

I. Introducción	7
II. Aspectos antropológicos y sociológicos de las poblaciones familiares	9
III. La formación del núcleo familiar	18
IV. Disolución del vínculo matrimonial	33

DERECHO DE FAMILIA

I. INTRODUCCIÓN

Antropólogos, sociólogos, y en general todo aquel que estudia al ser humano y sus relaciones sociales primarias, afirman que la familia o el grupo familiar es tan antiguo como la misma humanidad. Se ha llegado a afirmar¹ que las formas adoptadas por el *homo sapiens*, no son más que un producto de la herencia recibida de otras especies en su evolución cuya estructura presenta muchas coincidencias con la observancia en la familia humana a lo largo de su historia.

Rousseau afirmó que la familia es la más antigua de las sociedades y la única que surge espontáneamente por razones naturales. Aunque la continuidad en la misma se da por una voluntad de sus miembros de seguir unidos.² Recaséns Siches coincide al calificar a este grupo social primario como un grupo surgido por las necesidades naturales de sus interrogantes, sobre todo aquellas referidas a la crianza y al sostenimiento de los hijos e hijas, sin embargo considera que no puede satisfacernos esa consideración ya que, si bien es cierto que la familia es un producto de la naturaleza, es también una institución creada y estructurada por la cultura a fin de regular —y controlar— a los individuos, sus relaciones, su conducta y todo aquello relacionado con el intercambio generacional.³

Por su parte Linton distingue la familia consanguínea de la familia conyugal afirmando que la primera es una creación cultural-social y, por tanto, artificial. En cambio la segunda es una unidad biológica similar a otras que encontramos en un gran número de especies entre los mamíferos. Incluso sostiene que buena parte de las pautas de comportamiento que aparentemente tienen su origen en una norma de

¹ König, René, *La familia en nuestro tiempo*, trad. de José Almaraz, Madrid, Siglo XXI, 1981, pp. 1-5.

² Rousseau, Juan Jacobo, *El contrato social*, 6a. ed., México, Porrúa, 1979, pp. 4-9.

³ Recaséns Siches, Luis, *Sociología*, 18a. ed., México, Porrúa, 1980, pp. 465 y ss.

conducta impuesta desde fuera, están íntimamente relacionadas con las características fisiológicas y psicológicas del ser humano.⁴

Independientemente que podamos discutir, cuestionar, e, incluso, oponernos,⁵ a estas consideraciones, resulta objetivamente demostrable que al interior de la familia se desarrollan fuerzas afectivas muy poderosas que trascienden al grupo y matizan las relaciones que sus miembros tienen en la sociedad en donde están insertos. Al mismo tiempo, le dan cohesión interna al propio grupo, de ahí que se afirme que la familia tiene una extraordinaria capacidad de resistencia frente a los avatares de la historia y de su propia evolución. Las estructuras varían, pero el principio fundamental subsiste: la familia es el grupo primario en donde hombres y mujeres encuentran los satisfactores básicos a sus necesidades. Es esencialmente un grupo dinámico cuyas relaciones al interior y al exterior delimitan características culturales —en las que van incluidas los diferentes tipos de normatividad— en la comunidad en que se desarrollan y al mismo tiempo introyectan en los hombres y mujeres que la integran, los valores, también culturales, que se perfilan en esa comunidad. De tal manera que es válido afirmar que la familia está hecha por la cultura imperante en la sociedad, pero ella, al mismo tiempo, hace y rehace cultura.

Así brevemente caracterizado, es el grupo que ubica este estudio pues, independientemente de que se trate de un fenómeno natural o de una creación cultural, es un fenómeno social y jurídico en la medida que existe todo un sistema social normativo que incide en su formación y, al decir de Bonnacase,⁶ lo vivifica. Sistema que, desde mi punto de vista, en ocasiones, no responde a las necesidades que surgen en el seno de la propia familia o aquellos que se van generando por su dinámica y evolución, precisamente porque desconoce las respuestas que se dan en la compleja y contradictoria naturaleza humana que es o debería ser, el punto de referencia para cualquier análisis del marco jurídico familiar. Insisto una vez más: mi análisis parte del reconocimiento de la complejidad de la naturaleza humana; de las formas en que hombres y mujeres en sociedad interiorizan una serie de rasgos comunes —que son denominados como “carácter social” por los psicólogos humanistas—

⁴ Linton, Ralph, “Introducción. La historia natural de la familia”, Fromm, *et. al.*, *La familia*, 5a. ed., Barcelona, Península, 1978, pp. 9 y ss.

⁵ Al respecto ver los comentarios de Lorite Mena, José, *El orden femenino. Origen de un simulacro cultural*, Barcelona, Anthopos, 1987, *passim*.

⁶ Bonnacase, Julien, *La filosofía del Código de Napoleón aplicada al derecho de familia*, Puebla, Cajica, 1945, p. 26.

cuyo objetivo es coordinar las respuestas que dan a las circunstancias de sus vidas, de tal manera que puedan funcionar en los grupos en que se desenvuelven;⁷ de las formas en que la ideología dominante —por ser la impuesta por los grupos en el poder— se transmite a todos los estratos sociales como un método de control social; de la necesidad de crear alternativas jurídicas para aquellos grupos y circunstancias que, por su especificidad o novedad, se apartan de la norma socialmente aceptada, pero cuyas relaciones tienen efectos, fatalmente, en el marco jurídico que se analiza.

Sin embargo, las características de la obra en que se incluye este trabajo, no me permiten ampliar el ejercicio crítico de cada institución con base en ese reconocimiento. Por lo tanto, en la medida de lo posible, me concretaré a describir el marco jurídico que rige a la familia en México apuntando, cuando sea necesario, mis reflexiones críticas, sin profundizar mayormente en ellas. La descripción inicia con esa compleja naturaleza humana para tocar cada una de las instituciones que se refieren a las relaciones personales que surgen en el núcleo familiar y finalmente concluyo con los aspectos patrimoniales en los que englobo la obligación alimentaria, los regímenes patrimoniales del matrimonio y el patrimonio familiar.

Considero pertinente aclarar que la tutela no aparece dentro de las instituciones descritas pues es una institución que tiene su razón de ser en un atributo de la personalidad: la capacidad y, desde mi punto de vista, no está vinculada a la familia, sino por una derivación y, más que nada, por la costumbre establecida de nombrar tutor a un pariente.

II. ASPECTOS ANTROPOLÓGICOS Y SOCIOLÓGICOS DE LAS RELACIONES FAMILIARES

1. *Presupuestos antropológicos*

Robin Fox inicia su obra afirmando que pocas personas se escapan a la sugestión de tener antepasados famosos o célebres y cuestiona el porqué si tiene poca utilidad práctica, se siente un gran orgullo por el conocimiento de la ascendencia de los antepasados.

⁷ Vid, Fromm, Erich, *Psicoanálisis de la sociedad contemporánea*, trad. de Florentino M. Torner, México, FCE, 1982, pp. 72 y ss.

Nos dice:

Sicológicamente, quizá se debe a la seguridad que derivamos del hecho mismo de conocer nuestro linaje. Quizá nos sentimos menos contingentes y nuestro lugar en el orden de las cosas puede parecernos menos arbitrario si sabemos que somos un eslabón de la cadena que se extiende hacia el pasado. El saber esto nos despoja de todo anonimato: no caemos sin historia en el mundo...⁸

Afirmación que nos hace reflexionar sobre la fuerza de los factores derivados de la naturaleza humana en la estructura familiar. De esa naturaleza definida por Fromm como un producto de la evolución humana en el que se encuentran mecanismos y leyes tanto biológicos como culturales que le son inherentes. Dentro de estos mecanismos está la necesidad de satisfacer los impulsos biológicos y la necesidad de evitar el aislamiento y la soledad.

