquellos, unos y otros entran a gozar de igual independencia. Si continúan unidos ya no es forzosa y naturalmente sino voluntariamente y la familia misma, no subsiste más que por convención. La familia es pues si se quiere el primer modelo de la sociedades políticas, el jefe es la imagen del padre, el pueblo de los hijos y todos habiendo nacidos iguales y libres, no enajenan su libertad sino en cambio de su utilidad. Toda la diferencia consiste en que en la familia el amor paternal recompensa al padre de los cuidados que prodiga a sus hijos, en tanto que en el estado, es el placer del mando el que suple o sustituye este amor que el jefe no siente por sus gobernados.¹²

El maestro Bolones Antonio Cicu decía: *En nuestro ordenamiento jurídico, la familia es un conjunto de personas unidas por vínculo jurídico de consanguinidad o afinidad.*¹³

¹² CARDIEL REYES, Raúl, El Contrato social "Nuestros Clásicos, Universidad Nacional Autónoma de México, 1962, pág. 7.

¹³ Op cit. Introducción, pág. XVII.

Enrique Díaz de Guijarro inicia su tratado de derecho de Familia enunciando: La familia es la institución social, permanente y natural compuesta por un grupo de personas ligadas por vínculos jurídicos emergentes de la relación intersexual y de la filiación.¹⁴ En ella encuentra dos elementos que estima esenciales del núcleo que concurren en los dos conceptos que hemos transcrito. La base originaria del primero de esos elementos: el biológico como factor inicial, esta basado en la unión natural y sexual de un hombre con una mujer, de ahí que la consanguinidad sea la manifestación principal de la célula familiar. A ella debe de agregarse el segundo de los elementos, el jurídico que determina los hechos normales de la existencia en el ángulo normativo. Este vínculo se realiza en la familia en virtud de la correlación que implica entre las personas que une, cuyas posiciones están dadas las unas a favor de las otras y recíprocamente, originando una distinción mutua: la existencia del vínculo jurídico configura un estado de familia, que se individualiza dentro del grupo, a la par que se multiplica con respecto a cada una de ellas. Hay tantos entrelazamientos como relaciones mixtas caben entre ellos mismos.

Eugeni Pacelli Pío en su Radio Mensaje a las familias francesas en 17 de junio de 1945 en el que decía: El valor y prosperidad de un pueblo no radican en la ciega acción de una multitud amorfa, sino en la organización normal de la familia, bajo la autoridad del padre y la vigilancia de la madre con una unión íntima de los hijos. La familia se extiende y dilata en la parentela que une a los vínculos de sangre y los pactos entre las diversas familias constituyen de malla en malla, una red cuya armonía y solidaridad aseguran la unidad vital de una nación gran del gran hogar que es la patria en la red tan perfecta y delicada, cada malla que se rompe o, se relaja corre el peligro de comprometer en la integridad de la red, todo el organismo de la sociedad.¹⁵

¹⁴ Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1953, Tomo I, pág. 17 .

¹⁵ MAGALLÓN IBARRA, Jorge El matrimonio, el sacramento, contrato institución. Tipográfica editora Mexicana s.a México D.F. 1965, pág. 117, en la que se hace la exposición de la ideas pontificias del Pío XII transmitidas en radio mensajes a diversas naciones y asociaciones.

La familia en sentido estricto según Francesco Mesineo es el conjunto de dos o más individuos que viven ligados entre sí por un vínculo colectivo, recíproco e indivisible, de matrimonio de parentesco o afinidad (familia en sentido naturalístico) y que constituyen un todo unitario. En sentido amplio pueden incluirse personas difuntas (antepasados aun remotos o por nacer: familia como stirpe, descendencia, continuidad de sangre o bien todavía en otro sentido, las personas que contraen entre sí un vínculo legal que imita el vínculo del parentesco de sangre (adopción) familia civil.¹⁶

A los tres sentidos que señala Messineo agrega la denominación comunidad agraria familiar, la de pequeños empresarios y aun el cementerio familiar que propiamente se identifican o caracterizan mas bien por alguna de las funciones, sin embargo dicho autor observa los factores éticos o consuetudinarios y religiosos que concurren en la familia en forma disciplinaria al igual que el afecto de honor y solidaridad que a esa sociedad natural le dan el carácter de institución social cuyos derechos son absolutos, indisponibles, irrenunciables, imprescriptibles, inexpropiables, ya que el deber subsiste, aun cuando no correspondan a él derechos subjetivos donde son frecuentes las figuras del status y del poder (denominado poder familiar, regulador de la disciplina familiar interna, incluso el poder deber o función) (el poder familiar considerado en las relaciones externas, destaca el carácter orgánico de las diversas instituciones y ante todo el de la familia considerada en si como conjunto, en vista que decimos de todo esto, hay quien contempla en el derecho familiar una marcada impronta publicista particularmente evidente en algunos instituciones como por ejemplo, la patria potestad, la tutela y la curatela.¹⁷ Otro de los aspectos importantes que destacan en la familia, en la visión que de ella tiene Francesco Messineo, son sus caracteres de continuidad y estabilidad. El primero de estos aspectos es la sobrevivencia a la disolución del matrimonio y el segundo orienta su subsistencia, a menos que fallezcan todos los miembros de ese núcleo social. En este sentido Marcel Planiol

¹⁶ SENTIS MELENDO, Santiago, Manual de Derecho civil y comercial, Tomo III, Buenos Aires 1954, pág. 29.

¹⁷ Op. Cit. pág. 30

observa el fenómeno de división permanente del grupo familiar, esto acaecía cuando fallecía al ancestro común que ejercía a la patria potestad sobre el grupo. Este sistema era el propio de la organización de la constitución política de la familia romana; en el momento en el que los descendientes llegan a la mayoría de edad y consecuentemente adquieren su propia capacidad. De ello aparece como resultado el que cada vez sea mas pequeño el núcleo, el que así queda compuesto por el padre la madre y los hijos y acaso los nietos que viven con ellos.

La familia es un núcleo irreducible y el conjunto vale lo que ella misma vale, en cuanto se altera o se disuelve, todo el resto se derrumba. “sobre las rodillas de la madre, se forma lo que hay de más grande y de más útil en el mundo: un hombre honrado.”¹⁸

La Declaración Universal de los derechos del hombre en el tercer párrafo del artículo 16 preceptúa que “La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado, nuestro sistema constitucional dentro de la garantía de legalidad garantiza en su artículo 16 “nadie puede ser molestado en su familia...”

Luis Josserand destaca que la historia ha enseñado que los pueblos fuertes son aquellos en los que la familia estaba fuertemente constituida como en Roma, Inglaterra, Francia, y Alemania, ordinariamente en la célula familiar se manifiestan los primeros síntomas del mal antes de afectar al organismo más vasto y más poderoso del Estado.

El maestro Rafael Rojina Villegas hacia un resumen de los puntos de vista convergido en la temática del grupo familiar, contando entre ellos el sociólogo, el ético, el político, el patrimonial y el axiológico. Al tratar el punto de vista sociológico, afirma el derecho de familia tiene por objeto la organización

¹⁸ PLANIOL, Marcel, Tratado Elemental de Derecho Civil .Traducción de la 12ª edición, Editorial J.M. Cajiga Jr. Puebla, México Tomo I, pág. 304 y véase Eduardo Busso, Código Civil Anotado Tomo II, pág. 7 EDIAR S.A. Editores Buenos Aires, 1958, pág.

de la sociedad doméstica. El problema sociológico del derecho consiste en determinar los diferentes sistemas que regulan las diversas manifestaciones de solidaridad humana. Es así como podemos distinguir un derecho familiar que regula la solidaridad estatal, un derecho patrimonial que tiene por objeto reglamentar las relaciones de carácter económico entre los hombres y finalmente un derecho internacional cuyo fin consiste en lograr una solidaridad entre los diferentes estados que integran la comunidad humana.

En el ángulo del problema político Rojina Villegas se plantea la necesidad de determinar si el Estado debe tener injerencia en la organización de la familia y en el caso de resolverse esta cuestión en sentido positivo, precisar cual es la intervención del Estado en el seno del grupo familiar. De ahí que su respuesta agrega: “La primera cuestión evidentemente que debe resolverse en sentido afirmativo: el estado si debe tener intervención en la organización jurídica de la familia por múltiples razones.”¹⁹

Desde el punto de vista patrimonial, Rojina Villegas agrega que este problema se plantea en el sentido de determinar que instituciones de tipo patrimonial debe regular el derecho de familia y cual debe ser la naturaleza de las relaciones patrimoniales entre los distintos miembros del consorcio familiar, es necesario precisar la naturaleza de las normas jurídicas que regulan estas relaciones patrimoniales, comparándolas con las de derecho civil patrimonial a efecto de resolver si tienen las mismas características de esta última rama.

Otros autores como Louis Josserand señalan que en un sentido lato “el grupo familiar comprende a todas las personas unidas por un lazo de parentesco o de afinidad, extendiéndose hasta límites lejanos que nuestro derecho positivo establece hasta el duodécimo grado.

¹⁹ Op cit pág. 41

En un sentido mucho más restringido y más diferente, designa la familia, las personas que viven bajo el mismo techo: padre, madre, hijos y si hubiere lugar, nietos y aún colaterales. Se convierte entonces o poco menos, en el sinónimo de hogar y de domus; este aspecto no es extraño al legislador: el bien de familia (patrimonio familiar en nuestro lenguaje legislativo es el inmueble de cobija así a la familia en toda su extensión. En fin se extiende alguna vez por familia la agrupación restringida, constituida por el padre, madre y los hijos, haciendo entrar en ella estos últimos aun en el posible caso de que hayan creado un hogar y de que a su vez hayan fundado una familia comprendida en el sentido de la palabra.

Para Cicu su concepto de familia está recogido en el ordenamiento jurídico italiano como un conjunto de personas unidas por vínculo jurídico de consanguinidad o afinidad. A ese grupo el maestro italiano le confiere, paralelamente a su estructura política interna una función social. De ello resulta, que el criterio de este autor, determina la intensa afinidad del Derecho Familiar con el Derecho Público, o bien sin más a comprenderlo en él.²⁰

Si esta afirmación es absolutamente esporádica y debida sobre todo a la opinión de que el Derecho Privado es tan solo el Derecho Patrimonial, la primera es, en cambio frecuentísima, y si bien se puede con seguridad afirmar que es opinión totalmente dominante la de que el Derecho de Familia pertenece al Derecho Privado, igualmente difundida la opinión de que el mismo se distingue de aquel por algún carácter que lo vincula al Derecho Público. Ha faltado hasta ahora en la doctrina una investigación dirigida a poner el claro los elementos y alcance de tal afinidad de manera que la afirmación ha quedado privada de importancia para la sistematización del derecho familiar, consideramos necesario separar esta figura obligación, no obstante su contenido patrimonial, del común concepto de obligación del Derecho Patrimonial. Este estudio analítico del Derecho Positivo familiar no puso cada

²⁰ SENTIS MELENDO, Santiago, El Derecho de Familia, EDIAR, S.A. Editores Buenos 1947 pág. 30 y 31, Cita CICU.

vez de manifiesto que el mismo puede ser sometido, en la sistematización de un derecho privado, a muchos de aquellos conceptos y principios que son de ordinario englobados en la parte general del Derecho Privado. Llegamos por consiguiente a la convicción cada vez más profunda de que para alcanzar una clara y segura visión del puesto correspondiente del derecho familiar en el sistema del derecho era necesario elevarse a un examen de la distinción fundamental del Derecho público y Privado. De ahí la presente contribución verdaderamente más interesante por el problema que plantea y por sus múltiples repercusiones que no por los resultados, que otros podrán corregir, completar o con mayor competencia, confirmar. Interesante decimos por el problema que plantea, en el se defiende, en efecto un diverso concepto y una diversa estructura del derecho público respecto del privado, dando así fundamento científico a una tendencia acá y allá afirmada en la doctrina publicística especialmente italiana, a desconfiar de la aplicabilidad de los principios de Derecho Privado al Derecho Público, esto es a defender una autonomía científica del derecho público y planteando, por consiguiente, el problema de una síntesis jurídico filosófico más completa y elevada que la común, que nos parece se funda esencialmente sobre el concepto tradicional del Derecho como Derecho Privado.

1.1 Origen y evolución histórica de la familia.

A efecto de considerar la evolución de la familia desde sus orígenes, se requiere tener en cuenta que el concepto de familia no es necesariamente el mismo en las distintas sociedades, ni dentro de una misma sociedad en diversas épocas.

Lacruz Berdejo sostiene que la condición de sociedad natural de la familia se deduce de su origen: la familia es la célula elemental de la sociedad,

de la que por expansión natural nacen la tribu y las formaciones sociales superiores.²¹

Sobre la etapa previa no se tiene certeza del desarrollo y evolución de la familia pero la hipótesis verosímil se ilustra respecto de lo siguiente:

Salvajismo: Caracterizado por la promiscuidad sexual absoluta, cualquier sujeto mantenía relaciones sexuales con cualquier otro sujeto, fuera éste su ascendiente, descendiente, integrante de su grupo o integrante de otros grupos.

Endogamia: En esta etapa se producía el cruzamiento entre individuos de la misma comunidad o población.

La marcada promiscuidad de la primera etapa derivó luego en las relaciones también promiscuas pero limitadas dentro del grupo perteneciente a la comunidad. Así todo hombre o mujer integrante de esta se pertenecía recíprocamente.

Dentro del grupo se genera primero como variante *la familia consanguínea*, que excluye el intercambio sexual de madres e hijos (línea recta) y en una instancia posterior la familia denominada *punalúa*, en la que se excluyen el matrimonio entre hermanos.

Ricci, siguiendo a Morgan coincide con esta evolución al conjeturar que el estado primitivo ha sido de promiscuidad en cuanto estaba exento de trabas nacidas del parentesco, y solo en épocas posteriores debe haber surgido la repugnancia por el incesto. Esto significó la exclusión del trato sexual entre hermanos²².

²¹ LACRUZ BERDEJO, José, "Elementos de Derecho Civil IV", Editorial Bosch, Barcelona 1997, pág. 19-20.

²² RICCI, Clemente H. Reflexiones sobre Derecho de Familia-Matrimonio", , Buenos Aires, 1949, pág. 11.

Exogamia: Sin embargo, alguna doctrina entiende que si bien la primera manifestación de la idea negativa del incesto se daría con posterioridad, ocurre no por la repugnancia del mismo en cuanto a valoración moral, sino cuando los varones de los grupos primitivos debido a las guerras, a la escasez de mujeres y probablemente a una inclinación natural, se relacionaron sexualmente con mujeres de otras tribus siempre sin exclusividad.

Familia Sindiásmica: La evolución marca un cambio con la denominada *barbarie* en la que las uniones sexuales comunitarias se habrían reemplazado por relaciones mas individualizadas, es la familia sindiásmica, con la que se comienza la vida en pareja. Si el marido vive con la mujer, a el solo se le autorizaba el adulterio y la poligamia.

Tanto Bossert como Zannoni consideran posible que de esta etapa histórica provengan hábitos sociales y hasta criterios admitidos durante la posterior etapa monogamia, respecto de la diversa exigencia que, en materia de fidelidad, la sociedad hace al marido y a la mujer. Los hijos, tanto durante la vida matrimonial como después disuelto el matrimonio, pertenecen solo a la mujer. De ello se infiere que el parentesco obedece a la filiación uterina; ello deriva en el matriarcado²³.

La familia germana, las familias de la India, Egipto, Persia y Grecia y sobre todo, la familia romana, aportan elementos signados y permiten compulsar sus alcances y funciones y modos de convivencia los que a su vez reflejan las particularidades de cada cultura.

En Roma se distinguía entre familia *propia iure*, que era la conformada por grupos de personas ligadas por parentesco sujetas a la “potestad” del padre y familia *communi iure*, o familia agnaticia, mas extensa y que reunía a

²³ Idem. pág. 11

quienes reconocían la potestad a un mismo *pater familias*, pudiendo prolongarse a varias estirpes.

En el Derecho Romano clásico identificaba a la familia como un grupo de personas unido por la jefatura de uno de sus miembros, es decir el conjunto de individuos que viven sometidos al poder doméstico de una sola autoridad. El vínculo de unión de esas personas es la sujeción a su jefe llamado paterfamilias, con un lazo de naturaleza jurídico o civil y no de parentesco como se entiende actualmente.²⁴

La figura del paterfamilias constituyó el aspecto más caracterizante del grupo, evidenciando una organización de tipo patriarcal que, a partir del siglo VI y como consecuencia de los profundos cambios registrados en las costumbres da paso a una verdadera anarquía familiar que procuró ser paliada por los emperadores²⁵.

El hecho de considerar a la potestad como elemento esencial a efectos de definir a la familia, resulta ajeno a la idea actual de familia, atento a que la potestad que en la actualidad se asigna a alguno de sus integrantes de la institución, se confiere como medio que permita el orden necesario para satisfacer la protección y el desarrollo de sus integrantes y no con el contenido político y religioso que era propio de aquella época y que trascendía al ámbito doméstico.

En el derecho germánico la familia muestra similar estructura patriarcal, pero durante mucho tiempo conservó su carácter extenso y la estirpe germánica reconocía fines sociales y políticos del propio Estado. Igualmente el

²⁴ PONSSA DE LA VEGA, de Miguens Nina, "Derecho de familia en el derecho Romano" Ed. Buenos Aires, 2ª ed. 1969, pág. 11.

²⁵ MAZEUD, Jean, Henri y León, Lecciones de Derecho Civil, parte I, Traducción Alcalá, Zamora y Castillo, Buenos Aires, 1959, vol. 3.pág. 29.

grupo de los agnados tenía una autoridad, en ocasiones podía sobrepasar la del jefe de familia²⁶.

En lo que se refiere a la conformación actual del grupo familiar, sus características son lo reducido en número de sus integrantes y la falta de cohesión y estabilidad.

La familia agnaticia, es decir aquella sujeta a la misma autoridad comprendía:

a) todos los descendientes legítimos por vía masculina, mientras no hubieran sido emancipados, vendidos o dados en adopción, Los extraños incorporados por adopción, o comprados o cedidos por otro pater.

b) la esposa del pater y las esposas del alieni iuris: todas ellas dejaban de tener parentesco con su familia de origen y pasaban a integrar la familia de su esposo en el lugar de hija. Esto significaba que los hijos no eran miembros de la familia de la madre porque ella misma había dejado de serlo.

La familia en la época cristiana, con el advenimiento del cristianismo por un lado se flexibiliza el poder del padre, pero por otro lado se ordena el ejercicio de la autoridad paterna en nombre de dios.

Cada matrimonio impone la formación de una nueva familia conyugal, grupo reducido y cohesionado que reemplaza el basamento de la autoridad paterna por el carácter sacramental del matrimonio.

En la legislación romana la influencia del cristianismo comenzó durante el imperio de Constantino, Siglo IV de nuestra era.

La Iglesia católica consagró la indisolubilidad del vínculo matrimonial y estableció una serie de derechos y deberes recíprocos de los cónyuges, al

²⁶ BONET RAMON, Francisco, Compendio de Derecho Civil, Tomo IV, Derecho de Familia, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1960, pág. 43.

tiempo que los tribunales eclesiásticos comenzaron a ocuparse de una serie de cuestiones relacionadas con el matrimonio. El fundamento de la competencia eclesiástica en materia de cuestiones familiares, tuvo su origen en el siglo X, cuando el imperio Romano de Occidente reconoció la jurisdicción eclesiástica en materia de matrimonio y cuando en el de oriente, León el filósofo, fue el primer emperador bizantino que reconoció la exclusiva competencia eclesiástica en asuntos matrimoniales²⁷.

La familia en la edad moderna, durante la Ilustración implicó el surgimiento de una cultura individualista y racional y de un cuestionamiento de los valores defendidos hasta entonces. En este contexto la familia aparecía como una estructura de dimensiones reducidas, pero de fuerte cohesión, considerada estrictamente como grupo domestico, circunscripto a las personas que convivían en la misma casa, los cónyuges y sus descendientes; aunque existía la posibilidad de que este núcleo se viera ampliado en el supuesto en que los hijos casados no abandonaran la casa paterna después de la celebración del matrimonio.

Este tipo de familia, de dimensiones reducidas, era el fruto de un proceso de decantación, en el que se había comenzado a prescindir de la ayuda y dirección de los parientes y la comunidad había logrado un sentido de privacidad doméstica y relaciones interpersonales dentro de la unidad conyugal.

Lawrence Stone ha explicado que a finales del siglo XVII y en el XVIII se hizo patente una tendencia hacia una mayor libertad para los hijos y una relación mucho más equitativa entre los esposos, encontrando la justificación del cambio en un mayor alejamiento por parte de la familia central, de la interferencia o el apoyo de los parientes y un mayor aislamiento de la

²⁷ KLUGER Viviana, *Las relaciones conyugales en el Virreinato del Río de la Plata. Del ámbito doméstico, a los estrados judiciales.* Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires. En Imprenta.

comunidad. Al mismo tiempo se desarrollaron relaciones afectivas mucho más cálidas entre los esposos y entre padres e hijos²⁸.

Producto de las nuevas ideas que desembocan en la Revolución Francesa es el denominado Código Napoleón, de influencia en las codificaciones europeas y americanas, que resumen las nuevas ideas de libertad, autonomía personal y secularización. Con la Revolución Industrial se transformó definitivamente la familia y el matrimonio. La familia pierde el rasgo que la caracterizaba como núcleo de organización de la producción y en lo económico se reduce a un ámbito de organización del consumo.

La familia en el ámbito social produce grandes movimientos: por la paz, por la solidaridad, en contra del racismo, por la igualdad de los sexos. El mundo se interconecta y las transformaciones se expanden por efecto de las comunicaciones, lo que provoca un mayor conocimiento de estructuras ajenas a cada formación social.

La mujer gana espacios laborales y de poder, y sus nuevas funciones producen modificación en aquellas que ya le correspondían. Todo ello lleva a un quiebre del concepto de familia y de la función de sus integrantes que preponderaba en el período moderno.²⁹

1.2 Concepto de familia

Etimología. La opinión predominante de los Filólogos es que la palabra familia proviene de la voz latina "Famulia", la cual deriva de "famulus", en referencia al famulado, es decir a la agrupación de personas o servidumbre que habita con el señor de la casa, con una relación de derechos y deberes ordenados en función de servicios mutuos. Se señala a su vez que "famulus" deriva del osco

²⁸ VANILLA Y VAZQUEZ, Córdoba, El Derecho de Familia, Madrid, pág. 19.

²⁹ VANILLA Y VAZQUEZ, Op cit. pág. 21.

“famel”, que significa siervo y del suscrito vama, que refiere a hogar o habitación³⁰.

El concepto de familia ha requerido esfuerzo de los juristas, especialmente a partir del siglo pasado, pero las diversas acepciones del vocablo han obstaculizado el logro de una definición acabada.

Familia usualmente puede comprenderse tanto el grupo primario y celular denominado también familia particular, “pequeña familia”, “familia nuclear” o “familia conyugal” a la que se prefiere llamar familia-institución, así mismo el grupo compuesto por individuos que reconocen un vínculo parental denominado gran familia o familia-parentesco³¹.

Para Cicu la familia se presenta como agregado de formación natural y necesaria y como un hecho social que la muestra como organismo anterior y superior al Estado. Los elementos del hecho jurídico social de la familia definiéndola como “un conjunto de personas unidas por vínculo jurídico de consanguinidad o afinidad³²”.

Para los Mazeaud no existe problema conceptual, señalando que la definición de familia puede lograrse partiendo de un criterio de autoridad o de un criterio sucesorio.

Para Larenz la transformación del Derecho de Familia registrada en la legislación que superó el modelo de familia que correspondía en gran medida a la realidad de entonces y que era el de la pequeña familia, estructurada primordialmente en forma patriarcal³³.

³⁰ BONET RAMON, Francisco, Compendio de Derecho Civil, Tomo IV, Derecho de Familia, Madrid, 1960 pág. 45

³¹ DANIELA HUGO, D. Antonio, La Familia --Derecho Familia pág. 15

³² CICU, Antonio, El Derecho de Familia, Buenos Aires, 1947, pág. 109.

³³ LARENZ, Karl, Derecho Civil, Parte General, Jean, 1978, pág. 80.

Guastavino, por su parte, ha señalado que en el derecho contemporáneo el vocablo familia posee también varios sentidos, de acuerdo a las medidas que se establezcan para delimitar los efectos jurídicos de los lazos familiares, pudiendo ser medidos según tres perspectivas que se refieren al tiempo, a la calidad de los vínculos y a los grados del parentesco.³⁴

Existen por otra parte dos dimensiones de la familia; una ensamblada con los orígenes de la institución, que se refiere a la familia parentesco, mientras que la otra conforma la pequeña familia, familia nuclear o conyugal, a la que preferimos denominar familia-institución.

La palabra familia no siempre se utiliza para designar a ese núcleo o unión de personas que se conoce como familia sino que también se le emplea en un sentido metafórico, para referirse a una agrupación en donde hay sentimientos o intereses comunes.³⁵

Messineo menciona que el conjunto de dos o más personas vivientes, ligadas entre sí por el vínculo colectivo, recíproco e indivisible de cónyuge, de parentesco o afinidad, constitutivo de un todo unitario.³⁶

Theodor Kipp y Martín Wolf para el derecho alemán dicen que “la familia es el conjunto de personas ligadas por el matrimonio o el parentesco”.³⁷

Planiol y Ripert “la familia es el conjunto de personas que se hallan vinculadas por el matrimonio, por la filiación y la adopción”; es decir la familia tiene como fuente especialísima al matrimonio.³⁸

³⁴ GUASTAVINO, Elías PÁG., Derecho de Familia patrimonial, Bien de familia, 2ª ed., Santa Fé, 1984, pág. 19.

³⁵ GUTIERREZ Y GONZALEZ, Ernesto, Derecho Civil para la familia, Ed. Porrúa, México, 2004, pág. 137.

³⁶ MESSINEO, Manuale di Diritto Civile e commerciale, 8ª ed, I-II, Milano, 1950, pág. 27.

³⁷ ENNECERUS Y WOLF, Tratado de derecho civil, Vol. I, Derecho de familia, por Theodor Kipp y Martín Wolf, pág. 2 No. II.

³⁸ PLANIOL Y RIPERT, Derecho Civil, Tomo segundo, pág. 7, No. 1.

Diego Espín Canóvas dice que la familia comprende tanto las relaciones jurídicas nacidas del matrimonio y la procreación del mismo, COMO LAS RELACIONES JURIDICAS NACIDAS POR LA PROCREACIÓN FUERA DEL MATRIMONIO, así como la adopción.

Gutiérrez y González propone que 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.

1.2.1 El concepto de familia en el derecho argentino.

➤ Opinión de Belluscio; en sentido amplio lo define así: Familia como parentesco, en sentido restringido o familia conyugal o pequeña familia en sentido intermedio. La familia en sentido restringido (núcleo paterno filial) es la agrupación formada por el padre, la madre y los hijos que viven con ellos o están bajo su potestad, asumiendo mayor importancia jurídica. En sentido intermedio destaca que es el grupo social integrado por “las gentes que viven en una casa bajo la autoridad del señor de ella”, sentido que proviene de la familia romana y que se refleja en las partidas³⁹.

➤ Opinión de Borda; el distingue el concepto de familia en sentido propio y limitado constituido por el padre, la madre y los hijos que viven bajo un mismo techo, y el referido a un sentido amplio, en el que suele incluirse a los parientes cercanos que procedan de un mismo tronco o que tienen un estrecho vínculo de afinidad⁴⁰.

➤ Opinión de Mazzingui; el concepto de familia para este autor es que este concepto no se encuadra dentro de la de la institución si se le considera una regla de derecho, de allí que el concepto jurídico de familia para

³⁹ BELLUSCIO, Augusto Cesar, Derecho de Familia, Buenos Aires, 1974, T. I, PÁG. 3/7.

⁴⁰ BORDA, Guillermo A., Tratado de Derecho Civil, Derecho de Familia, 5ª ed. Buenos Aires, 1973, pág. 2

este autor es “una institución basada en la naturaleza y entendida como sistema de normas que tienen el fin de asegurar la existencia y el desarrollo de la comunidad de personas, vinculadas por el matrimonio y la filiación, en orden a procurar a todos sus miembros el logro de su destino personal, terreno y trascendente⁴¹.

➤ Opinión de Díaz de Guijarro; para este autor la familia es “una Institución social, permanente y natural compuesta por un grupo de personas ligadas por vínculos jurídicos emergentes de la relación intersexual y de la filiación⁴².

➤ Opinión de López del Carril; para este autor la familia tiene en si misma una organización biológica, una organización ética, una organización social, una económica, un ordenamiento jurídico y finalmente una trascendencia política. Así mismo dice que en su aspecto restringido la familia se reduce a la línea recta descendente, a los hermanos entre si y en la afinidad a los suegros, nuera y yerno⁴³.

➤ Opinión de Lafalle; para este autor en su significado estricto la familia es “el grupo de individuos que consta de los padres y de los hijos, esto es la sociedad natural, que nace del matrimonio y de la filiación⁴⁴.

➤ Opinión de Zannoni; este autor expresa que la familia es “un régimen de relaciones sociales institucionalizadas a partir de la unión sexual y la procreación”; de allí Zannoni da una definición jurídica de familia la precisa como “el conjunto de personas entre las cuales existen vínculos jurídicos interdependientes y recíprocos, emergentes de la unión sexual y la procreación⁴⁵.

➤ Escriche, en el siglo XIX definió a la familia como: “La reunión de muchas personas que viven en una casa bajo la dependencia de un jefe; y el conjunto de personas que descendiendo de un tronco común se hallan unidas por lazos de parentesco.⁴⁶

⁴¹ MAZZINGUI, Jorge Adolfo, Derecho de Familia, Buenos Aires, 1971, t. I, p. 24 y ss.

⁴² DIAZ DE GUIJARRO, Enrique, Tratado de Derecho de Familia, Buenos Aires, 1953, no. 42, pág. 115

⁴³ LÓPEZ DE CARRIL, Julio J., Derecho de Familia, Buenos Aires, 1984, pág. 77.

⁴⁴ LAFAILLE, Héctor, Curso de Derecho Civil, Derecho de Familia, Buenos Aires, 1930, pág. 10.

⁴⁵ ZANNONI, Eduardo A., Derecho de Familia, Buenos Aires, 1978, T I, pág. 5.

⁴⁶ ESCRICHE, Joaquín, “Diccionario Razonado de legislación y jurisprudencia”, Paris 1862, pág. 685.

El diccionario de la lengua española indica como primera acepción de familia, al grupo de personas emparentadas entre si que viven juntas.⁴⁷

La definición brindada por Escriche, no satisface íntegramente, y según un concepto actual, la idea de la institución, toda vez que si atendemos a la primera parte de ella encontraremos que la reunión de muchas personas que viven en una casa bajo la dependencia de un jefe puede abarcar en algunos casos al servicio doméstico, el que indudablemente no se considera ni vulgar ni jurídicamente como integrante del grupo familiar, al menos respecto de los efectos jurídicos.

Pettigiani define a la familia como la comunidad de vida formada por un grupo conviviente que consta de padre, madre e hijos o solo de los dos primeros, que posibilita la realización plena de sexualidad del hombre y de la mujer, con vocación de permanencia, generando un ámbito natural irremplazable, en el que se desenvuelve, actual o potencialmente, bajo la dirección de los padres, una insustituible formación educativa, calificada por una especial afectividad que no puede desarrollarse en otro ámbito, respecto de quienes por el hecho biológico o por la adopción, mantienen o mantendrán eventualmente con ellos una relación filial.⁴⁸ Según este autor, la convivencia es uno de los elementos esenciales de la definición de familia.

Concepto. Al Derecho de Familia se le define como el conjunto de normas que, dentro del Código Civil y de las leyes complementarias, regulan el estado de familia, tanto de origen matrimonial como extramatrimonial, los actos de emplazamiento en ese estado y sus efectos personales y patrimoniales⁴⁹.

⁴⁷ Diccionario de la Lengua Española XXI, ed. Madrid 1992, pág. 670.

⁴⁸ PETTIGLIANI, Eduardo J., "Familia" ,Enciclopedia de derecho de familia, Tomo II, Buenos Aires 1992, pág. 181.

⁴⁹ DIAZ DE GUIJARRO, op. cit. pág. 182.

Igualmente se destaca que el derecho de Familia aún mantiene regulación de aspectos de la realidad socio jurídica que, en rigor, pertenecen a otras disciplinas. Así ocurre con instituciones y elementos típicos del Derecho de Menores.

1.3 Naturaleza jurídica de la familia.

Es necesario distinguir entre el grupo familiar primario, que evidencia matices propios y diferenciales, y aquellos vínculos que unen a determinadas personas entre si para generar efectos jurídicos hasta el lugar donde la ley lo establece.

La familia Institucional, conformada por los padres y los hijos no emancipados por matrimonio que conviven en el hogar familiar reconociendo la autoridad paterno-materna, ya que se reconoce en su esencia la presencia de los elementos clásicos de la institución en sentido sociológico; la idea y la comunión de los integrantes del grupo que comparten tal meta⁵⁰.

Aún cuando se sostiene que la familia es más una institución en sentido sociológico que jurídico o que se procure destacar que su significado debe remitirse al de la regla de derecho, sin otorgarle el sentido de corporación o entidad dotada de personalidad jurídica propia⁵¹.

Por cierto que no se trata de una creación del derecho, si no que este solo la reconoce y regula los alcances y limitaciones propia que corresponden a una realidad social de origen natural. Pero en su apreciación jurídica la familia corresponde a la noción de institución y en su funcionamiento se aprecian nítidamente los elementos que se han destacado como integrantes de la familia.

⁵⁰ D, ANTONIO, Daniel Hugo, Concepto y naturaleza jurídica de la familia, en ED SI-106.

⁵¹ MAZZINGUI, op cit. pág. 24

Como institución humana la familia nace, crece, se desarrolla, encuentra su máxima expresión, declina y muere.

Dentro de este tema referido a **la naturaleza jurídica de la familia** cabe igualmente resaltar aquellas opiniones que la familia institucional debe revestir su personalidad jurídica propia.

En tal sentido el autor Williams dice que la familia es un ente que puede adquirir derechos y contraer obligaciones⁵², mientras que Arias encuentra que la ley atribuye a la familia, si bien vaga e imprecisa de derechos y obligaciones⁵³.

En cuanto a la denominada familia-parentesco, la misma sólo aparece conformada por personas que reconocen un vínculo derivado de la sangre, del matrimonio o de la adopción y del cual resultan efectos jurídicos. Su naturaleza jurídica, por consiguiente, se reduce a dicho ligamen meramente determinado por los efectos previstos legalmente.

1.4 Ubicación del derecho de familia.

El Derecho de Familia ha venido siendo motivo de profunda preocupación para los estudiosos del derecho y que después de diecinueve siglos de era cristiana, en los que permaneció intercalado como una parte del Derecho de las personas, los albores del siglo XX presenciaron el surgimiento de corrientes doctrinales que vislumbraron en las normas reguladoras de las relaciones entre cónyuges y de las de estas con los hijos, un derecho con perfiles propios, dentro de la esfera del mismo derecho civil, aunque con características distintas al tradicional, que tiende a darle un lugar destacado en el marco institucional de la clasificación del derecho.

⁵² WILLIAMS Jorge N, La Familia en el Orden Jurídico, en JA 1957-III-sec-doc-131.

⁵³ ARIAS, José, Derecho de Familia, 2ª ed., Buenos Aires, 1952, pág. 37.

Henri Leon y Jean Mazeud, distinguidos profesores contemporáneos de la facultad de Derecho de París, sumaron sus nociones generales sobre la familia explicando que “ni el legislador ni los juristas” se han preocupado, durante mucho tiempo de la familia en si misma, sino solamente de proteger los intereses individuales de los miembros de la familia y de reglamentar las instituciones que esas relaciones ponen en juego: matrimonio, filiación etc. Cuando los autores buscaron presentar una construcción de conjunto del Derecho Civil sobre un Plan Lógico, tampoco advirtieron mejor la necesidad de hacer de la familia el centro de toda una categoría de reglas jurídicas.⁵⁴

Gabriel Marty y Pierre Raynaud, quienes fueran decano y profesor respectivamente de la facultad de Derecho de Tolosa, han expuesto en su derecho civil, que existe una renovación en el orden jurídico de Francia, esta tentativa de restauración –dicen ha comenzado a existir en la legislación desde antes de la guerra de 1939 sobre la familia y la natalidad francesa, al cual se el ha dado el nombre un poco pretencioso e inmerecido de Código de la Familia.

El profesor de la Universidad de Nápoles, Roberto de Ruggiero, en sus Instituciones de Derecho Civil se percataba que no abundaban en el derecho italiano las obras especiales sobre derecho de familia; esta parte decía no ha tenido aún cultivo doctrinal y desarrollo suficientes; se estudian instituciones particulares, como el matrimonio, capitulaciones matrimoniales, patria potestad, tutela, filiación etc, pero sin que se hay hecho todavía una estructura total del complejo organismo de las relaciones familiares, con un carácter sistemático científico⁵⁵.

En España los profesores de Madrid, Felipe Clemente de Diego y José Castan Tobeñas presentan en forma más objetiva, un catalogo del Derecho Familiar, dentro del cuadro general de su trabajo. Aquel en sus instituciones de derecho Civil Español, nos muestra el derecho de familia como una rama

⁵⁴ Traducción de Luis Alcalá Zamora y Castillo, Parte 1ª. Vol. III, págs. 1 y sigs..

⁵⁵ Citado por SERRANO SUÑER, Ramón, Traducción de la 4ª ed. Italiana por Josè Santacruz Tejeiro, Instituto editorial Reus, Madrid Pág. 5 nota número 1.

frondosa del derecho privado, que no podía faltar en la ordenación de aquellas relaciones más esenciales a la sociedad humana, como son las familiares, las primeras que aparecen en la escena de la vida y de la historia, las primeras en el orden de la naturaleza, pues son base de las otras, y los últimos elementos en el que se descompone el organismo social de los pueblos. Hay pues un derecho de familia o para la familia⁵⁶.

En Argentina, Enrique Díaz de Guijarro expone que la renovación de la literatura jurídica actual se ha caracterizado por la edición de estudios monográficos y especializados, que han propiciado la profundización en temas fraccionados, como ha sucedido en el derecho de familia; situación que antes no podía contemplarse dado que los exegetas, como grandes tratadistas que eran, permitían el planteamiento de temarios demasiado generales, así como por las manifestaciones originales que afloraron en el presente siglo, respecto a la integración de normas familiares, unas en las constituciones políticas de los Estados y otras por el agrietamiento de la concepción tradicional del Derecho Civil; imponiéndosele con tintes de autonomía, un derecho familiar .

También en Argentina, Elías Guastavino, ha publicado un formidable derecho de familia patrimonial, donde afirma no puede reducirse el derecho de familia al análisis de los principios y normas que regulan la organización o estructura interna de la familia, pues ello como se ha observado con agudeza, significaría constreñir la disciplina a un enfoque meramente anatómico de su objeto. Es necesario conferir al derecho de familia, además el enfoque del funcionamiento de la familia en los diversos planos del derecho, para desmembrar su integridad.

El maestro Rafael Rojina Villegas expone ampliamente la problemática y los conceptos jurídicos fundamentales del derecho de familia como señalados desde el punto de vista lógico, sociológico, político, patrimonial, axiológico

⁵⁶ CASTAN TOBEÑAS, José, El Derecho Civil Español y Floral, Tomo II, Madrid, 1959, Págs. 439.

todos desde la perspectiva de los sujetos, como de los objetos del derecho familiar⁵⁷.

Rafael De Pina Vara vuelve su pensamiento al cauce original y aprecia al Derecho de Familia como parte del derecho civil y lo ubica como rama del derecho –dentro del derecho privado⁵⁸.

El profesor Antonio de Ibarrola divide al derecho de familia en tres partes fundamentales: matrimonio, parentesco y filiación; destacando en toda su obra la aportación doctrinal de la Iglesia católica y básicamente las constituciones emanadas del II Concilio Vaticano, iniciando el 25 de enero de 1959 y concluido el 8 de diciembre de 1965, en el que se definió la unidad y estabilidad de la institución familiar.

Ignacio Galindo Garfias encuentra en el derecho de familia el perfil de la institución; señalando que nuestro código por estar impregnado básicamente por las ideas individualistas, no ha agrupado orgánicamente los preceptos legales relativos a la estructura y organización de la familia⁵⁹.

Julián Guitrón Fuentesvilla aborda la naturaleza jurídica del Derecho de Familia y los criterios que la orientan, así como la necesidad de declarar su independencia del derecho civil, tratando de evitar la intervención del Estado en el núcleo familiar.⁶⁰

Sara Montero de Lobato, al presentar el concepto de Derecho de Familia, lo ubica como conjunto de normas de derecho privado y de interés

⁵⁷ ROJINA VILLEGAS, Rafael, Derecho Civil Mexicano, Tomo II, Derecho de Familia, 2ª ed., Antigua Librería Robredo, México D.F., 1959.

⁵⁸ LÓPEZ DE IBARROLA, Elementos de Derecho Civil, Editorial Porrúa, S.A, México, 1960, Págs. 303, vol. I, 4ª parte.

⁵⁹ GALINDO GARFIAS, Ignacio, Derecho Civil Primer curso, Parte General-personas-familia-editorial, Porrúa, s.a., México, D.F., 1973, PÁGS. 397 y 398.

⁶⁰ GUITRON FUENTEVILLA, Julián, Derecho de Familia, Publicidad y Producciones Gama, S.A., México, 1972, págs. 181, y sigs.

público que regulan la constitución, organización y disolución de las relaciones familiares, consideradas las mismas como de interés público.⁶¹

La segmentación del mundo del derecho en diversas ramas solo constituye una solución para el adecuado estudio de las relaciones jurídicas y se muestra como un aspecto meramente instrumental al cual, por consiguiente sólo debe darse la importancia que tiene en tal sentido.