Afirma:

El individuo debe aceptar el modo de vida arraigado en el sistema de producción y distribución de cada sociedad determinada. En el proceso de la adaptación dinámica de la cultura, se desarrolla un cierto número de impulsos poderosos que motivan las acciones y los sentimientos del individuo. Este puede o no tener conciencia de tales impulsos, pero, en todos los casos, ellos son enérgicos y exigen ser satisfechos una vez que se han desarrollado. Se transforman así en fuerzas poderosas que a su vez contribuyen de una manera efectiva a formar el proceso social.⁹

Esta naturaleza humana es, como ya había afirmado, compleja y contradictoria y sus manifestaciones específicas están determinadas por la organización social en que se desarrolla. La familia es el primer grupo de dicha organización social.

Los antropólogos nos reportan en sus estudios, desde muy diferentes puntos de vista, las formas y características de los nexos de parentesco en comunidades con diversos grados de desarrollo. Estudios que han permitido perfilar una línea de evolución en este grupo junto con una

⁸ Fox, Robin, *Sistemas de parentesco y matrimonio*, 4a. ed., Madrid, Alianza Editorial, 1985, pp. 13 y ss.

⁹ Fromm, Erich, *El miedo a la libertad*, trad. de Gino Germani. México, Paidós, 1983, pp. 44 y 45.

línea de transformación en las manifestaciones del poder, la propiedad y la división del trabajo.¹⁰

Concretamente Van den Berghe afirma que en la familia humana se puede observar el sistema reproductivo de nuestra especie con rasgos que compartimos con otras especies en diferentes rangos y otros que sólo encontramos entre las comunidades humanas. De estos últimos nos dice que algunos los podemos observar en todas las familias y otros varían de comunidad en comunidad y aun de familia a familia dentro de una misma comunidad. Sin embargo, sostiene que siempre debemos ver nuestros procesos sociales como una larga adaptación evolutiva a cambios ambientales.¹¹

José Lorite Mena¹² expone una teoría según la cual el sistema familiar que tenemos no es más que una de las múltiples formas posibles de asociación intersexual; una de las formas en que se construyó la realidad con base en una noción predominante: la del varón. Noción que es indispensable para escapar de la aleatoriedad y la posibilidad de ser diferente, circunstancias amenazadoras para su seguridad de tal manera que esta noción convierte en definitivos los esquemas provisionales del comportamiento humano y, a partir de ahí, se habla de “naturaleza humana”, de “instintos”, “orden inviolable”.

Por su parte, los sociólogos han definido una serie de funciones propias de este grupo familiar que se repiten en prácticamente todas las comunidades. Dentro de ellas está la procreación y crianza, la satisfacción de necesidades físicas y afectivas, la socialización o formación de la personalidad de los miembros de la familia. Weber, incluso, sostiene que tanto las relaciones sexuales —es decir, aquellas que permiten la procreación— como las establecidas entre el padre, la madre y los(as) hijos(as) —crianza y afecto— y las establecidas entre los(as) hijos(as), sólo tienen significado en la “creación de una actividad comunitaria” pues son el fundamento usual —que no el único— de una unidad económica a la que él denomina “comunidad doméstica”.¹³

La importancia de esta función económica es también señalada por Ralph Linton. Él nos dice que de todas las funciones impuestas social-

¹⁰ Engels, Federico, *El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado*, trad. de la 4a. ed., Boun 1891, México, Quinto Sol, s/a., *passim*.

¹¹ Berghe, Pierre L. van den, *Sistemas de la familia humana. Una visión evolucionista*, trad. de Hero Rodríguez Toro, México, FCE, 1983, pp. 15 y ss.

¹² *Op. cit.*, *supra* nota 5.

¹³ Weber, Max, *Economía y sociedad, esbozo de sociología comprensiva*, 2a. ed., México, FCE, 1983, *passim*.

mente al grupo familiar, la más importante es la relacionada con la producción económica.¹⁴ Sin embargo, existe una tendencia a señalar, cada vez con mayor énfasis, el factor de la afectividad, de los sentimientos y emociones que se gestan y desarrollan en el núcleo familiar. En otras palabras: encontramos que en la actualidad el dato antropológico que resalta en el contexto de la familia humana y las relaciones que se dan en su interior, es la existencia de un nexo afectivo independiente del simple hecho biológico de la concepción o de los factores culturales que la perfilan como serían las tareas o papeles encomendados a cada uno de los integrantes de la familia que están precisamente determinados por las necesidades y valores de cada sociedad.

Vemos pues, que, desde la perspectiva de hombres y mujeres, la familia es el grupo en donde experimentamos las primeras relaciones afectivas y de solidaridad. Y, desde la perspectiva social, la familia es el grupo primario en donde se cumplen funciones específicas como la de procreación, crianza y socialización.

Las estructuras del grupo y el tipo de relaciones afectivas más o menos extensas e intensas varían en el tiempo y en el espacio pero, normalmente, cuentan con una normatividad que institucionaliza dichas relaciones y funciones.

2. Las estructuras familiares en México

a) Caracterización

Ya en otra ocasión¹⁵ había manifestado que para caracterizar a la familia en México, debíamos partir de la concreción de este concepto ya que al hablar de familia entendemos dos cosas diferentes, dos grupos sociales con estructuras y funciones básicamente distintas. Por un lado nos referimos a la familia nuclear, al grupo formado por la pareja de adultos y los(as) hijos(as), si los hay, y, por otro, a la familia extensa que es un grupo difuso que comprende a todos(as) los(as) parientes consanguíneos(as) o afines. Ésta última es a la que se refieren los

¹⁴ Vid, Linton, Ralph, *Estudio del hombre*, trad. de Rubin de la Borbolla, 3a. ed., México, FCE, 1985, pp. 161 y ss.

¹⁵ Pérez Duarte y N., Alicia Elena, "Perspectivas sociojurídicas de las relaciones familiares", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, año XX, núm. 59, mayo-agosto de 1987, pp. 568 y ss.

sociólogos y antropólogos como una creación cultural que se ha dispersado en los centros urbanos por efecto de la división del trabajo existente en el orden social capitalista. La primera es a la que antropólogos y sociólogos se refieren como unidad biológica.¹⁶

Insisto en esta ocasión en la dificultad de establecer una caracterización absoluta de este grupo familiar en México por la gran diferencia que existe entre las poblaciones rurales y aquellas urbanas, por el grado de desarrollo económico y las costumbres sociales existentes en las distintas regiones del país.

En las zonas urbanas de nuestro país, como en casi todo el mundo occidental, las características de las familias se han ido transformando sobre todo porque ya no existe una clara división del trabajo dentro del núcleo familiar. El intercambio de papeles entre el hombre y la mujer; el acceso de la mujer a fuentes de trabajo remuneradas; la necesidad de recurrir a otras instituciones para atender funciones tradicionalmente encargadas a la familia, como es la educación, entre otros, son factores que han incidido en esa transformación.

En términos generales, se puede afirmar que existe una tendencia observable, tanto en el sector urbano como en el rural, aunque en éste último es menos evidente. Dicha tendencia es la de dar a la niñez y a la mujer un lugar específico que durante milenios se les ha negado y es el resultado inicial de las luchas feministas, por un lado, y, por otro, del reconocimiento que la mujer empieza a tener como parte de la población económicamente activa.

Volviendo al esfuerzo inicial es preciso señalar que Luis Leñero¹⁷ caracteriza a la familia nuclear mexicana como un grupo primario institucionalizado, cuyo ideal está en la conjunción “de la relación primaria afectiva, volitiva y racional de sus miembros y el sentido trascendente de las funciones familiares como institución social”.

Además de este primer enfoque apuntado por Leñero podemos precisar que en los centros urbanos la familia se constituye por la pareja o por el padre, la madre y los hijos; que en ella el sustento está a cargo de los miembros adultos; que cumple con las funciones tradicionales de sexualidad, procreación, socialización y cooperación y además las de afecto y autodeterminación o formación socio-cultural ya señalados; que la tendencia es que desaparezcan los papeles tradicionales

¹⁶ Vid. König, René, *op. cit.*, *supra* nota 1.

¹⁷ *La familia*, México, ANUIES, 1976, pp. 24 y s.

asignados al hombre y a la mujer, excepto en los referidos a la crianza de los(as) hijos(as), y con ello tiende a desaparecer la subordinación y dependencia de la mujer y de los(as) hijos(as) al padre; que el proceso educativo de los(as) hijos(as), desde muy temprana edad, es delegado en las escuelas ya sea oficiales o particulares; que la división del trabajo y las expectativas de vida, cada vez mayores, han propiciado una dinámica grupal diferente que tiende a romper las estructuras patriarcales hasta ahora conocidas.

En las zonas rurales es mucho más difícil caracterizar a la familia actual ya que varían los tipos dependiendo de la región, procedencia étnica y caracteres culturales. Sin embargo, podemos decir que encontramos los siguientes rasgos comunes:

Se trata de familias extensas, es decir conviven en un mismo hogar tres generaciones; la autoridad es ejercida fundamentalmente por el padre, quien toma tanto las decisiones económicas como las estrictamente familiares, sin embargo la madre toma decisiones en los asuntos familiares, y en especial sobre la salud de los(as) hijos(as), debido a que normalmente se encuentra sola; las relaciones entre los parientes adoptan características de un clan; el proceso de socialización de los(as) hijos(as) se da a través de relaciones intervecinales y escolares, sin embargo es un proceso poco desarrollado con las consecuencias naturales, tales como la timidez, la indecisión, el temor a lo nuevo, la resignación ante las opresiones, la falta de participación política, la aceptación de la tiranía paterna, el concepto de objeto acerca de la mujer, etcétera; la mayoría de los(as) niños(as) son integrados precozmente a las labores del campo o enviados a las grandes ciudades para que contribuyan al ingreso familiar, no se presenta, por lo general, una alternativa para que desarrollen sus aptitudes individuales.¹⁸ Junto a estas dos grandes estructuras de las familias mexicanas no debemos perder la clasificación señalada por Leñero: familia subproletaria, proletaria, de clase media y acomodada que participan más o menos de los grandes rasgos señalados y en las que encontramos una característica uniforme: se trata de familias en donde las relaciones se dan principalmente a través de parentesco ya sea consanguíneo, civil o ritual.

¹⁸ Martínez Salgado, Homero, *Estudio de comunidad, Valle de Solís, México*, Sistema de Salud Atlacomulco, 1979.

b) Parentesco

Fox afirma que el estudio del parentesco no es otra cosa que el análisis de lo que hombres y mujeres hacen con los hechos básicos de su vida: apareamiento, gestación, paternidad o maternidad, asociación, fraternidad, etcétera.¹⁹ Hechos, algunos de ellos, institucionalizados a través de un conjunto de normas jurídicas por considerarse relevantes en el contexto social.

Ahora bien desde la naturaleza humana cabe retomar la idea de Fox de que

cualquiera que sea el grado de intensidad en que se utilicen los vínculos de parentesco para forjar la unidad social, hasta ahora ninguna sociedad ha podido pasarse sin un mínimo irreductible de relaciones sociales basadas en el parentesco. Y hasta que no se realice el “Mundo feliz” de Huxley y las madres sean sustituidas por probetas, es muy probable que no se podrá prescindir de ellas.²⁰

Desde el punto de vista de nuestra materia, Galindo Farfías define el parentesco como “el nexa jurídico que existe entre los descendientes de un progenitor común, entre un cónyuge y los parientes del otro, o entre el adoptante y el adoptado”. Nexa que señala, al decir del mismo Galindo Garfías, la adscripción de una persona a una familia determinada, evidentemente se refiere al concepto de familia extensa.²¹

Nuestro derecho reconoce sólo tres tipos de parentesco: el de consanguinidad, el de afinidad y el civil (artículo 292 del Código Civil para el Distrito Federal, en adelante C.C.).

El primero es definido en forma limitada por nuestro legislador al establecer que existe el parentesco por consanguinidad entre personas que descienden de un mismo progenitor (artículo 293 C.C.). Desde mi punto de vista esta definición es incorrecta pues se refiere exclusivamente a la procreación y parece que sólo los hermanos son parientes consanguíneos. Sin embargo, este vínculo existe entre quienes descienden de un mismo tronco, no solamente de un mismo progenitor.

En otra ocasión ya señalé que las consecuencias jurídicas de este tipo de parentesco son varias y difieren dependiendo del grado o línea de que se trate. En general podemos afirmar que las consecuencias

¹⁹ Fox, Robin, *Sistemas...*, op. cit., supra nota 8, pp. 28 y ss.

²⁰ *Idem*, p. 16.

²¹ Galindo Garfías, Ignacio, *Derecho civil. Primer curso. Parte general. Personas. Familia*, 2a. ed., México, Porrúa, 1976, p. 431.

son: el surgimiento de la obligación alimentaria; derechos a la sucesión legítima; el establecimiento de la tutela legítima; el surgimiento de impedimentos para realizar ciertos actos jurídicos entre parientes consanguíneos; la existencia de atenuantes y agravantes de responsabilidad tanto civil como penal. La característica de estas consecuencias jurídicas es la reciprocidad de las mismas. Asimismo expresé, siempre desde mi punto de vista, que es importante señalar que la patria potestad y el derecho al nombre surgen precisamente del parentesco en línea recta en primer grado, es decir entre padre, madre e hijos(as).²²

El parentesco por afinidad es el vínculo o relación jurídica que surge, como efecto del matrimonio, entre uno de los cónyuges y los parientes consanguíneos del otro (artículo 294 C.C.). Cabe aclarar que las dos familias no guardan entre sí ningún tipo de parentesco. Las consecuencias jurídicas de este nexo son pocas. La más importante es el impedimento que existe para contraer matrimonio entre afines.

El parentesco civil es el que nace por virtud de la adopción entre el adoptante y el adoptado y sólo entre ellos (artículo 295 C.C.). Sus consecuencias jurídicas son las mismas que existen entre padre, madre e hijos(as) con la diferencia, claro está, de que es un vínculo que puede ser revocado.

Las definiciones normativas, hasta aquí explicadas, desconocen la existencia de un parentesco ritual o compadrazgo que es una fuente de relación familiar de fuerte arraigo en nuestro país tanto entre los grupos indígenas como entre el resto de la población, sobre todo por la influencia de costumbres religiosas. También limita considerablemente el concepto de pertenencia a una familia a través del parentesco cuando se trata del parentesco civil ya que, al no existir la adopción plena —legitimación adoptiva— el nexo sólo se establece precisamente entre el adoptante y el adoptado, conservando cada uno sus relaciones con las familias de origen sin que el adoptado pueda jurídicamente incorporarse a la familia del adoptante. Esta limitante es también contraria a las costumbres de nuestro país, pues la tendencia que se observa es precisamente la de incorporar afectivamente al adoptado como si fuera hijo por consanguinidad, recurriéndose, en muchas ocasiones a hechos ilícitos, como las declaraciones falsas en el Registro Civil, para buscar que la incorporación sea también jurídica.

El parentesco como institución jurídica está organizado en líneas y grados. Nuestro C.C. define cada concepto estableciendo que cada

²² Vid. "Comentarios al artículo 293", en el *Código Civil para el Distrito Federal, comentado*, Libro I, México, UNAM-Miguel Angel Porrúa, 1987.

generación forma un grado y la serie de grados constituyen una línea de parentesco (artículo 296 C.C.). En otras palabras, grado es la o las generaciones que hay entre un pariente y otro, y línea es el conjunto de generaciones. Existen dos tipos de líneas: la paterna y la materna, de tal suerte que todo individuo tiene en forma natural diversos grados de parentesco tanto por línea paterna como por la materna. La determinación precisa de estos grados y líneas es importante en materia de sucesiones, tutela legítima y alimentos.