La conducta humana aparece como una integridad y su regulación no difiere en cuanto a la finalidad perseguida por la norma. El ordenamiento de la vida del hombre tiene como finalidad la justicia y tal orientación impregna el contenido de toda la normatividad, sin distinciones en cuanto a la etiología.

Desde esta perspectiva el autor Cicu define que en el Derecho de Familia la relación jurídica tiene los caracteres de la de Derecho Público; interés superior, unitario y voluntades convergentes a su satisfacción, siendo entonces una relación orgánica que muestra a la familia “como un organismo igual al Estado”⁶².

Despejada esta realidad se considera que es preciso otorgar al Derecho de Familia la ubicación que le corresponde dentro de la esfera de las relaciones privadas, mas sin olvidar que existe una marcada tendencia a la publicitación de las instituciones del derecho privado⁶³.

Pero tal circunstancia derivada en general ante la presencia del orden público comprometido y su incidencia en gran número de elementos e instituciones familiares, no determina en modo alguno que el Derecho de

⁶¹ MONTERO DUHALT, Sara, Derecho de Familia, 2ª ed. Editorial Porrúa, s.a., México, 1985, págs., 24 y sigs.

⁶² CICU, Antonio, La Filiación, Madrid, 1930, ps, 9-15.

⁶³ SPOTA, Alberto G., Tratado de Derecho Civil, Derecho de Familia, Buenos Aires, 1968, Vol. I. pág. 25.

Familia quede desplazado del ámbito del derecho privado, y en particular del Derecho Civil.⁶⁴

Así pues se ha expresado oportunamente que para la interpretación y aplicación del Derecho de Familia debe partirse del principio que se integra el Derecho Privado en cuanto a regulador de las situaciones y relaciones comunes a todos los hombres mas consustanciados con su ser personal.

El Autor Zannoni dice que mantener el Derecho de Familia dentro del Derecho Civil no satisface sólo intereses particulares sin consideración a la función social, que el interés público también se incorpora en el derecho privado como categoría que condiciona y relativiza el interés particular y que el interés familiar puede ser distinto del interés individual pero no es independiente⁶⁵.

En el derecho privado existen relaciones basadas en una cierta supraordinación y subordinación, poniendo como ejemplo al derecho de familia; luego de señalar diversos aspectos que evidencian una evolución con consideración más intensa de la justicia contractual compensatoria y de los motivos sociales, se interroga Larenz si tal evolución no se aleja de los principios fundamentales del derecho privado; el cual cedería su puesto cada vez más al “derecho social”, concluyendo que queda como tarea de aquel hacer posible al individuo el marchar por un camino propio, aún dentro de la sociedad de masas.

La transformación del derecho, signada por una actual delimitación de los derechos subjetivos, en cuanto su ejercicio deba respetar el interés común constituye el punto culminante de una evolución que determina aproximarse en mayor medida al sentido de justicia, sin que ello importe menoscabo a la libertad individual que, antes bien, resulta garantizada con dicha orientación.

⁶⁴ LARENZ, Kart, Derecho Civil, parte general, Madrid, 1978 pág. 80.

⁶⁵ ZANNONI, Eduardo A., Derecho de Familia, Buenos Aires, 1978, T I, pag. 5.

CAPITULO SEGUNDO

MATRIMONIO

2.1 Antecedentes del matrimonio.

Se trata de una de las instituciones fundamentales del Derecho, de la religión y de la vida en todos los aspectos. Quizá ninguna tan antigua, pues la unión natural o sagrada de la primera pareja humana surge en todos los estudios que investigan el origen de la vida de los hombres y establecida como principio en todas las creencias que ven la diversidad sexual complementada en el matrimonio, base de la familia, clave de la perpetuidad de la especie y célula para la organización social primitiva y, en su evolución, de los colosales o abrumadores.⁶⁶

El matrimonio en Grecia tenía lugar por compra, pagando el novio al padre de la novia, el precio correspondiente con especie, principalmente ganado; y así, después de hacer la compra, el padre entregaba a la novia una importante dote.

El autor Antonio de Ibarrola al hablarnos del matrimonio en particular, nos dice lo siguiente “la ceremonia de matrimonio entre los griegos se celebraba en tres actos:

1. En la casa del padre, en presencia del pretendiente, el padre de la joven rodeado de su familia, ofrecía un sacrificio y por medio de la fórmula sacramental entregaba a su hija al joven.

2. La joven es transportada a la casa del marido, el esposo la alzaba en sus brazos la hacía pasar por la puerta, cuidando de que sus pies no tocarán el umbral. luego comenzaba en la casa el acto sagrado.

⁶⁶ CABANELLAS, Guillermo, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Tomo V , J-O, 21ª ed. Editorial Heliasra SRL, pág. 201.

3. En el nuevo hogar se colocaba a la esposa en presencia de la divinidad domestica, ante la cual se rociaba el agua lustral, se tocaba el fuego sagrado, se recitaban algunas oraciones y luego ambas esposas compartirán un pan o algunas frutas.⁶⁷

Al parecer en Grecia, se convertiría en una de las primeras instituciones religiosas que iban a fomentar la unión familiar. A estar en los dichos de Homero en sus épicos poemas parece ser que se encontraban difundidos la poligamia y el derecho de repudiar a su cónyuge, aunque no se hubiera incurrido con excesos al respecto.⁶⁸

Hacia que para crearse, tanto el hombre como la mujer tuvieran que llevar a cabo diversos actos protocolarios de ritos religiosos a través de los cuales ofrecían su vida en una unión matrimonial que tendría que perdurar por mucho tiempo, de la misma manera las uniones libres esto es las concubinas, o la unión libre de cualquier otra naturaleza, iba existir a la par que el propio matrimonio.

De hecho en muchas de las ocasiones la competencia entre la unión libre y el matrimonio suele significar el grado de organización de la sociedad en la que se da con mayor incidencia tanto en uno como en otro.

Así mismo tenemos que en las sociedades más organizadas el matrimonio tendría que predominar, basándose en estas situaciones y circunstancias en el mundo griego antiguo tendría que ser la institución matrimonial la que de alguna manera tendría que preferir la organización social.

En lo que se refiere a la expansión del gran imperio romano, se empieza a recopilar las diversas legislaciones que regían en las diferentes provincias que iban sometiendo a su conquista.

⁶⁷ IBARROLA, Antonio, Derecho de Familia, México, 1986, pág. 101.

⁶⁸ SOLER Y ARQUES, Carlos, Ideal de la Familia, memoria premiada por la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, Madrid 1887, pág. 132.

Es entonces cuando los grandes compiladores romanos van a darle la formación del derecho romano, una mejor estructuración puesto que se empezaba ya a considerar a la forma de reglamentar a las sociedades desde diversos ángulos y puntos de vista.

En Esparta la edad para contraer matrimonio era de treinta años para el varón y de veinte para la mujer. El permanecer célibe después de esas edades constituía una deshonra. No se permitía la poligamia, pero si el repudio sin forma alguna de juicio por causa de esterilidad o por el menor desvío.⁶⁹

Roma, cuyo derecho y costumbre tanto se ha podido investigar y escribir por la pródiga documentación que se posee, va a ser nuestro próximo hito en esta panorámica visión de la historia matrimonial. Para contraer matrimonio era menester que los cónyuges gozarán del *ius coubii* y que tuviera la mujer doce años y el hombre catorce, dándose fundamental importancia a la intención del marido y mujer, intención que los romanos designaban con la locución ***affectio maritalis***.

En los tiempos primitivos se rodeó al matrimonio de ciertas formalidades en cuanto a su celebración. Se conoció así la ***confarreatio*** que consistía en la división por parte de los esposos de una torta de farro como símbolo de la iniciación de la vida en común, ceremonia que se cumplía ante la presencia de diez testigos.⁷⁰ Se realizó la ***coemptio*** que era una venta realizada por quien ejercía potestad sobre la mujer o por la mujer misma, al marido o a quien ejercía potestad sobre este y el ***usus*** que equivalía al matrimonio cuando la mujer había sido poseída por el marido por el término de un año sin interrupción pudiendo ella evitarlo dejando la casa conyugal por tres noches consecutivas.⁷¹ Todas esas formas de matrimonio tenían la consecuencia de

⁶⁹ SOLER Y ARQUES, Carlos, Op cit., pág., 138.

⁷⁰ BOFANTE, Pedro, Instituciones de Derecho Romano, Ed Reus, Madrid 1929, pág. 183.

⁷¹ ORTOLAN, J., Legislation Romaine, 12^a ed., Paris 1884, T II, Comp. Arangio Ruiz V., Op cit., pág. 491.

quedar la mujer bajo la potestad del marido, de ahí que se denominara matrimonios *cum manu*.

Pero todas esas solemnidades fueron con el tiempo abandonadas y comenzó a practicarse el matrimonio no solemne o por simple consentimiento (*sine manu*) que a pesar de lo que su nombre parece indicar, necesitaba además del consentimiento de los cónyuges, que la mujer fuera conducida a la casa conyugal, operándose de ese modo una especie de tradición.⁷²

Lo fundamental es destacar que el matrimonio romano ha tenido en todos los tiempos un carácter rigurosamente monogámico.⁷³

El autor Eugenio Petit al hablar del matrimonio nos dice lo siguiente “se llama *justae nuptie*” al matrimonio legítimo, conforme a las reglas del derecho civil de Roma. En la sociedad primitiva romana el interés político y el interés religioso hacia necesaria la continuación de cada familia o “gens” por el bien de los hijos sometidos a la autoridad del jefe. De ahí la importancia del matrimonio cuyo fin principal era la procreación de los hijos.⁷⁴

Por otro lado el vínculo que se formaba era de gran importancia para la formación estatal, no solamente para permanecer como sociedad, conservando la especie y así los bienes iban a tener un titular que los hereda.

El mismo Eugenio Petit cuando refiere al divorcio en Roma, menciona lo siguiente: aunque al parecer el divorcio fue admitido legalmente desde el origen de Roma, sin embargo los antiguos romanos no disfrutaban de esa libertad sin duda alguna no coordinaban con la severidad de las costumbres primitivas. Además la mujer sometida casi siempre a la manus del marido era como una hija bajo la autoridad paterna, reduciéndose a un derecho de

⁷² LAGRANGE,, M. Eugenio , Manual de Derecho Romano, 2ª ed., Madrid, 1954, pág. 116, nota I.

⁷³ BOFANTE, Pedro, Op.cit, pág. 180.

⁷⁴ PETIT, Eugenio, Tratado Elemental de Derecho Romano, Págs. 103-104.

repudiación la facultad de divorciar en estas uniones que sólo en la vida podían ejecutar y siendo por causas graves.⁷⁵

En el Derecho Clásico Imperial se empezaron a generar dos maneras indispensables de disolver el vínculo matrimonial como eran:

1. **la “bona gratia”** es decir por la voluntad de los esposos, no siendo requerida ninguna formalidad pues el acuerdo de ellos disolvía el consentimiento que los había unido.

2. Y por otro lado **la repudiación** que era el derecho del esposo pues la mujer quedaba sometida a la voluntad y al mando omnipotente de aquel.

La caída del gran imperio romano, toda su legislación fue expandiéndose hacia los diversos rincones de los territorios, así tenemos lo que fue dando una idea tradicional de lo que era el matrimonio romano.

Julian Bonnacase al elaborar un concepto de matrimonio dice dos cosas distintas consistentes en lo siguiente:

➤ la institución del matrimonio, es decir el conjunto de reglas que presiden en el derecho positivo francés, la organización social de la unión de los sexos.

➤ el acto jurídico de una naturaleza especial que expresa la adhesión a la institución del matrimonio por parte de los futuros cónyuges.

Durante cinco siglos (especialmente del X al XV) la iglesia mantuvo su preeminencia en cuanto a la legislación y competencia sobre el matrimonio, después de la reforma los cimientos sobre los que se edificaba la iglesia católica, comenzó a debilitarse su potestad.

⁷⁵ PETIT, Eugenio, Op cit. pág.190.

A partir de lo que fue la Revolución Francesa la organización social extremo sus posiciones y la procreación tendría que ser un bien jurídico a tutelar por la ley.

Así encontramos que la institución matrimonial va a incrementarse en virtud de la idea liberal francesa, a través de la cual los derechos del hombre y de la mujer deberían o tratarían de establecerse en la misma posición.

Por lo tanto, el producto de la revolución francesa significo el Código de Napoleón de 1804; en este se convino el derecho antiguo y el derecho revolucionario, es una obra en la que el matrimonio va a significar un contrato tal y como lo estableció el autor Julian Bonnecase.

El poder civil iba estar básicamente reflejado a la necesidad de procreación de las uniones familiares para que de alguna manera se logre una mayor seguridad jurídica y con esto la solidaridad familiar y el socorro mutuo que debe de existir dentro de la propia familia.

Evidentemente que el divorcio fue una de las situaciones que el derecho francés también reglamentó, en virtud de las necesidades que existen a la luz de la sociedad francesa.

El autor Gabriel García Cantero, en el momento en que nos habla como fue la situación del divorcio en Francia menciona: después de muchas polémicas en torno del divorcio y el incremento del mismo se llega a la ley del 11 de julio de 1975, inspirada en el proyecto del profesor Jean Carbonier. Esta ley instala un sistema complejo que por un lado, acepta el divorcio por mutuo consentimiento y por otro lado conserva el divorcio sanción y solo excepcionalmente admite el divorcio por causas objetivas, en casos determinados.⁷⁶

⁷⁶ GARCIA Gabriel, El divorcio en los Estados Modernos, México, Priesd Luger editor, págs. 435.

Se empezaba ya a estructurar la idea de un divorcio sanción; por hechos imputables a cualquiera de los cónyuges.

Así tenemos que se daba todavía la posibilidad de que a luz de considerar el matrimonio como un contrato, el mismo consentimiento de las partes que lo formó inicialmente, dicho consentimiento podría deshacer dicha unión que le iba a ofrecer al Estado Francés la estructura necesaria que le permitiría desarrollarse en una forma organizada.

La institución matrimonial por una lado, iba a solidificar a la familia y por el otro, se daba acceso a la disolución de la misma, basada en lo que sería la voluntad de las partes y por otro lado el divorcio sanción fijado por una actitud ilícita cometida por cualquiera de los cónyuges.

Por otra parte para el derecho español, el matrimonio también significaba esa unión que generaba un vínculo indisoluble. Esta indisolubilidad, vino a proceder más que nada de situaciones religiosas en las que se consideraba la posibilidad de separar los cuerpos en un divorcio, pero sin disolver el vínculo matrimonial.

Al autor Joaquín Escriche dice lo siguiente “el matrimonio es la sociedad legítima del hombre y de la mujer, que se une en un vínculo indisoluble para perpetuar la especie, ayudarse a llevar el peso de la vida y a participar de una misma suerte.”⁷⁷

Todavía en el pueblo español se consideraba al matrimonio como un contrato, de hecho la idea era básica en virtud de que la manifestación de la voluntad de los esponsales⁷⁸ les daba ese significado de contratación.

⁷⁷ ESCRICHE, Joaquín, Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia, Tomo II pág. 1204.

⁷⁸ Promesa de matrimonio: artículos derogados.

El matrimonio ya en este tiempo estaba elevado a un cierto sacramento y competía como una institución social como base principal de la civilización.

2.2. El matrimonio en México.

El matrimonio en México se divide en los siguientes periodos:

2.2.1 Época Prehispánica.

La situación en el país, durante la época prehispánica, a la llegada de los españoles indicaban que las reglas del matrimonio iban a quedar mucho muy semejantes de las que prevalecían en Europa.

El historiador Salvador Chávez Hayhoe dice que en los tiempos antiguos de los chichimecas, Nopaltzin dictó algunas leyes cuya simplicidad indica la primitiva vida de los pueblos; se condenaba a muerte a los adúlteros y a los que incendiaban los sembrados y el que tomaba animales ajenos era privado del derecho de cazar. Proteger la familia y la propiedad en sus más rudimentarios aspectos, era el único objeto de aquella legislación.

En tiempos de Nezahualcoyotl, hubo una evolución del derecho: se aumentaron sus formulas e instituciones y en ese estado la encontraron los españoles; en las costumbres familiares había una gran variedad, tanto como respecta a los principios básicos del matrimonio como a las costumbres e influencia social de la familia.⁷⁹

Las condiciones que se van dando a raíz de las diversas culturas que prevalecían en la época prehispánica van a generar una cierta conciencia a través de la cual, se van formando las reglas específicas por medio de las cuales, se trata de garantizar la subsistencia pacífica y principalmente otorgarle

⁷⁹ CHÁVEZ HAYHOE, Salvador, Historia Sociológica de México, Ediciones Andrade, Págs. 105.

a la familia una cierta forma de solidaridad a través de la cual, puede esta última generar un cierto desarrollo que le permitiría una mayor y mejor organización interna y externa.

Así tenemos que con el paso de los años la familia Maya, Inca y Náhuatl iba a estar de alguna manera semejante legislada pero tenían elementos que los distinguían entre cada uno de los diversos clanes que se fueron formando en las distintas regiones del territorio mexicano.

La base de la familia náhuatl era el matrimonio al que se tenía en muy alto concepto. Era un acto exclusivamente religioso; carecía de toda validez cuando no se celebraba de acuerdo con la ceremonia del ritual. No se daba injerencia en la ceremonia, ni a los representantes del poder político ni a los sacerdotes o a otros ministros. En su solemnidad intervienen únicamente los parientes cercanos y los amigos íntimos de los contrayentes⁸⁰.

Entre los Aztecas se confirmaba la existencia de un clan, agrupación de individuos parientes entre sí, ya que descienden de un antepasado común en que puede ser un animal, una planta, un mineral y a veces hasta un fenómeno de la naturaleza. El antepasado legendario se llamaba Tótem.

La familia pasa del matriarcado al patriarcado paulatinamente se sustituye la endogamia y la exogamia: los miembros de un mismo clan, hombres y mujeres que antes tenían por misión unirse en matrimonio, podrían hacerlo en lo sucesivo. La escasez de medios de subsistencia determina el paso de la familia poligámica a la monogámica.⁸¹

La organización social de los Aztecas se iba identificar incluso al medio de producción comunal basado en el calpulli. Se formaba un cierto barrio en donde también un clan que iba a trabajar las tierras aparcadas, y que a través

⁸⁰ IBARROLA Antonio, op. cit. 105

⁸¹ Idem . pág. 46

de estas formas se iba generando entre ellos el vínculo de parentesco y las diversas relaciones de familia, que van estructurando los Aztecas principalmente.

Esta forma de llevar a cabo el matrimonio va evolucionando, para dar paso a que la misma congregación o clan, pudiera desposar a personas del mismo clan, para luego crear y soportar la vida en común.⁸²

2.2.2 Época Colonial.

Evidentemente en la época colonial debido al sostenimiento de la corona española, toda la legislación que se fue formando en España, se aplicó en nuestro país a través de las leyes de indias.

Para tener una concepción bastante generalizada de lo que sería el matrimonio y la formación del derecho de familia en nuestro país en esta época colonial y en virtud de que básicamente estábamos sometidos en una forma legislativa a la corona española, pues simple y sencillamente se aplicaba el Derecho Español.

Ignacio Galindo Garfias al respecto comenta “se advierte que el grupo familiar quedaría compuesto por diversos parientes cercanos y lejanos, esta concepción de la familia española iba a influir a la concepción de la familia germánica, en la que la coerción germánica recíproca entre los parientes era muy acentuada. El elemento cristiano ejerció un influjo decisivo en el matrimonio y otras instituciones del derecho de familia. El catolicismo luchó contra los gérmenes destructores de la familia y especialmente contra el concubinato, muy difundido en España. El derecho canónico que penetró en Castilla, por conducto de las partidas y de la doctrina de los canonistas, fue

⁸² Ibidem, Pág. 46.

aceptado en Cataluña como supletorio de la Legislación Civil. En toda España.⁸³

Evidentemente se tiene que tomar en cuenta la formación de las razas en la mezcla que fue dando entre la fusión de las diversas civilizaciones en nuestro país.

Criollos, mulatos, mestizos etc, fueron formando diversas elites y por supuesto diversas familias que se iban integrando no solamente para considerar la ayuda mutua que debían darse entre ellos, sino también para generar un frente solidario por medio del cual, pudiesen acaparar el poder y con esto las riquezas.

2.2.3 Época Independiente.

En el momento en que nuestro país aprovecha la invasión Napoleónica a España y empiezan los movimientos de Independencia, la corona española trata de apaciguarlos sin tener éxito.

El hecho es que se siguiera aplicando las diversas legislaciones de Indias, una vez que nuestro país logra fortificar su independencia para 1821.

La consecuencia en la formación de nuevos poderes internos y las luchas entre un poder clásico como era el conservador frente al liberal, van a generar que no se logre consolidar ninguna legislación propia, si no que todavía se atenía a la legislación que había sido heredada de los españoles.

Así tenemos que hasta finales del siglo XIX, cuando se empieza a formar para nuestro país una mayor y mejor expectativa en la formación de nuestra legislación del derecho de familia.⁸⁴

⁸³ GALINDO GARFIAS, Ignacio, op. cit. pág. 420.

Manuel Chávez Ascencio a este respecto nos dice: “en el México independiente, hasta las Leyes de Reforma, el matrimonio fue de competencia exclusiva de la iglesia. Con el derecho natural, basta el consentimiento entre los cónyuges. Hasta el siglo XVI en el Concilio de Trento, no existía ley que obligara a observar cierta o determinada formalidad para que el matrimonio fuera valido, bastaba el acto conyugal con la intención de perdurar; incluso muchos matrimonios se celebraron basándose en la legislación civil en esas épocas.”⁸⁵

La fuerza eclesiástica perduró durante gran parte del siglo XIX, y a través de diversas situaciones y circunstancias pudo colocar incluso servicios públicos que le correspondía a la sociedad civil hacerlos.

Así el clero no solamente tenía la forma exclusiva del matrimonio, sino también registraba nacimientos, confirmaciones, primera comunión, el matrimonio y los santos oleos, la extremaunción y manejaba hospitales y por supuesto panteones o campos santos.

Siendo que para este tiempo, cuando surge nuestro primer código civil para 1870, en donde ya se habla de la institución matrimonial como una sociedad legítima de un solo hombre con una sola mujer que se unen en un vínculo para perpetuar la especie y ayudarse al peso de la vida.

Así se empieza a denotar que la influencia del cristianismo, en el sentido de que el matrimonio generaría un vínculo que no podía disolverse con ninguna fórmula que las personas o que el Derecho Civil pudiese establecer.

⁸⁴ AVENDAÑO LOPEZ, Raúl, Breves antecedentes del matrimonio, El divorcio análisis jurídico y práctico, Ed. Sista, 2006, Pág. 48.

⁸⁵ CHÁVEZ ASCENCIO, Manuel, Derecho de Familia y relaciones jurídico familiares, Editorial Edisofer, pág. 150.

El autor Ignacio Galindo Garfías menciona que “por lo que atañe a México, los Códigos Civiles de 1870 y 1884 no aceptan el divorcio vincular y solo permiten la separación de cuerpos, que es una dispensa de la obligación de cohabitación en ciertos casos de enfermedad de alguno de los cónyuges.”⁸⁶

En lo que fue la legislación de 1884, hemos de encontrar que todavía se conserva esa indisolubilidad del vínculo matrimonial, por lo que procedía la separación de cuerpos pero sin disolver el vínculo matrimonial.

2.3. La evolución del concepto de matrimonio.

La procedencia de “maritus”, marido; no parece ofrecer grandes dudas que la etimología de esta voz es genuinamente latina, de “matrimonium”, derivado a su vez de “matri” (por matris) genitivo de mater, madre, y de manus cargo u oficio de madre. Se afirma que se prefirió este nombre y no el de patrimonio (fundamental por su parte en los derechos reales o económicos), por cuanto era la mujer la que, en realidad, determinaba el vínculo parentesco, por la certidumbre de la filiación, en las primitivas épocas de promiscuidad sexual, y más adelante por entenderse que para la mujer son las mayores obligaciones del matrimonio, por los hijos y el hogar; sin excluir de su atracción es la que mueve al hombre, casi siempre, a la iniciativa de proponerlo y al hecho de consumarlo.⁸⁷

Históricamente el matrimonio tiene por origen un contrato; el consentimiento familiar o sensual de la pareja humana, un acuerdo de las voluntades o de los deseos de ambos cónyuges. La religión con mayor constancia y empeño que ninguna) lo eleva a la jerarquía de sacramento, basado siempre en la libre manifestación del consentimiento de los

⁸⁶ GALINDO GARFIAS, Ignacio, Op. cit, pág., 567.

⁸⁷ CABANELLAS, Guillermo, Op. cit. pág. 339.

contrayentes, que aportan elementos de orden material y material coexistentes dentro del matrimonio.

De la mencionada evolución se pueden destacar las siguientes etapas:

La promiscuidad primitiva.- Sociológicamente se sabe por las investigaciones que se han realizado, que en las comunidades humanas primitivas existió la promiscuidad y, por ello, no era posible determinar la paternidad, de tal manera que los hijos seguían la condición social y jurídica de la madre de la cual dependían. La familia estaba organizada por el matriarcado; sin embargo, no existe una comprobación precisa de cada etapa.⁸⁸

El matrimonio por grupos.- al nacer el totemismo, todos los que integraban la tribu se consideraban hermanos, y por ello no podían unirse sexualmente entre hombres y mujeres de la misma tribu. Esta prohibición o tabú, según sus creencias religiosas, en caso de ser violadas, eran sancionadas por fuerzas superiores que no estaban al alcance de los seres humanos. De ahí la necesidad que los hombres y mujeres de un clan, sólo podían unirse con mujeres y hombres de otro clan y para ello lo hacían por grupos; pero se trataba de relaciones transitorias, donde había un desconocimiento de la paternidad y la filiación existiendo como único régimen familiar el matriarcado, dado que los hijos quedan bajo su autoridad y cuidado.

El matrimonio por raptó.- con motivo de las luchas que surgen entre distintos clanes, aparece el matrimonio por raptó, la mujer es parte del botín de guerra, y por lo tanto, los vencedores adquieren la propiedad de las mujeres que lograban arrebatarse al enemigo, igual se apropiaban de bienes o animales que eran parte de su patrimonio.

El matrimonio por raptó también puede ser planeado entre un grupo de hombres de un clan para apoderarse de otro grupo de mujeres de otro clan,

⁸⁸ LOZANO RAMIREZ, Raúl, Derecho Civil Tomo I, Derecho Familiar, Ed. Pac., Enero 2008, pág. 25.

pero en el rapto se presenta un concepto mas elevado del matrimonio, en virtud de que el derecho de propiedad sobre la mujer da lugar al matrimonio monogénico y el marido es el jefe de la familia. Nace el concepto de paternidad y como consecuencia el régimen patriarcal, originalmente en los pueblos pastores y cazadores. La antigua organización de este sistema lo encontramos posteriormente en los pueblos romanos.

El matrimonio por compra.- en este sistema se consolida definitivamente la monogamia, pues el marido adquiere sobre la mujer el derecho de propiedad, y con ello el queda bajo la absoluta potestad de ella en calidad de padre e hija a la vez, teniendo un poder absoluto sobre ella y también sobre los hijos que integran el grupo familiar.

El matrimonio consensual.- esta es la última etapa del matrimonio donde el hombre y la mujer por su libre voluntad, comienzan a vivir unidos en matrimonio por sentimientos de amor, para ayudarse mutuamente y perpetuar la especie; matrimonio que genera obligaciones y derechos.⁸⁹

Se considera que dentro del concepto de matrimonio moderno se encuentra las siguientes clasificaciones:

El matrimonio romano.- según el autor Rugiero tiene dos aspectos: el corpus que es la unión del hombre con la mujer que forman una comunidad, donde la mujer queda sujeta al hombre y comparte la posición social de este, como si fuera una hija, participando en la dignidad, en los honores, en el culto familiar y en el régimen patrimonial, en absoluta paridad de derechos y obligaciones con el marido.

Y el animus, o sea el consentimiento de ambos, que es el quererse como marido y mujer para hacer una sociedad conyugal por tiempo indefinido. Esto independientemente de las diversas formalidades rituales que se

⁸⁹ LOZANO RAMIREZ, Raúl, Op cit pág. 47-48.

emplean, en las cuales no intervenía el Estado. Tampoco era necesario que el acto constara en documento que autorizan las partes por escrito.

Modestino definió el matrimonio romano, basado en la comunidad de condición social y de creencias religiosas como: “Conjunctio maris et feminae, consortium ovnis vital, Divine atque Humani Juris Communicatio” (unión de marido y mujer, consorcio para toda la vida, comunicación del derecho humano y del divino).

Para Beirger la sociedad constante de un hombre y una mujer para tener hijos. Ahrens dice que es “ la unión formada por dos personas de distinto sexo, a fin de producir una comunidad perfecta de toda su vida moral espiritual y física; y de todas las relaciones que son su consecuencia.”⁹⁰

El matrimonio a yuras; Nombre medioeval del matrimonio clandestino, sólo diferenciado del público o solemne por la celebración reservada, oculta o secreta del mismo. Surte iguales efectos que el matrimonio legítimo en cuanto a la perpetuidad, fidelidad, filiación y derechos inter vivos o mortis causa.

El matrimonio canónico.- la historia de la institución a través de los cánones de la iglesia es demasiado larga, pero su regulación por normas empieza en el siglo XIV y se consolida en el concilio de Trento (1563) que consideró que el matrimonio es de la exclusiva competencia de la iglesia y fijó los requisitos, los impedimentos, la forma de celebración y su nulidad. La iglesia católica ha sostenido la indisolubilidad del vínculo conyugal y celebrado el concilio de Trento 1545-1563 se ratificó el carácter sacramental del matrimonio y se dispuso anatemáticamente a quien negase la indisolubilidad, principios estos que se han mantenido con el correr de los siglos y han

⁹⁰ CABANELLAS Guillermo, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Tomo V, 21ª ed., Editorial Heliasra, pág. 342.

permanecido invariables a través del Código de Derecho Canónico de 1917 dictada bajo el pontífice Benedicto XV.⁹¹

Se ordenaba la intervención del párroco y la celebración del matrimonio infancie ecclesie, los esposos, después de tres publicaciones efectuadas en tres días festivos y ante los fieles congregados por el oficio de la misa y durante esta, deben comparecer ante el párroco quien en presencia de dos o tres testigos los une y bendice la unión, y extiende la partida correspondiente que conservara en los archivos parroquiales.

También había un matrimonio sin solemnidades, ni publicaciones y que se registraba en los libros privados, pero que producía los mismos efectos que los matrimonios ordinarios. Es así como el matrimonio para el derecho canónico es un sacramento instituido y sancionado por dios, que es indisoluble, donde el sacerdote es otro testigo autorizado por la iglesia. De todas maneras el matrimonio era el fruto de la voluntad libre y espontánea de los contrayentes.

El matrimonio laico.- el matrimonio se hizo laico y era celebrado ante las autoridades, por la influencia del protestantismo de la iglesia galicana y por la influencia del derecho natural.

Los reformadores de la iglesia rechazaron que el matrimonio fuera sacramentado. Lutero calificaba el matrimonio como cosa "cosa externa, mundana, como el vestido, la comida y la casa, sujeta a la autoridad secular

La iglesia galicana de Francia durante el siglo XVI difundió la teoría teológica jurídica, que la regulación del contrato de matrimonio era competencia del estado y otra era el sacramento religioso separándose uno de otro.

⁹¹ NURIA GONZALEZ, Martín, Andrés Rodríguez Benot et. al., El Derecho de Familia en un Mundo Globalizado, UNAM, ed. Porrúa, México, 2007.

Fiel al concepto civilista Planiol da del matrimonio la definición que sigue: “el matrimonio es un contrato por el cual el hombre y la mujer establecen entre ellos la unión, que la ley sanciona y que ellos no pueden romper a voluntad”.⁹²

La academia española contiene dos conceptos de matrimonio que corresponden, aún cuando no lo declare explícitamente, a las variedades del canónico y del civil. Con respecto al regido por los cánones expresa que se trata de un “sacramento propio de legos, por el cual el hombre y la mujer se ligan perpetuamente con arreglo a las prescripciones de la Iglesia.

En cuanto al matrimonio civil, aunque omita esta pecaminosa expresión para criterios, si entonces puede subsistir el vocablo, por demás cerriles, decía con anterioridad de manera muy hábil, por eludir la resbaladiza palabra de contrato; Unión perpetua de un hombre y una mujer, con arreglo a derecho.⁹³

El matrimonio aparente, legalmente aunque no se caracterice por la legalidad en su celebración, pese a la fe de las distintas partes, tanto como matrimonio putativo. Socialmente no habiendo vestigio alguno de matrimonio en cuanto a la forma civil o canónica, la convivencia de hombre y mujer a la que dan aún siendo simple concubinato, la exterioridad conyugal, posibilidad muy factible en las grandes ciudades modernas, donde en ocasiones hasta sus mismos vecinos ignoran si entre los que conviven y cohabitan, en sus distintas acepciones, existe nexo matrimonial efectivo.

El matrimonio civil es el celebrado ante al funcionario competente del estado conforme a la legislación ordinaria. Se contraponen al matrimonio canónico aunque puedan contraerse sucesivamente ambos entre las mismas personas, salvo especial prohibición de algún país.⁹⁴

⁹² CABANELLAS, Guillermo, ob. cit. pág. 340.

⁹³ Idem. Pag. 341.

⁹⁴ Ibidem. 344.

2.4 Sistemas matrimoniales.

Los sistemas matrimoniales de las legislaciones modernas pueden sintetizarse de la siguiente manera:

- I. El matrimonio exclusivamente religioso
- II. El matrimonio religioso y subsidiariamente de éste al matrimonio civil
- III. El matrimonio civil obligatorio
- IV. El matrimonio civil y religioso facultativos, es decir, donde los contrayentes tienen la libertad de elegir.

En México antes de la reforma salinista de 1992, el artículo 130 de la Constitución Política de 1917 había declarado que el matrimonio era un contrato civil y por tanto, el Estado es el único que puede regularlo sin que tenga injerencia alguna el derecho canónico. Nuestros códigos civiles de 1870 y de 1884 también siguieron el sistema de que el matrimonio civil era obligatorio en nuestro país el cual debía ante el oficial del registro civil. Estas legislaciones reglamentaron los impedimentos, la nulidad y los efectos del matrimonio. También el divorcio fue regulado por estos ordenamientos, primero bajo el régimen de separación de cuerpos y a partir de la Ley sobre Relaciones Familiares de 1917, como una forma de disolución del vínculo matrimonial.⁹⁵

2.5 Naturaleza jurídica.

A través del tiempo los diversos especialistas han tratado de explicar la naturaleza jurídica del matrimonio generando diversas opiniones. Clasificándolas de la siguiente manera:

⁹⁵ LOZANO RAMIREZ, Raúl, op. Cit. pág. 50.

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

Dichas reglas son impuestas por el Estado y que los contrayentes sólo se someten a ellas, sin poder modificarlas; también se dice que son norma de igual naturaleza que regulan un todo orgánico y que según Ihering, tienen autonomía estructura y funcionamiento propio dentro del sistema total que constituye el derecho positivo.⁹⁶

Sin embargo, solo se estudia el matrimonio en su aspecto normativo y se prescinde del acto en concreto que le da origen, de las finalidades que persiguen los consortes de vivir unidos para constituir una familia y la realización de finalidades espirituales comunes.⁹⁷

II. EL MATRIMONIO COMO ACTO JURIDICO CONDICION.- Deguit, en su tratado de derecho constitucional define al acto condición como el acto jurídico que tiene por objeto determinar la aplicación de las normas de derecho positivo a uno o varios individuos para crear situaciones jurídicas concretas.

Es decir un sistema jurídico objetivo que es puesto en movimiento en la realización del matrimonio que trae múltiples consecuencias de duración indefinida como las de vivir permanentemente, proporcionarse auxilio mutuo, procrear hijos y crear una familia, con obligaciones y derechos recíprocos mediante una serie de actos que se van realizando permanentemente.

⁹⁶ NURIA GONZALEZ, Martín, et. al. El Derecho de Familia en un mundo globalizado, UNAM, Ed. Porrúa, Ed. Porrúa, México, 2007, pág. 2.

⁹⁷ ROJINA VILLEGAS, Rafael, Derecho de Familia, México, Robredo, pág. 259.

III. EL MATRIMONIO COMO ACTO JURIDICO MIXTO.- En el derecho se distinguen los actos jurídicos privados, que realizan los particulares, los actos jurídicos realizados por las autoridades públicas y los actos jurídicos mixtos, donde concurren los particulares como las autoridades.

El matrimonio es un acto jurídico mixto, se constituye con la voluntad de los consortes y la intervención del Registro Civil, autoridad pública que no solo realiza una actividad declarativa, al manifestar que los contrayentes se unen en matrimonio, sino constitutivo al dar al acto validez jurídica.

IV. EL MATRIMONIO COMO CONTRATO.- Esta ha sido la tesis tradicional desde que se separa la iglesia del Estado, tomando en cuenta que existe el consentimiento y el objeto que es la voluntad de un hombre y una mujer que se unen con objeto de auxiliarse mutuamente y formar una familia.

Por otra parte, este contrato para ser valido se requiere que exista capacidad de los contrayentes, que no existan vicios del consentimiento, que el objeto motivo y fin sea licito y que se realice con las formalices que establece la ley.

En contra de esta tesis que se consolidó y ha perdurado muchos años, desde el Código de Napoleón, en el siglo XVIII, influido por las ideas de Rousseau y Pothier, se han elaborado algunas criticas, al decir que no es un contrato porque tiene el carácter de patrimonial, y por ello carece de objeto y de causa, dado que no existe interés pecuniario.

Ruggiero opina que el matrimonio no es un contrato y expresa "precisamente las normas que solo limitan, sino que aniquilan toda la autonomía de la voluntad, demuestran la radical diferencia que media entre el contrato y el matrimonio. Contra lo que se da en los contratos, el matrimonio esta sustraído a la libre voluntad de las partes; estas no pueden, en el matrimonio estipular condiciones o términos, ni adicionar, cláusulas o

modalidades, ni disciplinar las relaciones conyugales de modo contrario a lo establecido en la ley; la libertad no surge, sino cuando se trata de intereses patrimoniales y aún en tal caso esta muy limitada.

Además agrega este jurista, que no basta la voluntad de las cónyuges para celebrar el matrimonio, es necesaria la intervención del Registro Civil, que no es un simple fedatario, sino declara la celebración del matrimonio y añade que al matrimonio se le debe de considerar como un negocio jurídico complejo formado mediante concurso de la voluntad de los particulares y el Estado.⁹⁸

Bonnecase opina que puede ser el matrimonio un contrato en su obra *La Filosofía del Código de Napoleón aplicada al derecho de familia*, sostiene que los consortes no pueden alterar el régimen del matrimonio, estipulando derechos y obligaciones distintos a los que imperativamente determina la Ley. Carece de valor cualquier punto que los contrayentes estipularan para cambiar el régimen legal o modificar los fines del matrimonio. La disolución del matrimonio solo puede proceder por causas expresas que reglamenta la Ley y sus efectos no son retroactivos, dado que pueden continuar el matrimonio produciendo sus efectos como matrimonio putativo.

Además determina este tratadista que los redactores del Código de Napoleón, al establecer que el matrimonio era un contrato, no fueron consecuentes con el principio de la autonomía de de la voluntad que domina sin excepción, los efectos de los contratos.

Bonnecase, fundado en las consideraciones que anteceden, acepta que el matrimonio es una institución.

En el Artículo 159 del Código Civil de 1870 se dijo que el matrimonio es la sociedad legítima de un solo hombre y una sola mujer que se unen en un

⁹⁸ FLORES GÓMEZ, González Fernando y Carvajal Moreno, Gustavo, *Nociones de Derecho Positivo Mexicano*, ed. Sista, México, Págs. 228.

vínculo indisoluble para perpetuar la especie y ayudarse a llevar el peso de la vida. El Código Civil de 1884 en el artículo 155 repitió la anterior disposición.

El Código Civil actual no da una definición de tal manera que no dice que sea un contrato, sin embargo antes de la reforma si existían diversas disposiciones que sostenían que era un contrato.

Nuestra constitución de 1917, declaraba terminantemente antes de la reforma de 1992, en el artículo 130 que “el matrimonio es un Contrato Civil. Este y los demás actos derivados 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 las mismas les atribuyan.

Indebidamente fue suprimida esta disposición, toda vez que los contrayentes de común acuerdo, celebran el matrimonio que es un acto jurídico, porque regula la conducta de los contrayentes y crea una obligación directa con los hijos, que da motivo a que se considere un contrato de carácter civil, máxime que era una disposición constitucional.

El Tratadista Rafael Rojina Villegas dice: “Aun cuando es indudable que nuestros textos legales desde 1917, tanto la constitución como en la Ley de Relaciones Familiares y después en el Código Civil de 1992, han venido insistiendo en la naturaleza contractual del matrimonio, también no es menos cierto que tal punto de vista tuvo por objeto separar de manera radical el matrimonio civil del religioso, es decir, negar el principio consagrado por el derecho canónico que dio carácter de sacramento al matrimonio. Por la misma razón el artículo 182 declara “son malos los pactos que los esposos hicieren contra las leyes o los fines naturales del matrimonio (situación que fue derogada con la reforma) de estos preceptos se desprende que no puede aplicarse a la regulación misma el acto en cuanto a los derechos y obligaciones que origina el sistema contractual.

Es decir no es la voluntad de los consortes la que reglamenta el matrimonio, es la ley de la que no pueden eximirse de su observancia, ni alterarla, ni modificarla de tal manera que si no existe el mutuo disenso en el matrimonio, no puede existir el contrato.