La ley reconoce también la existencia de dos tipos de líneas: la recta y la transversal. La primera está compuesta por las generaciones que descienden unas de otras y puede ser ascendente (padres, abuelos o bisabuelos) y descendentes (hijos, nietos, bisnietos). La segunda está compuesta por la serie de grados o generaciones que procede de un progenitor o tronco común sin descender unas de otras y puede ser igual o desigual dependiendo de las generaciones que tengan entre sí dos personas respecto del tronco común (hermanos, sobrinos, tíos). La línea recta tiene efectos jurídicos reconocidos sin limitación de grado y la colateral, generalmente, hasta el cuarto grado (artículos 297 y 298 C.C.). A fin de contar los grados existentes entre dos personas en ambas líneas nuestro ordenamiento especifica que tratándose de la línea recta los grados se cuentan por el número de generaciones existentes entre una y otra o, para mayor facilidad, por el número de personas, excluyendo al progenitor. De esta manera entre padres e hijos hay un grado pues existe una sola generación; de abuelos a nietos, dos; de bisabuelos a bisnietos, tres y así sucesivamente. La otra forma que propone el legislador para contar los grados de esta línea es como sigue: padre a hijo existen dos personas, quitando al progenitor (padre) quedará una, estamos pues hablando de un primer grado en esta relación; de abuelo a nieto están: abuelo, padre e hijo, tres personas, se quita al progenitor y quedan dos, es pues, un segundo grado (artículo 299 C.C.).

En la línea transversal los grados se cuentan también por el número de generaciones, pero tenemos que subir por una de las líneas y después bajar por la otra. También, nos dice el ordenamiento civil, que se puede contar por el número de personas que hay entre los dos extremos que se estudian, excluyendo al tronco común. Por ejemplo los hermanos son parientes en segundo grado en línea transversal pues de un hermano al otro encontramos tres personas (hermano —padre o madre— hermano) de las cuales debe restarse al padre, o a la madre, quedando así sólo dos; o se cuenta un escaño de un hijo(a) al padre

o a la madre y otro bajando de éstos al otro hijo(a). Entre los sobrinos(as) y tíos(as) existe un parentesco de tercer grado: un escalón del sobrino(a) al padre o madre de éste(a), el segundo de éste(a) el abuelo o abuela y el tercero del abuelo o abuela o tío(a). Entre los llamados primos(as) hermanos(as) existen cuatro grados en línea transversal igual, los mismos grados existen entre el tío(a)-abuelo(a) y el sobrino(a)-nieto(a) pero la línea es transversal desigual (artículo 300 C.C.).

III. LA FORMACIÓN DEL NÚCLEO FAMILIAR

Quedó establecido en los apartados anteriores que, hasta ahora, la familia nuclear está formada por la pareja y los hijos(as) si los hubiere. En esta medida son dos las relaciones que forman un núcleo familiar el matrimonio y el concubinato. Sin embargo, no debemos perder de vista que junto con estas formas familiares típicas existen otras en donde no existe una pareja de hombre-mujer como núcleo fundador. Caso concreto es el de las madres solteras quienes forman una familia con su o sus hijos(as) sin la presencia de un padre. Este fenómeno social tiene ahora dos causas al origen: el abandono de la mujer después de la concepción por parte del responsable de dicha concepción y la voluntad de la mujer de tener hijos(a)s sin establecer una relación con un padre, mismo que se está logrando en forma absoluta a través de la inseminación artificial o de otras técnicas de reproducción asistida.

En este apartado, además de explicar las figuras del matrimonio y del concubinato, nos tenemos que referir, aunque sea brevemente, a los esponsales pues son una institución normada en el C.C., aunque muchos cuestionemos su eficacia.

1. *Esponsales*

a) Naturaleza jurídica

Nuestro ordenamiento civil en su artículo 139, al definir a los esponsales como la promesa de matrimonio que se hace por escrito y es aceptada, adoptó el concepto romano de *sponsalia de futuro*, es decir, se trata de un acuerdo de voluntades, hecho por escrito por dos personas de diferente sexo con miras a realizar un matrimonio en el futuro.

En nuestra doctrina la naturaleza jurídica de esta figura está en entre dicho, pues algunos se refieren a ella como un contrato, otros como un pre-contrato y finalmente algunos más como un acto jurídico. En lo per-

sonal, me inclino, claro está, a definirla como una institución de derecho familiar, pues es un conjunto de reglas de derecho familiar que forman un todo orgánico y producen una serie de relaciones a partir de un acto único y fundamental que se toma como punto de partida y como base.²³

Son requisitos para la celebración de los esponsales la edad de catorce y dieciséis años para la mujer y el varón respectivamente y el consentimiento de los representantes legales si los prometidos son menores de edad. Galindo Garfias afirma que debe ser el o la menor quien declare por sí mismo su voluntad de contraer matrimonio en lo futuro con una persona determinada y sus representantes legales intervienen prestando un apoyo a la declaración de dicho menor “cuya voluntad ya se ha formado y sólo requiere ser manifestada al exterior, frente al otro contratante integrándose con la de quienes ejercen sobre aquél la patria potestad o tutela”. Con ello este autor distingue entre la capacidad para procrear y la capacidad para discernir.²⁴

Los vocablos esposo y esposa con que se designa a los que han contraído matrimonio se derivan de esta figura y su antecedente romano el *sponsio*, institución jurídico-religiosa a través de la cual se le daba valor jurídico a la palabra.

b) Efectos

Desde mi punto de vista, avalado por la realidad social de nuestro país, es ésta una institución totalmente en desuso, por tanto carece de importancia y es absolutamente ineficaz sobre todo por el requisito formal de hacerse por escrito que se contrapone a los usos y costumbres de la época y del país.

Sin embargo, cabe decir que el legislador mexicano reafirma la libertad incondicional que deben tener los contrayentes al celebrarse el matrimonio, por ello estableció que los esponsales no producen obligación de contraer nupcias, ni se puede estipular pena alguna por no cumplir dicha promesa (artículo 142 C.C.). A pesar de ello, el incumplimiento de los esponsales tiene como efectos fincar la responsabilidad civil y la posibilidad de exigir una reparación del daño moral sufrido (artículo 143 C.C.).

²³ Tal es la definición de institución que nos ofrece Julien Bonnecase en su obra *La philosophie du Code Napoléon applique au droit de famille*, 12a. ed., París, Bacard, 1928, p. 193.

²⁴ *Vid.*, “Comentario al artículo 141”, en el *Código Civil para el Distrito Federal*, cit. *supra*, nota 22, p. 99.

Nuevamente Galindo Garfias afirma que los efectos de los esponsales son indirectos, toda vez que surgen sólo en caso de incumplimiento de la promesa. Además, la responsabilidad civil tiene el doble carácter de resarcitoria e indemnizadora. Es resarcitoria en relación a los gastos efectuados con miras al matrimonio proyectado y es indemnizatoria del daño moral que haya sufrido la víctima como consecuencia directa e inmediatamente de la ruptura del compromiso.²⁵

Las acciones de resarcimiento e indemnización caducan en un año contado a partir del día en que el prometido se negó a celebrar el matrimonio (artículo 144 C.C.). También en un año caduca el derecho que los prometidos tienen de exigir la devolución de lo que se hubieren donado con motivo de su futuro matrimonio (artículo 145 C.C.).

2. *Matrimonio*

a) *Naturaleza jurídica*

Dentro de las estructuras que sustentan la sociedad en que vivimos, la familia se forma legalmente a través de la institución del matrimonio definida por los sociólogos como: “una relación estable de cohabitación sexual y domiciliar, entre un hombre y una mujer, la cual es reconocida por la sociedad como una institución domiciliar y educativa de la prole que pueda surgir”.²⁶

Como vemos, es una estructura a través de la cual se pretende organizar la sexualidad de hombres y mujeres y la crianza de los hijos(as) que pudieran nacer de esa convivencia sexual. A lo largo de la historia el control de los grupos en el poder sobre esta relación ha variado siendo en algunas épocas más rígido que en otras, pero desde que existe una organización social se afirma que donde hay familia hay matrimonio o una forma legal similar de control sobre la sexualidad de la pareja. Algunas veces este control ha venido de parte de grupos de poder de corte religioso y otras de grupos de poder seculares.

La historia de México no escapa a este esquema: Durante la época prehispánica encontramos noticias de la realización de matrimonios a través de una serie de ritos de corte eminentemente religiosos, pero sancionados por el poder público. Algunos de estos ritos aún los encontramos entre los grupos étnicos de nuestro país mezclados ya con ritos de

²⁵ *Vid.*, “Comentario al artículo 143” en el *Código Civil para el Distrito Federal*, cit. p. 101.

²⁶ Giner, Salvador, *Sociología*, Barcelona, Península, 1969, p. 97.

la iglesia católica. Se trataba —y trata aún en estos grupos indígenas— de una unión formal y solemne realizada cuando los jóvenes alcanzaban la edad púber, cuyos fines principales fueron la perpetuación de la raza y las tradiciones.²⁷

Durante la época colonial rigió en nuestro territorio el derecho español y el derecho de Indias. En el primero se prohibían los matrimonios celebrados sin noticia de la iglesia, según lo establecido en la Cédula Real del 23 de septiembre de 1776. Sin embargo, dentro de la Nueva España, Carlos V a través de la ordenanza de 5 de agosto de 1555 dispuso que las leyes y buenas costumbres de los indios se aplicaran entre ellos en lo que no se opusiera a la religión católica, a las leyes de Castilla y a las de la propia Nueva España.

Durante la primera etapa de la vida independiente de nuestro país se le dió validez a las matrimonios celebrados conforme al derecho canónico, tal es el caso, por ejemplo, del artículo 78 del Código Civil de Oaxaca de 1828. No es sino hasta las llamadas leyes de reforma cuando se suprime en definitiva la injerencia de la iglesia dentro del matrimonio. Dentro de estas leyes el 23 de julio de 1859 se dictó la ley del matrimonio civil en donde se dispone que “ningún matrimonio celebrado sin las formalidades que prescribe la ley sería reconocido como verdadero y legítimo para los efectos civiles; pero los casados conforme a ella podrán si lo quieren, recibir las bendiciones de los ministros de su culto” (artículo 30).

Los códigos civiles para el Distrito Federal de 1870 y 1884 definen al matrimonio como “una sociedad legítima de un solo hombre con una sola mujer que se unen en vínculo indisoluble para perpetuar su especie y ayudarse a llevar el peso de la vida”. En la Ley de Relaciones Familiares de 1917 se define a esta figura como “un contrato civil de un solo hombre y una sola mujer, que se unen en vínculo disoluble para perpetuar su especie y ayudarse a llevar el peso de la vida”. El cambio de naturaleza entre los ordenamientos decimonónicos y la ley de 1917 obedece a la adecuación de esta última el artículo 130 de nuestra Constitución en donde se establece, entre otras cosas, que el matrimonio es un contrato civil, siendo un acto de exclusiva competencia de los funcionarios y autoridades del orden civil.

La discusión sobre la naturaleza jurídica de esta relación humana, es compleja y cuenta con una larga historia.

²⁷ Vid, por ejemplo, Aguirre Beltrán, Gonzalo y Ricardo Pozas, *Institución indígena del México actual*, México, INI, 1954; Thompson, Richard, *Aires de progreso: cambio social en un pueblo maya de Yucatán*, México INI-SEP, 1974, entre otros.

El legislador mexicano parece haber resuelto el problema señalando el carácter contractual de esta figura. Sin embargo, no es una definición que satisfaga a los técnicos del derecho en nuestro país. La razón de ello la encontramos precisamente en la connotación afectiva y moral de esta relación particular entre un hombre y una mujer. La experiencia vivida que cada uno de nosotros tiene en el ámbito amoroso afectivo, nos inclina a cuestionar toda aquella definición de la naturaleza del matrimonio que implique una conceptualización de carácter patrimonial, especialmente nos mostramos renuentes a considerarlo un contrato con argumentos como los empleados por Chávez Ascencio,²⁸ que son tanto argumentos de técnica jurídica como subjetivos.

Por lo que respecta a México, es cierto que la naturaleza contractual del matrimonio obedece a razones históricas. En concreto a la necesidad que, a finales del siglo pasado, tenía nuestro Estado de quitarle a la Iglesia católica el control que ejercía sobre el estado civil de las personas. Sin embargo, no convalida, ni invalida, *per se*, esta consideración del matrimonio-contrato.

Desde mi punto de vista no es operante hacer un estudio comparativo entre los contratos nominados y el matrimonio para decidir si éste es o no de naturaleza contractual. De antemano sabemos que lo único común entre unos y otros es el acuerdo de voluntades que se requiere para la concreción de los primeros y la celebración del segundo. La postura de Magallón Ibarra —quién acepta el concepto de matrimonio-contrato— no es del todo equivocada. Según este autor el matrimonio es un contrato *sui generis*, totalmente distinto a todos los demás, con reglas propias, con formas específicas para su celebración, pero sigue siendo un acuerdo de voluntades y, por lo tanto, un contrato.²⁹

Además de esta naturaleza contractual, se le han querido adjudicar otras como: institución, acto jurídico mixto o condición, contrato de adhesión, estado jurídico o acto de poder estatal.

Posiblemente la naturaleza institucional sea la que más aceptación tiene. Se debe a Bonnetcase. Desde este punto de vista, el matrimonio es una institución porque se trata de un núcleo de normas que regulan relaciones de una misma naturaleza y persiguen un mismo fin que, en este caso, es la creación de un estado permanente entre los cónyuges del que surgen una serie de efectos de tipo jurídico. Consideramos que si toma-

²⁸ *La familia en el derecho. Relaciones jurídicas conyugales*, México, Porrúa, 1985, pp. 62 y ss.

²⁹ Magallón Ibarra, Jorge Mario, *Instituciones de derecho civil*, tomo III, *Derecho de familia*, México, Porrúa, 1988, p. 233.

mos literalmente la definición que Bonnacese ofrece, dentro de ella podemos abarcar los tres momentos del matrimonio, es decir: el momento de su celebración que podemos definir como un acto jurídico de naturaleza contractual *sui generis*; el estado jurídico o civil que se establece a partir de ese acto jurídico, y la institución que la norma. Este autor señala que institución es “un conjunto de reglas de derecho que forman un todo orgánico (institución) y que comprenden una serie indefinida de relaciones (estado jurídico) derivadas de un hecho fundamental (acto jurídico) considerado como punto de partida y base”.³⁰

En nuestro país éstas son las dos posturas que generan la controversia doctrinal. Las otras quedan englobadas, de alguna manera en ellas. Galindo Garfias³¹ y Chávez Asencio,³² por ejemplo, se inclinan por considerar al matrimonio como una institución, aunque este último divida en su análisis los tres momentos del matrimonio. Ya vimos que Magallón Ibarra sostiene la tesis contractual. Personalmente adopto una postura que abarca ambas, al igual que lo hace Sara Montero Duhalt.³³ En realidad el matrimonio es de naturaleza tan compleja que ninguna de las figuras, por sí sola, la define, ni excluye a las demás. Más bien, como vimos en el caso de la institución, unas a otras se complementan, lo cual nos indica que el matrimonio es una figura de naturaleza jurídica compleja y múltiple dentro de la que debemos considerar, por lo menos: el acto jurídico, el contrato, el estado jurídico y la institución.

En lo que si coinciden todos los autores es en señalar que la celebración del matrimonio es un acto jurídico solemne, cuyos requisitos de forma y solemnidad están contenidos en dos diferentes capítulos del C.C. Uno referido a las actas de matrimonio y otro de los requisitos para contraer matrimonio.