V. EL MATRIMONIO COMO UN CONTRATO DE ADHESION.- Se sostiene la tesis que nosotros no compartimos, de que el matrimonio es un contrato de adhesión, toda vez que los contrayentes no tiene la libertad de estipular los derechos y obligaciones, así como las demás modalidades que reglamenta el contrato, sino que se adhieran a lo estipulado por la ley. Es semejante al contrato de adhesión, donde una parte sólo tiene que aceptar la oferta de la obra sin posibilidad de modificar los términos de la misma.

Es el caso de algunos contratos de servicios públicos que presta el Estado o empresas concesionarias como el servicio telefónico, el suministro de luz y el servicio de transporte, donde las empresas tienen elaboradas las ofertas por miles de contratos y el usuario solo acepta el mismo en las condiciones que le hacen para recibir el servicio, pero no es libre para cambiar el contenido de las cláusulas que se le imponen.

En los contratos de adhesión si existe la voluntad de los contratantes solo que prevalece la voluntad del oferente.

En el matrimonio no prevalece la voluntad de uno de los contrayentes sobre el otro, sino que es la voluntad del Estado expresada en la ley a la que se someten ambos contratantes.

Contra esta tesis se objeta que en los contratos de adhesión sólo concurren las partes y en el matrimonio participa también una tercera persona que es el Registro Civil y por otra parte, tampoco concurre la voluntad de uno

de los contrayentes sobre el otro, sino que es la ley que el Estado ha elaborado sobre el matrimonio, a la que los cónyuges se someten.⁹⁹

VI. EL MATRIMONIO COMO ESTADO JURIDICO.- Hay que distinguir primero entre actos y hechos jurídicos ya que los primeros son transitorios, y los segundos permanentes y continuos.

También determinaremos la diferencia entre estados jurídicos y estados de hecho:

Los **estados jurídicos** son reglamentados por las normas legales, estableciendo derechos y obligaciones entre las personas desde el momento de su creación hasta su disolución, en cambio los Estados de Hecho son fruto de la voluntad de las personas, pero no reguladas por la ley, salvo en casos especiales.

Como ejemplo del estado jurídico podemos citar al matrimonio y como ejemplo del estado de hecho podemos mencionar al concubinato, aunque en la actualidad, con la reforma, tienen las mismas características que el matrimonio. Ambos estados son análogos tanto en el matrimonio como en el concubinato hay un estado creado por la voluntad del hombre y una mujer para vivir unidos, auxiliarse mutuamente y establecer una familia, pero en tanto que en el matrimonio hay un estado jurídico reglamentado por la ley, en el concubinato hay un estado de hecho que no producía efectos jurídicos en su totalidad dado que no estaba reglamentado por la ley, y toda vez que es ilícito desde el punto de vista que la forma legal y moral de constituir una familia es el matrimonio, pero que genera una serie de derechos y obligaciones familiares.

En efecto los cónyuges están obligados a contribuir, cada uno por su parte, a los fines del matrimonio y a socorrerse mutuamente. Los cónyuges

⁹⁹ LOZANO RAMIREZ, Raúl, Derecho Civil, Tomo I, Derecho Familiar, Ed. Pac, México, Enero 2008, pág. 53.

tienen el derecho de decidir de manera libre, informada y responsable sobre el número y espaciamiento de sus hijos. También se establece que los cónyuges vivirán juntos en el domicilio conyugal, donde disfrutarán de autoridad propia y consideraciones iguales, queda relevado el cónyuge por decisión judicial, cuando uno traslada su domicilio al extranjero, a no ser que lo haga en servicio público o social, también queda relevado de vivir juntos cuando el cónyuge se establezca en lugar inadecuado e indecoroso. Igualmente son nulos los pactos que los esposos hicieren contra las leyes o los naturales fines del matrimonio.

El matrimonio tiene consecuencias importantes en caso de romperse la convivencia, pues procede el divorcio cuando un cónyuge se separa del domicilio conyugal por más de seis meses, sin causa justificada y también cuando la separación es por más de un año.

Rojina Villegas dice tomando en cuenta las ideas expuestas, resulta evidente que el matrimonio, no puede definirse como un acto jurídico simplemente, es decir, no se agota en el solo acto de la celebración, pues sería un acto incompleto. La plenitud de sus consecuencias jurídicas la realización de sus fines y sobre todo, el incumplimiento de las obligaciones entre el marido y la mujer y en relación con los hijos, depende fundamentalmente del estado matrimonial.

Es indiscutible que tales derechos y obligaciones sólo podrían cumplirse satisfactoriamente a través de la vida común. De aquí el interés no sólo doctrinario, sino también estrictamente legal, para distinguir entre al acto que inicia el estado propiamente dicho. ¹⁰⁰

VII. EL MATRIMONIO COMO UN ACTO DE PODER DEL ESTADO.- Esta tesis la ha sostenido el jurista italiano Cicu, al considerar que la voluntad de los contrayentes no es esencial y que lo fundamental es la declaración oficial del

¹⁰⁰ LOZANO RAMIREZ, Raúl, Op cit. pág. 59.

Estado que declara el matrimonio, por medio del cual produce efectos jurídicos entre los contrayentes, con los hijos y con terceros.

El matrimonio es esencialmente un acto formal mejor dicho solemne, en virtud de que no sólo deben llenarse los requisitos que establece la ley sino que deben comparecer los contrayentes, los testigos y demás personas cuya presencia sea necesaria, ante una autoridad especial, como lo es Juez del Registro Civil, quien además de levantar el acta, declara a los contrayentes unidos en legítimo matrimonio.

2.6 Efectos del matrimonio

La primera fuente es el matrimonio y los efectos jurídicos son muy importantes para la constitución de la familia y genera derechos, deberes y obligaciones entre los cónyuges. El matrimonio crea un estado civil originado por un acto jurídico en el que intervienen los cónyuges y al generar el parentesco por afinidad constituye un estado familiar con escasas relaciones jurídicas establecido debidamente en nuestra legislación.

El matrimonio produce una serie de efectos jurídicos entre los cónyuges y frente a terceras personas, de los cuales los fundamentales son los deberes u obligaciones conyugales, el parentesco, la adquisición de derechos sucesorales entre los cónyuges y el régimen económico del matrimonio, que tiene distintas modalidades.

Se considera al matrimonio como un contrato ordinario desde que se separó el matrimonio civil del religioso. Se consideró un contrato porque consta tanto de requisitos de validez como elementos de existencia; y se ha determinado por diversos autores como (Rugeiro y Planiol) que pese a que el matrimonio es una institución y un acto complejo, tiene también el carácter contractual según (Planiol y Ripert).

Del análisis anterior nos podemos percatar que el matrimonio tiene **elementos de existencia** dentro de los cuales se encuentra la voluntad o el consentimiento, objeto, solemnidad y una norma que la regula. En cuanto a su voluntad.- se necesita la manifestación de voluntad de ambos consortes, ante el Juez del Registro Civil. El objeto.- consiste en crear derechos y obligaciones entre el hombre y la mujer, los cónyuges están obligados a contribuir cada uno por su parte a los fines del matrimonio y procurarse derechos y obligaciones, igualdad y ayuda mutua con la posibilidad de crear hijos de manera libre y responsable e informada.

En cuanto a la celebración del mismo se debe celebrar ante el Juez del Registro Civil y dos testigos debemos insistir en que el matrimonio es un acto solemne, así como declarar la voluntad de los contrayentes revisten una forma establecida por la ley.

También deben de contemplar requisitos de validez; que son la capacidad, la ausencia de vicios de la voluntad, licitud en el objeto y las formalidades. En cuanto a la capacidad ambos contrayentes deben tener la edad establecida por la ley para poder tener la capacidad para ejercer un derecho; la voluntad debe estar ausente de vicios de la voluntad, es decir no debe haber dolo, mala fe, error y lesión convirtiéndose en causas de nulidad para la celebración del matrimonio. Además se ha establecido que el matrimonio es un acto solemne así como los requisitos que determina la ley para la celebración del mismo.

Planiol dice que los efectos del matrimonio, entre los esposos son siempre idénticos porque el concepto del matrimonio mismo es uno solo.¹⁰¹

Biago Brugi, maestro italiano limita los efectos solemnes a las personas y a su patrimonio. Josserand dice que el matrimonio establece relaciones de

¹⁰¹ M. CAJICA, José, Tratado elemental de derecho civil. Introducción, familia y matrimonio, Puebla, pág. 400.

parentesco entre los mismos cónyuges, dado que compara la institución con la sociedad, en cuanto a la reciprocidad. Jemolo orientando los efectos que nacen en virtud del matrimonio hacia conceptos propios del orden público, dicen que los derechos que nacen del matrimonio son irrenunciables.¹⁰²

Planiol indica que aun cuando los efectos del matrimonio eran solo entre los cónyuges, había algunos que eran exclusivos del marido le tocaba el deber de proteger a la esposa y el de obediencia a ella. La clasificación de los efectos del matrimonio se determinaba de la siguiente manera:

- A) Intrínsecos.- (íntimos de la relación) y personalísimos como debito conyugal, cohabitación y fidelidad.
- B) Externos.- La ayuda mutua y la asistencia.

Bonnecase hacia notar que la potestad marital se revelaba no solo por los efectos jurídicos de los derechos reconocidos del marido sino además por la incapacidad de la mujer. Por ello manifestaba que el poder del marido, era un término técnico que exasperaba a las feministas, pero no por ello dejaba de ser una realidad jurídica.

La legislación actual concedió al marido y la mujer consideraciones iguales, permitiéndoles resolver de manera conjunta todo lo que concierne a su relación y al hogar, a la formación, educación de los hijos y la administración de los bienes, pudiendo desempeñar cualquier actividad, excepto las que dañen la moral y la familia.¹⁰³

Los efectos del matrimonio generan relaciones entre los dos esposos entre sí:

- 1.- Deberes recíprocos entre cada uno de los cónyuges.

¹⁰² SANTIAGO SENTIS-MELENDO Y OTRO, El matrimonio, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1954, pág. 458.

¹⁰³ Artículos 168 y 169 del Código Civil para el Distrito Federal.

2.- Ayuda mutua entre ambos cónyuges.

3.- La vida en común.

El matrimonio genera derechos y obligaciones entre ambos cónyuges que deben de cumplirse además de la filiación legítima, patria potestad, tutela, emancipación y sucesiones. También el matrimonio genera un parentesco por afinidad entre el esposo y los parientes del otro.

Se establece que a partir de la formalización del matrimonio surgen para los cónyuges derechos y obligaciones iguales (principio de igualdad conyugal) en lo que respecta a la unión matrimonial, la educación y crianza de los hijos.

Nuestra legislación determina que los bienes de la sociedad conyugal creados entre el marido y la mujer, por partes iguales, e indistintamente, donde se pueden ejercitar acciones sobre dichos bienes sin que el otro cónyuge necesite el consentimiento del otro.

2.7 Derechos y obligaciones que nacen del matrimonio.

Los cónyuges están obligados a contribuir cada uno por su parte a los fines del matrimonio y a socorrerse mutuamente y tienen derecho a decidir de manera libre, informada y responsable el número y espaciamiento de sus hijos, así como utilizar cualquier método de reproducción asistida, para lograr su propia descendencia; ejercitado de común acuerdo.

Los cónyuges vivirán juntos en el domicilio conyugal, un lugar establecido de común acuerdo por los cónyuges, en el cual ambos disfrutan de autoridad propia y consideraciones iguales.

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, según sus posibilidades. A lo anterior no está obligado el

que se encuentre imposibilitado para trabajar y carezca de bienes propios, en cuyo caso el otro atenderá íntegramente a esos gastos.

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

El desempeño del trabajo en el hogar o el cuidado de los hijos se estimará como contribución económica al sostenimiento del hogar donde tendrán consideraciones iguales.

Los cónyuges mayores de edad tienen capacidad para administrar, contratar o disponer de sus bienes propios y ejercitar las acciones u oponer las excepciones que a ellos corresponden, sin que para tal objeto necesite uno de los cónyuges el consentimiento del otro, salvo en lo relativo a los actos de administración y de dominio de los bienes comunes.

Los cónyuges menores de edad tendrán la administración de sus bienes conforme a lo establecido en el artículo que precede, pero necesitarán autorización judicial para enajenarlos, gravarlos o hipotecarlos y un tutor para sus negocios judiciales, en términos de lo dispuesto por el artículo 643 de este ordenamiento.

En caso de que el matrimonio se celebre bajo el régimen de sociedad conyugal se regirá por las capitulaciones matrimoniales que la constituyan, y en lo que no estuviere expresamente estipulado, por las disposiciones generales de la sociedad conyugal; los bienes adquiridos durante el matrimonio formarán parte de la sociedad conyugal, salvo pacto en contrario.

2.8 Matrimonio como Institución Política y Social

El **matrimonio** es una institución social que crea un vínculo conyugal entre sus miembros. Este lazo es reconocido socialmente, ya sea por medio de disposiciones jurídicas o por la vía de los usos y costumbres. El matrimonio establece entre los cónyuges —y en muchos casos también entre las familias de origen de éstos— una serie de obligaciones y derechos que también son fijados por el derecho, que varían, dependiendo de cada sociedad. De igual manera, la unión matrimonial permite legitimar la filiación de los hijos procreados o adoptados de sus miembros, según las reglas del sistema de parentesco vigente.

Por su lado, en vista de la información etnográfica obtenida de diversas sociedades, la antropología del parentesco define el matrimonio como la unión de dos o más personas que cumplen roles de género definidos socialmente, incluso tratándose de matrimonios homosexuales. El matrimonio, desde el punto de vista antropológico, es una institución que permite legitimar la descendencia de una mujer y crea relaciones de alianza entre los grupos de parentesco de los cuales provienen sus miembros.

2.8.1 Clasificación de los Matrimonios

2.8.1.1 El matrimonio como unión.

La amistad produce como fruto la unión entre los amigos; la amistad matrimonial, la unión de los esposos. Para continuar la reflexión sobre la naturaleza del matrimonio, conviene ahora considerarlo como la unión entre varón y mujer que resulta de la amistad entre ellos.

La amistad hace que los amigos constituyan en un sentido limitado, pero real una unidad o unión. Esta es a la vez interna y externa. La unión interna es

la coincidencia de sus afectos, inteligencias, y voluntades, la unión externa es la convivencia, pero sobre todo la armonía de sus obras. La unión se manifiesta en la convivencia (por eso se dice que la convivencia es el signo de la amistad., pero no solo el hecho de estar juntos, sino en el actuar coordinado de los bienes queridos por ambos.

La unión puede ser más o menos profunda según sea, por una parte la coincidencia de sus afectos, inteligencias y sobre todo voluntades; mientras más amen los mismos bienes, más profunda es y sobre todo la armonía de sus obras.

La unión depende por lo tanto, de que ambos quieran los mismos bienes y actúen coordinadamente para conseguirlos.

Desde la perspectiva de la unión, el matrimonio se distingue de otras uniones por los bienes que quieren los esposos y hacia los cuales dirigen su actuar. En el matrimonio, cada uno de los esposos quiere el bien del otro, como si fuera su propio bien, cada uno quiere al otro como así mismo, con sus debilidades y capacidades, se convierte en bien para el otro. El fin o bien del matrimonio es el bien pleno del otro.

Este querer plenamente al otro incluye lógica y naturalmente el querer su capacidad procreadora, el querer por lo mismo la unión corporal con el, para así llegar a ser, uno y otra padre y madre. Los hijos comunes constituyen para los esposos nuevos bienes, que refuerzan el amor conyugal, enriqueciéndolo con el amor también personal y pleno aunque de distinto signo a los hijos comunes. Los hijos potencian el desarrollo personal de cada uno de los esposos al convertirlos en padre y madre, lo que les hace experimentar; activa y pasivamente, otra forma de amistad plena; por eso el amor no es pleno si falta la apertura a la procreación y se entiende que la procreación o la fundación de una familia sea un fin o bien del matrimonio.

El matrimonio desde esta perspectiva, es la unión entre varón y mujer; resultante de su amistad, orientada a procurar el bien personal pleno de cada uno, incluida la apertura a la procreación y el bien pleno de los hijos.

Como unión el matrimonio es unión corporal, convivencia, coincidencia de las inteligencias, de las emociones y sobre todo de las voluntades y de las acciones orientadas por un mismo querer el bien pleno de los cónyuges y de los hijos.

La perspectiva del matrimonio como unión fue la que prevaleció desde la antigüedad romana hasta la modernidad. Se debe entonces como definición del matrimonio aquella que **Ulpiano** recogía en el Digesto¹⁰⁴, que dice que el matrimonio es la conjunción (unión) de varón y mujer. De ahí procede que a los casados se les llame cónyuges. Resumiendo la doctrina que había hasta su tiempo. Santo Tomas declaraba que la esencia del matrimonio es la unión.

La perspectiva fue cambiando en la edad moderna, cuando se considero que el matrimonio en el derecho canónico principalmente como vínculo jurídico y en los códigos civiles como contrato.

Y en la actualidad el matrimonio es la unión libre de dos personas para realizar la comunidad de vida, en donde ambos se procuran respeto, igualdad y ayuda mutua. Debe celebrarse ante el Juez del Registro Civil y con las formalidades que determine la ley. Y visto que es una de las instituciones mas antiguas de la vida, se determina que el matrimonio es un “**acto jurídico**” donde concurren particulares como autoridades y no un “**contrato**” como tal ya que si fuese un contrato seria un acuerdo real para crear, modificar o extinguir derechos y obligaciones.

¹⁰⁴ ULPIANO, I, Institutionum, D.I, 3, maris atque feminae coniunctio.

2.8.1.2 El matrimonio como alianza

La voluntad humana no es capaz de fijarse definitivamente, por lo que puede cambiar y de hecho cambia continuamente. Alguien puede ser amigo de otro, querer realmente su bien, y luego cambiar, dejar de querer su bien e incluso querer su mal. Alguien puede prometer que hará o dará alguna cosa, y luego revocar su voluntad, desdecirse y no cumplir lo que había prometido y como estos, pueden concebirse muchos otros casos que demuestran que la voluntad humana puede cambiar.

Esta volubilidad de la voluntad humana es un signo de debilidad. La voluntad cambia, porque la razón encuentra que lo que fue elegido y querido no es realmente algo bueno, pues elijo por error, o porque se ha cansado o desilusionado respecto del bien elegido, que encuentra ahora de poco valor. Son el error o la flaqueza las causas del cambio y por eso el cambio es signo de debilidad. Un acto de voluntad perfecto (elección decisión y ejecución) sería la adhesión perfecta, definitiva e invariable a un bien verdadero.

Ante esta mudanza de la voluntad humana, en la vida social y especialmente en la vida jurídica de las comunidades, se tienden a formalizar ciertos actos de la voluntad practicados respecto de otra persona, de manera que consten fehacientemente y se pueda exigir su cumplimiento, a veces con el apoyo de la fuerza pública. Así por ejemplo, se exigen ciertas formalidades para la celebración de los contratos de promesa de pago, y otros actos en que una persona manifiesta su voluntad de dar o hacer algo.

El matrimonio genera, por la propia fuerza de la reciprocidad de los volúmenes de los esposos de amarse plenamente, la unión matrimonial, en todos los pueblos se ha practicado y se practica hoy una ceremonia, por la cual el varón y la mujer manifiestan de modo formal su voluntad ante la propia comunidad, para que conste fehacientemente y públicamente que han decidido unirse en matrimonio.

El rito nupcial no constituye el matrimonio. Es solo la manifestación pública de que los contrayentes han decidido unirse en matrimonio. La publicidad de su decisión tiene un doble sentido. Es por una parte, una manera por la que los consortes ante su propia debilidad, haciendo pública su voluntad de entregarse al otro, de modo que asumen un compromiso con el consorte y también ante la comunidad con la cual declaran su voluntad y es así mismo una manera en que cada consorte se asegura de la voluntad recíproca del otro. Por otra parte, es un acto por el cual ambos se comprometen con la comunidad a fundar una familia, de lo cual depende la subsistencia futura de dicha comunidad, y es un acto por el cual la mencionada comunidad se compromete a cuidar de esa unión matrimonial.

Sobre todo en las explicaciones meramente jurídicas del matrimonio, se tiende a reducir el matrimonio a este acto formal o solemne de manifestación pública del matrimonio. Esta es una reducción indebida del concepto de matrimonio, porque hace pensar que el matrimonio es meramente la manifestación pública de la amistad conyugal y no la unión estable que deriva de esa amistad. Parece que el matrimonio es sólo el acto formal, la ceremonia o como se dice peyorativamente el papelito, en el que se manifiesta el matrimonio conyugal. Se desvincula así el matrimonio de la amistad que lo genera y de la unión de la cual consiste. Se desvincula así el matrimonio de la amistad que lo genera y se tiende a exagerar el papel de la formalidad, del rito, de la ley o de la intervención pública.¹⁰⁵

Es un acto por el que se sella la amistad de los contrayentes ante la comunidad, generando un compromiso o vínculo jurídico de mantener la unión que libremente, por su sola amistad han querido.

Desde la perspectiva de esta declaración pública, parece que el matrimonio se presenta como una alianza. Alianza entre los esposos, pero

¹⁰⁵ Idem, pág. 10.

también alianza entre la comunidad y el nuevo matrimonio que es germen de una familia.

2.9 El papel del legislador

Siendo diversas las especies de amistad entre varón y mujer y las uniones resultantes, hay también diversas formas de justicia natural y jurídica para cada una de ellas. Por lo que no es conveniente que la ley pretenda igualarlas del todo llamándolas con la misma palabra “matrimonio” sin distinción alguna y dándole los mismos efectos.

Todas las uniones tienen algo en común, ya que se trata en todos los casos de uniones voluntarias entre un varón y una mujer, el fin que pretenden los contrayentes en cada una de ellas hace que las obligaciones que contraen sean distintas. Es algo semejante a lo que ocurre en los contratos, donde si bien todos son acuerdos de voluntad entre dos o más personas, se distinguen según sea el objeto que los contrayentes pretenden, y por eso cada contrato tiene un nombre propio y un régimen jurídico propio.

De que depende que una unión sea de un tipo o de otro, no de lo que diga el legislador, sino de lo que quieran los contrayentes. Por eso la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos dice que el matrimonio tiene la validez y efectos que determinen las leyes. Conviene reconocer este otro principio: que la unión entre personas tendrá la validez y efecto que determinen los propios contrayentes.¹⁰⁶

Es matrimonio propiamente la unión entre varón y mujer, que genera la unión orientada al bien pleno de ambos, a la procreación y educación de los hijos y que es por justicia natural entre un solo varón y una sola mujer por toda la vida.

¹⁰⁶ CABANELLAS Guillermo, Enciclopedia jurídica Española, Barcelona, voz matrimonio, pág. 45.

Puede llamarse **matrimonio por participación** a la amistad perfecta entre varón y mujer cuando tiene además del bien de la reciproca compañía y agrado, la intención de procrear hijos esta amistad parece ser y no ser matrimonio. Parece serlo porque hay un vínculo afectivo e intención de procrear, pero no parece serlo porque es parcial (no se orienta al bien pleno) y transitoria (por naturaleza disoluble) mientras que el matrimonio es una relación plena y estable.

La amistad afectiva sin intención de procrear, por su carácter exclusivamente privado, debe mantenerse en ese ámbito y no dársele el reconocimiento público de matrimonio, lo cual no obsta para que pueda dársele ciertos efectos jurídicos, como contrato, si los contrayentes así lo quieren.

Establecer en una sola forma de unión entre varón y mujer, sino reconocer las diversas posibilidades de unión que se han explicado anteriormente y dejar que sean los propios contrayentes quienes decidan el tipo de unión que quieran y los consiguientes efectos jurídicos.¹⁰⁷

2.9.1 Ley sobre Relaciones familiares de 1917

Con el llamado proyecto Carranza se abrió una nueva época para todo el conglomerado de las normas que regían las relaciones familiares en nuestro país a principios del siglo XX.

Se puede denotar en lo que fuese, la exposición de motivos de esta legislación sobre las relaciones familiares cual iba ser el carácter principal respecto de lo que es el derecho de familia, su integración del matrimonio y por supuesto una nueva directriz del divorcio.

Los tres primeros considerandos de la exposición de motivos de la Ley sobre relaciones familiares, misma que consideraba lo siguiente “que el

¹⁰⁷ Ibidem. pág. 18-19.

informe que presento esta primera jefatura del ejercito constitucionalista al congreso constituyente, se expresó de una manera terminante, que pronto se expedirían las leyes para establecer la familia sobre bases mas racionales y justas, que eleven a los consortes a la alta misión que la sociedad y la naturaleza ponen a su cargo, de procrear la especie y fundar la familia.

La promulgación de la ley del divorcio y las naturales consecuencias de éste, hacen necesario adaptar el nuevo estado de cosas, los derechos y obligaciones entre los consortes, así como las relaciones concernientes a la paternidad y a la filiación, reconocimiento de hijos, patria potestad, emancipación y tutela, tanto por causa de minoridad, como por otras incapacidades.¹⁰⁸

Para lo que seria esta extracción de compilación de normas que se especializan a través de una sola legislación llamada “ley sobre Relaciones Familiares”, se iban a afectar los postulados del Código Civil para fijar dentro de esta legislación, las normas que regirían no solamente la institución familiar sino también una nueva formula sobre lo que seria el divorcio que desvinculaba el vínculo iniciado.

A partir de la Ley sobre Relaciones Familiares expedida por Venustiano Carranza se logra el paso definitivo en materia de divorcio, al establecer que el matrimonio es un vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro. Se conserva el divorcio por separación de cuerpos, que se relego a segundo término, quedando como excepción relativa la causal señalada en la fracción IV del artículo 76 de la Ley sobre Relaciones Familiares, que se refería a enfermedades crónicas e incurables, contagiosas y hereditarias, quedando a voluntad del cónyuge sano, pedir la separación de lecho y habitación.

¹⁰⁸ FERNANDEZ ALONSO, Odilo, El Divorcio, Análisis Jurídico y práctico, Ed. Edisofer, Madrid, pág. 50.

Lo antes mencionado reflejaría las nuevas tendencias sociales de los inicios del siglo XX. Incluso se ha podido observar que los Códigos de 1870 y 1884 conservaban la idea en el sentido de que una vez celebrado el matrimonio, pues no habría manera de poderlo disolver.

Así tenemos que independientemente de que todavía se reconoce al matrimonio como un contrato, y que como hemos visto en la exposición de motivos, se ha de referir a la familia como ese centro a través del cual se ha de lograr una buena y mejor organización social, independientemente de estas situaciones, el progreso y el avance de la sociedad y su necesidad de que la ley le satisfaga sus intereses, va ahora a fijar una formula por medio de la cual, se disuelve el vinculo matrimonial, y esto definitivamente hace que la sociedad de aquellos momentos, observada desde otro punto de vista.

Hay que tomar en cuenta que para 1917 ya habían terminado los levantamientos de la revolución mexicana y los diversos movimientos en relación con la lucha por el poder gubernamental por parte de aquellos que aspiraban a el.

Se empieza ya en esta época con una legislación constitucional que todavía no llega a fijarse como una garantía individual lo que el artículo cuarto constitucional establece, en nuestra Constitución actual.

Siendo que el artículo cuarto del original contenido de la constitución de 1917, habla sobre lo que seria la libertad de trabajo, profesión y comercio, que a lo largo del tiempo cambio hacia el artículo quinto y no es sino hasta 1980, cuando se empieza ya a modificar el artículo cuarto estableciendo los derechos de familia como una necesidad de reglamentar por parte de la Ley.

2.9.2 El Código Civil Actual

El Código civil actual fue publicado el 26 de mayo de 1928, entrando en vigor al día siguiente donde se englobaran las diversas situaciones sobre las relaciones matrimoniales y el Derecho de Familia en México.

Para 1931, dicho código tiene su vigencia y es modificado en diversas ocasiones hasta nuestros días.

Al respecto el maestro, Ramón Sánchez Medal dice: “dentro de la evolución del Derecho Mexicano” el Código Civil desde su promulgación ha sufrido diversas modificaciones, conviene destacar que el código de 1928 trata por primera vez sobre el concubinato. La exposición de motivos señala que hay que reconocer que hay entre nosotros y sobre todo en las clases populares una manera peculiar de formar la familia, que es el concubinato. Que esto no va en contra del matrimonio ni esa forma moral y legal de constituir la familia, pero que el legislador no puede quedar al margen de estos problemas sociales que en alguna forma reconocen”.

La situación socioeconómica es la que de alguna manera va a marcar la dirección que debe llevar la reforma al Código Civil dependiendo siempre de las necesidades económicas y sociales del momento.

Por ejemplo, lo que fue el año de 1975, llamado el año internacional de la mujer, en que la mujer se incorporo al trabajo y con esto deja atrás el hogar y el cuidado de los hijos, gracias a esto hubo varias modificaciones al Código Civil para reglamentar principalmente la absoluta igualdad entre el varón y la mujer, desprotegiendo a esta al desconocer la verdad socioeconómica de nuestro país, observando la necesaria incorporación de la misma al trabajo.

Es en ese momento cuando en el *Diario Oficial* de la Federación del 31 de diciembre de 1974, el artículo 4 de la Constitución se ha de reformar

elevando a rango constitucional la igualdad entre el hombre y la mujer, así como la libertad entre el número y espaciamiento de hijos.

Observando estas reformas a lo que fuese el artículo 4 Constitucional en materia de derecho familiar, se debe de citar los siguiente “en el *Diario Oficial* de la Federación del 18 de marzo de 1880, se incorpora a la Constitución el derecho de los menores a la satisfacción de sus necesidades a la salud física y mental; en el *Diario Oficial* del 7 de febrero de 1983, se integra a la Constitución el derecho de la familia mexicana a una vida digna y decorosa.

Se debe resaltar que el Derecho Familiar siempre ha tenido una concepción tradicional en el sentido de una cierta integración de la familia; salvo la excepción en el momento en que se incorpora al trabajo, y deja vacío un puesto tan importante como es la educación de los hijos, los cuales ahora están sufriendo las consecuencias por no haber tenido una formación sobre la base del cariño, y el efecto de la madre principalmente.

El matrimonio en el código civil de 1928 determinaba lo siguiente que era una institución social por la que un hombre y una mujer se unen legalmente con ánimo de permanencia y con el fin de vivir juntos, procrear, alimentar y educar a sus hijos y auxiliarse entre sí; fundado en la igualdad de derechos y obligaciones de ambos cónyuges. La mayoría de edad determina la libre aptitud para contraer matrimonio. Sin embargo pueden contraerlo el hombre mayor de dieciséis años y la mujer mayor de catorce, siempre que medie la autorización que determina la ley.

La ley determinaba que los impedimentos absolutos para contraer matrimonio eran los siguientes:

1. Los parientes consanguíneos en línea recta, y en línea colateral, los hermanos y medio hermanos;
2. Los ascendientes y descendientes que hayan estado ligados por afinidad; y

3. Las personas casadas y las unidas de hecho con persona distinta de su conviviente, mientras no se haya disuelto legalmente esa unión. No podrá ser autorizado el matrimonio. Del menor de dieciocho años, sin el consentimiento expreso de sus padres o del tutor; del varón menor de dieciséis años o de la mujer menor de catorce años cumplidos, salvo que antes de esa edad hubiere concebido la mujer y presten consentimiento las personas que ejerzan la patria potestad o tutela; de la mujer, antes de que transcurran trescientos días contados desde la disolución del anterior matrimonio, o de la unión de hecho, o desde que se declare nulo el matrimonio, a menos que haya habido parto dentro de ese término, o que uno de los cónyuges haya estado materialmente separado del otro o ausente por el término indicado.

El matrimonio es la sociedad legítima de un solo hombre con una sola mujer que se unen con un vínculo sólido.

En el código Civil de 1928 no se contenía una definición real del matrimonio, de tal suerte que no se le caracteriza expresamente como un contrato, pero en los textos legales desde 1917 en los cuales tuvo objeto separar de manera radical el matrimonio civil del religioso, es decir, negar el principio consagrado por el derecho canónico que dio carácter de sacramento al matrimonio. Por eso se afirma que el matrimonio como contrato civil es de la exclusiva competencia de los funcionarios y de las autoridades del orden civil. En si su intención fue únicamente negar la iglesia toda la injerencia en la regulación jurídica del matrimonio, en la celebración del mismo, en las consecuencias del divorcio y en los impedimentos para ese acto.

Todo acto jurídico requiere un objeto que sea física y jurídicamente posible. La imposibilidad en cualquiera de sus dos formas originará la inexistencia del acto.

Desde el punto de vista legal existe también un objeto legal en el matrimonio, consistente en la creación de derecho y obligaciones entre los

consortes, es decir, entre hombre y mujer, de tal manera que los fines específicos, del mismo imponen a los cónyuges respectivamente la obligación de vida en común, ayuda recíproca débito carnal y auxilio espiritual. Así mismo, cuando existan hijos, el matrimonio originará consecuencias con relación a los mismos, especialmente todo el conjunto de derechos y obligaciones que originan la patria potestad y la filiación en general.

Los objetos específicos del matrimonio consiste en la creación de derechos y obligaciones entre un hombre y una mujer resulta evidente que la identidad sexual en los esposos originaría un obstáculo insuperable del carácter legal, tal como lo define el Art. 1828, al decir que es imposible el hecho que no puede existir por que es incompatible con una regla jurídica que debe ser regido obligatoriamente y que constituye un obstáculo insuperable para su realización. El problema consiste en determinar si el matrimonio llevado a cabo entre personas del mismo sexo e inexistente o nulo ha sido muy debatido en el derecho y se han ensayado diversas soluciones, fundándose principalmente en la creencia de que no hay un precepto jurídico aplicable expresamente al caso.

Los fines del matrimonio consistían en la creación de derecho y obligaciones entre los consortes, es decir, entre hombre y mujer, de tal manera que los fines específicos, del mismo imponían a los cónyuges respectivamente la obligación de vida en común, ayuda recíproca débito carnal y auxilio espiritual. Así mismo, cuando existan hijos, el matrimonio originaba consecuencias con relación a los mismos, especialmente todo el conjunto de derechos y obligaciones que originan la patria potestad y la filiación en general.

2.10 Concubinato

El concubinato en Roma surge como la convivencia de la pareja integrada por un hombre y una mujer que viven como esposos, pero por alguna causa política, no podían o no deseaban contraer *justae nuptiae*.

El concubinato fue visto como una unión monogámica socialmente aceptada que no constituía ninguna deshonra y fue admitido a la par que el matrimonio, llegando inclusive a ser una de las formas del casamiento. La gran desventaja que tuvo el concubinato frente al matrimonio era que no producía efectos jurídicos, sólo la concepción y las prácticas sociales así como las uniones con personas de clase social inferior fueron las que distinguieron al concubinato.

Sólo se permitía tener una concubina, con lo cual el concubinato llegó a parecerse aún más al matrimonio llegando a tal grado esta semejanza que este tipo de relación debía una apariencia de matrimonio legal que comúnmente era causa de error en los contratantes.

La relación concubinaria fue limitada en ciertos aspectos que debía reunir los siguientes requisitos:

- a) Estaba prohibido entre los que hubieran contraído previamente *justae nuptiae* con tercera persona.
- b) La prohibición se extendía a aquellos que estuvieran en los grados de parentesco no permitidos.
- c) Debía existir el libre consentimiento tanto del hombre como de la mujer y haber mediado violencia o corrupción.
- d) Sólo podía darse entre personas púberes.
- e) Estaba prohibido tener más de una concubina.

Hasta antes de la república, el concubinato se visualizó como una simple relación de hecho de la que la ley no se ocupó. Augusto fue quien denominó a estas relaciones de rango inferior al matrimonio como *concubinatus*.

El concubinato representaba una unión estable de carácter no matrimonial constituida con una mujer con las que no se comete estupro según la “*Lex Julia Adulteriis*”.

En cuanto a los hijos nacidos de una relación concubinaria, no se creaba ningún parentesco con el padre, asumiendo la condición y el nombre de la madre, sin reconocerse aun el lazo natural habido entre el padre y los hijos nacidos de esta unión, por lo que el padre no podía ejercer la patria potestad sobre los hijos.

En el derecho Justiniano, la unión concubinaria fue vista como una relación estable con mujeres de cualquier condición o de cualquier rango social, ya fueran ingenuas o libertas, con las que no se desea contraer matrimonio. La legislación justiniana eliminó los impedimentos matrimoniales de índole social, por lo que el concubinato se estableció como una cohabitación estable de un hombre con una mujer cualquier condición social sin que exista la *affectio maritali*. Fue hasta esta época que se reconoció el lazo entre el padre y los hijos producto del concubinato, ya que se legisló el derecho del padre a legitimar a estos hijos y reconoció el derecho de éstos a recibir alimentos así como también algunos derechos sucesorios.

Concepto y Naturaleza Jurídica

Del latín *concubinatus*, comunicación o trato de un hombre con su concubina. Se refiere a la cohabitación más o menos prolongada y permanente entre un hombre y una mujer solteros, hecho lícito que produce efectos jurídicos.

Se le considera como uno de los problemas morales más importantes del derecho de familia y es tratado como un acto jurídico, es decir, es una manifestación de voluntad que se hace con la intención de producir consecuencias de derecho, las cuales son reconocidas por el ordenamiento jurídico, al cual sólo se le reconocen algunos efectos.

Rafael Rojina Villegas, dice que “el concubinato se considera como un estado jurídico. La primera posición que ha asumido el derecho en relación con el concubinato, ignorándolo de manera absoluta, implica una valorización moral, por cuanto que ni se le considera un hecho ilícito para sancionarlo, ni tampoco un hecho lícito para que produzca relaciones jurídicas entre las partes.”

Anterior a las reformas el Código Civil para el Distrito Federal establecía que lo siguiente:

Los concubinos tenían derecho a heredarse recíprocamente, siempre que hayan permanecidos libres de matrimonio durante el concubinato; la mujer con quien el autor de la herencia vivió como si fuera su marido durante dos años a su muerte o con la que tuvo hijos se les pueden aplicar las disposiciones relativas a la sucesión del cónyuge. Siempre que reúnan lo siguiente:

- a) Los concubinos tienen derechos y obligaciones recíprocas, siempre que sin impedimentos legales para contraer matrimonio, han vivido en común en forma constante y permanente por un periodo mínimo de dos años que preceden inmediatamente a la generación de derechos y obligaciones a los que alude este capítulo. No es necesario el transcurso del periodo mencionado cuando, reunidos los demás requisitos, tengan un hijo en común.
- b) Al concubinario y la concubina les serán regidos por todos los derechos y obligaciones inherentes a la familia.
- c) Se generan entre los concubinos derechos alimentarios y sucesorios.
- d) Al extinguirse la cohabitación de los concubinos, la concubina o el concubinario que carezca de ingresos o bienes suficientes para su sostenimiento, tiene derecho a una pensión alimenticia por un tiempo igual al que haya durado el concubinato. No podrá reclamar alimentos quien haya mostrado ingratitud o viva en concubinato o contraiga matrimonio.

El concubinato, aunque no es la forma ideal y moral de formar una sociedad, si constituye una vía para construir una familia.

El CC para el DF los reconoció hasta la reforma de 1983, el derecho de los concubinos a heredarse recíprocamente. A raíz de esta reforma el concubinato origina derechos sucesorios tanto en la sucesión testamentaria como en la legítima para ambos concubinos.

Si bien es cierto que se da la figura del concubinato de conformidad con los requisitos antes señalados, actualmente el concubinato se regula en el capítulo XI denominado el Concubinato y establece lo siguiente:

Las concubinas y los concubinos tienen derechos y obligaciones recíprocos, siempre que sin impedimentos legales para contraer matrimonio, han vivido en común en forma constante y permanente por un período mínimo de dos años que precedan inmediatamente a la generación de derechos y obligaciones; regirán al concubinato todos los derechos y obligaciones inherentes a la familia, en lo que le fueren aplicables.

El concubinato genera entre los concubinos derechos alimentarios y sucesorios, independientemente de los demás derechos y obligaciones reconocidos en este código o en otras leyes. Al cesar la convivencia, la concubina o el concubinario que carezca de ingresos o bienes suficientes para su sostenimiento, tiene derecho a una pensión alimenticia por un tiempo igual al que haya durado el concubinato. No podrá reclamar alimentos quien haya demostrado ingratitud, o viva en concubinato o contraiga matrimonio.

Instancia: Tercera Sala

Época: Séptima Época

Localización

Instancia: Tercera Sala
Fuente: Semanario Judicial de la Federación
Parte: 6 Cuarta Parte
Tesis:
Página: 39

Rubro

CONCUBINATO, PRUEBA DEL.

Texto

El concubinato es una unión libre de mayor o menor duración, pero del que no puede obtenerse un conocimiento cierto y verídico en un instante y menos cuando no se penetra al interior de la morada de los concubinos, para cerciorarse de la presencia de objetos que denoten la convivencia común.

Precedentes

Amparo directo 825/68. Francisco García Koyoc. 20 de junio de 1969. 5 votos. Ponente: Enrique Martínez Ulloa.

Conviene tener presente la diferencia que existe entre el matrimonio y el concubinato. El primero constituye un **acto jurídico solemne**; mientras el segundo es un **hecho**¹⁰⁹, la convivencia de un hombre con una mujer, afirmada por una relación carnal prolongada y más o menos exclusiva, que solo en determinados supuestos, expresamente previstos por el legislador, surte efectos jurídicos. El concubinato engendra un vínculo de conciencia, carente de consecuencias para el derecho positivo; pues cada uno de los amantes está en libertad de contraer lícito matrimonio con persona distinta de la amancebada con él.