En el primero de ellos se establece que quienes deseen contraer nupcias deben presentar un escrito al juez del Registro Civil competente, es decir aquel adscrito al domicilio de cualquiera de los solicitantes, en el que se expresen los datos de identificación de cada uno incluido, de ser el caso, el nombre de la persona con quien contrajo el matrimonio anterior y la causa y fecha de su disolución y se declare que no tienen impedimento para contraer nupcias y que es su voluntad unirse en matrimonio (artículo 97 C.C.). Este escrito deberá ir acompañado de las actas

³⁰ Bonnacese, Julien, *La filosofía del Código de Napoleón aplicada al derecho de familia*, trad. de José Ma. Cajica, Puebla, Cajica, 1945, p. 214. Cabe aclarar que en su argumentación retoma la tesis de Savigny.

³¹ Galindo Garfias, Ignacio, *op. cit.*, *supra* nota 21, pp. 459 y ss.

³² Chávez Asencio, *op. cit.*, *supra* nota 28.

³³ *Derecho de familia*, México, Porrúa, 1984, pp. 140 y ss.

de nacimiento de los pretendientes, o, en su defecto, de un dictamen médico que compruebe su edad; en su caso, la constancia de que prestan su consentimiento quienes ejerzan la patria potestad o tutela; la declaración de dos testigos mayores de edad que conozcan a los pretendientes y les conste que no tienen impedimento para contraer nupcias; el llamado certificado médico prenupcial; el convenio que los pretendientes celebren en relación a los bienes tanto presentes como futuros en donde se debe expresar con claridad bajo qué régimen contraen nupcias, y en su caso, la copia de defunción del cónyuge fallecido, o la parte resolutive de la sentencia de divorcio, o la copia de dispensa de los impedimentos (artículo 98 C.C.).

El matrimonio deberá celebrarse dentro de los ocho días siguientes a la presentación de este escrito (artículo 101 C.C.) previo reconocimiento de firmas que hagan tanto los pretendientes como sus testigos y los padres o tutores, en su caso (artículo 100 C.C.).

Es importante destacar que estas formalidades y las que a continuación expondremos son requisitos de existencia del matrimonio en los términos del artículo 146 C.C., en donde se establece que el matrimonio debe celebrarse ante los funcionarios que la ley señale y con las formalidades que ella exige. En realidad podemos constatar que el ritual de la celebración del matrimonio es sencillo, pero debe seguirse con puntualidad: el juez del Registro Civil debe leer en voz alta ante los pretendientes o su apoderado especial y dos testigos por cada uno de ellos, la solicitud de matrimonio, los documentos que se acompañaron y las diligencias practicadas. Deberá interrogar a los testigos acerca de la identidad de los pretendientes. Una vez confirmada, preguntará a cada uno de éstos si es su voluntad unirse en matrimonio y si es así, los declarará unidos en nombre de la ley y la sociedad. Acto seguido se levantará el acta correspondiente (artículos 102 y 103 C.C.).

b) Los fines de la institución y los deberes y derechos que surgen entre los cónyuges

En este renglón se ubican las críticas más severas que se le pueden hacer a la institución del matrimonio sobre todo porque se ha hecho de ella un marco rígido en el que se han de integrar las necesidades de la pareja que desea unirse en matrimonio y las expectativas que la sociedad —a través de la normatividad tanto moral como jurídica— hace gravitar sobre dicha pareja ejerciendo, con mucha frecuencia, presiones que terminan por deteriorar la relación.

Al iniciar este capítulo señalé que el matrimonio es una estructura a través de la cual se pretende organizar la sexualidad de la pareja. En esta organización van implícitas o explícitas las expectativas a que me referí en el párrafo anterior y que se traducen en la definición jurídica de los fines del matrimonio, así como de los deberes y derechos que surgen entre los cónyuges.

Ya en otra ocasión³⁴ argumenté que tales fines no pueden ser naturales, pues corresponden a una institución jurídica, por tanto, creada por la sociedad a que se aplica o por los grupos en el poder en dicha sociedad. También afirmé que son dos líneas o vertientes que nos remontan a los orígenes de dichos fines: la aculturación religiosa y aquella secular, líneas que coinciden en lo esencial aunque sus manifestaciones son diversas.

Creo importante retomar algunos considerandos expuestos en aquella ocasión.

Respecto de la aculturación religiosa, hice notar que los pasajes bíblicos³⁵ nos permiten afirmar que desde los tiempos en que fue escrito el Antiguo Testamento se reconoce la inclinación natural del ser humano a relacionarse con otros seres humanos y a trascender a través de la procreación, misma que necesariamente se daba, en aquellos tiempos, mediante la relación sexual de un hombre con una mujer. Así lo decretó el creador de acuerdo a las enseñanzas del libro sagrado de la tradición religiosa judeocristiana.

De esto podemos desprender dos principios: el hombre y la mujer fueron creados para ayudarse mutuamente y para asegurar la perfe-

³⁴ Pérez Duarte y N., Alicia Elena, "Los fines del matrimonio", *Anuario Jurídico*, México, XIII, 1986, pp. 281 y ss.

³⁵ Por ejemplo, en el libro del *Génesis* leemos: "Y creó Dios al hombre a imagen suya: a imagen de Dios le creó; macho y hembra los creó y los bendijo Dios y les dijo: Sed fecundos y multiplicaos, y llenad la Tierra y sometedla; dominará en los peces del mar y en todo animal que serpea sobre la tierra (1, 27 y 28). Dijo luego Yahvéh Dios: No es bueno que el hombre esté solo. Voy a hacerle una ayuda adecuada y Yahvéh Dios formó del suelo todos los animales del campo y todas las aves del cielo y los llevó ante el hombre para ver cómo los llamaba y para que cada ser viviente tuviese el nombre que el hombre le hubiera dado. El hombre puso nombre a todos los ganados, a las aves del cielo y a todos los animales del campo, más para el hombre no encontró ayuda adecuada. Entonces Yahvéh Dios hizo caer un profundo sueño sobre el hombre, el cual se durmió. Y le quitó una de las costillas rellenoando el vacío con carne. De la costilla que Yahvéh Dios había tomado del hombre formó una mujer, y la llevó ante el hombre. Entonces éste exclamó 'Esta vez sí es hueso de mis huesos y carne de mi carne. Ésta será llamada varona porque del varón ha sido tomada. Por eso deja el hombre a su padre y a su madre y se une a su mujer y se hacen una sola carne'" (2.18 a 24).

tracción de la especie. Los relatos del Antiguo Testamento así lo confirman: los hombres repudiaban a las mujeres estériles para unirse a otras que garantizaran su descendencia; o bien las propias mujeres les proporcionaban a los maridos esclavas o concubinas para ese mismo fin cuando ellas no podían engendrar. Lo importante de la unión de un hombre y una mujer era, pues, garantizar la prole para la gloria de Dios.³⁶

En el Nuevo Testamento San Pablo³⁷ da el fundamento de los fines del matrimonio tal y como serán retomados más adelante por el derecho canónico, en cuyo código a partir del Concilio de Trento y hasta antes de la reestructuración de 1983, encontrábamos un canon que especificaba: “La procreación y la educación de la prole es el fin primario del matrimonio; la ayuda mutua y el remedio de la concupiscencia es su fin secundario”.

Aún ahora el numeral 1 del canon 1096 especifica que “para que pueda haber consentimiento matrimonial, es necesario que los contrayentes no ignoren al menos que el matrimonio es un consorcio permanente entre un varón y una mujer, ordenado a la procreación de la prole mediante una cierta cooperación sexual”. Previamente podemos leer en el canon 1055:

La alianza matrimonial, por la que el varón y la mujer constituyen entre sí un consorcio de toda la vida, ordenado por su misma índole natural al bien de los cónyuges y a la generación y educación de la prole, elevada por Cristo señor a la dignidad de sacramento entre bautizados.

Lo cual nos hace pensar que el mandato divino que se encuentra en el *Génesis* y las concesiones que San Pablo hace a través de los Corintios, analizadas y puntualizadas por San Agustín y Santo Tomás³⁸

³⁶ Knecht, A., En su obra *Derecho matrimonial canónico*, Madrid, Editorial de Derecho Privado, 1932, diserta en torno a la poligamia y sus implicaciones religiosas justificándolas en base a este primer fin del matrimonio.

³⁷ San Pablo, *Corintios* 1.1.

³⁸ Los padres de la Iglesia católica sustentaron que: El matrimonio válido produce un vínculo perpetuo y excluyente, y el matrimonio católico, siempre que no exista impedimento alguno, confiere la gracia sacramental a los contrayentes. El matrimonio tiene efectos sobrenaturales y naturales, canónicos y civiles. Su digna recepción lleva consigo la santificación de los contrayentes por el incremento de la gracia santificante y la participación de los medios auxiliares de la gracia, con el fin de cumplir fielmente y de modo grato a Dios los deberes de estado. Las inmediatas consecuencias del vínculo establecido entre los cónyuges: Los legítimamente casados se unen mutuamente de un modo indisoluble,

están aún vigentes.³⁹ Por su parte la cultura secular considera que el matrimonio es una institución que legitima la relación sexual en aras de la seguridad de la prole que surge de esa relación y de la ayuda mutua entre la pareja.⁴⁰

Se ha llegado a sostener, incluso, que la sociedad no tendría mayor interés en las relaciones sexuales de las personas si éstas no tuvieran como posible consecuencia la concepción y por ende el nacimiento de nuevos hombres y mujeres que deberán ser integrados(as) a esa sociedad.⁴¹ Aunque de una forma u otra la sociedad ha tratado siempre de imponer a sus integrantes las normas de conducta sexual aceptadas o toleradas por la generalidad.

En el trabajo que retomo señalé que de una simple lectura de obras de antropología, historia o sociología sobre el tema de la familia encontramos que siempre que se hace referencia a la relación de un hombre y una mujer que viven en común se describe también un ritual para esa unión y se hace referencia a la procreación como su fin principal. Dicho de otra manera: a través de ese ritual y de esa institución se da solidez al poder del hombre con el fin formal de procrear hijos de

de modo que sólo por la muerte puede disolverse el vínculo (*bonum sacramenti*). Están facultados y obligados para el comercio carnal entre ellos y exclusivamente entre sí, es decir, que cada cónyuge recibe el derecho sobre el cuerpo del otro, en orden al acto adecuado para la procreación y satisfacción de la concupiscencia de la carne. Con este derecho se corresponde el mutuo deber de ambos cónyuges de acceder a la mencionada pretensión, caso de que no exista alguna causa importante para su negativa (*bonum fidei*). Los cónyuges deben desear tener prole; y están obligados a dar a sus hijos una educación correspondiente a su estado tanto corporal como moral y religiosa (*bonum prolis*).

³⁹ La vigencia la encontramos también en autores de derecho civil laico. *Vid.*, en México, Pacheco Escobedo, Alberto, *La familia en el derecho civil mexicano*, México, Panorama Editorial, 1984, p. 62, en donde, además de decir que la actividad sexual sólo es lícita entre cónyuges, añade: "Lo mismo sucede con el sexo, cuya finalidad propia y natural es la reproducción de la especie humana. Cuando se ejercita la función sexual buscando la procreación se estará usando correctamente, y el placer que puede producirse no es malo en sí mismo. Cuando por el contrario, se invierten los términos, se pervierte la función; cuando se busca el placer por sí mismo y se evita la procreación, el acto es necesariamente perverso por ser antinatural." Y en España, por ejemplo, La Cruz Berdejo, José Luis (coordinador), *Matrimonio y divorcio, comentarios al nuevo título IV del Código Civil*, Madrid, Editorial Civitas, 1982, en donde se relaciona el deber de fidelidad con los fines del matrimonio. "La procreación y la recíproca disponibilidad sexual de los cónyuges". *Vid.*, pp. 68 y ss.

⁴⁰ *Vid.* König, René, *op. cit.*, *supra* nota 1, pp. 50-57. También Recaséns Siches, Luis, *op. cit.*, *supra* nota 3, en donde justifica la intervención del Estado en los asuntos de la pareja precisamente por la prole.

⁴¹ *Vid.* Russell, Bertrand, *Matrimonio y moral*, trad. de León Rozitchnes, Buenos Aires, Siglo Veinte, 1973.

paternidad cierta.⁴² En el inciso anterior señalé el ritual y la naturaleza de la institución mexicana que no escapa de este esquema.

Esta concepción la vemos plasmada en forma muy clara, dentro de la literatura jurídica secular moderna, Montesquieu,⁴³ por ejemplo, sostiene que

La obligación natural que tiene el padre de alimentar a sus hijos ha hecho establecer el matrimonio que declara quién es el que debe cumplir esa obligación... Entre los pueblos bien organizados el padre es aquél que las leyes, por la ceremonia del matrimonio, han declarado que debe ser tal porque encuentran en él la persona que busca... Las uniones ilícitas contribuyen poco a la propagación de la especie...⁴⁴

Independientemente de la presión psicológica que este proceso de aculturación ha tenido en el hombre y en la mujer, en las parejas y en la sociedad en general. Podemos señalar que, dentro del ámbito jurídico, los derechos y deberes que surgen del matrimonio, así como la estructura de la propia institución, tal y como los encontramos ahora, no son más que un producto de estos procesos de aculturación. Para los romanos, por ejemplo, el matrimonio no revestía ni la solemnidad ni la rigidez de nuestros días. Era una simple relación social, era un estado de convivencia entre los cónyuges fundada en la *afectivo maritalis*.⁴⁵ Posteriormente, mediante la influencia de la tradición judeocristiana, se le sacralizó. Proceso del cual surge una institución con estructuras cada vez más rígidas que, al ser “rescatada” por los laicos liberales, es convertida en un intercambio material entre los cónyuges sin privarla de su rigidez.⁴⁶

⁴² Vid, Engels, Federico, *op. cit.*, *supra* nota 10; Russell, Bertrand, *op. cit.*, pp. 23 a 27.

⁴³ *De l'esprit des loix* (presentación y análisis de M. d'Alembert), nouvelle édition, Paris, Billois Librairie, Quai des Augustines, An XIII, 1805, t. III, p. 58.

⁴⁴ Conceptos que se observan claramente en la codificación francesa cuyo Código de Napoleón transcribe la definición de Portalis: “matrimonio es la sociedad del hombre y la mujer que se unen para perpetuar su especie, para ayudarse mutuamente a llevar el peso de la vida y para compartir su destino común.” Vid, Galindo Garfias, *op. cit.*, *supra* nota 21, p. 460.

⁴⁵ Vid, Iglesias, Juan, *Derecho romano, instituciones de derecho privado*, 6a. ed., Barcelona, Ariel, 1979, pp. 547-556.

⁴⁶ Existe una corriente, derivada de la visión liberal del Código de Napoleón, que tiende a considerar al matrimonio como un acto de intercambio material entre los cónyuges que con el afán de apartar al instituto de todo nexo con las ideas religiosas, ha olvidado que aún más importante que el intercambio material está el apoyo e intercambio psicológico, para no llamarle espiritual. Esta corriente

En ambos casos: matrimonio-sacramento y matrimonio-contrato, se deja sentir el peso de las expectativas sociales⁴⁷ y el deseo de poder y trascendencia del varón que se traducen en un sometimiento de la mujer para “garantizar” su “virtud” y la procedencia de la prole que debe ser alimentada y educada por el padre y que han de heredarlo.

Es decir: tanto el derecho de heredar a su “simiente” como la obligación de alimentarla, por un lado, y la ventaja económica que, hasta hace relativamente poco, representaban los(as) hijos(as),⁴⁸ por otro, hace que el varón desee tener la seguridad de que esa prole es realmente producto de su sangre, por tanto somete a la mujer y le exige exclusividad absoluta como receptora de su semen, le exige fidelidad.