Nosotros coincidimos que el concubinato determina que en realidad se trata de una unión de hecho y no de un acto jurídico; ya que el hecho jurídico

¹⁰⁹ Hecho jurídico: acciones del hombre la cuales producen consecuencias de derecho sin quererlas. BEJARANO SANCHEZ, Manuel, Obligaciones Civiles, México, Oxford University, 1999, pág. 220.

es 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.

Mientras el matrimonio es un acto jurídico solemne, el concubinato es un hecho jurídico, pero de ahí lo demás, son de todo iguales. Esta figura permite que se produzcan efectos jurídicos de igualdad entre los concubinos y de gran beneficio para los hijos en caso de que los hubiera. En el caso de los alimentos se tiene que proporcionar lo necesario para vivir y en casos de exigir una pensión alimenticia puede pedirse por el mismo tiempo que haya durado el concubinato.

De ahí determinamos que el concubinato actualmente es una figura que protege a la familia y a los concubinos, a los hijos, estando ante la presencia de un hecho jurídico que produce consecuencias de derecho. por el solo hecho de vivir juntos en forma permanente o de tener hijos.

CAPITULO TERCERO

EL DIVORCIO

3.1 Antecedentes del Divorcio

En el libro Génesis se lee lo siguiente: Entonces Dios hizo caer en un sueño profundo a Adán y mientras dormía tomo una de sus costillas y encerró la carne en su lugar.

Y de la costilla que Dios tomo del hombre, hizo una mujer y la trajo al hombre; Dijo entonces Adán: esta es ahora hueso de mis huesos y carne de mi carne, será llamada varona, porque del varón fue tomada.

Por tanto, dejará el hombre a su padre y a su madre y se unirá a su mujer y serán una sola carne, de estos versículos se ha inferido que el matrimonio es una unión indisoluble, porque al formar los cónyuges una sola carne no podrán separarse sin romper esa unidad. Sea como fuere, en la legislación mosaica se autorizó y reglamento lo que ahora llamamos divorcio en cuanto al vínculo.

El procedimiento que estableció Moisés para ese efecto era muy sencillo. Consistía en entregar a la esposa el libelo de repudio y hacerlo saber a la familia de su cónyuge. Según algunos historiadores, estaba obligado a pagar al padre el precio de la esposa, que de esta manera, era tratada como un bien económico.

Los profetas combatieron el divorcio que se practicaba desde tiempos anteriores a los de Moisés, según puede verse en el libro de Malaquías. El texto relativo es el contenido en los versículos 1 al 4 del capítulo 24 de Deuteronomio que dice: "Si un hombre toma a una mujer, y después de haber cohabitado con ella, viniere a ser mal vista por él por algún vicio notable hará

una escritura de repudio, y la pondrá en mano, de la mujer, y la despedirá de su casa.¹¹⁰

“Si después de haber salido toma otro marido y este también concibiere aversión a ella, y le diere escritura de repudio, y la despidiere de su casa, o bien si el viene a morir”.

No podrá el primer marido volverla a tomar por mujer; pues quedo amancillada y hecha abominable delante del señor, no sufras que con un tal pecado sea contaminada la tierra, cuya posesión te ha de dar el señor dios tuyo.

En el libro de Deuteronomio, aparece una curiosa institución patrimonial, en la que se obliga al hermano del marido muerto a casarse con la viuda para que continúe con el linaje de la familia del varón, versículos 5 al 10 del capítulo 25.

“Si vivieren juntos dos hermanos, y uno de ellos muriere sin hijos, la mujer del difunto no se casará con ningún otro que no sea el hermano de su marido, el cual la tomará por mujer y dará sucesión a su hermano”;

Y al primogénito que de ella tuviere, le pondrá el nombre del otro hermano y que sea reputado por hijo de él.

Mas sino quisiere recibir por mujer a la de su hermano, que por ley debe ser suya, ira dicha mujer a la puerta de la ciudad donde está el juzgado y querellándose a los ancianos dirá: El hermano de mi marido no quiere resucitar el nombre de su hermano en Israel ni tomarme por mujer.

¹¹⁰ SANTA BIBLIA, Anotada por Scofield Antiguo y Nuevo Testamento, Antigua Versión de Casiodoro de Reina 1569, Publicaciones Españolas Inc. Wiscosin Avenue.

Al punto lo harán citar y lo examinarán si respondiere: no quiero tomarla por mujer entonces se llegará a el la mujer en presencia de los ancianos, y le quitará del pie el calzado y le escupira en el rostro diciendo: Así se ha de tratar a un hombre que no hace revivir el nombre de su hermano¹¹¹.

Y su casa en Israel será la casa del descalzado, En el nuevo testamento las cosas cambian por completo, Jesucristo condeno el divorcio, según los textos evangélicos: San Mateo, San Lucas y San Marcos, que han dado tantas dificultades a los exegetas, para explicar la diferencia que hay entre lo que afirma el primero y aseguran los segundos: en efecto en San Marcos se lee “ vinieron entonces a el unos fariseos y le preguntaban por tentarle; sí es lícito al marido repudiar a la mujer.

Pero él en respuesta les dijo ¡que os mando Moisés permitió repudiarla precediendo escritura legal del repudio; a los cuales explico Jesús en vista de la dureza de nuestro corazón, os dejo mandado eso, pero al principio cuando los creo dios formó un solo hombre y una sola mujer, por tanto se compondrán en una sola carne; por tanto no separe pues el hombre de lo que Dios ha juntado.

Cualquiera que desecharé a su mujer y tomaré a otra comete adulterio contra ella y si la mujer se aparta de su marido y se casa con otro, adúltera.

En el evangelio de San Lucas se lee: Todo el que repudia a su mujer y se casa con otra, adultera y el se casa con la repudiada del marido. Adúltera.

El texto de San Mateo es diferente a los anteriores, porque autoriza el divorcio por causa de adulterio, dice: Y se llegaron a él fariseos para tentarle y le dijeron, es lícito a un hombre repudiar a una mujer por cualquier motivo.

¹¹¹ PALLARES Eduardo, El divorcio, México, 3ª. ed. Editorial Porrúa, México 1981, pág. 9.

Podemos observar que el divorcio ya se contemplaba en uno de los libros más importantes que son las sagradas escrituras y determinó que el matrimonio era indisoluble ya que el hombre se debe unir a la mujer y serán una sola carne. Posteriormente en el nuevo testamento según los textos evangélicos vuelve a reiterar su dicho, solamente en el caso de que la mujer sea adúltera, si se autoriza el divorcio.

3.1.1 Divorcio en el Derecho Romano

El divorcio es el vínculo que existió en el derecho Romano desde las épocas más remotas, y que podía pedirse sin causa justificada, a pesar de la afirmación de Plutarco, que atribuye a Rómulo una fantástica ley que determinaba las causas legítimas del divorcio.

Explican los romanistas que no era necesaria una causa determinada para legitimar el divorcio porque la institución del matrimonio romano se fundaba no solo en el hecho de la cohabitación, sino en el afecto conyugal. Por tanto cuando este desaparecía, era procedente el divorcio; así se infiere del Código de Justiniano en el texto relativo a las estipulaciones inútiles (VIII-38-2). Por tanto en el derecho clásico se deshacía el matrimonio mediante un procedimiento contrario al que le dio nacimiento; si se contrajo por medio de *la Confarreatio* el divorcio se llevaba a cabo por la *Difarreatio*, si era por medio de la *Comptio*, entonces procedía la *Remancipatio*.¹¹²

Hubo una excepción a la regla general de que hablábamos y es la contenida en la ley Julia de *Maritandis Ordinibus*, que prohibía a la liberta casada con su patrón divorciarse sin su consentimiento.

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 el matrimonio la estabilidad y la dignidad moral y

¹¹² PALLARES Eduardo, op cit. pág. 15.

religiosa que antes tenía. La decadencia de las costumbres en esta materia fue muy grande, al extremo de que el filósofo Seneca pudo decir “Que mujer se sonroja actualmente de divorciarse, desde que ciertas damas ilustres no cuentan su edad por el número de los cónsules, sino por el número de sus maridos” se divorcian para volverse a casar, se casan para divorciarse.¹¹³

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

- 1.- Que la mujer le hubiese encubierto 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

Y la mujer podía pedir el divorcio en los siguientes casos:

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

¹¹³ Idem. pág. 12

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

3.1.1.1 Doctrinas del Corpus Iuris de Justiniano

El matrimonio entre los ciudadanos romanos se llamaba **justae nuptiae**.

Exclusivamente de esta especie de matrimonio, derivaban los derechos familiares que entonces se reconocían tales como la patria potestad y el parentesco civil. La esposa tomaba el nombre de **uxor** y el esposo **vir**.

Al lado de las justas nupcias la ley romana reconocía el concubinato y no lo prohibía aunque lo reglamentaba debidamente.

La unión de los esclavos llevaba el nombre de “contubernium”, en la legislación romana, el matrimonio fue considerado solamente como un contrato civil, no obstante que al celebrarse se llevasen a cabo determinados actos religiosos. Fue necesario que pasaran muchos años después del triunfo del cristianismo para que la iglesia católica lo convirtiera en sacramento y dejara de ser un contrato civil en los lugares donde ella gobernaba espiritualmente.

No tenía el carácter de contrato público, ni menos de contrato solemne. Algunos jurisconsultos lo consideran meramente consensual, pero otros lo califican de real, porque para perfeccionarse era necesario que el marido tuviese la posesión real de la mujer. Esta última opción tiene a su favor el principio que domino en el derecho Romano, según el cual la mujer no podía casarse estando ausente, por medio de correspondencia, ahora bien los contratos meramente consensuales pueden perfeccionarse de esta manera.

Hay que tomar en consideración que si en el acto de celebrarse el matrimonio, se manifiesta el consentimiento de todos los interesados, no por eso se considera que el matrimonio se ha efectuado. Es indispensable que se

entregue la mujer al marido, lo que expresan las palabras “uxorem ducerem uxor duci”.

Para comprender bien lo que era el matrimonio en el derecho romano, debe advertirse que las ceremonias y actos en cierto modo rituales que acompañaban a su celebración, no eran necesarias para su validez. Ortolan dice a este respecto; Así el flaneum que cubría a la desposada, la rueca, el huso y el hilo que llevaba, su marcha hacia la casa nupcial, las colgaduras y ramas que decoraban esta casa, las llaves que se le entregaban, las palabras consagradas, el recibimiento que se le hacía por el agua y el fuego y todas aquellas alusiones mitológicas.¹¹⁴

No se piense que la llamada traición o entrega de la mujer al marido, tuviese lugar siempre materialmente. De acuerdo con los principios generales, podía ser simbólica, en el sentido de realizarse mediante el consentimiento y teniendo presente la cosa objeto de la traición, de la misma manera que tratándose de un bien inmueble, no era posible que pasara de las manos del vendedor al comprador y en tales circunstancias era suficiente que las dos partes, teniendo a la vista dicho bien, manifestando su consentimiento en que el primero lo pusiera a disposición del segundo, y este lo recibiera a su satisfacción, así también sucedía en la entrega de la mujer .

En el Corpus Iuris de Justiniano se distinguían los matrimonios celebrados por personas de grandes dignidades, de los que efectuaban los soldados, los labradores y las personas pobres respecto de los primeros, la novela 24 exigía para su validez que se acompañara al matrimonio un contrato dotal, y en cuanto a los segundos, era obligatorio manifestarlos ante el defensor de alguna iglesia para su transcripción en una acta levantada ante tres o cuatro testigos.

¹¹⁴ Ibidem pág. 14

Creemos que en el derecho romano si se acepta el divorcio y no era necesaria una causa justificada, lo que originó la inmoralidad de la clases poderosas, por lo tanto decayó poco a poco las costumbres y fue hasta el periodo de justiniano donde se dieron las primeras causales reconocidas para disolver el matrimonio, lo único que se prohibió fue el divorcio por mutuo consentimiento. Años más tarde las justas nupcias reconoció el concubinato.

3.1.2 El Divorcio en la Legislación Española.

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

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

La ley tercera autoriza 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.

En este caso la acción es pública, porque puede ejercitarla cualquier persona.

En la ley cuarta la acción mencionada las piden 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 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.¹¹⁵

Opinamos que en la legislación española se observa que en las partidas, se autorizaba el divorcio también por causa de adulterio ante un representante católico que recibe el nombre de obispo u oficial. También existe la anulación del divorcio en caso de que se haya celebrado entre familiares y también se acepta cuando alguno de los cónyuges se encuentra en pecado mortal.

3.1.3 El Divorcio en el Derecho Canónico

Expresa el Canón 1118 del Código del mencionado derecho: dice, por ninguna potestad humana ni por ninguna causa, fuera de la muerte.

De esta manera la Iglesia condena el divorcio en cuanto al vínculo, y en cánones posteriores que tratan de la nulidad del matrimonio y de la separación del lecho y habitación, únicamente permite esta última, en determinados casos, que en seguida se dan a conocer. Can. 1128 Los cónyuges deben hacer en común vida conyugal si no hay una causa justa que los excuse.

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

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

¹¹⁵ Idem pág. 15

afecto marital se presume la condonación si en el plazo de seis meses no apartó de sí al cónyuge adúltero, ni lo abandono, ni lo acuso en forma legítima.

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

Esta norma merece los siguientes comentarios:

1. Es censurable en cuanto autoriza al cónyuge inocente a separarse del culpable por propia autoridad, y lo que es igual, hacerse justicia por sí mismo, contrariamente al principio universal que prohíbe tal conducta, violatoria de lo que ordena el artículo 17 de nuestra Constitución.
2. El cambio de estado que menciona el art. 17 constitucional. Es el que se produce cuando el cónyuge culpable entra a una orden religiosa pero el canon exige que lo haga con consentimiento del inocente, para que éste no pueda exigirle el retorno a la vida conyugal.

El canon 1131 considera otras causas de separación no tan graves como la de adulterio y que por no serlo, solamente autorizan una separación temporal y no la definitiva que produce aquel. Dice lo siguiente Si uno de los cónyuges una vida de vituperio y de ignominia, si es causa grave de peligro para el alma o el cuerpo del otro, si con sus sevicias hace la vida en común demasiado difícil. Esto y otra cosa semejantes son todas aquellas causas legítimas para que el otro cónyuge, pueda separarse con autorización del Ordinario Local y hasta por autoridad propia, si le consta con certeza y hay peligro en la tardanza.

Opinamos que en el derecho canónico la iglesia siempre condono el divorcio si es que existen vínculos familiares, y en algunos casos el cónyuge

condonaba las actitudes, aun cuando no se acusaba en forma legítima. En el caso del adulterio se autoriza la separación temporal y no la definitiva que produce aquel.

3.2 Concepto de Divorcio.

La palabra divorcio proviene del latín *divortium* que significa separación, esto es separar lo que esta unido. En la actualidad, en el medio jurídico se entiende por divorcio la extinción de la convivencia matrimonial declarada por la autoridad.¹¹⁶

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

En términos generales el concepto de divorcio desde el punto de vista social, se ha considerado como un mal necesario, esto es que derivado de la historia que una de las formulas principales para proteger a los diversos componentes de la sociedad, es el hecho de darle una mayor seguridad jurídica a la integración familiar.¹¹⁷

Pero hay situaciones dentro de la familia de facto o de hecho, que hacen que esa relación que se formaliza con el matrimonio, deba de disolverse y con esto los efectos de la desintegración en la familia y en los hijos principalmente.

Estos efectos van a influir a todo el conglomerado social a producir una desorganización dentro de la comunidad, capaz de guiarla a una decadencia.

¹¹⁶ BAQUEIRO ROJAS, Edgard, Rosalía Buenrostro Baez, Derecho de Familia, Editorial Oxford, UNAM, 3ª reimpresión, 2008. pág. 183.

¹¹⁷ MONJE BALSAMEDA, Oscar, Matrimonio y divorcio, efectos jurídicos, Historia del divorcio, México, 2001, pág. 48.

Sin lugar a dudas la familia formada del matrimonio, está debidamente protegida por la legislación, ya que desde el punto de vista civil se establecen los derechos y obligaciones que rigen la relación familiar y desde el punto de vista penal hay diversos tipos delictivos que la protegen; desde el punto de vista laboral, hay situaciones que regulan el trabajo de la mujer e incluso el de los menores y la labor que pueden llevar a cabo.

De ahí que hay una seguridad jurídica que realmente protege a la familia, pero por situaciones materiales principalmente económicas, tanto el padre como la madre, tienen que salir a trabajar y a exponerse al roce de otras circunstancias, que van a generar desavenencias dentro de la familia que la llevan a su desintegración.

Manuel Chávez Asencio, dice el siguiente comentario: “El matrimonio está en crisis. La crisis de la familia y el matrimonio es la manifestación más visible en que se encuentra el hombre de nuestra época. La desintegración familiar supone la pérdida del equilibrio de la estructura dinámica que mantiene unidos a los miembros de una familia. El esposo ya no es esposo, la esposa ya no es esposa y por consiguiente los hijos tampoco tienen marco inmediato de referencia”.

La crisis de la familia refleja en sí el fracaso de la institución matrimonial, aun a pesar de que realmente todo el derecho lo otorga la seguridad jurídica a esa institución para fortalecerla.

El divorcio, ha variado con el transcurso del tiempo. Por ejemplo en el siglo XIX nuestra legislación lo considero como la separación temporal o definitiva de los cónyuges, sin ruptura del vínculo matrimonial; y por lo tanto, sin autorización para contraer nuevas nupcias. A principios del siglo XX se adoptó el concepto de divorcio vincular, que actualmente se maneja como disolución absoluta del vínculo matrimonial, tal disolución deja a los esposos divorciados

en aptitud de celebrar un nuevo matrimonio, como se desprende de la disposición del art. 266 del Código Civil vigente.¹¹⁸

Pero fenómenos económicos y materiales hacen, que la pareja tenga que salir a trabajar y de ahí los celos y la constante infidelidad dentro del matrimonio.

Como consecuencia, sobreviene la necesidad de llevar a cabo la disolución del vínculo matrimonial, para que puedan los cónyuges quedar en posibilidad de celebrar un nuevo matrimonio en donde tal vez les pueda ir mejor.

De tal manera que en la actualidad podemos observar que el divorcio es un mal necesario o bien es un trámite que no se puede eludir para poder regularizar la situación de la formación social de las nuevas familias de nuestra época.

Hay diferentes teorías que se refieren al divorcio. Desde el punto de vista jurídico, se ha considerado que el divorcio no disuelve el vínculo matrimonial y solo hay separación de cuerpos.

El Código Civil de 1870 decía que el divorcio no disuelve el vínculo matrimonial, suspende solo algunas de las obligaciones civiles, que se expresan en los artículos relativos de ese ordenamiento legal (artículo 239).¹¹⁹

El Código Civil de 1884, establecía que el único divorcio que admitía era el de separación de cuerpos, en el cual, como hemos dicho, subsistía el vínculo matrimonial, suspendiéndose sólo algunas de las obligaciones que imponía el matrimonio (artículo 226).

¹¹⁸ BAQUEIRO ROJAS, Edgard, op. cit. 184.

¹¹⁹ LOZANO RAMIREZ, Raúl, Derecho civil, Ed. PAC, México, 2007, pág.129.

Nuestro Código Civil conserva esta forma de divorcio de separación de cuerpos sin romper los lazos del matrimonio, cuando uno de los cónyuges padece cualquier enfermedad incurable que sea, además, contagiosa o hereditaria, también la impotencia incurable o irreversible, siempre y cuando no tenga su origen en la edad avanzada; así como padecer trastorno mental incurable, previa declaración de interdicción que se haga del cónyuge enfermo (derogado).¹²⁰

Por estas razones es necesario establecer algunos conceptos de lo que es el divorcio:

Recordando que el matrimonio genera la creación de una familia donde los cónyuges no son parientes incluso van a estar relacionados con los diversos derechos y obligaciones que surgen del mismo matrimonio.

Deberes y derechos que ambos consortes deben de respetar, que en términos generales son: la vida en común, el débito conyugal, la fidelidad, el mutuo auxilio, el socorro dentro de la pareja, el diálogo, el respeto y la autoridad.

Cuando sobreviene la procreación, los diversos derechos y obligaciones con los hijos, que principalmente están basados por un lado en patria potestad y por el otro en el otorgamiento de alimentos.

El caso es que existe un vínculo el momento en que la pareja lleva a cabo su unión conyugal. Y en el momento en que se decide un divorcio, pues ese vínculo es el que va a terminar o extinguirse.

El maestro *Ignacio Galindo Garfias* al hablar del concepto de Divorcio dice "El divorcio es la ruptura de un matrimonio válido en vida de los esposos

¹²⁰ LOZANO RAMIREZ, Raúl, Op cit. PÁG. 130.

decretada por autoridad competente y fundada en algunas de las causas expresadas en la Ley”.

Desde el punto de vista jurídico el divorcio significa la disolución del vínculo matrimonial y solo tiene lugar mediante la declaración de la autoridad judicial y en ciertos casos de la autoridad administrativa, dentro de un procedimiento señalado por la ley, en que se compruebe debidamente la imposibilidad de que subsista la vida matrimonial.¹²¹

El *concepto legal del divorcio* tiene necesariamente que provenir de lo que sería la Legislación; de tal manera que con la evolución que ha tenido nuestra legislación hasta nuestros días, el código 266 del Código Civil para el Distrito Federal establece en términos generales lo siguiente:

“El divorcio disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro”.

La definición actual de lo que el divorcio significa se sigue conservando integralmente de lo que fuese en un principio la Ley del Divorcio de 1914, y la Ley sobre Relaciones Familiares de abril de 1917.

El hecho es que a través de lo que sería la disolución del vínculo, se logre tener la aptitud de poder llevar a cabo una nueva unión, y hace que definitivamente las partes puedan considerar una opción cuando hay fricciones dentro de sus caracteres o de su cohabitación.

El autor De Pina Vara Rafael establece algunas consideraciones conceptuales del divorcio al decir: “Divortium” deriva de “divertere”, dice cada uno por su lado. Esta ruptura solo puede existir por autoridad de la justicia y por las causas determinadas por la ley; el divorcio es la disolución del matrimonio,

¹²¹ GALINDO GARFIAS, Ignacio, Derecho Civil, México, Ed. Porrúa, p 66.

dividiendo a los esposos, a consecuencia de una resolución judicial a demanda de uno de ellos, por las causas establecidas por la ley.

“La palabra divorcio en el lenguaje corriente contiene, la idea de separación; en el sentido jurídico significa extinción de la vida conyugal declarada por autoridad competente, en un procedimiento señalado al efecto y por causa determinada de modo expreso”.¹²²

Sin lugar a dudas esta concepción que nuestra legislación establece es trascendental, ya que revoca la idea de la separación de algo que esta unido y de que cada uno se tiene que ir por su lado, materialmente hace que se deba la desintegración del vínculo.

No tendría caso que se provocara el divorcio y ambos cónyuges siguieran unidos por el vínculo, en virtud de que esto les impide el poder de rehacer sus vidas con otra pareja, y darse una segunda oportunidad.

3.3 Evolución histórica del Divorcio en México.

La historia jurídica del divorcio en México se inició en el Código Napoleón de 1804, también conocido como código civil de los franceses, dado que nuestros legisladores se concretaron a copiar ese ordenamiento. El primer proyecto serio de Código Civil para el Distrito Federal lo elaboró el Doctor en Derecho Justo Sierra, en 1861 cuando era asesor jurídico de Benito Juárez. Reconoció que estaba copiando la legislación francesa y otras. Su trabajo fue publicado como los libros I y II del Código Civil del Imperio en 1866, por Maximiliano de Habsburgo.¹²³

¹²² PINA DE VARA, Rafael, Elemento de Derecho Civil Mexicano, México, pág.340.

¹²³ GUITRÓN FUENTEVILLA, Julián, Derecho Familiar, México, pág. 333.

En 1868, El presidente del Tribunal Superior del estado de Veracruz-Llave, Fernando de Jesús Corona, copio el proyecto de Justo Sierra y lo convirtió en el Código Civil del Estado de Veracruz del año mencionado. En el Distrito Federal en 1870, se promulgó el primer Código Civil, también transcrito de los proyectos de Justo Sierra y desde luego, sin confesar la fusilata y arrogándose la paternidad de la legislación civil.

El Segundo Código de la materia, para el Distrito Federal, se dio en 1884 sólo se agregó la libertad para testar, pero seguía siendo la copia del trabajo de Justo Sierra. Entonces se inició el presente siglo y en 1928 empezaron los trabajos del Código Civil vigente conocido el primero de octubre de 1932, y en el mismo se copio el de 1884, claro debe mencionarse que la Ley del Divorcio Vincular de 1914 dada en Veracruz el 29 de diciembre y debida a la inspiración de Venustiano Carranza, quien estableció por primera vez en México, la disolución del vínculo matrimonial, deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro, Esta Ley a su vez formo parte de la Ley sobre Relaciones Familiares de 1917, inspirada también por el equipo de Venustiano Carranza.

En estas condiciones tomando en cuenta que el Código Civil para el Distrito Federal vigente, es el de 1932, podemos afirmar categóricamente que casi todas sus materias, con los agregados que han hecho las diferentes legislaturas, vivimos bajo las normas civiles y familiares de principios de siglo pasado, y como decíamos esa historia jurídica del divorcio que ha sido una verdadera enemiga de la familia y una falacia en la mayoría de sus causales, atentatorias estas de la estabilidad familiar, hoy a llegado a su fin, al haberse creado en México un Derecho Familiar propio y acorde a la idiosincrasia de nuestro pueblo y en lo jurídico, basada en los concienzudos y profundos análisis de las diversas jurisprudencias emitidas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Así tenemos que para lo que fueron nuestros primeros códigos en México tanto de 1870 como de 1884, si se aceptaba el divorcio, pero este no desvinculaba el vínculo que forma el matrimonio.

El Código de 1870 dispuso que debieran transcurrir dos años desde la celebración del matrimonio para que procediera la separación de cuerpos en forma voluntaria, y no procedía después de 20 años de matrimonio.

El artículo 75 de la Ley de Relaciones Familiares expresaba lo siguiente: “el divorcio disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro”.

Los casos en los cuales procede el divorcio entre los tribunales mexicanos, van a fijarse a través de diversas causales que se han de reglamentar con una legislación especial establecida en la Ley de Divorcio de 1914.

Esto definitivamente es un avance substancial y es un revés total para el clero mexicano quien sentía tener el control absoluto sobre las mentes mexicanas y su aplicación dentro de lo que sería la unidad familiar.

En lo que se refiere al Código Civil para el Distrito Federal de 1928 con sus reformas, estableciendo como regla esencial y de manera general el divorcio vincular y como excepción, el divorcio por separación de cuerpos, por los casos de enfermedad crónica e incurable, impotencia o enajenación mental. El cónyuge sano que desea pedir el divorcio puede optar por la separación permaneciendo subsistentes las demás obligaciones del matrimonio. La misma situación se da cuando alguno de los esposos se trasladaba a país extranjero o a lugar insalubre e indecoroso.¹²⁴

¹²⁴ PÉREZ CIMAC, Mónica, El divorcio en México, México D.F., 1998, pág. 67.

La evolución legislativa Civil para el Distrito Federal va a encontrar en el divorcio una forma por medio de la cual, se conserva el divorcio vincular, esto es el que disuelve el vínculo matrimonial, esto hace que en los cónyuges se presenta una aptitud para poder llevar a cabo un nuevo matrimonio.

El Código Civil de 1928, va a aceptar también en términos generales las causas que conforme a la Ley sobre Relaciones Familiares, permiten la disolución del vínculo matrimonial por medio del divorcio y además reconoce la posibilidad de disolverlo por mutuo consentimiento de los cónyuges e introduce un procedimiento especial administrativo de divorcio por mutuo consentimiento, sin intervención de la autoridad judicial, autorizado por el Juez del Registro Civil, cuando los cónyuges sean mayores de edad, no tengan hijos y hayan liquidado de común acuerdo la sociedad conyugal si bajo ese régimen se casarón.

El Código Civil llegó a prever desde mayo de 2002 para el caso del divorcio vincular previa 21 causales, por eso lo que se invocara tendría que ser acorde a lo que establecía el art. 267 del Código Civil para el Distrito Federal.¹²⁵

La legislación Civil se empieza ya a sacudir el yugo de la formación vincular eclesiástica y con esto se va a dar pie para optar por otras formas diversas por medio de las cuales se logre la desintegración de un vínculo tan importante que se forma en el momento en que se celebra el matrimonio y que une a la pareja bajo un régimen legal el que el Código Civil establece las normas a las cuales se han de sujetar, permitiéndole a dicha pareja a escoger en relación con la administración de bienes o bien una sociedad conyugal, e incluso la Legislación les otorga la posibilidad de establecer capitulaciones matrimoniales por medio de las cuales, pueden lograr administrar completamente sus bienes.¹²⁶

¹²⁵ BAQUEIRO ROJAS, Edgard, *ibidem*, pág. 187.

¹²⁶ PÉREZ CIMAC, Mónica, *Op cit.* 70.

3.3.1 Disposiciones del Código Civil de 1884 relativas al divorcio.

Art. 226 El divorcio no disuelve el vínculo del matrimonio: suspende sólo algunas de las obligaciones civiles, que se expresaran en los artículos relativos de este código.

Art. 227 Son causales legítimas de divorcio:

I.- El adulterio de uno de los cónyuges,

II.- el hecho de que la mujer dé a luz durante el matrimonio un hijo concebido antes de celebrarse el contrato, y que judicialmente sea declarado ilegítimo,

III.- La propuesta del marido para prostituir a su mujer, no sólo cuando el mismo marido la hay hecho directamente, sino cuando se pruebe que ha recibido dinero cualquiera remuneración con el objeto expreso de permitir que otro tenga relaciones ilícitas con su mujer.

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

V.- El conato de marido o de la mujer para corromper a los hijos o la tolerancia en su corrupción,

VI.- El abandono del domicilio conyugal sin justa causa, o aun cuando sea con justa causa, si siendo ésta bastante para pedir el divorcio, se prolonga por más de un año el abandono, sin que el cónyuge que lo cometió intente el divorcio;

VII.-La sevicia, las amenazas o las injurias graves de un cónyuge para con el otro.

VIII.- La acusación falsa hecha por un cónyuge contra el otro.

IX.- La negativa de uno de los cónyuges a ministrar al otro alimentos conforme a la ley.

X.- Los vicios incorregibles de juego o embriaguez

XI.- Una enfermedad crónica e incurable, que sea también contagiosa o hereditaria, anterior a la celebración del matrimonio, y de que no haya tenido conocimiento el otro cónyuge;

XII.- Mutuo Consentimiento

Art. 228 El adulterio de la mujer es siempre causa de divorcio, el del marido lo es solamente cuando con él concurre alguna de las circunstancias siguientes.

I.- Que haya habido concubinato entre los adúlteros, dentro o fuera de la casa conyugal.

II.- Que el adulterio haya sido cometido en la casa común,

III.- Que hay habido escándalo o insulto público hecho por el marido a la mujer legítima.

IV.- que la adúltera haya maltratado de palabra o de obra, o por su causa se haya maltratado de alguno de esos modos a la mujer legítima

Art. 229 Este artículo manifiesta que cuando alguno de los cónyuges corrompa a los hijos, será causa de divorcio.

Art. 230 En el siguiente precepto, se determina que cuando no haya una causa bastante o suficiente que acredite el divorcio o su nulidad, el demandado también tiene el derecho de pedir el divorcio pero pasados 4 meses.

Art. 231 Este artículo determina que cuando ambos consortes convengan en divorciarse, tendrán que hacerlo por escrito al juez.

Art. 232 En este artículo también se manifestaba que una vez que ambos cónyuges decidan separarse su demanda se acompañara de un convenio que arregle la situación de los hijos y los bienes.

Art. 234 En Este precepto se manifiesta que transcurrido un mes el juez citará a los cónyuges a fin de que le conste que ambos deciden divorciarse de manera libre.

Art. 235 De la sentencia.

Art. 236 Continuación del divorcio después de la separación

Art. 237 Reunión de los cónyuges en cualquier tiempo

Art. 238 La enfermedad no autoriza el divorcio.

Art. 239 El divorcio solo puede pedirlo quien no haya dado causa a él.

Art. 241 al 256, Al final el juez de primera instancia remitirá copia de ella al estado civil y este al margen del acta de matrimonio, pondrá la nota expresando en que fecha se declaró el divorcio y el tribunal que lo declaró.

3.3.2 Ley sobre Relaciones Familiares

Expedida por el Primer Jefe del Ejercito Constitucionalista el 9 de abril de 1917.

Art. 75, El divorcio disuelve el vínculo matrimonial y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro.

Art. 76 Son causas del divorcio:

Dentro de las causales se encontraba el adulterio cometido por algunos de los cónyuges, o el hecho de que la mujer haya tenido un hijo antes de celebrarse el contrato o que algunos de los cónyuges determine la perversión moral del otro cónyuge o la incitación a la violencia de alguno de los cónyuges para cometer algún delito, todo esto regulado en la Ley sobre Relaciones Familiares.

La evolución del divorcio tuvo que sobrepasar una idea tan radical como era la eclesiástica en el sentido de que lo que unía Dios los ciudadanos no podían desunirlo.

Así tenemos que para lo que fueron nuestros primeros códigos en México tanto el de 1870 como el de 1884, si se aceptaba el divorcio, pero este no desvinculaba lo que forma el matrimonio.

El artículo 75 de la Ley sobre Relaciones Familiares expresaba lo siguiente: “el divorcio disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro”.¹²⁷

Los casos en los cuales procede el divorcio entre los tribunales mexicanos, van a fijarse a través de diversas causales que se han de reglamentar con una legislación especial establecida en la Ley de Divorcio de 1914.

Esto definitivamente es un avance substancial y es un revés total para el clero mexicano quien sentía tener el control absoluto sobre las mentes mexicanas y su aplicación dentro de lo que sería la unidad familiar.

¹²⁷ Ley sobre Relaciones Familiares, expedida por Venustiano Carranza y Publicada en el Diario Oficial el 14 de abril de 1917, pág.24.

En lo que se refiere al Código Civil para el Distrito Federal de 1928 con sus reformas, estableciendo como regla esencial y de manera general el divorcio vincular y como excepción, el divorcio por separación de cuerpos, por los casos de enfermedad crónica e incurable, impotencia o enajenación mental. El cónyuge sano que desea pedir el divorcio puede optar por la separación permaneciendo subsistentes las demás obligaciones del matrimonio. La misma situación se da cuando alguno de los esposos se trasladaba a país extranjero o a lugar insalubre e indecoroso.

La evolución legislativa Civil para el Distrito Federal va a encontrar en el divorcio una forma por medio de la cual, se conserva el divorcio vincular, esto es el que disuelve el vínculo matrimonial, esto hace que en los cónyuges se presenta una aptitud para poder llevar a cabo un nuevo matrimonio.

El Código Civil de 1928, va a aceptar también en términos generales las causas que conforme a la ley de Relaciones Familiares, permiten la disolución del vínculo matrimonial por medio del divorcio y además reconoce la posibilidad de disolverlo por mutuo consentimiento de los cónyuges e introduce un procedimiento especial administrativo de divorcio por mutuo consentimiento, sin intervención de la autoridad judicial, autorizado por el Juez del Registro Civil, cuando los cónyuges sean mayores de edad, no tengan hijos y hayan liquidado de común acuerdo la sociedad conyugal si bajo ese régimen se casaron.

La legislación Civil se empieza ya a sacudir el yugo de la formación vincular eclesiástica y con esto se va a dar pie para optar por otras formas diversas por medio de las cuales se logre la desintegración de un vínculo tan importante que se forma en el momento en que se celebra el matrimonio y que une a la pareja bajo un régimen legal el que el Código Civil establece las normas a las cuales se han de sujetar, permitiéndole a dicha pareja a escoger en relación con la administración de bienes o bien una sociedad conyugal, e incluso la Legislación les otorga la posibilidad de establecer capitulaciones

matrimoniales por medio de las cuales, pueden lograr administrar completamente sus bienes.¹²⁸

Creemos que en la ley sobre relaciones familiares ya se aceptaba que el divorcio disuelve el vínculo matrimonial posteriormente se aceptan las causales como tal, en la ley de divorcio de 1914, y fue hasta 1928 con el primer código civil, que se acepta el divorcio vincular y el divorcio por separación de cuerpos, cuyas circunstancias permiten llevar a cabo un nuevo matrimonio y ya en este código civil se aceptan las causales y el divorcio por mutuo consentimiento.

3.4 Fines que persigue el divorcio

En el momento en que la legislación va a fijar reglas dentro de lo que es el matrimonio lo hace con miras a que dicho matrimonio deba de perdurar lo más posible.

En muchas de las ocasiones, la pareja no llega a congeniar correctamente o hay intromisiones de familiares o sencillamente los caracteres no congenian o bien, deciden ambos consortes disolver su vínculo matrimonial.

Así tenemos que al autor Benjamín Flores Barroeta al hablarnos de los fines del divorcio nos dice: “Como fin principal, encontramos la *disolución del vínculo del matrimonio*, en la vida de los cónyuges, por una causa posterior a su celebración y deja a los mismos cónyuges en aptitud de contraer uno nuevo; el matrimonio, fuente principal de la familia y garantía de su subsistencia, por su propia naturaleza debe permanecer.

No debe aceptarse en alguna manera, por la función misma de la Institución matrimonial que al celebrar el matrimonio la voluntad de los

¹²⁸ MIZRAHI, Mauricio Luis, Familia, Matrimonio y divorcio, Edit. Astrea de Alfredo y Ricardo Desalma, Buenos Aires 1998, pág. 59.

consortes sea otra distinta a la de mantener la subsistencia del vínculo conyugal durante toda su vida, mediante el firme propósito de superar las contingencias que por azares de la vida amenacen el mantenimiento de ese vínculo. El contenido de esa voluntad en el momento de la celebración del matrimonio, constituye una verdadera promesa de llevar a cabo hasta el final de la vida ese propósito; el divorcio quiere decir la ruptura de ese matrimonio válido entre la vida de los esposos y el fin principal es la separación de ellos a través de la declaración judicial de la disolución del vínculo matrimonial.¹²⁹

Como se ha detectado el objetivo o la acción del divorcio esta totalmente dirigida a destruir el vínculo matrimonial.

Dicho de otra manera los fines del divorcio estarán afectando directamente al vínculo matrimonial su consolidación y la relación que forma desde el momento en que ambos cónyuges aceptan llevar a cabo el matrimonio.

El fin principal del divorcio es deshacer el vínculo matrimonial y con esto evidentemente los efectos y causas que se producen no solamente respecto de lo que fueran los bienes y la familia, sino de la situación de estado por cada uno de los cónyuges y de los hijos, así como de los bienes o la sociedad que hayan formado.

Con la reforma el divorcio, se manifestó sin expresión de causa que fue objeto de reformas hasta 2008; como una solución a la problemática que sufría el divorcio regulado como lo era antes de dichas reformas.

Tal evolución que se ha dado dentro de las instituciones del derecho familiar y en concreto la regulación de la que el divorcio ha sido objeto en un buen número de regiones y lugares. Las modificaciones que se dieron desde el artículo 266 al 299, previsores del divorcio, se circunscribieron a una revisión y

¹²⁹ FLORES BARROETA, Benjamín, Reflexiones del primer curso de Derecho Civil, pág. 382.

actualización paulatina de las causas que daban lugar al divorcio necesario, así como mejorar las medidas preventivas y preservar los intereses de los hijos, de los bienes y de los cónyuges mismos. Con la reforma del 2008, se pretende dar cabida a que sea suficiente que nada más uno de los cónyuges quisiera divorciarse y sin expresar la causa de su intención, porque solo con su mera decisión unilateral, procede el divorcio, se suprimió del articulado del código, el señalamiento de cualquier otra causa, que no fuera esa voluntad unilateral y se eliminó la regulación del divorcio voluntario por vía judicial, pues en los términos de las reformas resultó fuera de lugar, al ser suficiente para alcanzar el divorcio que así lo quiera alguno de los cónyuges.

3.5 La situación legal de los miembros de la familia con la desintegración.

La situación legal de los miembros de la familia estaba determinada por circunstancias, totalmente concretas a través de las cuales la acción de divorcio se lleva a cabo.

En un principio la situación de los cónyuges frente al divorcio, se va a denotar en la posibilidad o capacidad de contraer nuevas nupcias.

Independientemente que las diversas sanciones en relación con promesas o donaciones hechas por el cónyuge culpable al inocente, en primer efecto entre las personas que se divorcian es el poder tener la capacidad de contraer nuevas nupcias.

Ahora bien, en relación con los hijos las situaciones legales pueden definirse duramente, no así las situaciones morales o de afectación traumática psicológica que el divorcio produce en la formación de la personalidad de los menores.

Desde el momento en que se toma en cuenta la entrada de la acción de divorcio, pues la separación provisional es el primer decreto y en cuanto a los hijos, estos de alguna manera, deben de asegurárseles la posibilidad de que puedan seguir adelante en lo que a su desarrollo se refiere.

Así, tenemos que la posibilidad de poner a los hijos al cuidado de una persona, esto estará más que nada determinado por disposiciones o medidas que se decreten durante la tramitación del divorcio y que de alguna manera se convierten en medidas definitivas cuando se decreta o se sentencia el divorcio.

En principio la separación de los cónyuges y por otro lado la situación de los hijos, siendo que la fracción II del artículo 282 del Código Civil del DF nos hablaba de ello, diciendo: "Poner a los hijos al cuidado de la persona que de común acuerdo hubieron designado los cónyuges, debiendo ser uno de éstos y pudiéndose compartir la custodia: en defecto de ese acuerdo el juez de lo familiar resolverá lo conducente previó el procedimiento que fijo el código respectivo y tomando en cuenta la opinión del menor.

Salvo peligro grave para el normal desarrollo de los hijos, los menores de siete años deberían quedar al cuidado de la Madre. No será obstáculo para la preferencia maternal en la custodia, el hecho de que la madre carezca de recursos económicos.

Es decir la situación legal de los miembros de la familia que se esta desintegrando, debe estar en correlación con su desarrollo y principalmente con el crecimiento de su personalidad.

Sin lugar a dudas la legislación trataba de proteger estas circunstancias fehacientemente y por tal razón, se ocupaba de los menores de doce años mismos que obligatoriamente quedaban al resguardo de la madre.

Ahora bien que es lo que pasa o pasaba con la Patria Potestad?

Se consideraba que la misma se puede perder por dos razones que la propia legislación establece como causales de pérdida de la patria potestad y que el Juez de lo Familiar puede invocarlas o utilizarlas en el procedimiento o notar una situación tan grave que haga que uno de los cónyuges pueda llegar a perder la patria potestad.

De ahí que ese otro vínculo filial que se tiene entre padres e hijos, pueda llegar a perderse; hemos de subrayar el hecho de que estamos diciendo que puede; no estamos diciendo que debe perderse; estamos solamente mencionado las posibilidades de que el juez según las circunstancias pueda decretar la pérdida de la patria potestad.

Vale la pena citar las palabras del autor Rafael Rojina Villegas que comenta lo siguiente: “El principio general reconocido en todos los códigos civiles que admiten que el *divorcio vincular, es el de privar al cónyuge culpable de la patria potestad sobre los hijos*. Así mismo cuando el divorcio se decreta por alguna enfermedad crónica e incurable que sea además contagiosa o hereditaria, coinciden los códigos que reconocen esta causal, en conceder la custodia de los hijos al cónyuge sano y simplemente restringen el conjunto de derechos que otorga la patria potestad al cónyuge enfermo, solo para evitar que pudiere contagiar a sus hijos a través de la convivencia, del trato continuo y de la posibilidad de poder intervenir en su educación; pero como la patria potestad no es solo una suma de derechos, sino también de obligaciones y responsabilidades. Se mantienen estas solo para el cónyuge enfermo, especialmente dentro de su posibilidad de suministrar alimentos a sus hijos, representados jurídicamente todos aquellos actos se requiere la intervención del padre, o en su caso la madre, así como cuando se trata del fenómeno de asistencia que no implica una representación sino simplemente una autorización del acto jurídico que lleve a cabo el hijo menor de edad.¹³⁰

¹³⁰ ROJINA VILLEGAS, Rafael, Compendio de Derecho Civil, Introducción Personas y Familia, México, pág. 413.

La consecuencia directa en relación con la situación legal de los miembros de la familia cuando sobreviene la pérdida de la patria potestad para que en la relación filial de padres e hijos, ya no exista la necesidad de cohabitación, ni tampoco el don de mando del padre hacia el hijo, ni mucho menos la necesidad de la obediencia del mando, por parte del hijo.

La legislación le permite al cónyuge que conserva la patria potestad el tener el “imperium”, sobre las diversas circunstancias que rodean al hijo menor de edad incluso sobre sus bienes.

“Claro que aquel que pierde la patria potestad y está obligado a la aportación de la pensión alimenticia de todas maneras tiene que seguir haciéndolo aún a pesar de no tener la patria potestad.”

No está reglamentado que los apellidos de los hijos no vayan a cambiar en ningún momento; la situación del estado civil de la pareja sufrirá algunas modificaciones para conservar la mujer el nombre de soltera.¹³¹

A la luz de lo que es el derecho de familia, todas y cada una de las personas debemos de tener un cierto estatus civil.

Para conocer el término dogmático de dicho concepto se deben citar las palabras del autor Rafael de Pina Vara quien sobre el estado civil de las personas dice “Es la situación jurídica de una persona física, considerada desde el punto de vista del derecho de familia y que hace referencia a la calidad del padre, de hijo, de casado, de soltero etc.”

Es muy importante y además trascendental, el considerar el estado civil de las personas cuando sobreviene el divorcio.

¹³¹ ROJINA VILLEGAS, Rafael, op cit. Pág. 418.

De tal manera que el cambio de estatus civil, será el acomodamiento de la persona frente a una clasificación de grupo social que responde a situaciones familiares.

En virtud de que la conceptualización del estado civil en términos generales hace que cada uno de nosotros deba de pertenecer a una situación o estado político que abarca muchas circunstancias que van desde lo que es ciudadanía hasta nacionalidad.

El autor Efraín Moto Salazar dice lo siguiente “El estado civil como atributo de la personalidad, es la relación en que se hayan las personas en el agrupamiento social, respecto de los demás miembros del mismo agrupamiento.”

El estado de las personas se divide en **político y privado**. El estado político abarca el estudio de la **nacionalidad y la ciudadanía**; el estado privado abarca el estudio de las relaciones familiares y de ciertas condiciones personales del individuo, como sus incapacidades, su sexo etc.

El estado civil está integrado por una serie de hechos y actos de tal manera importantes y trascendentales en la vida de las personas que la ley les toma en consideración de manera cuidadosa para formar con ellos la historia jurídica de las personas.¹³²

Debido a lo que sería la personalidad y sus atribuciones, vamos a encontrar que tanto el nombre, el domicilio, el patrimonio, y por último el estado civil, forman parte de los atributos de la personalidad.

Y en lo que se refiere al estado civil, se encuentra un estado frente a la ciudadanía y nacionalidad y otro frente a la familia.

¹³² MOTO SALAZAR, Efraín, Elementos de Derecho, México, 1999, pág.151.

Ángel Caso, cuando habla también del estado civil dentro de la familia dice lo siguiente “Cuando el individuo nace perteneciendo a una familia y a una nación o estado, significa que entre el individuo y la familia de que proviene, en primer término entre el individuo y el estado, se crean relaciones de dos especies; políticas y familiares. El Conjunto de las primeras, forman lo que se llama el estado de ciudadanía; el conjunto de las segundas forman el estado de familia, pero todos estos vínculos en su totalidad constituyen el estado civil.

Lo anterior definiría que el estado civil de las personas como una relación en que se hayan en un agrupamiento social, dentro de la familia y del estado, respecto del mismo agrupamiento; el estado civil de las personas tiene importancia porque mediante él se determinan los derechos y obligaciones que corresponden a las personas en relación con el vínculo social.¹³³

El estado civil en relación con la pareja que ha de desintegrar el vínculo conyugal, va a sufrir una afectación radical.

Esto en virtud de que nuestra legislación en ningún momento obliga que la mujer deba de usar el apellido del marido y mucho menos en una forma en que se refleja la pertenencia del dominio del hombre sobre la mujer.

Pero es el caso de que los efectos en la relación de los cónyuges será el hecho de que su estado civil se transforme, de casados a lo que sería de nueva cuenta solteros o bien, aunque la naturaleza correcta del estado civil sería divorciados.

De hecho se podría considerar que así es ya que el artículo 39 del Código Civil establece: en el Distrito Federal, estará a cargo de los jueces del Registro Civil, autorizar los actos del estado civil y extender las actas relativas al nacimiento, reconocimiento de hijos, adopción, matrimonio, divorcio administrativo y muerte de los mexicanos y extranjeros en el Distrito Federal, al

¹³³ CASO, Angel, Principios de Derecho, México, Editorial Cultura, 2ª ed.,1992, pág. 134.

realizarse el hecho o acto de que se trate, así como inscribir las ejecutorias que declaran la ausencia, la presunción de muerte, el divorcio judicial, la tutela o que se ha perdido o limitado la capacidad legal para administrar bienes, siempre y cuando se cumplan las formalidades exigidas por los ordenamientos jurídicos aplicables

Lo anterior quiere decir que el Registro Civil está capacitado y tiene la competencia necesaria para emitir actas de divorcio.

Así pues tenemos que la ejecución de la sentencia de divorcio se hace indispensable remitirla hacia el juez del Registro Civil, correspondiente para que este último para que este último levante el acta necesaria. Esto lo disponen los artículos 114, 115,116 del propio Código Civil para El Distrito Federal.

De tal manera que extendida el acta, se mandará a anotar en el acta de matrimonio de los divorciados la copia de la declaración de divorcio y se archivará con el mismo número de acta.

Por lo anterior se debe destacar que en nuestra legislación si se contempla el estado civil del divorciado.

Claro está que se adquiere la naturaleza de los derechos y obligaciones de un soltero, pero lo cierto es que no llegan a ser totalmente semejantes las circunstancias, puesto que respecto de los hijos puedan subsistir los derechos y obligaciones inherentes al otorgamiento de alimentos y en muchas de las ocasiones al ejercicio de la patria potestad e incluso a la custodia de los hijos.

En lo que sería la afectación en cuanto al estado civil de los miembros de la familia, está únicamente incluiría a lo que son los cónyuges divorciantes. Dicho de otra manera la calidad del estado civil solo afectaran a los que estuvieren bajo el régimen conyugal.

Ahora bien la mujer ya no podrá mas ocupar el apellido de su ex marido, en virtud de que hay un levantamiento de acta de divorcio, que coloca a los cónyuges en el estado civil y los agrupa en un estatus de divorciados.

Derivado de lo anterior podemos observar que necesitamos un estado civil, es decir un lugar en el agrupamiento social al que pertenecemos, para determinar que responsabilidades se originaron con el divorcio, y que todo conste en las actas respectivas.

3.6 Naturaleza Jurídica

De alguna manera el matrimonio tiene reglas y el divorcio presenta todo un procedimiento.

Partiendo de lo que es el concepto de sociedad se puede observar como la integración de una familia va a generar una cierta procreación y por consecuencia una familia.

José Nordase dice lo siguiente “Vamos a ceñir ahora el concepto de sociedad a una clase de agrupación humana permanente que tiene una cultura definida y un sentimiento y una conciencia mas menos vivos de los vínculos que unen a sus miembros a la coparticipación de intereses, actitudes, criterios de valor,”.¹³⁴

La posibilidad de subsistir en un medio físico dado y por supuesto con ese grado de organización que asegura su perpetuación biológica. Es la estructura principal de cualquier comunidad.

Pues bien frente a esto, *la naturaleza jurídica social* del divorcio como ya dijimos anteriormente al principio se satanizo pero en la actualidad ya es un

¹³⁴ NORDASE, José, Elementos de Sociología, México, 2001, pág. 3.

mal necesario. *Es una necesidad de los efectos secundarios de las políticas económicas a las cuales evidentemente estamos sometidos por la globalización.* Como consecuencia de lo anterior, esta *naturaleza jurídica social del divorcio, es darle una seguridad jurídica a la desintegración familiar, para que esa desvinculación del matrimonio, no se lleve en forma desorganizada.* De ahí que otro de los conceptos que debemos mencionar es el de la seguridad jurídica, de la cual el filósofo griego Delos dice: la seguridad es la garantía dada al individuo de que su persona, sus bienes y sus derechos no serán objetos de ataques violentos o que, si estos llegarán a producirse, le serán asegurados por la sociedad, protección y reparación, en principio esta seguridad jurídica le da opciones a la pareja para que pueda divorciarse y disolver el vínculo. Pero estas situaciones estarán dadas por la propia ley.¹³⁵

Esas eran las causales de divorcio y que formaban parte del marco jurídico que ofrecía la ley. El divorcio forma parte de la estructura social para darle también una fórmula de organización, a través de la cual la pareja pueda lograr la disolución del matrimonio.

3.7 Tipos de divorcio

Por sus efectos existen dos clases de divorcio; el vincular y el de separación de cuerpos.

El divorcio vincular (*quad vinculum*); también llamado divorcio pleno, que rompe el vínculo matrimonial y deja a los divorciados en condiciones de contraer nuevas nupcias.

El divorcio por simple separación de cuerpos (*separation quad thourum el mensam*) también llamado divorcio menos pleno. Este tipo de divorcio no permite la celebración de un nuevo matrimonio, en tanto que solo suspende a los cónyuges, la obligación de vivir juntos (cohabitación) subsistiendo las otras

¹³⁵ Citado por Preciado Hernández Rafael, Lecciones de Filosofía de Derecho, México, pág. 233.

obligaciones derivadas del matrimonio, entre ellas el respeto (fidelidad) y el de cooperación o ayuda mutua alimentos, así como la sucesión hereditaria legítima.¹³⁶

El divorcio unilateral o repudio. La sola voluntad de uno de los esposos basta para poner fin al matrimonio. Antiguamente el repudio fue una forma usual de disolver el vínculo matrimonial; en diversas culturas constituía un derecho exclusivo del hombre, este podía repudiar a la mujer por adulterio, esterilidad, torpeza, vida licenciosa, muy ocasionalmente llegó a ser un derecho de la mujer.

Divorcio por mutuo consentimiento; es el acuerdo voluntario de ambos cónyuges, para poner fin al matrimonio, sin tener que invocar causa alguna.

El divorcio causal o necesario; en este se requiere la existencia de una causa lo suficientemente grave que torne imposible, o al menos difícil, la convivencia conyugal. La acción se otorga al cónyuge, que no haya dado motivo para el divorcio. También tiene lugar cuando, sin culpa de alguno de los esposos, la vida en común, se deteriora por enfermedad incurable, además contagiosa o hereditaria, por impotencia sexual o por cualquier trastorno mental incurable. En estos casos la acción se concede al cónyuge sano.

El divorcio sanción; en este se supone que la causa es una violación grave a los deberes del matrimonio, y el divorcio es la sanción que se aplica al cónyuge culpable, por ello la acción corresponde al cónyuge inocente, quien es libre de ejercitarla, perdonar o permitir que la acción prescriba. (este contemplaba las causales que actualmente están derogadas).¹³⁷

En términos generales la segunda parte del artículo 266 del Código Civil para el Distrito Federal clasificaba el divorcio en **voluntario y necesario**.

¹³⁶ BAQUEIRO ROJAS, Edgard, Derecho de Familia, Ed. Oxford, UNAM, 3ª reimpresión, 2008, pág. 184.

¹³⁷ BAQUEIRO ROJAS, Edgard, Op cit. pág. 188.

Consideraba que es voluntario cuando se solicitaba de común acuerdo por los cónyuges, y se substanciará administrativa o judicialmente, según las circunstancias del matrimonio.

3.7.1 Divorcio Administrativo

Derivado de lo que establecía el segundo párrafo del artículo 266 se observaba que el divorcio administrativo pues básicamente tenía una naturaleza de ser voluntario, esto es cada uno de los cónyuges quería y deseaba llevar a cabo el trámite de divorcio.

Por tal razón se generaba una posibilidad concreta a través de la cual, pueda lograr la desvinculación cuando estaban dentro de los parámetros que la propia legislación establecía principalmente el artículo 272 del Código Civil para el Distrito Federal.

Que a la letra decía “procede el divorcio administrativo cuando habiendo transcurrido un año o más de la celebración del matrimonio, ambos cónyuges convengan en divorciarse, sean mayores de edad, hayan liquidado la sociedad conyugal de bienes, si están casados bajo ese régimen patrimonial, la cónyuge no está embarazada, no tengan hijos en común o teniéndolos, sean mayores de edad y estos no requieran alimentos o alguno de los cónyuges. El Juez del Registro Civil previa identificación de los cónyuges levantara una acta que hará constar la solicitud de divorcio y citará a éstos para que la ratifiquen a los quince días. Si los cónyuges lo hacen el Juez los declarará divorciados y hará la anotación correspondiente en la del matrimonio anterior.

La legislación era bastante clara y señalaba los siguientes requisitos:

- 1.- Que cuando menos hayan tenido un año de matrimonio, de ahí que el acta de matrimonio debía ser expedida cuando menos un año anterior.

2.- Luego que existiera la voluntariedad y el consentimiento de los cónyuges por divorciarse requiriéndose que tuvieran la mayoría de edad.

3.- Evidentemente que se hubiera liquidado la sociedad conyugal y por supuesto se demostrara que la cónyuge no haya quedado embarazada

El divorcio administrativo formaba parte de la disolución del vínculo en forma voluntaria los autores Fernando Flores Gómez González y Gustavo Carvajal Moreno cuando explican estas situaciones nos dicen lo siguiente:

El divorcio voluntario y el divorcio necesario, pertenecen al divorcio desvincular matrimonial otorgando además capacidad a los cónyuges para contraer nuevas nupcias; el divorcio voluntario es aquel que tiene lugar solamente a solicitud de ambos cónyuges, y que se ha dicho tiene como base el mutuo consentimiento sin expresión de causa alguna. Se cree que un divorcio voluntario oculta hechos que se dejan al margen con el propósito de no dañar la reputación familiar dando lugar a un escándalo. El divorcio de tipo administrativo facilita la disolución del matrimonio, ya que cuando ambos consortes, convengan en divorciarse y sean mayores de edad y no tengan hijos y de común acuerdo hubieren liquidado la sociedad conyugal(si bajo ese régimen se casarón) se presentaran personalmente ante el Juez del Registro Civil del lugar de su domicilio, comprobando con las copias certificadas respectivas en las cuales dice que son casados y mayores de edad y con las cuales manifiesta de manera terminable y explícita su voluntad de divorciarse.¹³⁸

Hubo unas reformas que se publicaron el 25 de mayo del año 2000 en la Gaceta Oficial del Distrito Federal que generaban la posibilidad para llevar a cabo el divorcio administrativo; y esto era que los cónyuges si hubiesen tenido hijos, y si estos ya no necesitaban alimentos en ningún momento, y por su

¹³⁸ FLORES GOMEZ GONZALEZ, Fernando Carvajal y moreno, Nociones de Derecho Positivo Mexicano, México, Porrúa 2006, pág. 286,288 y 289.

puesto los cónyuges, de esa manera, también pueden optar por el divorcio administrativo.

El Juez del Registro Civil una vez que identificaba a los cónyuges levantaba un acta en donde haría constar la solicitud de divorcio para que ratifiquen dicha manifestación a los 15 días, y si los cónyuges lo hacían, el Juez los declaraba divorciados y hacía la anotación correspondiente en el acta de matrimonio.

La voluntad de las partes era respetada por la propia ley a pesar de lo óptimo que era la conservación de la integración de la familia, se les permitía la opción de la desvinculación en virtud de que es preferible cortar los lazos familiares y de esa manera tratar que cada uno de dichos cónyuges, puedan rehacer su vida independiente.

3.7.2 Divorcio Voluntario

Este procedía por la vía judicial cuando los cónyuges que se encontraban previstos en los casos del artículo 272 del CCDF y tenían hijos menores de edad, consideraban por mutuo consentimiento el llevar a cabo su divorcio ante el Juez.

Requería necesariamente que haya transcurrido un año más de celebrado el matrimonio y por supuesto se necesitaba presentar un convenio de divorcio.

La naturaleza de ese convenio de divorcio estaba supeditada a las formulas que la propia ley establecía en el artículo 273 Código Civil que en sus siete fracciones, como adelante se describen:

1. Debían designar la persona que tendría la guardia y custodia de sus hijos durante y después de la ejecución del divorcio.

2. Establecían el modo de atender las necesidades de los hijos, especificando la forma de pago de la obligación alimentaria y en algún momento determinado otorgar las garantías de realización material que solicitaba el Agente del Ministerio Publico como representante social.

3. Designaba a que cónyuge corresponderá el uso de la morada conyugal. Los enseres familiares etc.

4. Designaba la casa que serviría de habitación a cada cónyuge, tanto durante como después de ejecutado el divorcio.

5. Designaban la cantidad o porcentaje de pensión alimenticia a favor del cónyuge acreedor, cuando exista el derecho para ello.

6. La manera en que se administraría la sociedad conyugal si es que se casarón bajo este régimen y la forma de liquidarla.

7. Finalmente se establecía en el convenio las modalidades bajo las cuales el progenitor que no tenga la guardia y custodia ejercía el derecho de visita respetando los horarios de comida, descanso y estudio de los hijos.

8. En el divorcio voluntario el hecho de que tenga la guarda y custodia uno de los cónyuges, no quiere decir que el otro renuncia a la patria potestad, que no pueda verlos, que no pueda intervenir en su educación y que no pueda representarlos en todos los actos jurídicos que conforme a la ley le corresponda hacerlo, Sólo en el divorcio necesario puede la madre o el padre perder la patria potestad de su hijo.

Tratándose de alimentos para los hijos, debería hacerse constar la forma de pago y la garantía que debe de otorgarse para asegurarlos, no sólo como la ley lo ordena para los cónyuges, sino también para los hijos y el agente del

ministerio público debe oponerse cuando en un convenio no se cumpla con este requisito.

El artículo 275 del C.C. mencionaba que: “Mientras se decretaba el divorcio voluntario el juez de los familiar autorizaba la separación provisional de los cónyuges y dictaba las medidas necesarias, respecto a la pensión alimenticia provisional de los hijos y del cónyuge, en términos del convenio a que se refiere el art. 273 del mismo código.

Además en la sentencia de divorcio y tomando en cuenta las medidas provisionales a que se refería el artículo 282 del Código civil, el juez de lo familiar fijaba lo relativo a la división de los bienes comunes y se tomaban las precauciones necesarias para asegurar las obligaciones que queden pendientes entre los cónyuges o con relación a los hijos que establecía el artículo 287 del Código Civil.

Los ex cónyuges tenían la obligación de contribuir, en proporciones a sus bienes e ingresos, a las necesidades de los hijos, a la subsistencia y a la educación de éstos hasta que lleguen a la mayor edad.

Es un absurdo que los hijos mayores de edad no tengan derecho a recibir alimentos de sus padres, pues esta en contradicción con el artículo 303 del Código Civil, que establece que los padres están obligados a dar alimentos a sus hijos, sin aclarar que sean mayores o menores de edad y, el artículo 311 del mismo ordenamiento legal expresa terminantemente que los alimentos deben ser proporcionados de acuerdo con la posibilidad de que debe darlos y según la necesidad del que debe recibirlos.¹³⁹

Actualmente el divorcio llamado por mutuo consentimiento por la vía administrativa, se sigue regulando bajo el artículo 272 del Código Civil; manifestando que procede cuando habiendo transcurrido un año de celebrado

¹³⁹ LOZANO RAMÍREZ, Raúl, Derecho Civil, Ed. PAC, Tomo I. México, 2007, pág. 138.

el matrimonio, ambos cónyuges convengan en divorciarse, sean mayores de edad y hayan liquidado la sociedad conyugal si bajo ese régimen se casaron, la cónyuge no este embarazada y no tengan hijos en común o teniéndolos sean mayores de edad y no requieran alimentos; así el Juez del Registro Civil, previa identificación de los cónyuges, levantará un acta en la que hará constar la solicitud de divorcio y citará a estos para que lo ratifiquen en 15 días, si lo hacen el Juez los declarará divorciados.

3.7.3 El Divorcio Necesario

En la legislación Romana que se encontraba en contacto con la Iglesia, la que se oponía al divorcio, admitía el divorcio mediante el repudio, pero después, la legislación romana exigía que hubiera una causa para el repudio, como el adulterio, la corrupción de los hijos, la prostitución de la esposa que realizará el marido, la incitación a cometer un delito, etc. Y cuando esta prohibición era violada se imponía. Además una sanción pecuniaria, perdiendo los derechos dotales.

El derecho canónico desde los primeros tiempos se opuso al divorcio. Los evangelistas apoyados en San Mateo aprobaban el divorcio en caso de adulterio y, otros, apoyados en San Marcos y San Lucas lo condenaban de manera absoluta, tesis esta última que fue defendida por San Agustín y los concilios a partir de siglo VIII.

A partir del siglo XIII se estableció que si los cónyuges eran bautizados y el matrimonio era consumado no procedía el divorcio. En los matrimonios no consumados, si el cónyuge era bautizado era posible la disolución, en el caso de que no fueran bautizados no era posible la disolución, salvo que uno de los consortes se convirtiera en católico. El consorte católico podía contraer nuevas nupcias y estas eran válidas, quedando disuelto el anterior, con el objeto de

que sus hijos se mantuvieran como católicos, siempre que el otro cónyuge fuera católico.

El derecho francés moderno fue el que admitió el divorcio, pero no fue en la primera Constitución de 1791, sino hasta 1792 por incompatibilidad de caracteres, por adulterio, por injurias graves, por sevicia, por abandono de un cónyuge, o sea de la casa conyugal, por emigración de mas de cinco años por cometer un hecho inmoral o delictivo y por locura.

El Código napoleón admitió el divorcio, pero redujo las causas desapareciendo la incompatibilidad de caracteres, la locura, la ausencia y la emigración. El objeto era reducir el torrente de inmoralidad que trajeran las leyes revolucionarias.

En 1816 se suprimió, en Francia, el divorcio para desagaviar a la iglesia Católica, y en 1884 se volvió a establecer semejante al Código de Napoleón, reduciéndolo al caso de adulterio, injurias graves, sevicia y a la condena por hechos criminales.

El código Francés inspiró al de Bélgica, al de Luxemburgo y al de Rumania; rechazando el divorcio España, Italia, Irlanda, Argentina, Colombia, Brasil, Chile y Paraguay. Lo admiten por causas determinadas graves, Portugal, Inglaterra, Holanda y Honduras.

Sara Montero nos ofrece algunas explicaciones sobre lo que es el divorcio necesario, menciona el divorcio contencioso necesario es la disolución del vínculo matrimonial a petición de un cónyuge, decretada por autoridad competente basándose en las causas que expresamente señalaba la ley. El Código Civil para el Distrito Federal es actualmente uno de los más notables del mundo, las causas del divorcio eran de carácter ilimitado, por lo que cada causa tiene un carácter autónomo y no podían invocarse unas en otras, ni

ampliarse por analogía, ni por mayoría de razón, según tesis centrada en la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

En la familia se pueden dar situaciones de hecho que llegan a ser insoportables para cada uno de los cónyuges y la ley ha entendido esta situación y estableció la posibilidad de invocar las causales que señalaba anteriormente nuestro Código Civil para llevar a cabo la disolución del vínculo matrimonial.

De tal forma que uno de los cónyuges podía encontrarse en la necesidad de divorciarse, de ahí que establecería un procedimiento contencioso donde la demanda fue dada en algunas de las causales que la legislación establecía; entre las causales que se mencionaban antes de la reforma están las siguientes:

- 1.- El adulterio debidamente probado por uno de los cónyuges.
- 2.- Un hijo nacido con persona distinta.
- 3.- La propuesta de un cónyuge para prostituir a otro.
- 4- La incitación o la violencia hecho de un cónyuge al otro para cometer algún delito.
- 5.- Que un cónyuge corrompa a los hijos
- 6.- padecer enfermedad incurable
- 7.- padecer trastorno mental incurable
- 8.- Separación injustificada de la casa conyugal por más de seis meses.
- 9.- La separación de los cónyuges por más de un año independientemente del motivo que haya originado la separación, la cual podrá ser invocada por cualquiera de ellos.
- 10.- presunción de muerte.
- 11.- La sevicia, las amenazas y las injurias graves de un cónyuge para el otro o para los hijos.
- 12.- La negativa de uno de los cónyuges a cumplir con las obligaciones.

- 13.- La acusación calumniosa hecha por un cónyuge contra el otro, por delito que merezca pena mayor de dos años de prisión.
- 14.- haber cometido uno de los cónyuges un delito doloso por el cual haya sido condenado a sentencia ejecutoriada.
- 15.- El alcoholismo o el hábito de juego.
- 16.- cometer un delito doloso en contra del otro cónyuge o de alguno de la familia
- 17.- Violencia intrafamiliar.
- 18.- El incumplimiento de las actitudes de violencia intrafamiliar
- 19.- El uso no terapéutico de las sustancias ilícitas a que hace referencia la Ley General de Salud y las ilícitas no destinadas a ese uso, que produzcan efectos psicotrópicos cuando amenacen causar la ruina de la familia.
- 20.- El empleo del método de fecundación asistida realizada sin el consentimiento del otro cónyuge.
- 21.- impedir un cónyuge a otro una actividad (siempre y cuando sea lícita)

Las reformas que se establecieron a partir del año 2000, vigentes a partir del 1º de junio de ese año, tuvieron la pretensión de mejorar la observación de las conductas que daban lugar al **Divorcio Necesario**, con su concentración en su artículo 267, lo que trajo con sígo la eliminación de dicho precepto de divorcio por mutuo consentimiento y su previsión en disposiciones por separado el divorcio por mutuo consentimiento administrativo y el divorcio por mutuo consentimiento judicial, mas con la intención de dejar aclarado que quienes satisficieran con los requisitos para divorciarse administrativamente, solo por esa vía podían hacerlo, y por el contrario quienes no estuvieran en dichas situaciones, tendrían que ventilar su divorcio ante la autoridad judicial.

Para dar cabida a las reformas en el 2008 donde el legislador establecía de que sea suficiente con que unos de los cónyuges quiera divorciarse y sin expresar la causa de su intención, porque solo con su decisión procede el divorcio, se suprimió del articulado cualquier otra causa que no fuera la sola voluntad unilateral y se eliminó la regulación del divorcio voluntario por vía

judicial, ya que es suficiente con que uno de los cónyuges lo quiera para que se de dicho divorcio.

3.7.4 Divorcio In Causado o “Exprés”

El divorcio incausa o popularmente llamado “Exprés”¹⁴⁰ es el divorcio unilateral, en el que se eliminan las 21 causales de separación, y facultan a los cónyuges a solicitar la disolución del matrimonio en cualquier momento que lo consideren necesario.

Además de acompañar a la demanda una propuesta de convenio para regular consecuencias inherentes al matrimonio, con esta determinación se derogan disposiciones relativas al divorcio voluntario por vía judicial y al divorcio por mutuo consentimiento y se da paso a la figura unilateral que autoriza a uno de los dos esposos para que demande la disolución ante la autoridad competente.

La voluntad autónoma de las personas sobre su situación matrimonial debe ser respetada por el Estado y éste no debe empeñarse en mantener, de forma ficticia, un vínculo que en la mayoría de los casos resulta irreconciliable.¹⁴¹

Sólo los cónyuges pueden decidir lo que consideren una causa bastante y suficiente para divorciarse, puesto que sólo ellos conocen el ambiente en el que se desenvuelve el matrimonio”.

El “divorcio exprés” es el más sencillo y nuevo método, recientemente regulado en el Distrito Federal (desde el 03 de octubre de 2008), con el cual ya

¹⁴⁰ Técnicamente debe llamarse “**Divorcio Incausado**”, Publicado en la Gaceta Oficial el 3 de octubre de 2008.

¹⁴¹ Gaceta de Gobierno del Distrito Federal, Decreto por el que se reforma y deroga el Código Civil para el Distrito Federal y el Código de Procedimientos civiles para el D,F, 3 de octubre de 2008.

no se necesita que exista una causa para divorciarse, basta con que el hombre, o la mujer, que forman parte de una pareja manifiesten a un Juez Familiar, su deseo de divorciarse para poder obtener dicho divorcio, sin que el otro pueda oponerse.

La reforma adolece de todo razonamiento jurídico, toda vez que establece que el cónyuge que unilateralmente desee promover el divorcio deberá acompañar a su solicitud una propuesta de convenio.

El divorcio es indudablemente, parte de la condición humana, y así ha sido desde siempre. Al parecer, las primeras leyes escritas sobre el divorcio se remontan al Código Babilónico de Hammurabi y, en la antigua Roma, el divorcio se convirtió en algo endémico, en la actualidad esta permitido en casi todos los países del mundo, y se han arbitrado procedimientos sociales y legales para poner fin a una convivencia no deseada.

Aunque hoy día el divorcio es un hecho socialmente aceptado, no esta exento de cierta polémica. Su implantación en las sociedades occidentales es muy reciente, y ha sido fruto de una delicada evolución histórica, en que la iglesia católica, con su defensa de la indisolubilidad del matrimonio y su combate antidivorcista, ha jugado un papel fundamental.

La institución del divorcio puede tener algunas consecuencias preocupantes que no se deben desdeñar, como el pago de las pensiones alimenticias. Algunos autores han calificado este fenómeno como de feminización de la pobreza, debido a la magnitud de las cifras y a las personas afectadas, principalmente con mujeres con hijos a su cargo.¹⁴²

Ripert eminente tratadista francés, habló de la historia del divorcio, que es en nuestro país, la historia de la religión católica, y más especialmente de las relaciones del Estado con la Iglesia; desde el momento que la religión

¹⁴² COUTO, Ricardo, Derecho Civil Mexicano, La Vasconia, Madrid, 1919, pág. 45.

católica y mas especialmente las relaciones del Estado con la Iglesia, desde el momento que la religión católica es religión del estado, el divorcio queda proscrito; cesa de en que el Estado se separa oficialmente de las confesiones religiosas.

Actualmente el Código Civil establece que en esencia el divorcio in causado, es la disolución del vínculo conyugal, con la consecuente posibilidad de que los divorciados puedan contraer un nuevo matrimonio, permanece sin salvedad alguna y todas las cuestiones paralelas que caminan de la mano con la disolución del vínculo matrimonial como aspecto principal en le divorcio, trae aparejada ciertas situaciones respecto de los hijos y el ejercicio de la patria potestad, de la custodia y el régimen de visitas, o en su caso de los bienes como la disolución y liquidación de la sociedad conyugal o la compensación en caso de que los cónyuges estén casados bajo el régimen de separación de bienes y uno de ellos tiene mas que el otro cónyuge y todas aquellas situaciones circundantes que quedaran pendientes se resolverán vía incidental.

Como puede observarse anteriormente se determinaba que el convenio que debían presentar los cónyuges era solo para el caso de el divorcio por mutuo consentimiento por la vía judicial, con la única salvedad que lo previsto antes como materia de demanda en lo que fue el divorcio necesario, correspondiéndole a la llamada indemnización del cónyuge encargado de los hijos y del hogar y sin haberes propios, prevista en el anterior artículo 289 bis, ahora se llama compensación y su monto debe ser propuesto por el cónyuge que solicite el divorcio.

Las medidas provisionales serán resueltas el la resolución que dicte el Juez respecto del divorcio y apruebe de plano el convenio celebrado, por no haber llegado a un acuerdo en la propuesta de convenio y no sea sino hasta que su contenido fuere resuelto para que las medidas dejen de hacerse efectivas.

Actualmente en el artículo 283 la sentencia fija situaciones respecto de la patria potestad, la guarda y custodia crianza y convivencia de los hijos así como su protección respecto de los actos de violencia o cualquier otra circunstancia que obstaculice su desarrollo normal. El Juez deberá tomar las medidas necesarias para asegurar las todas las obligaciones pendientes entre los cónyuges.

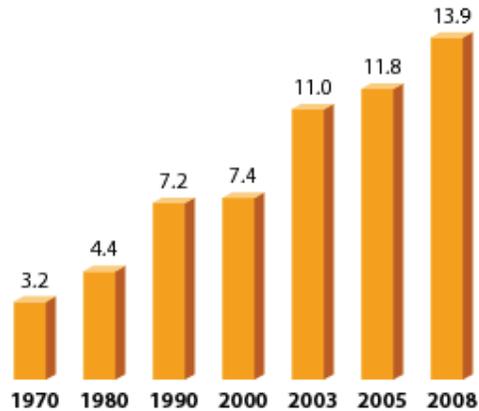
Esta iniciativa busca disolver el vínculo matrimonial con una mayor celeridad en cuanto al procedimiento, evitando trámites innecesarios y onerosos ante los órganos judiciales, siempre y cuando los cónyuges sean mayores de edad, la mujer no esté embarazada y no tengan hijos en común y teniéndolos estos sean mayores de edad.¹⁴³

Actualmente el Código Civil solamente reconoce dos vías para la disolución del vínculo matrimonial; la de divorcio administrativo y la del divorcio unilateral o divorcio incausado.

¹⁴³ Gaceta Oficial, Decreto por el que se reforma y deroga el Código Civil para el Distrito Federal y el Código de Procedimientos civiles para el D.F, 3 de octubre de 2008.

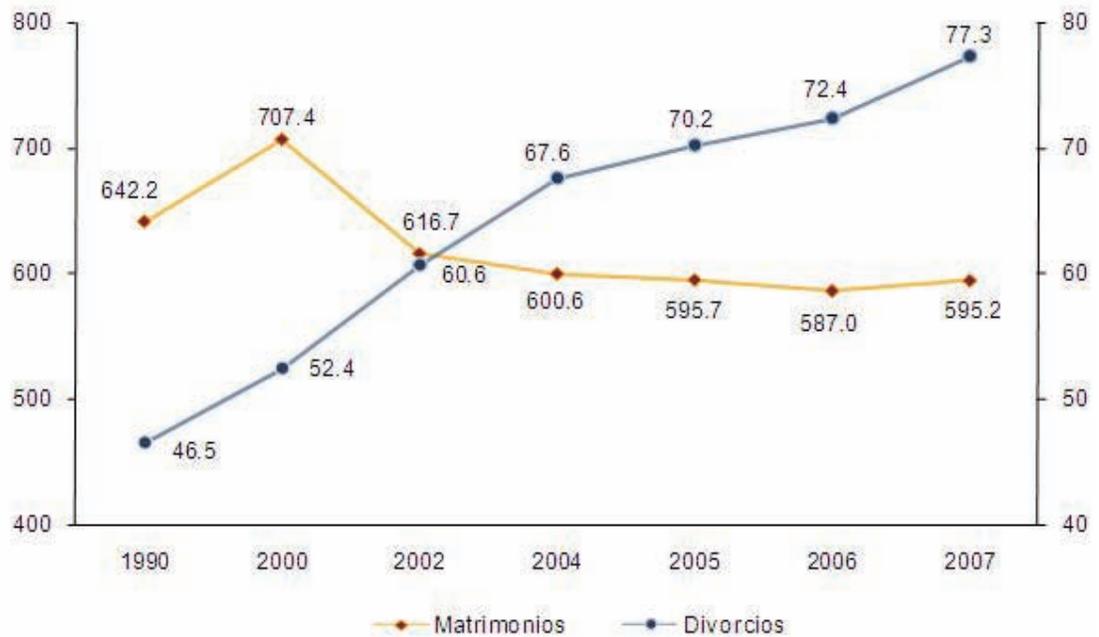
ESTADÍSTICAS DEL TOTAL DE LOS DIVORCIOS EN MEXICO

Relación divorcios-matrimonios (1970-2008)



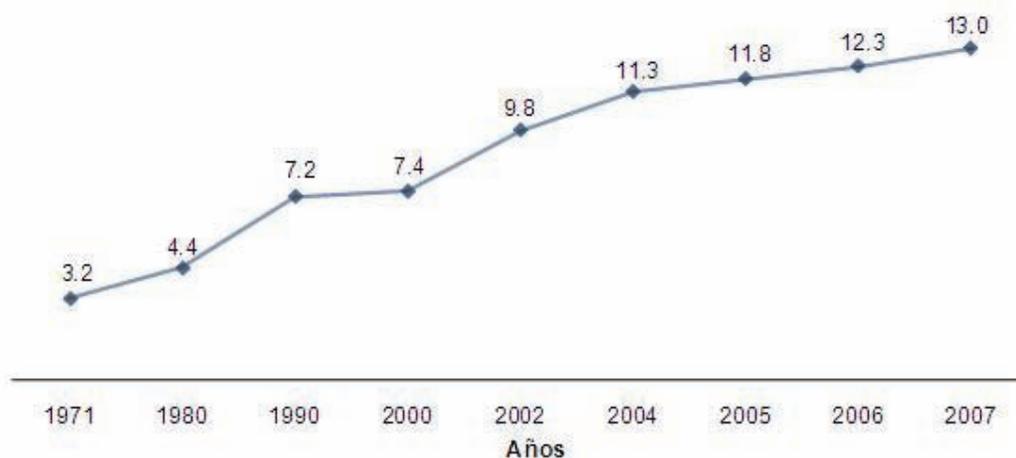
En 1970, por cada 100 matrimonios hay tres divorcios; en el 2003, esta cifra se eleva a 11 divorcios y para 2008 hay 14 divorcios por cada 100 matrimonios.

Matrimonios y divorcios, años seleccionados 1990 - 2007 (Miles)



Fuente: 1990 a 2007: INEGI. Estadísticas Vitales. Bases de datos.

Relación divorcios - matrimonios, años seleccionados 1971 - 2007
(Divorcios por 100 matrimonios)



Fuente: 1971 y 1980: INEGI. Cuaderno núm. 1 de Población. Aguascalientes, Ags., 1989.
Fuente: 1990 a 2007: INEGI. Estadísticas Vitales. Bases de datos.

En México, la edad promedio de los hombres al momento de divorciarse es de 37.8 años y de las mujeres de 35.2 años. Las entidades que registran las edades de mayor promedio para ambos sexos son Veracruz con 39.5 años los hombres y 36.4 años las mujeres; Morelos con 39.4 y 36.4, el Distrito Federal con 39.4 y 36.9 y Puebla con 39.2 y 36.8 años, respectivamente.

De las parejas casadas que se divorciaron en 2007, prácticamente la mitad tuvo un matrimonio con una duración social¹ de 10 años o más (50.2%), seguida de quienes estuvieron casados cinco años o menos (29.8%) y las que permanecieron unidas entre 6 y 9 años (19.8%).

De los hombres que se divorciaron, 22.6% era joven (15 a 29 años); 36.4% tenía entre 30 y 39 años; 22.2% de 40 a 49 años, y 13.6% 50 años o más. En el caso de las mujeres que se divorciaron, 31.6% era joven; 35.4% tenía entre 30 y 39 años; 19.1% de 40 a 49 años y 9.1%, 50 años o más.

En cuanto a las edades de las parejas que se divorciaron, en 12.2% tanto el hombre como la mujer tenían la misma edad; en 44.3% el hombre era mayor que la mujer de 1 a 5 años; en 12.1% tenía de 6 a 9 años más que ella y

en 6.9%, 10 años o más de edad; en cambio, en 15.4% la mujer era mayor que el hombre de 1 a 5 años; en 2.1% de 6 a 9 años y en 0.9%, la mujer era mayor por 10 años o más que el varón.

De los hombres que se divorciaron, 11.7% declaró tener algún grado aprobado en primaria, 23.2% secundaria; 19.5% preparatoria y 19.6% estudios superiores; en el caso de las mujeres, las proporciones fueron de 12%, 23.7%, 18.3% y 18%, respectivamente.

CAPITULO CUARTO

DIVORCIO IN CAUSA “O EXPRÉS” EN MÉXICO

4.1 Origen.

Desde tiempos antiguos los estudiosos del derecho se han manifestado para pugnar por la protección constitucional de la familia como lo señala el art. 4º constitucional donde se mantienen diversas hipótesis de igualdad y libertad como se transcribe a continuación.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el art 4º constitucional a la letra dice:

“Art. 4º constitucional: el varón y la mujer son iguales ante la ley. Esta protegerá la organización y el desarrollo de la familia”

Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de los hijos.

Toda persona tiene derecho a la protección de la salud. La ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y establecerá concurrencia de la federación y las entidades federativas en materia de salubridad general, conforme a lo que dispone la fracción XVI del artículo 73 constitucional.

Toda persona tiene derecho a disfrutar de vivienda digna y decorosa. La ley establecerá los instrumentos y apoyos necesarios a fin de alcanzar tal objetivo.

Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral.

Los ascendientes, tutores y custodios tienen el deber de preservar estos derechos.

El estado proveerá lo necesario para propiciar el respeto a la dignidad de la niñez y el ejercicio pleno de sus derechos. El estado otorgará facilidades a los particulares para que coadyuven al cumplimiento de los derechos de la niñez.¹⁴⁴

Desde el año 2007 se han presentado diversas tesis aisladas del tema como:

TESIS AISLADA DE LA NOVENA ÉPOCA PUBLICADA EN EL SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACION Y SU GACETA TOMO XXDV EN FEBRERO DEL AÑO PASADO. Tesis I.3. C. 589 C.P. 1606 Amparo Directo 442/2006 ha ordenado lo siguiente “El derecho de los niños establecido en el artículo 4º constitucional, tiene una caracterización de derecho público subjetivo de segunda generación, social y programático, dado que tiene delimitados a los sujetos pasivo (estado) y activo (niños) así como a la prestación que el primero debe realizar, pero a diferencia de los clásicos derechos civiles fundamentales que, por lo general exigen un hacer o no hacer del obligado, en el caso de que se trata éste debe efectuar una serie de tareas necesarias para dar vigencia sociológica a las facultades, ya que en caso contrario, se convierten en meros enunciados carentes de aplicación práctica. Ello es así, porque el derecho de que se trata requiere prestaciones positivas, de dar o de hacer, por parte del estado como sujeto pasivo, en tanto buscar satisfacer necesidades de los niños cuyo logro no siempre esta al

¹⁴⁴ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, Ed. Porrúa, México, Junio, 2008.

alcance de los recursos individuales de los responsables primarios de su manutención, es decir, los progenitores y por ende, precisa de políticas de bienestar, de solidaridad y de seguridad social, así como de un desarrollo integral (material económico, cultural y político) ya que la dignidad de los seres humanos tutelados, elementos sine qua non de las tres generaciones de derechos conocidos, requiere condiciones de vida sociopolítica y persona a las que el estado debe propender, ayudar y estimular con eficacia a fin de suministrar las condiciones de acceso al goce del derecho fundamental de los niños. Tal es la forma en que el Estado mexicano tiene que acatar su obligación constitucionalmente establecidas de proveer (lo necesario para propiciar el respeto a la dignidad de la niñez y el ejercicio pleno de sus derechos, no solo mediante la emisión de leyes que detallen los derechos, como las antes invocadas mismas que también detallan diversas obligaciones estatales".¹⁴⁵

El tema de las garantías familiares, establecido en la mayoría de las constituciones del mundo, es de tal importancia que en nuestro país el máximo órgano jurisdiccional esta obligado a interpretar a desentrañar y sobre todo a que la norma se concrete, se actualice y entienda que la familia y sus miembros deben tener una realidad a favor de ellos.

Citaremos a continuación el artículo 73 Fracción XVI de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que faculta al Congreso para:

“El Congreso tiene la facultad:

...XVI Para dictar leyes sobre nacionalidad, condición jurídica de los extranjeros, ciudadanía, naturalización, colonización, emigración e inmigración y salubridad general de la República.

¹⁴⁵ TESIS AISLADA, publicada en el *Semanario Judicial de la Federación*, Novena Época, Tomo XXDV, página 741.

1ª El Consejo de Salubridad General dependerá directamente del Presidente de la República, sin intervención de ninguna Secretaría de Estado y sus disposiciones generales serán obligatorias en el país.

2ª En caso de epidemias de carácter grave o peligro de invasión de enfermedades exóticas en el país, la Secretaría de Salud tendrá la obligación de dictar inmediatamente las medidas preventivas indispensables, a reserva de ser después sancionadas por el Presidente de la República.

3ª La autoridad sanitaria será ejecutiva y sus disposiciones serán obedecidas por la autoridades administrativas del país.

4ª La medidas que el Consejo haya puesto en vigor en la campaña contra el alcoholismo y la venta de sustancias que envenenan al individuo o degeneran la especie humana, así como las adoptadas para prevenir y combatir la contaminación ambiental, serán después revisadas por el Congreso de la Unión en los casos que le competan....”¹⁴⁶

Es claro que la Constitución protege a la familia y ahora le corresponde a la Suprema Corte de Justicia de la Nación que diga hasta donde el estado debe garantizar la salud de la familia, cuidar que no se envenene o en su caso no se degeneren la especie humana. Es obligación del Estado y por supuesto del congreso de la Unión.

También encontramos garantías constitucionales para los menores “Las niñas y los niños tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud y educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral” Como sabemos el estado debe proporcionar alimentación a los menores, en caso de que no haya otros que deban otorgarla. Sin embargo la garantía constitucional incluye la salud; quien la proporciona a los niños de la

¹⁴⁶ Idem. pág. 44

calle o simplemente a los indigentes o a quienes no están como derechohabientes de alguna institución del Estado. La educación también es garantía Constitucional, deja mucho que desear porque ni la pública ni la privada han satisfecho la demanda del país en este sentido y, por el contrario, vemos que en ocasiones el Estado escatima los recursos públicos que debe otorgar, para que todos los niños y niñas del país tengan una educación integral, el país carece de las políticas públicas adecuadas para que estas garantías constitucionales familiares, sean una realidad.

Es decir el Estado debe proveer para que la dignidad y los derechos de la niñez sean respetados íntegramente. El Derecho Familiar contiene normas de orden público y bajo ese tenor se dictan las tesis, jurisprudencias y contradicciones de la interpretación que hace la corte para que el Estado elabore normas que realmente protejan a la familia.

Artículo 123 constitucional a la letra dice:

En este precepto constitucional que se refiere al trabajo y a la previsión social, también existen garantías constitucionales para la familia y sus miembros. La ley garantiza que tenga un trabajo digno y socialmente útil. A que los menores de 16 años no desarrollen labores insalubres y peligrosas, ni trabajo nocturno industrial y mucho menos después de las 10:00 de la noche, norma que resulta inútil porque se viola permanentemente y las autoridades no hacen nada.

Además de contemplar ciertas garantías en la fracción XXVIII del artículo 123 se ordena proteger económicamente a la familia que se puede establecer un patrimonio al respecto, el cuál esta protegido contra gravámenes y embargos. En este sentido la garantía constitucional ordena lo siguiente: “Las leyes determinarán los bienes que constituyan el patrimonio de la familia, bienes que serán inalienables, no podrán sujetarse a gravámenes reales ni

embargos y serán transmisibles a título de herencia con simplificación de las formalidades de los juicios sucesorios.”¹⁴⁷

El legislador fue más allá de lo que se ordena en el divorcio por mutuo consentimiento, cuando uno de ellos necesita alimentos, porque ahora la ley sólo beneficia a la mujer y no al hombre, ya que se establece que ella tendrá derecho a recibir alimentos por el mismo lapso de duración del matrimonio, derecho que disfrutará si no tiene ingresos suficientes y mientras no contraiga nuevas nupcias o se una en concubinato (art. 288 del Código Civil del D.F.) Según el texto de la ley, esto significa que el hombre en ningún supuesto del divorcio voluntario tendrá derecho a alimentos, en cambio, como ya quedo establecido en el concubinato esto es posible reclamarlo para cualquiera de ellos.

El concubinato da derecho a alimentos y además a una parte en la herencia, caso de sucesión legítima, se siguen las reglas de la sucesión de los cónyuges y así a partir del artículo 1624 hasta el 1629 regula la forma de repartir los bienes. Es evidente que si con relación a los concubinos y a la sucesión legítima, se siguen las reglas del matrimonio, con mayor razón lo será respecto a la filiación. El nuevo código civil no establece distinción entre los hijos ni entre la repartición de los bienes, por ello en el concubinato, los concubinos también tendrán el derecho que tienen los hijos.

Por tanto podemos observar que en si mismo el concubinato es una figura que protege a la familia estando ante la presencia de un hecho jurídico con consecuencias de Derecho.¹⁴⁸

Derivado del fundamento anterior, podemos observar que la Asamblea legislativa pretende afirmar que el *matrimonio es un contrato*,¹⁴⁹ lo cual es una

¹⁴⁷ Ibidem pág. 93.

¹⁴⁸ GUITRON FUENTEVILLA Julián, op cit pág. 8.

¹⁴⁹ CONTRATO en amplio sentido es un acto Jurídico bilateral que crea y transmite derechos y obligaciones; de lo cual analizamos que el Matrimonio para nosotros no es un contrato sino un ACTO

aberración ya que no existe fundamento que lo sostenga. Por lo tanto el pasado en la Constitución en el art. 130 en el periodo de Benito Juárez con la leyes de Reforma se elimino el control que la iglesia tenia sobre los actos del estado familiar; así se menciona que si para el matrimonio se requiere de la voluntad de ambas partes, entonces para el divorcio no es posible que se haga de manera unilateral. Se solicita a través del cónyuge que no desea seguir con la relación matrimonial, cuya demanda debe ir acompañada de un convenio, en el cual se pacte el destino de los bienes y las convivencias, el ejercicio de la patria potestad y la guarda y custodia de los hijos.

Si el propósito del legislador es que uno de los cónyuges pida el divorcio independientemente de que no se pongan de acuerdo sobre los bienes y los hijos, lo único que debe importar al legislador es disolver el vínculo matrimonial, es decir, decretar el divorcio cuya resolución sea inapelable y por lo que hace a los bienes sea a través del Juicio ordinario Civil. Prevalciendo la autonomía de la voluntad¹⁵⁰ por encima de cualquier interés superior de la familia o del orden público.

En el Código Civil de 1804, se regulaba que la voluntad es la ley suprema, la norma de las normas que regían los contratos. En ese tiempo las partes ponían y pactaban lo que quisieran, situación que es evidente y esto asombra y preocupa a los legisladores de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, que en su Proyecto de Reformas lo único que no cuenta es la familia; es decir cuando uno de los cónyuges se ve afectado por diversos factores, la solución es el divorcio. El legislador determina que va a prevalecer la autonomía de la voluntad de los divorciantes sobre la familia como lo establecía el Proyecto de Marras, donde prevalece la voluntad individual. Olvidando que por encima de la autonomía de la voluntad, el Código Civil para el Distrito

JURIDICO Manifestación de voluntad reconocida por la norma jurídica que produce consecuencias de derecho, PÉREZ FERNANDEZ DEL CASTILLO, Bernardo, 3ª ed., Méx., Porrúa, 1995, pág. 300.

¹⁵⁰ La Autonomía de la voluntad es la expresión del pensamiento para crear, modificar, y extinguir derechos y obligaciones. MARTINEZ ALFARO Joaquín, Teoría de las Obligaciones, Ed. Porrúa, 5ª ed., México 1998, pág. 18.

Federal en el Título Cuarto bis, denominado de la Familia, tiene un capítulo único que comprende los siguientes artículos, que a la letra dicen: art. 138 ter, las disposiciones que se refieran a la familia son de orden público y de interés social y tienen por objetivo proteger su organización y el desarrollo integral de sus miembros, basados en el respeto a la dignidad; Es obvio que la autonomía de la voluntad en el Derecho Familiar surge cuando dos personas desean unirse en matrimonio.¹⁵¹

En la exposición de motivos se reforma, como se regula el divorcio unilateral, donde se manifiesta hacer efectiva la voluntad individual, egoísta y personal de alguno de los cónyuges. Por tal motivo al evocar el art. 4º constitucional se debe reconocer que dicha garantía debe de estar por encima de los razonamientos expuestos en el Proyecto de Decreto del Código Civil; así al divorciarse se hacen efectivos los derechos constitucionales que tiene toda persona a un ambiente adecuado para su desarrollo y bienestar protegiendo el desarrollo de la familia, y disfrutando de una vivienda digna y decorosa.

El Estado otorgará facilidades a los particulares para que coadyuven al cumplimiento de los derechos de la libertad de la niñez. El Legislador del Distrito Federal omitió todo el contenido de este precepto, eso sí menciona la libertad como un derecho natural, en este caso los cónyuges pueden hacer y deshacer a su gusto el matrimonio y la familia. No se debe olvidar que por encima de la autonomía de la voluntad, el Código Civil del Distrito Federal en el Título Cuarto BIS, denominado de la familia, comprende los siguientes artículos, que a la letra dicen:

¹⁵¹ GUITRON FUENTEVILLA Julián, “El Sol de México”, Asamblea Legislativa del Distrito Federal, 14 septiembre de 2008, pág. 10.

Art. 138 ter:

“Las disposiciones que se refieran a la familia son de orden público y de interés social y tienen como objetivo proteger su organización y el desarrollo integral de sus miembros, basados en la dignidad y el respeto. Es obvio que la autonomía de la voluntad en el Derecho familiar existe, cuando dos personas tienen la voluntad de unirse en matrimonio; porque el matrimonio no es un contrato civil, no se pueden aplicar los principios fundamentales del derecho privado como son la representación, las modalidades del acto jurídico, la teoría de las nulidades, la renuncia de derechos y sobre todo, la no intervención del Estado, en las relaciones particulares en el Derecho familiar”.¹⁵²

La Suprema Corte ha dicho que el derecho familiar es de orden público e interés social, entendido como el conjunto de normas jurídicas que rigen todas las relaciones familiares, que aquellas son impuestas por el Estado, por la ley y que los miembros de la familia tienen que aceptar sin protestar. Es evidente que el art. 138 Quarter también del Código Civil, siguiendo los lineamientos del tribunal Constitucional mexicano, determina que:

“Las relaciones jurídico-familiares constituyen el conjunto de deberes, derechos y obligaciones que surgen entre las personas integrantes de una familia. “

En el Art. 138 quintus del ordenamiento civil del Distrito Federal:

“Las relaciones jurídicas familiares generadoras de deberes, derechos y obligaciones surgen entre las personas vinculadas por lazos de matrimonio, parentesco o concubinato”.

¹⁵² GUITRON FUENTEVILLA Julián, Op cit, pág. 5.

El 138 sextus también impone a quienes integran una familia lo siguiente:

“Es deber de los miembros de la familia, observar entre ellos consideración, solidaridad y respeto recíprocos en el desarrollo de las relaciones familiares”.

Es evidente que cuando se habla de una hipótesis única, es erróneo decir demandar, porque en realidad según el texto de los preceptos citados, estamos en presencia de una **declaración unilateral de la voluntad** de una forma de solicitar el divorcio, porque era evidente que si no había causales, era imposible demandar al otro; pero si se puede tomar como fuente de las obligaciones, si el otro la acepta, entonces se perfecciona la voluntad, surge el consentimiento y habría consecuencias de derecho.¹⁵³

Se considera positiva y jurídicamente viable la propuesta de reforma respecto de la cual se propone como novedoso y vanguardista la eliminación de las hipótesis para el divorcio necesario y de los artículos relativos y concordantes del Código Civil y de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, lo que conllevaría a evitar mayores afectaciones entre las partes, ya que el divorcio representa uno de los eventos mas traumáticos en la vida de cualquier persona, siendo los niños la población mas vulnerable. Ya que el matrimonio es una institución de derecho civil, ignorando que lo es de derecho familiar, que es de orden público y que no se funda en la autonomía de la voluntad.¹⁵⁴

El legislador local se cubre de gloria cuando afirma que el matrimonio es un contrato y que la voluntad es un elemento esencial del mismo, ya que en realidad se trata de un acto jurídico solemne. Lo que afirma el legislador determinando que el matrimonio es un contrato, habría que considerar si en el mismo se da la capacidad de goce, de ejercicio, la discapacidad, si el motivo fin

¹⁵³, Idem, pág. 9.

¹⁵⁴ Ibidem, pag 10.

del matrimonio es lícito, que ocurriría si hubiera vicios en el consentimiento, error que motivado origina el dolo y la mala fe, la violencia y la lesión y para terminar, el cuarto elemento de validez, como dice la ley, es la forma de manifestar la voluntad en el contrato.

Es absurdo decir que sólo los cónyuges pueden decidir lo que es una causa para divorciarse. Casarse es uno de los actos más trascendentes en la vida del hombre y de la mujer; siendo mentira que se deja en estado de indefensión al cónyuge que ha demandado el divorcio; lo que si ocurre al haberse aprobado las reformas en materia de divorcio, porque en este caso si se violan las garantías 14 y 16 constitucionales al dejar en estado de indefensión al cónyuge, el problema de la patria potestad se resolverá en una controversia del orden familiar y los bienes en un juicio ordinario civil siendo la decisión del Juez de carácter inapelable.¹⁵⁵

Así como lo mencionamos anteriormente el Decreto viola las garantías constitucionales establecidas en los artículos 14 y 16 de la Carta Magna, la manifestación de la voluntad de uno de los cónyuges es suficiente para dar por terminado un matrimonio, una familia, la situación de unos hijos menores o discapacitados y el destino de los bienes, en la sociedad conyugal o en la separación de bienes.

Como podemos observar se abrogan una serie de artículos, surgiendo unos nuevos, sin antecedentes en la legislación civil y familiar mexicana, al cual se le denomina unilateral honrando a Napoleón Bonaparte se determina que **la autonomía de la voluntad es la ley suprema** que rige el matrimonio y por supuesto su disolución. Aunque se diga que la autonomía de la voluntad no existe; es imposible que esa autonomía sea la directriz, el fundamento y el sustento del matrimonio, y en su caso el divorcio, porque si bien para casarse

¹⁵⁵ DICTAMEN DE LA ASAMBLEA LEGISLATIVA DEL DISTRITO FEDERAL, NO. 01, 27 de agosto de 2009, pág. 3.

se necesita de dos voluntades resulta una ***falacia que para divorciarse se requiera con la sola voluntad de una de las partes.***

4.2. Procedimiento para la implementación en el Sistema Legal Mexicano.

A continuación examinaremos el PROYECTO DE DECRETO QUE REFORMA, ADICIONA Y DEROGA ARTICULOS DEL CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL Y EL RESPECTIVO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES, a fin de verificar que tanta practicidad tiene el divorcio en su nueva fase.

ARTICULO PRIMERO Se reformaron los artículos 266,267,271,277,280,283 bis ,287 Y 288, y se derogan los artículos 273,275,276,278,281,284,286 y 289 Bis todos del Código Civil para el Distrito Federal, para quedar como siguen:

ARTICULO SEGUNDO.- El Decreto entrará en vigor al día siguiente de su publicación en la Gaceta Oficial del Distrito Federal.

ARTICULO TERCERO.- Por lo que hace a los juicios de divorcio en trámite, será potestativo para cualquiera de las partes acogerse a las reformas establecidas en el presente decreto, y en su caso, seguirán rigiéndose con las disposiciones vigentes anteriores a la publicación del presente decreto hasta en tanto hayan concluido en su totalidad.

En nuestra sociedad, diariamente se generaran diferentes tipos de relaciones entre las personas, las cuales, por su relevancia social y jurídica terminan siendo reguladas por el Derecho; por lo tanto, cuando estas relaciones se lesionan o quebrantan por completo, existe una solución para esas controversias. En el caso del Matrimonio, se produce una relación entre los cónyuges, hijos etc. Al verse afectados directamente por diversos factores,

encuentra una solución en el divorcio para terminar con todo aquello que los afecta física y emocionalmente.

En México se han creado diversas instituciones jurídicas que garantizan los derechos políticos y civiles de los ciudadanos, como la institución jurídica del divorcio la cual hace posible que las parejas que en un momento decidieron unirse para convivir y tener familia decidan después separarse para así retomar su camino.¹⁵⁶

En la mayoría de los países, el matrimonio es la unión entre dos personas con un reconocimiento social, cultural y jurídico, que tiene por fin proporcionar un marco de protección mutua y de protección de la descendencia. En ocasiones los cónyuges (o uno de ellos) pueden disolver el vínculo matrimonial, lo cual se lleva a cabo, si en la legislación está permitido, a través de la figura del divorcio. En ese sentido, en el Código Civil para el Distrito Federal particularmente en el Libro Primero “De las Personas” del Título Quinto “Del matrimonio” del Capítulo Décimo “Del divorcio”, se ubican los artículos 267 al 291 relativos al divorcio, y donde se ubican las propuestas de los diputados promoventes, respecto a modificar entre otros, el artículo 266 y 267 que tienen que ver con la eliminación de las causales de divorcio y la creación de una **hipótesis única** para demandar el divorcio, así también, el convenio que tendrán que acompañar para regular las consecuencias inherentes a la disolución del vínculo matrimonial.

El Código Civil para el Distrito Federal en el artículo 266 establece que: *“El divorcio disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro”*.

Con la reforma, se derogaron las disposiciones relativas al divorcio voluntario por vía judicial, se derogan también las disposiciones del Título Décimo Primero relativo al Divorcio por Mutuo Consentimiento del Código de

¹⁵⁶ DICTAMEN DE LA ASAMBLEA LEGISLATIVA DEL DISTRITO FEDERAL, Op cit, Pág. 33.

Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, dando paso a una nueva regulación normativa en materia de divorcio y que tienen que ver con el simple hecho de que uno o ambos cónyuges podrán solicitar cuando cualquiera de ellos lo reclame ante la autoridad judicial su voluntad de no querer continuar con el matrimonio, sin que requieran señalar causal alguna por la cual se solicita, siempre que haya transcurrido cuando menos un año de la celebración del mismo.¹⁵⁷

La Comisión de la Asamblea manifestó su acuerdo con los proponentes de la iniciativa cuando mencionaron que el matrimonio es una institución del Derecho Civil que parte de la base de la autonomía de la voluntad de las personas y que el Estado no debe empeñarse en mantener, de forma ficticia, un vínculo que en la mayoría de los casos resulta irreconciliable. La voluntad de las partes, al ser considerado como un elemento esencial del contrato de matrimonio, debe ser tomada en cuenta para decidir si éste seguirá existiendo o se disolverá. Esta voluntad no debe ser considerada y tomada en cuenta solo al momento de celebrar el matrimonio, y en el divorcio, donde las causales carecen de aplicación práctica.

Aquí es conveniente precisar que solo los cónyuges pueden decidir lo que consideran una causa bastante y suficiente para divorciarse puesto que ellos son los que conocen el ambiente en el que se desenvuelve su matrimonio y una autoridad carece de conocimiento para decidir si es causa bastante al no estar involucrada en la vida cotidiana del matrimonio.

Al aprobar el dictamen se presentan alternativas que permiten disolver el vínculo matrimonial, con la sola expresión de ser esa la voluntad de ambas o de una sola de las partes sin tener necesidad de acreditar alguna de las causales, debiéndose adjuntar convenio, que garantice los derechos y obligaciones derivados del matrimonio. En Derecho comparado los Estados Unidos han sido criticados ya que dicen que es un país muy liberal al hacer

¹⁵⁷DICTAMEN DE LA ASAMBLEA LEGISLATIVA DEL DISTRITO FEDERAL, Idem, pág.34.

accesible el divorcio, llamado divorcio sin culpa; indicando que es expedito y evita problemas legales causados por la confrontación de los cónyuges.

Con estas reformas al Código Civil y, de Procedimiento Civiles, el Distrito Federal se pone una vez mas a la vanguardia, y con ello los procedimientos de divorcio serán mas fáciles y sencillos, máxime si consideramos que según el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, en los últimos años, ha registrado alrededor de 14,042 demandas de divorcio necesario, invocándose las causales establecidas en el artículo 267 del Código Civil, así el Distrito Federal es la primera entidad en adoptar esta **nueva modalidad de divorcio unilateral o divorcio sin expresión de causa** a diferencia de los otros Estados de la República.

Estado	No. de Causales	Legislación Civil Local
Aguascalientes	20	Art. 289
Baja California Sur	20	Art. 289
Campeche	20	Art. 287
Chiapas	19	Art. 263
Chihuahua	20	Art. 256
Coahuila	21	Art. 363
Colima	21	Art. 267
Distrito Federal	21	Art. 267
Durango	18	Art. 262
Guanajuato	18	Art. 323
Guerrero	18	Art. 27 Ley del Divorcio del Estado
Hidalgo	17	Art. 340
Jalisco	19	Art. 404
México	20	Art. 4.90
Michoacán	21	Art. 226
Mórellos	22	Art. 175 Código Familiar del Estado
Nayarit	19	Art. 260
Nuevo León	19	Art. 267
Oaxaca	18	Art. 279
Puebla	16	Art. 454
Querétaro	20	Art. 248
Quintana Room	25	Art. 799
San Luis Potosí	22	Art. 226
Sinaloa	19	Art. 267
Sonora	22	Art. 425
Tabasco	18	Art. 272
Tamaulipas	21	Art. 249
Tlaxcala	18	Art. 123
Veracruz	19	Art. 141
Yucatán	17	Art. 194
Zacatecas	18	Art. 231

La familia es considerada a nivel nacional e internacional como el elemento fundamental de la sociedad. El Estado debe proteger ante todo a los individuos, ya que si ellos están bien, también lo estará la familia.

El divorcio no destruye a las familias, lo que las destruye son los problemas generados por la lentitud en su resolución y las circunstancias negativas que se producen durante este tiempo.

Lo que se quiere evitar es exponer ante un tribunal sus motivos o causales de divorcio que afectaría su dignidad, imagen y reputación social, por ello, se considera que no debe de exigírseles exponer las causales que han tenido para demandar el divorcio, ya que quedaría fuera de toda ética moral la de mantener dicho vínculo jurídico.¹⁵⁸

El artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal, no son otra cosa más que la investigación que recoge el legislador de los conflictos más apremiantes que padece nuestra sociedad, hacen que la armonía que ha prevalecido en ese matrimonio, no resulte tan gravoso que genere una serie de conflictos emocionales y físicos que hagan imposible mantener ese vínculo jurídico.

En nuestros días se generaba otro conflicto que es el emocional y como enfrentaremos las críticas de ese rompimiento y estas cuestiones se agravan cuando el abogado o abogada que nos asesoraba nos indicaba que para acreditar la causal o causales que invoquemos, debemos de hacer una narración circunstanciada de todos y cada uno de los acontecimientos al Juez y ofrecer las pruebas respectivas.

¹⁵⁸ DICTAMEN DE LA ASAMBLEA LEGISLATIVA DEL DISTRITO FEDERAL, No. 01, 27 de agosto de 2009, pág.35.

Por ello los proponentes de las iniciativas pugnaron porque hubiese un remedio más sano, que es la facilidad de disolver un vínculo jurídico matrimonial a través de un formalismo legal de crear una causal “sin causa”.¹⁵⁹

Solo se tendrá que acreditar y reafirmar esa voluntad de divorciarse, sin violentarle la garantía del otro cónyuge al llamarlo a juicio.

El Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal por requerir menos recursos materiales y tiempo de los órganos para resolver la conflictiva; así mismo para las partes, menos afectación en su economía y prontitud en su solución de conflicto y las situaciones de hijos se resolverían en la controversia del Orden familiar respecto de los bienes en el Juicio Ordinario Civil; que bien podrían celebrar convenio al momento de ratificar el escrito correspondiente a ese respecto.

Esta nueva causal apoyará lo sostenido por los enciclopedistas del siglo XVIII que afirmaban que el matrimonio no es mas que un contrato civil y que por tanto siendo un contrato civil, puede terminarse por voluntad de quienes lo contrajeron.

El divorcio por voluntad unilateral, en caso de que el otro cónyuge, al contestar la petición, no esté de acuerdo con el convenio regulatorio, se resolverá lo conducente de acuerdo con las pruebas que se aporten y cuando así se justifique, lo inherente a la distribución de los bienes comunes, pago indemnizatorio, alimentos, guarda y custodia y convivencias respecto de menores e incapaces.

En materia procesal la intención es dejar improcedente el recurso de apelación cuando sólo se trate de la declaración de divorcio. En caso de que no se decrete el divorcio o se impugne lo resuelto sobre la distribución de los bienes comunes, pago indemnizatorio, alimentos, guarda y custodia y

¹⁵⁹ DICTAMEN DE LA ASAMBLEA LEGISLATIVA DEL DISTRITO FEDERAL, op. cit, pág. 36.

convivencias respecto de menores e incapaces, si procede la apelación, esto es los incidentes de controversia familiar y los que tengan que resolverse por la vía ordinaria civil respecto de los bienes.¹⁶⁰

Se considera oportuno señalar que en el caso que durante el matrimonio alguno de los cónyuges se haya dedicado al desempeño del trabajo del hogar, o al cuidado de los hijos o que no haya adquirido bienes propios o los adquiridos sean notoriamente menores a los de la contraparte; deberá señalarse una compensación que no podrá ser superior al 50% del valor de los bienes que hubieren adquirido; con esta reforma se intenta que sea más expedito al trámite de divorcio.

Ya que se disminuirán los costos de los procesos de divorcio, fomentaría la armonía entre los involucrados directa o indirectamente en el matrimonio así se lograría una mayor estabilidad emocional de los hijos y de la familia.

Por lo tanto se *derogaron y abrogaron varios artículos de la legislación Civil*, aprobados por la Comisión de Administración y procuración de justicia, que se publicó en la Gaceta Oficial del Distrito Federal y para mayor difusión en el Diario Oficial de la Federación; por lo que hace a los juicios de divorcio en trámite, será potestativo para cualquiera de las partes acogerse a las reformas establecidas y en su caso seguirán rigiéndose con las disposiciones vigentes anteriores a la publicación del presente Decreto hasta en tanto no hayan concluido en su totalidad.

¹⁶⁰ DICTAMEN DE LA ASAMBLEA LEGISLATIVA DEL DISTRITO FEDERAL, Idem, Pág. 38.

4.3. Reformas al Código Civil para el Distrito Federal.

REFORMAS PUBLICADAS EN LA GACETA DE GOBIERNO DEL DISTRITO FEDERAL DE FECHA 03/10/08.

EN COEDICION CON COMPILACIONES JURIDICAS

TEXTO COMPARADO DE ARTICULOS REFORMADOS, ADICIONADOS, DEROGADOS DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL

Código Civil para el Distrito Federal

Texto Anterior

CAPITULO X

Del divorcio

Anteriormente en el artículo 266 manifestaba que el divorcio disolvía el vínculo matrimonial y dejaba a los cónyuges en aptitud de contraer otro.

Este artículo determinaba la clasificación del divorcio en VOLUNTARIO Y NECESARIO, manifestando que el primero se solicitaba de común acuerdo por los cónyuges y el segundo se reclamaba ante la autoridad judicial, fundado en alguna de las causales del artículo 267 del Código Civil.

Como se observa, actualmente el divorcio ya se puede pedir de manera unilateral, por alguno de los cónyuges, sin necesidad de manifestar ninguna causal, siempre y cuando se cumpla con los requerimientos de tiempo de convenio anexo.

Anteriormente existían causales que permitían la disolución del vínculo

matrimonial, de acuerdo al artículo 267 del Código Civil; siendo estas las siguientes:

- El adulterio,
- El hecho de que durante el matrimonio naciera un hijo concebido, antes de la celebración de éste.
- Que un cónyuge proponga prostituir al otro.
- Incitar a la violencia para que un cónyuge cometa un delito.
- Corromper a los hijos
- Padecer una enfermedad incurable o padecer trastorno mental incurable.
- Separarse injustificadamente de la casa conyugal, así como separarse ambos cónyuges por más de un año, declarar la ausencia por alguno de los cónyuges o la presunción de muerte.
- La sevicia, amenazas o injurias graves, la negativa a cumplir con sus obligaciones de un cónyuge a otro, cometer un delito doloso, el alcoholismo o el hábito de juego cuando amenacen causar la ruina de la familia.
- La violencia familiar, el uso de sustancias ilícitas, o utilizar métodos de fecundación asistida sin consentimiento del otro cónyuge; o que uno de los cónyuges impida al otro desempeñarse alguna actividad.

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

Actualmente el cónyuge que desea promover el divorcio de manera unilateral, se debe hacer acompañado con **la propuesta de convenio para regular las consecuencias inherentes a la disolución del vínculo matrimonial.**

Los Jueces de lo familiar están obligados a suplir la deficiencia de algunas de las partes en su planteamiento de derecho; de acuerdo a lo establecido en el artículo 271 del Código Civil.

En el texto actual nuestro Código Civil, establece que los Jueces de lo familiar están obligados a suplir la deficiencia de las partes en el Convenio que propongan.

Anteriormente el Código Civil establecía en su artículo 273, que procedía el divorcio voluntario por vía judicial, cuando ambos cónyuges lo solicitaran al Juez de lo Familiar una vez que haya transcurrido un año de celebrado el matrimonio, y acompañaran un Convenio con las mismas características que hoy en día se encuentran reguladas bajo el artículo 267.

Anteriormente el artículo 275 determinaba que mientras se decretará el divorcio, el Juez autorizaba la separación provisional de los cónyuges y las medidas que regulaban todo lo inherente al matrimonio.

Cuando existía la reconciliación entre los cónyuges, se determina que se suspendía toda acción para disolver el vínculo matrimonial; y en caso de querer solicitarlo nuevamente, se tenía que dejar pasar cuando menos un año para una nueva solicitud.

Una de las características especiales que eran señaladas anteriormente en el artículo 277, era que el Juez podía decretar la suspensión de cohabitar con el otro cónyuge y dejar subsistentes las demás obligaciones.

Actualmente se regula en el mismo artículo 277 que el cónyuge que no desee pedir el divorcio, puede solicitar se suspenda la obligación de cohabitar con su cónyuge cuando padezca alguna enfermedad, tenga impotencia sexual irreversible o padezca trastorno mental incurable,

quedando subsistentes las demás obligaciones que deriven del matrimonio.

Anteriormente el divorcio necesario solo se podía demandar por el cónyuge que no hubiera dado causa a él, sino hasta pasados 6 meses de que tenga conocimiento de los hechos en que funde su demanda.

El divorcio tiene que ejecutarse por el cónyuge que no dio causa a él, no dejando que caduque el ejercicio de la acción.

Anteriormente el artículo 280 determinaba que si había reconciliación de los cónyuges esto ponía término al juicio que hubieran empezado, no importando en la etapa que se encuentre el presente juicio.

Actualmente el Código Civil también establece bajo su artículo 280 que la reconciliación de los cónyuges pone termino al procedimiento de divorcio en cualquier estado que se encuentre.

Anteriormente el artículo 281 determinaba que el cónyuge que no daba causa al divorcio podía otorgarle al otro el perdón antes de que se dicte la sentencia; y no podrá pedir nuevamente el divorcio por los hechos anteriores.

Antiguamente el artículo 282 determinaba que desde que se presente la demanda y durante el juicio; se dictarán las medidas provisionales como:

La separación de los cónyuges, alimentos, la guarda y custodia de los hijos, el régimen de visitas, salvaguardar la integridad de los interesados en casos de violencia familiar, la salida del cónyuge demandado de la vivienda familiar, así como exhibir un inventario de bienes y el régimen bajo el cual se adquirieron, y las demás que se consideren necesarias.

Actualmente desde que se presenta la demanda, la controversia del orden familiar, o la solicitud de divorcio y mientras dure el juicio se dictarán las medidas provisionales necesarias; y estas medidas subsistirán hasta en tanto no se dicte sentencia interlocutoria sobre la situación de los hijos o bienes.

El Juez de lo Familiar de oficio, tomará las medidas que considere pertinentes para salvaguardar la integridad y seguridad de los interesados, incluyendo las de violencia familiar, donde tendrá la más amplia libertad para dictar las medidas que protejan a las víctimas así como asegurar las cantidades que a título de alimentos debe dar el deudor alimentario al cónyuge acreedor y a los hijos que corresponda; y las que se estimen convenientes para que los cónyuges no se puedan causar perjuicios en sus respectivos bienes ni en los de la sociedad conyugal en su caso; así como revocar o suspender los mandatos que entre los cónyuges se hubieran otorgado, con las excepciones que marca el artículo 2596 de este Código.

El Juez de lo Familiar determinará con audiencia de parte, y teniendo en cuenta el interés familiar y lo que más convenga a los hijos, cuál de los cónyuges continuará en el uso de la vivienda familiar. Así como quien será la persona que de común acuerdo designen los cónyuges, pudiendo compartir la guarda y custodia mediante convenio. Los menores de doce años deberán quedar al cuidado de la madre, excepto en los casos de violencia familiar cuando ella sea la generadora o exista peligro grave para el normal desarrollo de los hijos.

Asimismo el Juez de lo Familiar resolverá, sobre el derecho de visita o convivencia con sus padres y el inventario de los bienes que hubiesen adquirido.

Anteriormente el artículo 283 determinaba que la sentencia que se pronunciará debería determinar la situación de los hijos y todo lo relativo a los

derechos y deberes inherentes a la patria potestad, su pérdida, suspensión, limitación o recuperación, según el caso. Así como el régimen de custodia compartida del padre y la madre, pudiendo los niños y niñas permanecer de manera plena e ilimitada con ambos padres, en caso de que algún ascendente tuviese la custodia, el otro que no la posee, después de los siete años podrá demandar en lo posible custodia para ambos padres.

Actualmente los ex cónyuges tendrán obligación de contribuir, en proporción a sus bienes e ingresos, al pago de alimentos a favor de los hijos las medidas de seguridad, compensaciones, así como garantizar el desarrollo, la protección y el interés de los menores de edad.

Se adiciono el artículo 283 bis donde los divorciantes deberán de cumplir con las obligaciones de crianza, sin que ello implique un riesgo en la vida cotidiana para los hijos.

Anteriormente se manifestaba en el artículo 284 que el Juez de lo Familiar, antes de proveer definitivamente sobre la patria potestad o tutela de los hijos menores o incapaces, podrá acordar a petición de los menores, de sus abuelos, hermanos, tíos, primos o del Ministerio Público, cualquier medida que se considere necesaria para el desarrollo de los hijos menores o incapaces.

Al igual en el artículo 285 el padre y la madre, aunque perdieran la patria potestad quedaban sujetos a todas las obligaciones que tienen para con sus hijos, así mismo la ley lo señala actualmente.

Antes el artículo 286 establecía que el cónyuge que diera causa al divorcio perdería todo lo que se le hubiere dado o prometido por su consorte o por otra persona.

El texto anterior el artículo 287 fijará 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. Los ex cónyuges tendrán obligación de contribuir, en proporción a sus bienes e ingresos, a las necesidades de los hijos, a la subsistencia y a la educación de éstos hasta que lleguen a la mayoría de edad.

Se determina que cuando los cónyuges lleguen a un acuerdo respecto del convenio que señala el artículo 267, el Juez lo aprobará y decretará el divorcio.

El texto anterior del artículo 288 determinaba que en los casos de divorcio necesario, el Juez de lo Familiar, sentenciaba al cónyuge culpable al pago de los alimentos a favor del cónyuge inocente. Asimismo se establecía que el ex cónyuge si es que esta enfermo, tendrá derecho a alimentos, o si esta imposibilitado para trabajar; pero no procedía la indemnización por daños y perjuicios. Así como se manifestaba en el divorcio voluntario por vía judicial, la mujer tenía derecho a recibir alimentos; mientras no contrajera nuevas nupcias o se uniera en concubinato.

Actualmente se debe tomar en consideración que el cónyuge deberá otorgar los alimentos, así como hacerse cargo de las deudas, hasta en tanto no contraiga nuevas nupcias.

Anteriormente el artículo 289 determinaba que en virtud del divorcio, los cónyuges recobrarán su entera capacidad para contraer matrimonio; asimismo el artículo 289 bis determinaba que uno de los cónyuges podía demandar al otro una indemnización hasta del 50% del valor de los bienes que hubiesen adquirido durante el matrimonio, verificando que no se hubiesen casado bajo el régimen de separación de bienes, que el tiempo que duro el matrimonio, una de las partes se haya dedicado preponderantemente a las labores del hogar, que no se hayan adquirido bienes propios o que sean menores a los de las contraparte.

ANALIZAREMOS LOS ARTICULOS REFORMADOS, ADICIONADOS, DEROGADOS DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL

Se reforman los artículos 114, 255 fracción X, 260 Fracción VIII, 272-A, 299, 346, y se derogan el Título Undécimo y los artículos 674 al 682; y se adicionan los artículos 272-B y 685 Bis, así como el Capítulo 1 del Título Sexto, Capítulo V Sección Cuarta, todos del **Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal** para quedar como siguen:

Por lo que hace a los juicios de divorcio en trámite, será potestativo para cualquiera de las partes acogerse a las reformas establecidas en el presente decreto y en su caso, seguirán rigiéndose con las disposiciones vigentes anteriores a la publicación del presente decreto hasta en tanto hayan concluido en su totalidad.

Anteriormente en el artículo 114 del Código de Procedimientos Civiles establecía que la notificación se hará personalmente en el domicilio señalado por los litigantes; anexando a dicho artículo del texto vigente las fracciones VIII y IX, donde se establece que en los **procedimientos de competencia de los jueces de lo familiar, hecho el emplazamiento y obrando contestación a la demanda o solicitud de divorcio, quedarán obligadas las partes, ya sea en forma personal o por conducto de sus representantes legales, a enterarse de todas las actuaciones que se dicten en el procedimiento a través del Boletín Judicial, salvo que el Juez considere otra cosa, con excepción de las fracciones anteriores.**

Al anterior artículo 255 se le anexo la fracción X donde se aclara que en los casos de divorcio deberá incluirse la propuesta de convenio en los términos que se establece en el artículo 267 del Código Civil, con excepción de lo preceptuado en el segundo párrafo de la fracción V del presente artículo, debiendo ofrecer todas las pruebas tendientes a acreditar la procedencia de la

propuesta de convenio.

Como se puede observar ya no se tiene que presentar la demanda; sino con la solicitud por parte de uno de los cónyuges y el convenio anexo que se presente, se determinarían las responsabilidades de cada uno de los cónyuges.

Posteriormente en el artículo 260 se adicionaron las fracciones VII y VIII en la primera se determina que se deben acompañar copias simples de la contestación de la demanda y de todos los documentos anexos a ella para cada una de las demás partes; y en la fracción VIII se establece que en los casos de divorcio se podrá manifestar su conformidad con el convenio propuesto o, en su caso, presentar su contrapropuesta, debiendo anexar las pruebas respectivas relacionadas con la misma.¹⁶¹

Actualmente el artículo 272-A establece que una vez contestada la demanda, y en su caso, la reconvenición el Juez señalará de inmediato fecha y hora para la celebración de una audiencia previa y de conciliación dentro de los diez días siguientes, dando vista a la parte que corresponda con las excepciones que se hubieren opuesto en su contra, por el término de tres días y en los casos de divorcio, si los cónyuges llegan a un acuerdo respecto al convenio, el juez dictará un auto en el cual decreta la disolución del vínculo matrimonial y la aprobación del convenio, sin necesidad de dictar sentencia y no se abrirá el periodo probatorio a que se refiere el artículo 290 de este código, toda vez que las pruebas relacionadas con el convenio propuesto debieron ofrecerse al momento de presentarse la solicitud y, en su caso, la contestación a la misma, por lo que únicamente se ordenará su preparación y se señalará fecha para su desahogo en el incidente correspondiente.

Actualmente el artículo 272-B determina que tratándose de divorcio el juez lo decretará una vez que se haya contestado la solicitud presentada por el

¹⁶¹ GACETA DE GOBIERNO DEL DISTRITO FEDERAL, op cit pág. 41.

actor o en su defecto, haya precluido el término para contestarla. En caso de diferencias en los convenios propuestos, el juez, dentro de los cinco días siguientes, citará a las partes para promover el acuerdo entre las pretensiones expuestas: en los citados convenios.

Respecto de las pruebas el artículo 299 determina que la recepción y el desahogo de cada una de ellas se deroga y se deja a salvo la manifestación referente de que al momento de solicitar el divorcio se acompañaran las pruebas y nunca de manera alterna.

Respecto del artículo 346 actualmente se manifiesta que si en materia familiar se requiriera el desahogo de alguna pericial, el Juez tendrá la facultad de nombrar perito único de las listas de Auxiliares de la Administración de Justicia o de Institución Pública o Privada.

Los artículos referentes al divorcio por mutuo consentimiento han sido derogados.¹⁶²

¹⁶² GACETA DE GOBIERNO DEL DISTRITO FEDERAL, *Ibíd.*, pág. 43

COMPARATIVO DIVORCIO IN CAUSA

CÓDIGO CIVIL ANTERIOR	REFORMA (G.O.D.F. 03 OCTUBRE DE 2008)
<p>Título</p> <p>Del Divorcio</p> <p>CAPITULO X</p> <p>Del divorcio</p>	<p>CAPÍTULO X</p> <p>Del divorcio</p>
<p>Artículo 266.- El divorcio disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro.</p> <p>Se clasifica en voluntario y necesario. Es voluntario cuando se solicita de común acuerdo por los cónyuges, y se substanciará administrativa o judicialmente, según las circunstancias de matrimonio. Es necesario cuando cualquiera de los cónyuges lo reclama ante la autoridad judicial, fundado en una o más de las causales a que se refiere el artículo 267 de este Código</p> <p>Artículo 267. Son causales de divorcio:</p> <p>I.- El adulterio debidamente probado de uno de los cónyuges;</p> <p>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</p>	<p>Artículo 266. El divorcio disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro.</p> <p>Podrá solicitarse por uno o ambos cónyuges cuando cualquiera de ellos lo reclame ante la autoridad judicial manifestando su voluntad de no querer continuar con el matrimonio, sin que se requiera señalar la causa por la cual se solicita, siempre que haya transcurrido cuando menos un año desde la celebración del mismo.</p> <p>Artículo 267.- El cónyuge que unilateralmente desee promover el juicio de divorcio deberá acompañar a su solicitud la propuesta de convenio para regular las consecuencias inherentes a la disolución del vínculo matrimonial, debiendo contener los siguientes requisitos:</p> <p>I. La designación de la persona que tendrá la guarda y custodia de los hijos menores o incapaces;</p> <p>II.- Las modalidades bajo las cuales el progenitor, que no tenga la guarda y custodia, ejercerá el derecho de visitas, respetando los horarios de</p>

<p>se hubiere tenido conocimiento de esta circunstancia;</p> <p>IV. La propuesta de un cónyuge para prostituir al otro, no sólo cuando él mismo lo haya hecho directamente, sino también cuando se pruebe que ha recibido cualquier remuneración con el Objeto expreso de permitir que se tenga relaciones carnales con ella o con él;</p> <p>V. La incitación o la violencia hecha por un cónyuge al otro para cometer algún delito;</p> <p>VI. La conducta de alguno de los cónyuges con el fin de corromper a los hijos, así como la Tolerancia en su corrupción;</p> <p>VII. 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;</p> <p>VIII. Padecer trastorno mental incurable, previa declaración de interdicción que se haga Respecto del cónyuge enfermo;</p> <p>IX. La separación injustificada de la casa conyugal por más de seis meses;</p> <p>X. La separación de los cónyuges por más de un año, independientemente del motivo que haya originado la separación, la cual podrá ser invocada por cualesquiera de ellos;</p> <p>XI. La declaración de ausencia legalmente hecha, o la de presunción de muerte, en los casos de excepción en que no se necesita para que se haga ésta que proceda la declaración de Ausencia;</p> <p>XII. La sevicia, las amenazas o las injurias graves de un cónyuge para el otro, o para los hijos;</p> <p>XIII. 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</p>	<p>comidas, descanso y estudio de los hijos;</p> <p>III.- El modo de atender las necesidades de los hijos y, en su caso, del cónyuge a quien deba darse alimentos, especificando la forma, lugar y fecha de pago de la obligación alimentaria, así como la garantía para asegurar su debido cumplimiento;</p> <p>IV.- Designación del cónyuge al que corresponderá el uso del domicilio conyugal, en su caso, y del menaje;</p> <p>V.- La manera de administrar los bienes de la sociedad conyugal durante el procedimiento y hasta que se liquide, así como la forma de liquidarla, exhibiendo para ese efecto, en su caso, las capitulaciones matrimoniales, el inventario, avalúo y el proyecto de partición;</p> <p>VI.- En el caso de que los cónyuges hayan celebrado el matrimonio bajo el régimen de separación de bienes deberá señalarse la compensación, que no podrá ser superior al 50% del valor de los bienes que hubieren adquirido, a que tendrá derecho el cónyuge que, durante el matrimonio, se `haya dedicado al desempeño del trabajo del hogar y, en su caso, al cuidado de los hijos o que no haya adquirido bienes propios o habiéndolos adquirido, sean notoriamente menores a los de la contraparte. El Juez de lo Familiar resolverá atendiendo las circunstancias especiales de cada caso.</p>
---	--

caso del Artículo 168;

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

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

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

XVII. 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;

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

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

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

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

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

Artículo 271. En todos los casos previstos en el artículo 267, los jueces de lo

familiar están Obligados a suplir la deficiencia de las partes en sus planteamientos de derecho, sin cambiar los hechos, acciones y excepciones o defensas.

Las limitaciones formales de la prueba que rigen en la materia civil, no deben aplicarse en las Causales previstas en las fracciones XI, XVII y XVIII del artículo 267.

Artículo 273.- Procede el divorcio voluntario por vía judicial cuando los cónyuges que no se encuentren en el caso previsto en el artículo anterior, y por mutuo consentimiento lo soliciten al Juez de lo Familiar, en los términos que ordena el Código de Procedimientos Civiles, siempre que haya transcurrido un año o más de celebrado el matrimonio y acompañen un convenio que deberá contener las siguientes cláusulas:

1. 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 quien 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 su 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. A la casa que servirá de habitación a cada cónyuge y a los hijos durante el procedimiento y después de ejecutoriado el divorcio, obligándose ambos a comunicar los cambios de domicilio aún después de decretado el divorcio, si hay menores o incapaces u obligaciones alimenticias;
- V. La cantidad o porcentaje de pensión alimenticia 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

Artículo 271.- Los jueces de lo familiar están obligados a suplir la deficiencia de las partes en el convenio propuesto.

Las limitaciones formales de la prueba que rigen en la materia civil, no deben aplicarse **en los casos de divorcio respecto del o los convenios propuestos,**

Artículo 273. ...

SE DEROGA

procedimiento y hasta que se liquide, así como la forma de liquidarla, exhibiendo para ese efecto, en su caso, las capitulaciones matrimoniales, el inventario, avalúo y el proyecto de 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 comidas, descanso y estudio de los hijos.

Artículo 274 **Derogado**

Artículo 275.- Mientras se decrete el divorcio voluntario, el Juez de lo Familiar autorizará la separación provisional de los cónyuges y dictará las medidas necesarias respecto a la pensión alimenticia provisional de los hijos y del cónyuge, en términos del convenio a que se refiere el artículo 273 de este Código.

Artículo 276.-Los cónyuges que hayan solicitado el divorcio por mutuo consentimiento, podrán reunirse de común acuerdo en cualquier tiempo, con tal de que el divorcio no hubiere sido decretado. No podrán volver a solicitar el divorcio por mutuo consentimiento sino pasado un año desde su reconciliación.

Artículo 277.- El cónyuge que no quiera pedir el divorcio fundado en las causas enumeradas en las fracciones VI y VII del artículo 267, podrá, sin embargo, solicitar que se suspenda su obligación de cohabitar con el otro cónyuge, y el juez, con conocimiento de causa, podrá decretar esa suspensión; quedando subsistentes las demás obligaciones creadas por el

Artículo 274 **SE DEROGA**

Artículo 275.... **SE DEROGA.**

Artículo 276... **SE DEROGA.**

Artículo 277.- La persona que no quiera pedir el divorcio podrá, sin embargo, solicitar que se suspenda su obligación de cohabitar con su cónyuge, cuando éste se encuentre en alguno de los siguientes casos:

I.- Padezca cualquier enfermedad incurable que sea, además, contagiosa

matrimonio.

Artículo 278.- El divorcio necesario sólo puede ser demandado por el cónyuge que no haya dado causa a él, y dentro de los seis meses siguientes al día en que tenga conocimiento de los hechos en que se funde la demanda, excepto en el caso de las fracciones XI, XVII y XVIII del artículo 267 de este Código, en el que el plazo de caducidad es de dos años, así como, con las demás salvedades que se desprenden de ese artículo.

Artículo 280.- La reconciliación de los cónyuges pone término al juicio de divorcio en cualquier estado en que se encuentre, si aún no hubiere sentencia ejecutoriada. Para tal efecto, los interesados deberán comunicar su reconciliación al Juez de lo Familiar.

Artículo 281.- El cónyuge que no haya dado causa al divorcio puede, antes de que se pronuncie la sentencia que ponga fin al litigio, otorgar a su consorte el perdón respectivo; mas en este caso, no puede pedir de nuevo el divorcio por los mismos hechos a los que se refirió el perdón y que motivaron el juicio anterior, pero si por otros nuevos, aunque sean de la misma especie, por hechos distintos que legalmente constituyan causa suficiente para el divorcio.

o hereditaria;

II.- Padezca impotencia sexual irreversible, siempre y cuando no tenga su origen en la edad avanzada; o

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

En estos casos, el juez, con conocimiento de causa, podrá decretar esa suspensión; quedando subsistentes las demás obligaciones creadas por el matrimonio.

Artículo 278.... SE DEROGA.

Artículo 280.- La reconciliación de los cónyuges pone término al procedimiento de divorcio en cualquier estado en que se encuentre. Para tal efecto los interesados deberán comunicar su reconciliación al Juez de lo Familiar.

Artículo 281... SE DEROGA.

Artículo 282.- Desde que se presenta la demanda y sólo mientras dure el juicio, se dictarán las medidas provisionales pertinentes conforme a las disposiciones siguientes:

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

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

II. Señalar y asegurar las cantidades que a título de alimentos deben dar el deudor alimentario al cónyuge acreedor y a los hijos que corresponda;

III. Las que se estimen convenientes para que los cónyuges no se puedan causar perjuicios en sus respectivos bienes ni en los de la sociedad conyugal en su caso. Asimismo, ordenar, cuando existan bienes que puedan pertenecer a ambos cónyuges, la anotación preventiva de la demanda en el Registro Público de la Propiedad del Distrito Federal y de aquellos lugares en que se conozca que tienen bienes;

IV. Dictar, en su caso, las medidas precautorias que la ley establece respecto a la mujer que quede embarazada;

Artículo 282.- Desde que se presenta la demanda, **la controversia del orden familiar o la solicitud de divorcio y solo mientras dure el juicio**, se dictarán las medidas provisionales pertinentes; **asimismo en los casos de divorcio en que no se llegue a concluir mediante convenio, las medidas subsistirán hasta en tanto se dicte sentencia interlocutoria en el incidente que resuelva la situación jurídica de hijos o bienes, según corresponda y de acuerdo a las disposiciones siguientes:**

A. *De oficio:*

I.- En los casos en que el Juez de lo Familiar lo considere pertinente, de conformidad con los hechos expuestos y las documentales exhibidas en los convenios propuestos tomará las medidas que considere pertinentes para salvaguardar la integridad y seguridad de los interesados, incluyendo las de violencia familiar, donde tendrá la más amplia libertad para dictar las medidas que protejan a las víctimas;

II.- Señalar y asegurar las cantidades que a título de alimentos debe dar el deudor alimentario al cónyuge acreedor y a los hijos que corresponda;

III.- Las que se estimen convenientes para que los cónyuges no se puedan causar perjuicios en sus respectivos bienes ni en los de la sociedad conyugal en su caso. Asimismo, ordenar, cuando existan bienes que puedan pertenecer a ambos cónyuges, la anotación preventiva de la demanda en el Registro Público de la Propiedad y de Comercio del Distrito Federal y de aquellos lugares que se conozca que tienen bienes;

V. Poner a los hijos al cuidado de la persona que de común acuerdo hubieren designado los cónyuges debiendo ser uno de éstos y pudiéndose compartir la custodia. En defecto de ese acuerdo; el juez de lo familiar resolverá lo conducente, previo el procedimiento que fije el código respectivo y, tomando en cuenta la opinión del menor.

Salvo peligro grave para el normal desarrollo de los hijos, los menores de siete años deberán quedar al cuidado de la madre. No será obstáculo para la preferencia maternal en la custodia, el hecho de que la madre carezca de recursos económicos.

VI. El Juez de lo Familiar resolverá teniendo presente el interés superior de los hijos, quienes serán escuchados, las modalidades del derecho de visita o convivencia con sus padres;

VII. En los casos en que el Juez de lo Familiar lo considere pertinente, de conformidad con los hechos expuestos y las causales invocadas en la demanda, tomará las siguientes medidas, con el fin de salvaguardar la integridad y seguridad de los interesados, que tratándose de violencia familiar deberá siempre decretar:

- a) Ordenar la salida del cónyuge demandado de la vivienda donde habita el grupo familiar.
- b) Prohibición al cónyuge demandado de ir a lugar determinado, tal como el domicilio o el lugar donde trabajan o estudian los agraviados.
- c) Prohibir que el cónyuge demandado se acerque a los agraviados a la distancia que el propio Juez considere pertinente.

VIII. Revocar o suspender los mandatos que entre los cónyuges se hubieran otorgado, con las excepciones que marca el artículo 2596 de este Código;

IX. Requerirá a ambos cónyuges para que le exhiban, bajo protesta de decir verdad, un inventario de sus bienes y derechos, así como, de los que se encuentren bajo el régimen de sociedad conyugal, en su caso, especificando

IV.- Revocar o suspender los mandatos que entre los cónyuges se hubieran otorgado, con las excepciones que marca el artículo 2596 de este Código;

B. Una vez contestada la solicitud:

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

II - Poner a los hijos al cuidado de la persona que de común acuerdo designen los cónyuges, pudiendo estos compartir la guarda y custodia mediante convenio.

En defecto de ese acuerdo; el Juez de lo Familiar resolverá conforme al Título Décimo Sexto del Código de Procedimientos Civiles, tomando en cuenta la opinión del menor de edad.

Los menores de doce años deberán quedar al cuidado de la madre, excepto en los casos de violencia familiar cuando ella sea la generadora o exista peligro grave para el normal desarrollo de los hijos. No será obstáculo para la preferencia maternal en la custodia, el hecho de que la madre carezca de recursos económicos.

III.- El Juez de lo Familiar resolverá teniendo presente el interés superior de, los hijos, quienes serán escuchados, las modalidades del derecho de visita o convivencia con sus padres;

IV.- Requerirá a ambos cónyuges para que le exhiban, bajo protesta de decir verdad, un inventario de sus bienes y derechos, así como, de los que

además el título bajo el cual se adquirieron o poseen, el valor que estime que tienen, las capitulaciones matrimoniales y un proyecto de partición. Durante el procedimiento, recabará la información complementaria y comprobación de datos que en su caso precise; y

X. Las demás que considere necesarias.

Artículo 283.- La sentencia que se pronuncie en definitiva, fijará la situación de los hijos, para lo cual el juez de lo familiar deberá resolver todo lo relativo a los derechos y deberes inherentes a la patria potestad, su pérdida, suspensión, limitación o recuperación, según el caso. Deberá procurarse en lo posible el régimen de custodia compartida del padre y la madre, pudiendo los niños y niñas permanecer de manera plena e ilimitada con ambos padres, en caso de que algún ascendente tuviese la custodia, el otro que no la posee, después de los siete años podrá demandar en lo posible custodia para ambos padres, lo anterior en función de las posibilidades de éstos y aquellos, así como que no exista con alguno de los progenitores peligro alguno para su normal desarrollo.

La recuperación de la patria potestad procederá únicamente en aquellos casos que por cuestión: alimentarias se haya perdido, siempre y cuando se acredite que se ha cumplido con dicha obligación. Lo mismo se observará respecto de la recuperación de la custodia.

se encuentren bajo el régimen de sociedad conyugal, en su caso, especificando además el título bajo el cual se adquirieron o poseen, el valor que estime que tienen, las capitulaciones matrimoniales y un proyecto de partición. Durante el procedimiento, recabará la información complementaria y comprobación de datos que en su caso precise; y

V.- Las demás que considere necesarias.

Artículo 283.

1. A III....

IV.- Tomando en consideración, en su caso, los datos recabados en términos del artículo 282 de este Código, el Juez de lo Familiar fijará lo relativo a la división de los bienes y tomará las precauciones necesarias para asegurar las obligaciones que queden pendientes entre los cónyuges o con relación a los hijos. Los excónyuges tendrán obligación de contribuir, en proporción a sus bienes e ingresos, al pago de

Artículo 284.- El Juez de lo Familiar, antes de proveer definitivamente sobre la patria potestad o tutela de los hijos menores o incapaces, podrá acordar a petición de los menores, de sus abuelos, hermanos, tíos, primos o del Ministerio Público, cualquier medida que se considere necesaria para el desarrollo de los hijos menores o incapaces.

Artículo 285.- El padre y la madre, aunque pierdan la patria potestad quedan sujetos a todas las obligaciones que tienen para con sus hijos.

Artículo 286.- El cónyuge que diere causa al divorcio perderá todo lo que se le hubiere dado o prometido por su consorte o por otra persona en consideración a éste; el cónyuge inocente conservará lo recibido y podrá reclamar lo pactado en su provecho.

Artículo 287.- En la sentencia que decrete el divorcio y tomando en consideración, en su caso, los datos recabados en términos del artículo 282 de este Código, el Juez de lo Familiar fijará lo relativo a la división de los bienes, y se tomarán las precauciones necesarias para asegurar las obligaciones que queden pendientes entre los cónyuges o con relación a los hijos. Los excónyuges tendrán obligación de contribuir, en proporción a sus bienes e ingresos, a las necesidades de los hijos, a la subsistencia y a la educación de éstos hasta que lleguen a la mayoría de edad.

Artículo 288.- 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, entre ellas, las siguientes:

Artículo 285 .- El padre y la madre, aunque pierdan la patria potestad quedan sujetos a todas las obligaciones que tienen para con sus hijos,

Artículo 286...

SE DEROGA.

Artículo 287.- En caso de que los cónyuges lleguen a un acuerdo respecto del convenio señalado en el artículo 267 y éste no contravenga ninguna disposición legal, el Juez lo aprobará de plano, decretando el divorcio mediante sentencia; de no ser así, el juez decretará el divorcio mediante sentencia, dejando expedito el derecho de los cónyuges para que lo hagan valer en la vía incidental, exclusivamente por lo que concierne al convenio.

Artículo 288.- En caso de divorcio, el Juez resolverá sobre el pago de alimentos a favor del cónyuge que, **teniendo la necesidad de recibirlos, durante el matrimonio se haya dedicado preponderantemente a las labores del hogar, al cuidado de los hijos, esté imposibilitado para trabajar o carezca de bienes; tomando en cuenta las siguientes**

<p>II. La edad y el estado de salud de los cónyuges;</p> <p>III. Su calificación profesional y posibilidad de acceso a un empleo;</p> <p>IV. Duración del matrimonio y dedicación pasada y futura a la familia;</p> <p>IV.- Colaboración con su trabajo en las actividades del cónyuge;</p> <p>V, Medios económicos de uno y otro cónyuge, así como de sus necesidades; y</p> <p>VI. Las demás obligaciones que tenga el cónyuge deudor.</p> <p>En todos los casos, el cónyuge inocente que carezca de bienes o que durante el matrimonio se haya dedicado preponderantemente a las labores del hogar o al cuidado de los hijos, o que esté imposibilitado para trabajar, tendrá derecho a alimentos.</p> <p>En la resolución se fijarán las bases para actualizar la pensión y las garantías para su efectividad El derecho a los alimentos, en caso de divorcio necesario, se extingue cuando el acreedor contraiga nuevas nupcias o se una en concubinato.</p> <p>El cónyuge inocente tiene derecho, además del pago de alimentos, a que el culpable lo indemnice por los daños y perjuicios que el divorcio le haya causado. Los daños y perjuicios, sí como la indemnización a que se refiere el presente artículo, se rigen por lo dispuesto en este Código para los hechos ilícitos.</p> <p>En el caso de las causales enumeradas en las fracciones VI y VII del artículo 267 de este Código, el ex cónyuge enfermo tendrá derecho a alimentos si carece de bienes y está imposibilitado para trabajar; pero no procede la indemnización por daños y perjuicios.</p> <p>En el caso del divorcio voluntario por vía judicial, la mujer tendrá derecho a</p>	<p>circunstancias:</p> <p>I.- La edad y el estado de salud de los cónyuges;</p> <p>II.- Su calificación profesional y posibilidad de acceso a un empleo;</p> <p>III.-Duración del matrimonio y dedicación pasada y futura a la familia;</p> <p>IV.- Colaboración con su trabajo en las actividades del cónyuge;</p> <p>V.- Medios económicos de uno y otro cónyuge, así como de sus necesidades; y</p> <p>VI.- Las demás obligaciones que tenga el cónyuge deudor.</p> <p>En la resolución se fijarán las bases para actualizar la pensión y las garantías para su efectividad. El derecho a los alimentos se extingue cuando el acreedor contraiga nuevas nupcias o se una en concubinato o haya transcurrido un término igual a la duración del matrimonio.</p>
---	--

recibir alimentos por el mismo lapso de duración del matrimonio, derecho que disfrutará si no tiene ingresos suficientes y mientras no contraiga nuevas nupcias o se una en concubinato.

Artículo 289.- En virtud del divorcio, los cónyuges recobrarán su entera capacidad para contraer matrimonio.

Artículo 289 Bis.- En la demanda de divorcio los cónyuges podrán demandar del otro, una indemnización de hasta el 50% del valor de los bienes que hubiere adquirido, durante el matrimonio, siempre que:

- I. Hubieran estado casados bajo el régimen de separación de bienes;
- II. El demandante se haya dedicado en el lapso en que duró el matrimonio, preponderantemente al desempeño del trabajo del hogar y, en su caso, al cuidado de los hijos; Durante el matrimonio el demandante no haya adquirido bienes propios o habiéndolos adquirido, sean notoriamente menores a los de la contraparte.

El Juez de lo Familiar en la sentencia de divorcio, habrá de resolver atendiendo las circunstancias especiales de cada caso.

**CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES
PARA EL DISTRITO FEDERAL**

Artículo 114.- Será notificado personalmente en el domicilio señalado por los litigantes:

- I. El emplazamiento del demandado, y siempre que se trate de la primera notificación en el procedimiento, de diligencias preparatorias o de jurisdicción

Artículo 289.....

SE DEROGA

Artículo 289 Bis.....

SE DEROGA.

**SE DEROGA TEXTO COMPARADO DE ARTICULOS REFORMADOS,
ADICIONADOS, DEROGADOS DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS
CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL**

Artículo 114.....

voluntaria en que se deba hacer saber de las mismas a la otra parte.

II. El autor que ordena la absolución de posesiones o reconocimiento de documentos;

IV. La primera resolución que se dicte cuando se dejare de actuar por más de seis meses por cualquier motivo;

V. Cuando se estime que se trata de un caso urgente y así se ordene;

VI. El requerimiento de un acto a la parte que deba cumplirlo;

VII. La sentencia dictada por el juez o la Sala del Tribunal que condene al arrendatario de casa habitación a desocuparla, así como el auto de su ejecución.

VIII. En los demás casos que la ley disponga.
A los procedimientos familiares sólo les será aplicado lo señalado en [as fracciones I, III y IV, de no ser así las partes quedarán enteradas por boletín judicial, salvo que el juez considere otra cosa; asimismo, para el supuesto de que dicha diligencia se refiera a entrega de menor, la misma se practicará en el lugar en donde reside el requerido.

I a VII....

VIII.- En los procedimientos de competencia de los jueces de lo familiar, hecho el emplazamiento y obrando contestación a la demanda o solicitud de divorcio, quedarán obligadas las partes, ya sea en forma personal o por conducto de sus representantes legales, a enterarse de todas las actuaciones que se dicten en el procedimiento a través del Boletín Judicial, salvo que el Juez considere otra cosa, con excepción de lo señalado en las fracciones 1, 111 y IV; asimismo, para el supuesto de que dicha diligencia se refiera a entrega de menor, la misma se practicará en el lugar en donde reside el requerido; y

IX. En los demás casos que la ley dispone.

<p style="text-align: center;">TITULO SEXTO Del Juicio Ordinario CAPITULO 1 De la demanda, contestación y fijación de la cuestión.</p> <p>Artículo 255.- Toda contienda judicial, principal o incidental, principiará por demanda, en la cual se expresaran:</p> <p>I. El tribunal ante el que se promueve;</p> <p>II. El nombre y apellidos del actor y el domicilio que señale para oír notificaciones;</p> <p>III. El nombre del demandado y su domicilio;</p> <p>IV. El objeto u objetos que se reclamen, con sus accesorios;</p> <p>V. Los hechos en que el actor funde su petición, en los cuales precisará los documentos públicos privados que tengan relación con cada hecho, así como si los tiene o no a su disposición. De igual manera proporcionará los nombres y apellidos de los testigos que hayan presenciado los hechos relativos.</p> <p>Asimismo debe numerar y narrar los hechos, exponiéndolos sucintamente con claridad y precisión;</p> <p>VI. Los fundamentos de derecho y la clase de acción, procurando citar los preceptos legales o principios jurídicos aplicables;</p> <p>VII. El valor de lo demandado, si de ello depende la competencia del juez,</p> <p>VIII. La firma del actor, o de su representante legítimo. Si éstos no supieren o no pudieren firmar, pondrán su huella digital, firmando otra persona en su nombre y a su ruego, indicando estas circunstancias;</p> <p>IX. Para el trámite de incidentes, la primera notificación se llevará a cabo en el domicilio señalado en autos por las partes, si se encuentra vigente el juicio</p>	<p style="text-align: center;">TITULO SEXTO Del juicio ordinario CAPITULO 1 De la demanda, contestación y fijación de la cuestión</p> <p>Artículo 255..... I. a IX.</p>
---	--

principal, y para el caso de que haya resolución firme o ejecutoriada, o haya inactividad procesal por más de tres meses, se practicará en el lugar en el que resida la parte demandada incidentista.

Artículo 260.- El demandado formulará la contestación a la demanda en los siguientes términos

I.- Señalará el tribunal ante quien conteste;

II.- Indicará su nombre y apellidos, el domicilio que señale para oír notificaciones y, en su caso, las personas autorizadas para oír notificaciones y recibir documentos y valores; III.- Se referirá a cada uno de los hechos en que el actor funde su petición, en los cuales precisará [os documentos públicos o privados que tengan relación con cada hecho, así como si los tiene o no a su disposición. De igual manera proporcionará los nombres y apellidos de los testigos que hayan presenciado los hechos relativos;

IV.- Se asentará la firma del puño y letra del demandado, o de su representante legítimo. Si éstos no supieren o no pudieren firmar, lo hará un tercero en su nombre y a su ruego, indicando estas circunstancias, poniendo los primeros la huella digital;

V.- Todas las excepciones que se tengan, cualquiera que sea su naturaleza, se harán valer simultáneamente en la contestación y nunca después, a no ser que fueran supervenientes.

De las excepciones procesales se le dará vista al actor para que las conteste y rinda las pruebas que considere oportunas en los términos de este ordenamiento;

X.- En los casos de divorcio deberá incluirse la propuesta de convenio en los términos que se establece en el artículo 267 del Código Civil, con excepción de lo preceptuado en el segundo párrafo de la fracción V del presente artículo, debiendo ofrecer todas las pruebas tendientes a acreditar la procedencia de la propuesta de convenio.

Artículo 260...

F.I, a VI....

VI.- Dentro del término para contestar la demanda, se podrá proponer la reconvencción en los casos en que proceda, la que tiene que ajustarse a lo prevenido por el artículo 255 de este ordenamiento, y

VII.- Se deberán acompañar las copias simples de la contestación de la demanda y de todos los documentos anexos a ella para cada una de las demás partes.

Artículo 272 A.- Una vez contestada la demanda y en su caso, la reconvencción el Juez señalará de inmediato fecha y hora para la celebración de una audiencia previa y de conciliación dentro de los diez siguientes, dando vista a la parte que corresponda con las excepciones que se hubieren opuesto en su contra, por el término de tres días. En los juicios de divorcio necesario en que se invoquen como causales únicamente las fracciones XI, XVII o XVIII del artículo 267 del Código Civil, la audiencia previa y de conciliación se fijará dentro de los cinco días siguientes a la contestación de la demanda y, en su caso, de la reconvencción.

Si una de las partes no concurre, sin causa justificada, el juez la sancionará con una multa hasta por los montos establecidos en la fracción II del artículo 62 de este Código. Si dejaran de concurrir ambas partes sin justificación, el juzgador las sancionará de igual manera. En ambos casos el juez procederá a examinar las cuestiones relativas a la depuración del juicio.

Si asistieran las dos partes, el juez examinará las cuestiones relativas a la legitimación procesal y luego se procederá a procurar la conciliación que estará a cargo del conciliador adscrito al juzgado. El conciliador preparará y propondrá a las partes, alternativas de solución al litigio. Si los interesados llegan a un convenio, el juez lo aprobará de plano si procede legalmente y dicho pacto tendrá fuerza de cosa juzgada. En caso de desacuerdo entre los litigantes, la audiencia proseguirá y el juez, que dispondrá de amplias

VII.- Se deberán acompañar las copias simples de la contestación de la demanda y de todos los documentos anexos a ella para cada una de las demás partes; y

En los casos de divorcio podrá manifestar su conformidad con el convenio propuesto o, en su caso, presentar su contrapropuesta, debiendo anexar las pruebas respectivas relacionadas con la misma.

Artículo 272-A.- Una vez contestada la demanda, y en su caso, la reconvencción el Juez señalará de inmediato fecha y hora para la celebración de una audiencia previa y de conciliación dentro de los diez días siguientes, dando vista a la parte que corresponda con las excepciones que se hubieren opuesto en su contra, por el término de tres días.

Se deroga.

Si asistieran las dos partes, el juez examinará las cuestiones relativas a la legitimación procesal y luego se procederá a procurar la conciliación que estará a cargo del conciliador adscrito al juzgado. El conciliador preparará y propondrá a las partes, alternativas de solución al litigio. Si los interesados llegan a un convenio, el juez lo aprobará de plano si procede legalmente y

facultades de dirección procesal, examinará, en su caso, las excepciones de conexidad, litispendencia y cosa juzgada, con el fin de depurar el procedimiento.

Artículo 272-B.- (Derogado)

dicho pacto tendrá fuerza de cosa juzgada. **En los casos de divorcio, si los cónyuges llegan a un acuerdo respecto al convenio, el juez dictará un auto en el cual decreta la disolución del vínculo matrimonial y la aprobación del convenio, sin necesidad de dictar sentencia.**

En los casos de divorcio, no se abrirá el periodo probatorio a que se refiere el artículo 290 de este código, toda vez que las pruebas relacionadas con el convenio propuesto debieron ofrecerse al momento de presentarse la solicitud y, en su caso, la contestación a la misma, por lo que únicamente se ordenará su preparación y se señalará fecha para su desahogo en el incidente correspondiente.

Artículo 272-B.- Tratándose de divorcio, el juez lo decretará una vez que se haya contestado la solicitud presentada por el actor o en su defecto, haya precluido el término para contestarla. En caso de diferencias en los convenios propuestos, el juez, dentro de los cinco días siguientes, citará a las partes para promover el acuerdo entre las pretensiones expuestas: en los citados convenios. De no ser así, se procederá en los términos del artículo 287 del Código Civil para el Distrito Federal, y 88 de este ordenamiento.

**SECCION IV
prueba pericial**

Artículo 346.- La prueba pericial sólo será admisible cuando se requieran conocimientos especiales de la ciencia, arte, técnica, oficio o industria de que se trate, más no en lo relativo a conocimientos generales que la ley presupone como necesarios en los jueces, por lo que se desecharán de oficio aquellas periciales que se ofrezcan por las partes para ese tipo de conocimientos, o que se encuentren acreditadas en autos con otras pruebas, o tan sólo se refieran a simples operaciones aritméticas o similares. Los peritos deben tener título en la ciencia, arte, técnica, oficio o industria a que pertenezca la cuestión sobre la que ha de oirse su parecer, si la ciencia, arte, técnica o industria requieren título para su ejercicio.

Si no lo requirieran o requiriéndolo, no hubiere peritos en el lugar, podrán ser nombradas cualesquiera personas entendidas a satisfacción del juez, aun cuando no tengan título.

El título de habilitación de corredor público acredita para todos los efectos la calidad de perito valuador.

CAPITULO V

De la forma escrita en la recepción de pruebas

SECCION IV

Prueba pericial

Artículo 346.- Tratándose de asuntos en materia familiar en los que se requiera el desahogo de una pericial, no le surtirán las reglas del presente capítulo, con excepción de lo dispuesto por el artículo 353 de este código, debiendo el Juez señalar perito único de las listas de Auxiliares de la Administración de Justicia o de institución pública o privada.

<p style="text-align: center;">TITULO DECIMOPRIMERO Divorcio por mutuo consentimiento CAPITULO UNICO</p> <p>Artículo 674.- Cuando ambos consortes convengan en divorciarse, en los términos del último párrafo del artículo 272 del Código Civil, deberán ocurrir al Tribunal competente presentando el convenio que se exige en el artículo 273 del Código citado, así como una copia certificada del acta de matrimonio y de las de nacimiento de los hijos menores.</p> <p>Artículo 675.- La fecha de la solicitud, citará el tribunal a los cónyuges y al representante del Ministerio Público, a una junta que se efectuará después de los ocho y antes de los quince días siguientes, en la que se identificarán plenamente ante el juez, y en la que éste si asistiesen ambos, los exhortará para procurar su reconciliación.</p> <p>Artículo 676.- Si en la misma junta, los cónyuges insistiesen en su propósito de divorciarse, y en el convenio que celebraron para el efecto, quedaren bien garantizados los derechos de los hijos menores o incapacitados, el juez, oyendo el parecer del representante del Ministerio Público sobre este punto, dictara sentencia, en la que quedará disuelto el vínculo matrimonial, y decidirá sobre el convenio presentado.</p> <p>Artículo 677.- El cónyuge menor de edad necesita de un tutor especial para poder solicitar el divorcio por mutuo consentimiento.</p> <p>Artículo 678.- Los cónyuges no pueden hacerse representar por procurador en las juntas a que se refieren los artículo 675 y 676, sino que deben comparecer personalmente y. en su caso, acompañados del tutor especial.</p> <p>Artículo 679.- En cualquier caso en que los cónyuges dejaren pasar más de tres meses sin continuar el procedimiento, el tribunal declarará sin efecto la solicitud y mandará archivar el expediente.</p>	<p style="text-align: center;">TEXTO VIGENTE TÍTULO UNDÉCIMO Se deroga</p> <p><i>Artículos 674.- Se deroga.</i></p> <p><i>Artículo 675.- Se deroga.</i></p> <p><i>Artículo 676.- Se deroga.</i></p>
--	--

Artículo 680.- En caso de que el Ministerio Público se oponga a la aprobación del convenio, por considerar que viola los derechos de los hijos o que no quedan bien garantizados, propondrá las modificaciones que estime procedentes y el tribunal lo hará saber a los cónyuges para que, dentro de los tres días, manifiesten si aceptan las modificaciones.

En caso de que no las acepten, el tribunal resolverá en la sentencia lo que proceda con arreglo a la ley, cuidando de que, en todo caso, queden debidamente garantizados los derechos de los hijos.

Cuando el convenio no fuere de aprobarse, no podrá decretarse la disolución del matrimonio.

Artículo 681.- La sentencia que decrete el divorcio por mutuo consentimiento, es apelable en el efecto devolutivo. La que lo niegue es apelable en ambos efectos.

Artículo 682.- Ejecutoriada la sentencia de divorcio, el tribunal mandará remitir copia de ella al Juez del Registro Civil de su jurisdicción, al del lugar en que el matrimonio se efectuó y al de nacimiento de los divorciados para los efectos de los artículos 1 [4, 116 y 291 del Código Civil.

CAPITULO QUINTO

VENTAJAS Y DESVENTAJAS DEL DIVORCIO EXPRÉS

5.1 Existe Inconstitucionalidad

En forma más clara, se puede decir que el Congreso tiene facultades para dictar leyes, pero no está autorizado a dictar cualquier tipo de leyes. Solamente puede dictar leyes que se enmarquen en la Constitución, es decir, leyes que sean constitucionales.

Cuando el Congreso dicte leyes que sean inconstitucionales, no está obrando dentro del marco que la Constitución le da, es decir, se está excediendo. El Poder Judicial, no interfiere en el círculo propio del Poder Legislativo, por el contrario, actuando como custodio de la Constitución, está cortando lo que sobrepasa los límites de dichas atribuciones.

Cuando cualquier otro poder se sale del ámbito propio que le confiere la Constitución, al Poder Judicial le corresponde dejar sin efecto tales actos, sean del Poder Legislativo, sean del Poder Ejecutivo, como en el caso de un Decreto inconstitucional o de una Ley inconstitucional.

En cuanto a los actos normativos, se debe referir en primer lugar a los casos en que la declaración de inconstitucionalidad sólo **produce efectos limitados o efectos inter partes**. Esto significa inaplicabilidad al caso concreto.¹⁶³

Como un medio de control constitucional, la importancia de la acción de inconstitucionalidad es evidente. Una de las características que le agrega importancia es que es un medio de control constitucional al alcance de

¹⁶³ ARRIAGA BECERRA, La acción de inconstitucionalidad, lex Mex, 3 a ed. 4 octubre de 1995, pág. 49.

órganos del Estado, sin limitar su procedencia a invasión de esferas de competencia como es el caso de la controversia constitucional. En estos términos, la acción de inconstitucionalidad podrá ocuparse no sólo de violaciones a la parte orgánica de la Constitución (lo que ocurre en el caso de la controversia constitucional), sino que la acción de inconstitucionalidad podrá también ocuparse de violaciones a garantías individuales.

Esta característica le añade gran importancia, pues pone en manos de órganos de gobierno una herramienta para proteger a los gobernados contra leyes que violan sus garantías individuales.

Otro elemento que le añade importancia a la acción de inconstitucionalidad es que las consideraciones vertidas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación al resolverlas tienen el carácter de jurisprudencia. En este sentido se pronunció la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia en la tesis de jurisprudencia 2/2004, cuyo rubro es el siguiente:

"Jurisprudencia. Tienen ese carácter las razones contenidas en los considerandos que funden los resolutivos de las sentencias en controversias constitucionales y acciones de inconstitucionalidad, por lo que son obligatorias para los tribunales colegiados de circuito en términos del acuerdo general 5/2001 del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación".

5.1.1_ Efecto "Erga Omnes"

La declaración de inconstitucionalidad con efectos generales o "erga omnes" produce, efectos derogatorios, es decir la norma reputada violatoria de la Ley suprema, es retirada del ordenamiento jurídico positivo y deja de tener

vigencia, para todos los casos futuros que eventualmente puedan presentarse.

En cambio la declaración de inconstitucionalidad con efectos limitados, sólo determina, la inaplicabilidad de la disposición jurídica, impugnada al caso concreto en estudio, pero en relación con todos los demás casos, la norma sigue vigente.

Se puede, afirmar, entonces, que entre ambos tipos de declaración de inconstitucionalidad, existe una diferencia cualitativa. Sin embargo, en cuanto a los efectos derivados de uno y otro, se puede sostener, que en la práctica, la diferencia es más bien cuantitativa.¹⁶⁴

La declaración de inconstitucionalidad con efectos generales priva de efectos a la norma cuestionada en relación con todos los casos que pudieran presentarse. La declaración con efectos limitados se circunscribe a cada caso concreto.

Pero no se puede olvidar que por acumulación de casos concretos – supongamos que una Ley afecte a mil personas y todas ellas la impugne- se puede lograr el mismo efecto de una declaración “erga omnes”, que la norma de hecho deja de tener vigencia. Esto demuestra que la diferencia en el aspecto cuantitativo, invocada como ventaja de lo restringido sobre lo amplio, puede ser superada en ciertos casos, equiparando en la práctica los efectos de uno y otro tipo de declaración de inconstitucionalidad.

Si se aceptara el razonamiento precedente, no resulta lógico considerar que cuando la declaración produce efectos “erga omnes”, el ejercicio del control de constitucionalidad, importa un atentado contra el

¹⁶⁴ CARBONELL SANCHEZ, Miguel, La nueva acción de inconstitucionalidad en México, Régimen actual y posibles perspectivas de cambio. Cuadernos de la Cátedra, Fadrique Furió Ceriol, Departamento de Derecho Constitucional de la Universitat de Valencia, pág. 14-15.

principio de división de poderes, y consagra un avance del órgano jurisdiccional en un cuerpo reservado al Congreso; y, en cambio, cuando únicamente origina efectos inter partes, no se produce atentado. Esta distinción no puede fundarse sólo en que los efectos sean más amplios o menos amplios.¹⁶⁵

En general, cuando el órgano investido de la atribución de ejercer el control de constitucionalidad, es un Tribunal Constitucional, concebido como órgano extrapoderes, el criterio aceptado es que sus resoluciones producen efectos "erga omnes". En cambio, cuando la función corresponde al máximo Tribunal del Poder Judicial, se tiende a otorgar sus resoluciones solamente efectos limitados, y existe resistencia a conferir efectos generales a las mismas.

De manera que la ejercerá contra la sentencia o resolución, para obtener la declaración de inconstitucionalidad de la Ley en que aquella se funda, lo cual, desde luego, no excluye la posibilidad de que la sentencia o resolución sea inconstitucional, según está admitido por nuestro derecho judicial.

- Características

Algunas de las características de este medio general de defensa son las siguientes:

- 1) Es oponible en cualquier instancia
- 2) No suspende el procedimiento, que igual debe seguir hasta la sentencia definitiva.
- 3) No puede ser resuelta por el Juez ni otro órgano jurisdiccional que no sea la Suprema Corte de Justicia.

¹⁶⁵ ARROYO MARCIO Jesús, *Criticas a las Referencias al poder judicial*, 1ª ed. Jurídica, Anuario del Departamento, de Derecho de la Universidad Iberoamericana, México 1995 pág. 25.

- 4) Los antecedentes de la cuestión, una vez planteada, deben ser elevados a la Suprema Corte de Justicia, comportando ello un trámite especial.
- 5) Puede ser opuesta en cualquier instancia, y no sólo al contestar la demanda.
- 6) Puede plantearla tanto el demandado como el actor.
- 7) El órgano jurisdiccional ante el cual se la planté, debe elevar los antecedentes a la Suprema Corte de Justicia.
- 8) Debe ser resuelta en fallo independiente, por la Suprema Corte de Justicia, antes de que el órgano jurisdiccional inferior dicte sentencia definitiva.¹⁶⁶

La excepción de inconstitucionalidad, se debe presentar en el marco de un proceso, por iniciativa de las partes intervinientes en el mismo (actor o demandado, reconvigente o reconvenido, recurrente o recurrido) y en relación con un acto normativo reputado inconstitucional. La cuestión debe ser decidida, no por el Juez de la causa, sino por la Suprema Corte de Justicia (o la Sala Constitucional).

La deducción de la excepción de inconstitucionalidad no produce efecto suspensivo sobre el trámite del proceso principal el cual sigue su curso hasta llegar al estado de sentencia.

Esto es así porque la oposición de la excepción tiene carácter preventivo destinado a evitar la aplicación de la Ley impugnada por inconstitucionalidad. La excepción de inconstitucionalidad se sustancia como un incidente por pieza separada, dentro de un proceso principal.

¹⁶⁶ SEPULVEDA VALLE, El control de la Constitución, Revista Jurídica Jaliscience, No. 1 Enero-abril de 1995 pág. 35.

Si no hubiere opuesto la excepción de inconstitucionalidad en la oportunidad prevista por la Ley, el interesado tampoco podrá promover posteriormente la acción de inconstitucionalidad para impugnar la resolución que dicte el juez.

De acuerdo con el principio de la Supremacía de la Constitución, en cuya virtud se debe invalidar toda violación a la misma, no importa donde se produzca, a fin de restablecer su imperio, el precepto proceso autoriza, como es lógico, que la excepción de inconstitucionalidad puede ser opuesta en los incidentes.

La oposición de la excepción no impide que prosiga el curso del juicio principal. Tampoco impide que se dicte sentencia definitiva, aunque la Corte no se hubiera pronunciado sobre la cuestión constitucional promovida en la excepción, salvo que se trate de un incidente que afecte el fondo de la cuestión principal y tenga reconocido carácter suspensivo.¹⁶⁷

La Suprema Corte de Justicia de la Nación avaló el llamado “**divorcio exprés**” **que en realidad es el divorcio incausado** que se estableció en el Distrito Federal desde el año 2008.

El máximo tribunal del país declaró benéficas las reformas que se emitieron en la capital con base en las que se estableció que, después de un año de matrimonio, basta con que uno de los dos cónyuges ya no quiera continuar con la unión para que se autorice el divorcio, sin que se tenga que señalar la causa que lo llevó a tomar dicha decisión.

¹⁶⁷ FIX FIERRO, Héctor, La Reforma Judicial de 1994 y las acciones de inconstitucionalidad, Ars Iuris México, No. 13, especialistas sobre reforma judicial.

La Corte emitió esta decisión al negarse a amparar a una mujer que buscaba anular el divorcio que había logrado su ex esposo, con base en estas nuevas reglas.

De acuerdo con la sentencia emitida por la Corte, el también llamado divorcio "sin causales" no atenta contra la sociedad ni la familia, por el contrario, la protege y la fortalece al tratar de evitar conflictos en la disolución del vínculo matrimonial, así como enfrentamientos entre las personas y familias que alienten entre ellos la posibilidad de odio, violencia, egoísmo y acciones maliciosas.

Con base en dichos criterios, dados a conocer por la corte a través de un comunicado de prensa, se declaró la validez de los artículos 266 y 267 del Código Civil para el Distrito Federal, en los que estableció el divorcio exprés desde octubre del 2008.

El primero determina que el divorcio se puede solicitar por uno o ambos cónyuges, cuando cualquiera de los lo reclame ante la autoridad judicial, manifestando su voluntad de no querer continuar con el matrimonio, sin señalar la causa por la cual se solicita siempre que haya transcurrido cuando menos 1 año desde la celebración del mismo.

El art. 267 establece que el cónyuge que unilateralmente desee promover el juicio de divorcio deberá acompañar a su solicitud la propuesta de convenio para regular las consecuencias inherentes a la disolución del vínculo matrimonial.

Los ministros expusieron que a través del "divorcio sin causales", el legislador local buscó evitar la parte contenciosa del antiguo proceso del divorcio, y así posibles afectaciones en el desarrollo psicosocial de los

integrantes de la familia, al mismo tiempo contribuir al bienestar de las personas y a su convivencia constructiva.

La sala declaró correcta la decisión de un tribunal colegiado de declarar disuelto el vínculo matrimonial solicitado por el esposo, y con ello, se negó el amparo a una quejosa, quien consideró que dichos preceptos violan el artículo 4 constitucional que protege la organización y desarrollo de la familia.¹⁶⁸

La quejosa expuso que no se le dieron las garantías de audiencia y debido proceso, al permitir el divorcio unilateral sin considerar la voluntad del otro cónyuge que esta en desacuerdo con lo que a éste se le priva del derecho de ofrecer prueba, de aprobar lo que a su interés convenga. Pero los ministros señalaron que mediante el divorcio sin causales, se respeta el libre desarrollo de la personalidad del individuo, pues cuando este ya no desea seguir vinculando con su cónyuge no puede hacerse depender de la demostración de causa alguna.

Ya que la causal, no es mas que esa voluntad expresada en la demanda, resultando inadmisibile que el estado se empeñe en mantener vigente el matrimonio de quienes solicitan el divorcio al considerar que su situación particular se torna irreconciliable.

Así podemos observar que en el divorcio no habrá juicio, por que simplemente ante la petición de divorcio no existía excepción o defensa oponible, aludiendo a que nadie puede ser privado de derecho alguno sin juicio previo.

¹⁶⁸ AVILES ALLENDE, Carlos, La Suprema Corte valida el divorcio exprés, El Universal, Ciudad de México, 23 de septiembre de 2009, pág. 1.

5.2 Opinión personal

En nuestra sociedad diariamente se generan diferentes tipos de relaciones entre las personas, las cuales por su relevancia social y jurídica terminan siendo reguladas por el derecho.

El divorcio lo ubicamos dentro del derecho social, donde debemos partir para entender al derecho en su más amplio significado, en términos generales, como el conjunto de normas que rigen la vida del hombre en sociedad, según lo manejan los más grandes tratadistas.

Al derecho social habrá que definirlo como la rama del Derecho Público que se encarga de ordenar, sistematizar, tutelar, proteger y corregir todo tipo de desigualdades entre las clases sociales, es decir, busca la protección del campesino, del obrero y como fin último y por cierto, exquisito, proteger a todos los individuos contra los avatares de la vida, mediante los mecanismos que el propio Estado habrá de procurar. Cuantas más facilidades se den para disolver matrimonios rotos, más matrimonios se romperán, pero será de acuerdo al estado de cada una de las personas, ya que para ellos es imposible seguir viviendo en un ambiente hostil, que los interesados sufren; por tanto el Dictamen antes analizado determina que quien libremente se casa, libremente puede romper el vínculo matrimonial.

Se considera que en cualquier momento y en cualquier circunstancia la convivencia puede ser insostenible, por tanto eliminamos las causales en defensa de los derechos de una de las dos partes, independientemente de si es el cónyuge hombre o mujer.

Nadie piensa en divorciarse, pero si las condiciones familiares y personales ya no tienen alternativas, es mejor separarse, pero a través del

divorcio y no dejándolo a la deriva que puede traer graves consecuencias a futuro.

En la ciudad de México, se han dictado medidas de ley, para que quien no pueda tener conciliación con su pareja y evitar violencia intrafamiliar, daño moral y pérdidas de valores, se ha propuesto una forma de divorciarse a la que se le ha denominado **DIVORCIO EXPRÉS D.F.**

Con la aprobación del dictamen sobre el divorcio Exprés se presentan alternativas que permiten disolver el vínculo matrimonial con la sola expresión de ser esa la voluntad de ambas o de una de las partes, sin tener la necesidad de acreditar los extremos de algunas causales, como ya se ha mencionado.

En este dictamen se encontraron una serie de aberraciones graves, en términos de la *teoría general de las obligaciones*. Para quienes pudieran entender cuál es la esencia de la propuesta, se borraron en un instante dichas causales, sin revisar su razón, motivo y fundamento por el cual fueron insertas en su momento en el Código Civil, las 22 causales de divorcio necesario.

Se pretende utilizar la petición unilateral, es decir la voluntad de alguna de las partes para disolver el matrimonio bajo el falso argumento de que éste fue establecido de manera voluntaria, de manera libre, suponiendo que el matrimonio sea un Contrato¹⁶⁹; para que un contrato quede sin efecto se requieren de dos cosas, una causal de terminación o la voluntad de ambas partes para disolverlo.

¹⁶⁹ MARTÍNEZ ALFARO, Joaquín, CONTRATO Acuerdo de Voluntades para crear, modificar y extinguir derechos y obligaciones; Teoría de la obligaciones, Ed. Porrúa, 5ª ed., México 1998, pág. 56.

Esta situación es jurídicamente errónea, es conocido que no se puede dar por terminado un contrato por voluntad de una de las partes, esta situación es violatoria de los derechos de la otra parte, **ya que en todos los contratos, incluido el matrimonio**, se adquieren derechos y obligaciones, que no se pueden extinguir unilateralmente.

Por lo tanto se viola la garantía de acción, la garantía de la excepción y la garantía de la defensa. Se garantiza al cónyuge que lo único que no va tener son garantías de un debido proceso porque el fin ultimo ya está establecido.

La propuesta legislativa viola los artículos 14 y 16 de constitucionales porque no hay garantía de legalidad y audiencia para el otro cónyuge, el que se acaba de enterar del divorcio unilateral y se oponga ya que como dice el proyecto multicitado el Juez familiar decretará el divorcio haya o no convenio y su sentencia es inapelable.

Los artículos 14 y 16 constitucionales que establecen en pocas palabras, que nadie puede ser privado de derecho alguno sin juicio previo, contraviene las disposiciones respecto del divorcio ya que ahora no se acepta la voluntad de ambas partes, sino con que se haga de forma unilateral se disuelve el vínculo matrimonial; y es que al no existir ninguna causal, los derechos de la mujer se eliminan. Ese es el grado de falta de certeza y seguridad jurídica, que otorgan las reformas del 2008.

Por lo que hace a los hijos menores o mayores discapacitados, ordena el proyecto que ese conflicto se resuelva bajo el rubro de la controversias de orden familiar.

La modalidad procedimental cambio ya que antes se promovía el juicio de divorcio por la vía ordinaria familiar; que consta de prueba, admisión, fecha de desahogo de pruebas, alegatos y sentencia. Ahora si se promovía a través de un procedimiento de control de orden familiar; donde junto con la demanda ya debes ofrecer las pruebas.

El asunto de los bienes, de los hijos, de la custodia y de los alimentos se va a llevar por asunto separado, no va mezclado uno con otro, sino a través de un Juicio ordinario.

En caso de que se acepte el convenio y se lleva a sentencia, las reglas establecidas para estos casos de custodia, de alimentos y de bienes, se decidirá con relación a la contestación respetando la garantía de audiencia y la demanda que hizo el cónyuge que está solicitando la disolución del vínculo matrimonial.

Si, se debe de aprobar el divorcio, porque disuelve el vínculo matrimonial y al suprimir las causales de divorcio contempladas por el artículo 277 del Código Civil, es una medida necesaria y correcta acorde a la vida actual.

La legislatura tiene la facultad de discutir si se suprimen las causales que justifican el divorcio, lo menos que se pueda pedir para no violentar el Estado de derecho y por ende la carta fundamental. En el país se dan 14 divorcios por cada 100 matrimonios según las cifras de INEGI.

Con las reformas que se presentaron al juicio de divorcio, realizándose a solicitud de una de las partes, a través de un convenio las condiciones bajo las cuales se realiza la separación de los cónyuges. Con la

propuesta el proceso agiliza y establece una serie de disposiciones que preservan los derechos de la partes.

El dictamen de la Comisión de Administración y Procuración de justicia del Distrito Federal contiene reformas y adiciones que regulan de mejor manera el procedimiento civil para que el caso del divorcio, establece las bases para que se realice con pleno respeto a los derechos de los cónyuges; eliminando los vicios que existían en el procedimiento.

En este proyecto de Decreto se reconocen los derechos naturales como la libertad, por lo que los cónyuges pueden optar por divorciarse y hacer valer el derecho constitucional que tiene una persona a un ambiente adecuado para su desarrollo y bienestar. El mismo precepto constitucional señala que la ley “protegerá la organización y el desarrollo de la familia. La ley establece los instrumentos y apoyo necesarios a fin de alcanzar tal objetivo. Al referirse a la familia los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo.

Los ascendientes, tutores y custodios tienen el deber de preservar estos derechos. El estado proveerá lo necesario para propiciar el respeto a la dignidad de la niñez y el ejercicio pleno de sus derechos.

Entramos en una tesitura de que se violan muchos derechos, principalmente los de la mujer y las garantías constitucionales mencionan que nadie puede ser condenado sin ser oído y vencido en juicio, y se agregó al artículo 685 BIS del Código de Procedimientos Civiles, ordenando en este precepto que la resolución del juez es inapelable. Con todo este antecedente se regresa a principios jurídicos básicos de 1804 para determinar que la autonomía de la voluntad “laissez faire” – “laissez passer” norma Suprema

del Código Civil de los Franceses, la han puesto en vigor para determinar la suerte de una familia y acabar con ella.

En este artículo existían causales o razones para demandar el divorcio necesario. Solo que algunas de ellas estaban ahí por *tradición jurídica*, otras por cambios en las clases de familia y una más por la mayoría en la Asamblea legislativa , se creo un nuevo precepto, desapareciendo la violencia familiar, el adulterio, la concepción de hijos que no fueran de otro cónyuge, la prostitución del hombre, de la mujer y de los hijos, la incitación a la violencia para cometer algún delito, los actos inmorales , ejecutados por él o por ella para corromper a aquellos, así como tolerarla, padecer sífilis tuberculosis o cualquier otra enfermedad crónica e incurable que además fuera contagiosa o hereditaria y la impotencia coendi, entre otras causales, hoy todo a desaparecido y se ha reducido a:

“El cónyuge que unilateralmente desee promover el juicio de divorcio deberá acompañar a su solicitud la propuesta de convenio para regular las consecuencias inherentes a la disolución del vínculo matrimonial”, debiendo contener los siguientes requisitos con la finalidad de que sea mas rápido:

- La designación de la persona que tendrá la guarda y custodia de los hijos menores o incapaces.
- Las modalidades bajo las cuales el progenitor, que no tenga la guarda y custodia, ejercerá el derecho de visitas, respetando los horarios de comidas, descanso y estudio de los hijos.
- El modo de atender las necesidades de los hijos , y en su caso, del cónyuge a quien deba darse alimentos, especificando la forma, lugar y fecha de pago de la obligación alimentaria, así como la garantía para asegurar su debido cumplimiento.

- La designación del cónyuge al que le corresponderá el uso del domicilio conyugal
- La manera de administrar los bienes de la sociedad conyugal durante el procedimiento y hasta que se liquide; así como la forma de liquidarla, exhibiendo para ese efecto, en su caso, las capitulaciones matrimoniales , el inventario , avalúo y el proyecto de participación.
- En el caso de que los cónyuges hayan celebrado el matrimonio bajo el régimen de separación de bienes deberá señalarse a compensación que no podrá ser superior

El divorcio unilateral denominado “fase track” Exprés, al vapor, repudio, mal copiado del Código Civil español y pésimamente redactado, al haber tomado diversas partes de artículos abrogados, derogados o reformados, que han originado un desorden tal legislativo, ya que las primeras solicitudes “demandas” “componendas” declaraciones unilaterales de la voluntad, como se les quiera llamar, deberán probar hasta donde llegarán las soluciones de la primera instancia, para acudir al poder judicial federal, para que el mismo se pronuncie sobre esta incalificable maniobra jurídica, que exhibe una ignorancia grasa en Derecho Civil y Derecho Familiar.

Las limitaciones formales de la prueba que rigen en materia civil no deben aplicarse en los casos de divorcio respecto del o de los convenios propuestos, eliminando las causales de las fracciones XI, XVII y XVIII que regulaba el artículo 267 antes de la reforma.

El nuevo texto obliga a los jueces de lo familiar a suplir sus deficiencias, en el convenio que hubieren propuesto, y de alguna manera limitan lo que en el pasado era más discrecional para la intervención del juez y apoyar a las partes en conflicto,

Podemos determinar que jurídicamente el divorcio “exprés” otorgará beneficios como:

- Facilidad para extinguir el matrimonio
- Rapidez
- Se extingue sin el consentimiento del otro cónyuge
- No es necesario confrontarte con tu cónyuge

Y se podrán divorciar solo los que recaigan en estas hipótesis:

- a)** Quienes haya cumplido cuando menos un año de casados;
- b)** Que hayan establecido su domicilio conyugal en la ciudad de México en término de ley aun y cuando no se hayan casado en esta ciudad, es decir si se casaron en el interior de la República Mexicana si podrán divorciarse, bajo los requisitos de ley.
- c)** Habitar o haber tenido como último domicilio conyugal el D.F.

El profesor Julián Guitron Fuentes manifiesta respecto de las reformas del divorcio incausado; señala que existen muchas inconsistencias en las nuevas reformas, un ejemplo real es que en el artículo 267 donde se señalan los requisitos del convenio, que inexplicablemente, al haber solicitud de uno de ellos y el otro no participa, como puede hablarse de convenio; lo mas grave es que copiaron del divorcio voluntario por vía judicial del viejo precepto 273, los requisitos del mismo y así mezclaron las fracciones. Y tuvieron la ocurrencia de hacer la fracción VI del artículo 267 que era en realidad el artículo 289 bis, donde cambiaron la palabra indemnización por compensación. Así manifiesta que los Legisladores del Distrito Federal elaboraron una mala copia del Código Civil Español.

Dicen Tratadistas, Catedráticos de la UNAM, Jueces de lo familiar y otros estudiosos del derecho, que a nuestro legislador local se le olvidó que el divorcio como acto jurídico tiene consecuencias legales, como es el caso de la pensión alimenticia para el cónyuge y los menores de edad, como la liquidación de la sociedad conyugal, pues la esencia del divorcio incausado es solo eso, la disolución del vínculo, pero y las consecuencias, donde quedan, habría que resolverlas en incidentes, pero, no estaremos entrando entonces en el mismo terreno del divorcio litigioso?, o si al presentar la solicitud de divorcio anexando el requisito principal que es una propuesta de convenio, y, si en este supuesto el cónyuge que no solicitó el divorcio lo acepta, no estaremos entrando entonces en el supuesto del divorcio voluntario.

Manzul Tawill manifiesta respecto de la reformas que nos ocupan, que el divorcio se produce en todo caso en la dinámica misma de la pareja y no en los tribunales. Que cuando la unión conyugal lejos de cumplir con sus fines de solidaridad, de amor, de ayuda mutua y de recíproca satisfacción, se convierte en un tormento de existencia gris, de indiferencia y de aburrimiento, de desconsideración y de hartazgo, o de conflicto de maltrato, de infidelidades de crueldad o de sufrimiento de la pareja, y sus padres amigos y hermanos, se encuentran ante el fenómeno insubsistencia objetiva del matrimonio fenómeno que la ley debe reconocer haciendo asequible el divorcio, sin pretender una defensa a ultranza de un matrimonio muerto o de un dogma de indisolubilidad que nada tiene que ver con la subsistencia de la familia.¹⁷⁰

Estamos de acuerdo en que dichas reformas beneficiarían no sólo a los ciudadanos, sino que hacen más ligero el trabajo de los jueces, evitando asuntos rezagados, así como el costo excesivo en la tramitología.

¹⁷⁰ MARZUR TAWILL, Elías, *El divorcio sin causa en México*, 1ª ed., Porrúa, México, 2006, págs. 8-15.

CONCLUSIONES

1.- 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, con la posibilidad de procrear hijos de manera libre, responsable e informada.

2.- El matrimonio es una de las instituciones mas antiguas de la vida; contemplando varios requisitos, dado que los tratadistas elaboraron puntos de vista diferentes, una de las tesis que nosotros compartimos es que el matrimonio **tiene la naturaleza de “acto jurídico”** donde concurren tanto particulares como autoridades, manifestando la voluntad de los consortes y la intervención de una autoridad pública denominada Registro Civil, cuyo acto tiene validez jurídica y negamos la teoría de que el matrimonio es un “**contrato**” por que si lo fuera tendríamos que hablar de elementos esenciales y de requisitos de validez y tendrían que aplicárseles las modalidades del acto jurídico que son el término, la condición, la indemnización en fin todo lo válido en un contrato.

3.-El divorcio proviene del latín **divortium** que significa separación, esto es separar lo que esta unido. En la actualidad, en el medio jurídico se entiende por divorcio la extinción de la convivencia matrimonial declarada por la autoridad. Dicha institución ha tratado de proteger a los miembros de la sociedad y de otorgarles seguridad jurídica, ya que muchas veces es insostenible la convivencia entre pareja, dañando a los hijos principalmente y llegando a producir una desorganización dentro su comunidad. Es por eso que el divorcio forma parte de la estructura social de cualquier comunidad.

3.- Con la aprobación de dichas reformas se presentan alternativas para disolver dicho vínculo matrimonial con la sola expresión de ser esa su voluntad, sin tener que acreditar ninguna de las causales que se contemplaban anteriormente en el

Código Civil, este divorcio incausado esta instituido en otros países donde se ha demostrado su grado de efectividad por ser expedito y evitar los problemas causados por la confrontación de los cónyuges, es por eso que el divorcio in causa o vulgarmente conocido como exprés da puerta a que se eliminen todas las causales que contemplaba el Código Civil en su artículo 267, ya que ahora sólo basta con la determinación de una de la partes de no querer continuar con el matrimonio para disolver dicho vínculo, acompañada de un convenio que resuelva las circunstancias inherentes al matrimonio.

Consideramos que dichas reformas traen aparejados **beneficios** ya que dan la oportunidad a los involucrados de proteger su intimidad, respecto de los actos de conflicto que hayan padecido, ya que el hecho de exponer las causales ante un Tribunal; afectaría su dignidad, imagen y reputación social. Ya que se tradujeron en juicios de una duración exagerada y actualmente se le dará agilidad al procedimiento ya que el divorcio será decretado una vez que se conteste la solicitud o habiendo precluido el término para ello, independientemente de las situaciones que trae aparejada dicha relación; haciendo que la disolución del vínculo conyugal sea inapelable.

Al igual analizamos que dichas reformas han tenido **problemas** porque aunque se haya determinado que se requieren de dos voluntades para celebrar el matrimonio, lo ideal es que para **disolverlo** también se requieran; algunos tratadistas mencionan que el solicitarlo de manera unilateral deja a una de las partes sin la posibilidad de oponerse, ni de que sea oído y vencido en juicio de acuerdo a como lo establecen los artículos 14 y 16 constitucional. Además de que los jueces de lo familiar están obligados a suplir las deficiencias que se presenten en los convenios propuestos; pero no por eso dejaran de decretar la disolución del vínculo matrimonial.

Estamos de acuerdo en que dichas reformas beneficiarían no sólo a los ciudadanos, sino que hacen mas ligero el trabajo de los jueces, evitando asuntos rezagados, así como el costo excesivo en la tramitología, pero si bien es cierto el termino no sería el correcto ya que no se trata de un divorcio como tal; sino de la figura denominada **repudio** que era utilizada anteriormente, lo que debió hacer el legislador con sus reformas era articularlas en el mismo sobre el divorcio administrativo a fin de que se emplazara al otro cónyuge y se obtuviera la respuesta favorable o no. Y asimismo resolver todas las causas inherentes a la disolución del vínculo matrimonial, como la situación de los hijos entre otros. Apoyamos dichas reformas aunque pedimos al legislador un análisis más exhaustivo respecto de las consecuencias inherentes del mismo, a fin de que no sean resueltas por cuerda separada.

REFORMA PROPUESTA POR LA ASAMBLEA LEGISLATIVA DEL
DISTRITO FEDERAL PRESENTADA EL 24 DE JUNIO DE 2010.

El 24 de junio de 2010 La Comisión de Administración y Procuración de Justicia de la ALDF, aprobó reformas al Código Civil del Distrito Federal con el fin de permitir el divorcio exprés y también evitar que los padres pongan a sus hijos nombres peyorativos.

El presidente de dicha comisión, Julio César Moreno, explicó que las reformas al **divorcio administrativo "ya pasan a ser algo así como el divorcio exprés**, porque incluso ya se eliminan los 15 días de los que se disponen para ratificarlo.

El legislador del Partido de la Revolución Democrática (PRD) señaló en entrevista que cuando un matrimonio pretende divorciarse y si no hay hijos ni hay bienes, el trámite dura aproximadamente 15 días para ratificarlo.

Dijo que ese trámite "ya se elimina y prácticamente en automático ya quedan divorciadas las personas, quedan separadas las partes. Ya el divorcio ahora es exprés, ahora ya no se requieren ni siquiera los 15 días para la ratificación", sino que en el mismo momento lo ratifican y quedan automáticamente divorciados.

"La otra reforma es muy importante, lo relativo a la sustracción de menores", destacó.

"Se agrega la palabra al que oculte, porque cuando se sustrae al menor esto es muy clásico en los pleitos entre los padres, cuando hay un divorcio de por medio, una guardia o custodia, la madre tiene la guardia y custodia, pero se agrega la palabra oculte".

Será más o menos así: se acude al juez con la pareja y se da el 'sí quiero'. **Igual de sencillo que cuando uno se casa, pero para divorciarse**. Lo llaman el 'divorcio automático', un paso más allá del denominado exprés porque elimina el plazo de 30 días establecido hasta ahora en la capital de México para ejecutar la separación legal del cónyuge.

Es la nueva iniciativa que ha aprobado la Comisión de Administración y Procuración de Justicia de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, que para reducir los trámites al mínimo posible, esto es a la comparecencia ante el juez, evitará a los aspirantes a divorciados a **esperar los 15 días que estipulaba la ley para ratificar su voluntad**.

"Levantará un acta en que los declarará divorciados y hará la anotación correspondiente en la del matrimonio", establece la **reforma al artículo 272 del Código Civil**, que aún deberá pasar por la aprobación del Pleno, según publica 'El Universal'.

La solución para aligerar de trabajo a los jueces de la capital es idea de la diputada Aleida Alavez (PRD), que presentó la propuesta en marzo pasado y ha obtenido este jueves el respaldo de los legisladores capitalinos.

La reforma, incluye también el castigo a los padres que durante o después del divorcio practiquen lo que se conoce como '**ocultamiento del menor**', esto es, que se lleven a sus hijos fuera del DF para separarlos de cónyuge o ex cónyuge. El dictamen de reformas al Código Penal para el DF, establecerá para ello en su artículo 173 su tipificación como delito e impondrá **una pena de dos años y medio** al familiar responsable.

BIBLIOGRAFIA

1. ARISTÓTELES, *Ética nicomaquea*, 8,2, cito la traducción al español hecha por Antonio Gómez Robledo, México Porrúa 1967, 19ª ed. Reimpresión 2000.
2. ARIAS, José. *Derecho de Familia*, 2ª ed., Buenos Aires, 1952.
3. BAQUEIRO ROJAS, Edgar y BUENROSTRO BAEZ, Rosalía. *Derecho de Familia*, Editorial Oxford, 3ª reimpresión, México 2005.
4. BARBERO, Omar. *Daños y Perjuicios derivados del Divorcio*, Editorial Astrea, Argentina 1997.
1. BELLUSCIO, Augusto Cesar, *Derecho de Familia*, Tomo I, Buenos Aires, 1974.
2. BOFANTE, Pedro. *Instituciones de Derecho Romano*, Ed Reus, Madrid 1929.
3. BONET, Ramón Francisco. *Compendio de Derecho Civil*, Tomo IV, *Derecho de Familia*, Madrid, 1960.
4. BORDA, Guillermo A., *Tratado de Derecho Civil*, *Derecho de Familia*, 5ª Editorial Buenos Aires, 1973.
5. CARBONELL SANCHEZ, Miguel. *La Nueva Acción de Inconstitucionalidad en México, régimen actual y posibles perspectivas de cambio*. Cuadernos de la cátedra. Fabrique-Furioceriol, Universidad de Valencia.
6. CARDIEL REYES, Raúl, *El Contrato social "Nuestros Clásicos"*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1962
7. CHARLES, Darwin. *El origen del hombre y la selección en relación al sexo*, 7ª edición, Editorial Diana S. A., 1964 Capítulo XXI.
8. CHAVÉZ ASCENCIO, Manuel. *La familia en el derecho de familia y las relaciones jurídico familiares*, Ed. Sista, México, 1997.
9. CHÁVEZ HAYHOE, Salvador, *Historia Sociológica de México*, Ediciones Andrade, México, 2000.
10. CICU, Antonio. *El Derecho de Familia*, Buenos Aires, 1947.

11. CICU, Antonio. La Filiación, Madrid, 1930.
12. COUTO, Ricardo. Derecho Civil Mexicano de las personas, Tomo I, México 2005.
13. DANIEL HUGO D ANTONIO, El Derecho de Familia, Editorial Rubin-Culzoni, Argentina 1998.
14. DRAKE Y DRAKE RAMON, La Empresa Familiar ante el Derecho, Editorial Civitas, España 1995.
15. Ennecerus-kipp-wolf, Tratado de derecho civil, Vol. I, Derecho de familia, por Theodor Kipp y Martín Wolf, pag. 2 No. II, Barcelona 1954.
16. ENGELS, Federico. El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado.
17. ESCRICHE, Joaquín. "Diccionario Razonado de legislación y jurisprudencia", Paris 1862.
18. FERNÁNDEZ, Alonso Odilo, El Divorcio, Análisis Jurídico y práctico, Ed. Edisofer, Madrid, 1994.
19. FERNANDEZ ARRUTY JOSE ANGEL, El Derecho Matrimonial, Editorial Bosch, España 1959.
20. FIX FIERRO, Héctor. La Reforma Judicial de 1994 y las acciones de inconstitucionalidad, Ars Iuris, México, 1995.
21. FLORES BARROETA, Benjamín. Reflexiones del primer curso de Derecho Civil, México
22. FLORES GÓMEZ GONZÁLEZ, Fernando y Carvajal Moreno, Gustavo, Nociones de Derecho Positivo Mexicano, Ed. Sista, México.
23. GALINDO GARFIAS, Ignacio. Derecho Civil Primer curso, Parte General-personas-familia-editorial, Porrúa, s.a., México, D.F., 1973.
24. GALVÁN RIVERA, Flavio. El concubinato en el vigente derecho mexicano, Editorial Porrúa, México 2003.
25. GARCIA CANTERO, Gabriel. El divorcio en los Estados Modernos
26. GUASTAVINO, Elías. Derecho de Familia patrimonial, Bien de familia, 2ª ed., Santa Fé, 1984.

27. GUAGLIANONE AQUILES, Horacio. Régimen Patrimonial del Matrimonio, Editorial Ediar, Argentina 1968.
28. GUITRÓN FUENTEVILLA, Julián, Derecho de Familia, Publicidad y Producciones Gama, S.A., México, 1972.
29. GUTIERREZ Y GONZALEZ, Ernesto. Derecho Civil para la familia, Ed. Porrúa, México, 2004.
30. HERNANDEZ LOPEZ ARAU, El Divorcio practica forense de Derecho Familiar, Editorial Porrúa, México 2002.
31. KIELMANOVICH JORGE L, Juicio de Divorcio y Separación Personal, Editorial Rubinzal-Culzoni, Argentina 2002.
32. KLUGER, Viviana. Las relaciones conyugales en el Virreinato del Río de la Plata. Del ámbito doméstico, a los estrados judiciales. Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires. En Imprenta.
33. LACRUZ BERDEJO, José. "Elementos de Derecho Civil IV", Barcelona, 1997.
34. LAFAILLE, Héctor, Curso de Derecho Civil, Derecho de Familia, Buenos Aires, 1930.
35. LAGRANGE, M. Eugenio. Manual de Derecho Romano, 2ª ed., Madrid, 1954.
36. LARENZ, Karl. Derecho Civil, Parte General, Jaén, 1978.
37. LÓPEZ DE CARRIL, Julio J., Derecho de Familia, Buenos Aires, 1984.
38. LÓPEZ DE IBARROLA, Elementos de Derecho Civil, Editorial Porrúa, S.A, México, 1960.
39. LOPEZ SAN LUIS ROCIO y PEREZ VALLEJO ANA MARIA, Tendencias actuales en el Derecho de Familia, Editorial Almeria, España 2004.
40. LOZANO RAMIREZ, Raúl. Derecho Civil, Tomo I, Derecho Familiar, Ed. Pac, México, Enero 2008.
41. MARTINEZ ARRIETA SERGIO, El Régimen Patrimonial del Matrimonio en México tercera edición, Editorial Porrúa, México 1999.

42. MAURICIO LUIS MIZRAHI, Familia, Matrimonio y Divorcio, Editorial Astrea, Argentina 1998.
43. Mazeud Jean, Henri y Leòn, Lecciones de Derecho Civil, parte I, Traducción Alcalá, Zamora y Castillo, Buenos Aires, 1959.
44. MAZZINGUI, Jorge Adolfo. Derecho de Familia, Buenos Aires, 1971.
45. MESSINEO. Manuale di Diritto Civile e commerciale, 8ª ed, I-II, Milano, 1950.
46. MIZRAHI, Mauricio Luis. Familia, Matrimonio y divorcio, Edit. Astrea de Alfredo y Ricardo Desalma, Buenos Aires 1998.
47. MONJE BALSAMEDA, Oscar. Matrimonio y divorcio, efectos jurídicos, Historia del divorcio, México, 2001.
48. MOTO SALAZAR, Efraín, Elementos de Derecho, México, 1999.
49. NORDASE, José. Elementos de Sociología, México, 2001.
50. NURIA GONZALEZ, Martín, Andrés Rodríguez Benot et. al., El Derecho de Familia en un Mundo Globalizado, UNAM, ed. Porrúa, México, 2007.
51. ORIZABA MONROY SALVADOR, Matrimonio y Divorcio, Editorial Sista, México 1991.
52. ORTOLAN, Legislation Romaine, 12ª ed., París 1884, T II, Comp. Arangio Ruiz V.
53. PÉREZ CIMAC, Mónica, El divorcio en México, México D.F., 1998.
54. PETIT, Eugenio. Tratado Elemental de Derecho Romano,
55. PETTIGLIANI, Eduardo J., "Familia", Enciclopedia de derecho de familia, Tomo II, Buenos Aires 1992.
56. PINA VARA RAFAEL, Elementos del Derecho Civil Mexicano Volumen I, editorial Porrúa, México 1993.
57. PONSSA DE LA VEGA, de Miguens Nina, "Derecho de familia en el derecho Romano" Ed. Buenos Aires, 2ª ed. 1969, p. 11. Díaz de Guijarro, Enrique, Tratado de Derecho de Familia, Buenos Aires, 1953.
58. ROJINA VILLEGAS RAFAEL, Compendio de Derecho Civil, Editorial Porrúa, México 1980.

59. RODRIGUEZ BENOT, Andrés. El derecho de Familia en un mundo Globalizado, UNAM, Ed. Porrúa, México, 2007.
60. SANCHEZ AZCONA JORGE, Familia y Sociedad, 2008, editorial Porrúa, México 1974.
61. SANCHEZ MARQUEZ RICARDO, Derecho Civil parte general personas y familia, Editorial Porrúa, México 1999.
62. SANCHEZ MEDAL RAMON, Grandes Cambios en el Derecho de Familia en México, Editorial Porrúa, México 1979.
63. SOLER Y ARQUES, Carlos, Ideal de la Familia, memoria premiada por la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, Madrid 1887.
64. SPOTA, Alberto G., Tratado de Derecho Civil, Derecho de Familia, Buenos Aires, 1968.
65. WILLIAMS, Jorge N, La Familia en el Orden Jurídico, en JA 1957-III-sec-doc-131. Ulpiano, I, Institutionum, D.I, 3, maris atque feminae coniunctio.
66. ZANNONI, Eduardo A., Derecho de Familia, Buenos Aires, T. I, 1978.

DICCIONARIOS

1. *Diccionario de la Lengua Española*, Real Academia Española, 21a. ed., Ed. Espasa-Calpe, Madrid, España, 1992.
2. *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. CABANELLAS, Guillermo. 21^a ed., Ed. Heliasta. Buenos Aires, Argentina, 1989.
3. *Diccionario Jurídico Abeledo Perrot*. GARRONE, José Alberto. Argentina, 1989.
4. *Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia*. ESCRICHE, Joaquín. Ed. Porrúa, México, 1979.
5. Enciclopedia jurídica Española, Barcelona, “voz matrimonio”, 2002.

6. Enciclopedia Jurídica Omeba T. XIX MAND-MUSE, Argentina, Driskill, 1991.

PERIODICOS Y REVISTAS

- El Sol de México; Columna del Licenciado Julián Guitrón Fuentevilla sobre el Derecho Familiar.
- Revista: Divorcio? No! Edición Número tres, Editorial Editora de Revistas, México 1990.
- Revista: Estadísticas de Matrimonios y Divorcios, Editorial del Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática 2002.
- Manual e Derecho civil y comercial. Traducción de Santiago Sentis Melendo, Tomo III, Buenos Aires 1954.
- Asamblea Legislativa del Distrito Federal
- Instituto Nacional de Estadísticas y Geografía(INEGI).

LEGISLACIÓN

1. *Código Civil para el Distrito Federal*, 2ª ed., Ed. Sista, México, 2004.
2. *Código de Procedimientos civiles para el Distrito Federal*, décimo novena edición, Ed. Isef, México, 2010.
3. *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, Ediciones Leyenda, México 2010.
4. Gaceta de Gobierno del Distrito Federal, publicadas el 3 de octubre de 2008, José Carmen Mendoza Zavala, México, 2009.
5. Dictamen de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, 27/08/2009,
6. Ley sobre relaciones familiares, Ediciones Andrade, año 2000.
7. Tesis aislada, publicada en el *Semanario Judicial de la Federación*, Novena Época, Tomo XXDV.