Todo esto da como resultado una institución —tanto desde ese aspecto sacramental como desde el contractual— que crea una estructura de poder que somete a la mujer ofreciéndole una cierta seguridad económica en tanto dura la crianza, a cambio de cierta seguridad para el varón acerca de la procedencia de la prole, pero que no sólo no asegura la felicidad de ninguno de los involucrados en la relación conyugal, sino que cierra las posibilidades de que cada pareja busque sus propias vías para alcanzar su plenitud, pues es una institución en que, por decreto social, la pareja debe darse hijos(as) y además guardarse entre sí fidelidad —entendida ésta como exclusividad en el trato sexual y no como una vivencia de lealtad entre la pareja— además de cohabitar y ayudarse mutuamente.

Nuestra legislación vigente sobre el particular tiene como base las ideas sustentadas por el grupo de redactores del Código de 1928 que, en lo relativo al matrimonio, se resumen en lo expresado por Ignacio García Téllez:

Se reconoce la impotencia de un artículo para mantener la armonía conyugal y la incapacidad de la autoridad para garantizar el cumplimiento de los deberes internos del hogar; sólo la voluntad de los esposos puede lograr el cumplimiento de los deberes matrimoniales, y cuando aquélla falta, más vale que un nuevo matrimonio dé la felicidad no encontrada, que forzar una unión aparente tras de la cual se escudan la traición a la fidelidad, la riña cotidiana en lugar

contractualista ha llegado a absurdos como el Código de Familia del Estado Libre y Soberano de Hidalgo.

⁴⁷ Es decir, la procreación y educación de los hijos para la gloria de Dios o para el servicio del soberano.

⁴⁸ *Vid.*, Russell, Bertrand, *op. cit.*, *supra* nota 41, pp. 95-104.

de la paz doméstica y la corrupción filial, en lugar del ejemplo moralizador de los padres.⁴⁹

Ésta ha sido la pauta de evolución en la estructura jurídica del matrimonio en nuestra época: se ha buscado la igualdad del hombre y la mujer dentro de marcos de mayor libertad.

Sin embargo, el legislador aún no se desembaraça totalmente de los resabios ancestrales que lo impulsan a considerar al matrimonio como un centro de lucha por el poder en donde se debe proteger a la parte más débil: la mujer.

Partiendo del principio jurídico de igualdad entre el hombre y la mujer establecido en el artículo 2o. del Código Civil se estipula, al igual que en la Ley sobre relaciones familiares, que ambos cónyuges tendrán en el hogar autoridad y consideraciones iguales; ambos deben decidir sobre la formación de los hijos y sobre la administración de los bienes comunes.

A pesar de esto gravita aún sobre la pareja la expectativa social de la procreación, aunque en forma no tan clara como en ordenamientos anteriores, pues el artículo 162 especifica que los cónyuges están obligados a contribuir a los fines del matrimonio, sin especificar cuáles son, y a socorrerse mutuamente. Para esclarecer qué es lo que el legislador entiende por fines del matrimonio, sólo tenemos el artículo 147 en donde se estipula que: “cualquier condición contraria a la perpetuación de la especie o a la ayuda mutua que se deben los cónyuges se tendrá por no puesta”. Independientemente de que se sigue considerando que la capacidad para contraer nupcias se adquiere a la edad núbil, es decir: catorce años para la mujer y dieciséis para el varón, sin que se haga referencia alguna a la capacidad económica y psicológica que se requiere para hacer frente a los deberes que el estado de matrimonio implica.

Tampoco encontramos referencia específica al deber de fidelidad, lo cual nos haría pensar en que el legislador de 1928 tenía en mente una institución abierta en lo que se refiere a las relaciones internas de la pareja pero perfectamente definida en sus efectos hacia los(as) hijos(as). Esto sería real en términos absolutos si en el capítulo relativo al divorcio no se considerara, como se hace, al adulterio como una de sus causales.

⁴⁹ García Téllez, Ignacio, *Motivos, colaboración y concordancias del nuevo Código Civil mexicano*, México, 1932, p. 10.

3. Concubinato: su naturaleza jurídica y sus efectos

José Lorite Mena,⁵⁰ en un cuestionamiento profundo de nuestra sociedad y sus estructuras, desde la perspectiva antropológica, al buscar los orígenes de la familia, señala que existe una “variabilidad diacrónica y sincrónica” en la que se presentan las asociaciones intersexuales llamadas “familia” de ahí que este concepto no sea unívoco sino que trata de procesos en los que interactúan múltiples factores en los que se delimitan los deseos y expectativas de la pareja y se confiere un significado concreto a la realidad biosico-social que resulta de la unión o “matrimonio”. Señala, también, citando a Levi-Strauss, que desde Herodoto lo más que se ha dicho es que la familia conyugal, aquella que se basa en una relación institucionalizada, es muy frecuente y que “siempre que parece estar ausente se trata en general de sociedades muy evolucionadas, y no, como se podría esperar, de las más rudimentarias y de las más simples”.⁵¹ A pesar de ello en prácticamente todas las obras de sociología y antropología se presenta un “modelo” de familia con propiedades invariables. Una de estas propiedades es que la familia tiene su origen en el matrimonio.

Como vemos este paradigma del esquema o modelo patriarcal de la familia, nos presenta un paradigma riguroso y poco confiable pues, como afirma Lorite Mena, esta construcción o “reducción” de la realidad aplicada en forma rigurosa hace que

queden excluidas del ámbito familiar muchos tipos de asociaciones intersexuales, todas las que no están formalizadas como matrimonio y, más concretamente aún, todas las sociedades prehistóricas o marginadas que no posean una estructura jurídica, económica, religiosa.⁵²

Ya afirmé que la sociedad y el Estado se interesan por la regulación de la sexualidad de hombres y mujeres, de ahí su institucionalización a través del matrimonio. Sin embargo, dentro de esos tipos de asociaciones intersexuales que se mencionan, está la conocida como concubinato que es la unión de un hombre y una mujer que no está formalizada a través del matrimonio.

A esta forma de relación no le cabe otra naturaleza, desde el punto de vista de nuestro sistema normativo, que la de un hecho con consecuencias jurídicas.

⁵⁰ Lorite Mena, José, *op. cit.*, *supra* nota 5, pp. 186 y ss.

⁵¹ Cita del trabajo de Levi-Strauss, *Le regard éloigné*, en *idem*, p. 186.

⁵² *Idem*, p. 188.

En el momento actual estas consecuencias, o efectos, son realmente restringidos en nuestro país pues se pretende que sea a través del matrimonio como se funden las nuevas familias. De hecho, no encontramos una definición legal del concubinato.

En el informe de la comisión redactora del C.C., leemos las razones por las cuales se consideró oportuno legislar sobre el concubinato. Ahí se expresa:

Hay entre nosotros, sobre todo en las clases populares, una manera peculiar de formar la familia: el concubinato. Hasta ahora se habían quedado al margen de la ley los que en tal estado vivían; pero el legislador no debe cerrar los ojos para no darse cuenta de un modo de ser muy generalizado en algunas clases sociales, y por eso en el proyecto se reconoce que produce algunos efectos jurídicos el concubinato, ya en bien de los hijos, ya en favor de la concubina, que al mismo tiempo es madre, y que ha vivido por mucho tiempo con el jefe de la familia.

Ante estas declaraciones es importante destacar que el concubinato no sólo existe en “las clases populares”, es ahora, y siempre ha sido, una forma de establecer una comunidad íntima de vida entre hombres y mujeres, como ya lo señalé, independientemente de su clase social.

El artículo 1635 del C.C. establece una serie de requisitos para que el concubino y la concubina tengan derecho a heredarse mutuamente y a ese artículo se remiten todos aquellos que norman los efectos jurídicos del concubinato, excepto la presunción sobre la filiación.

En el caso de la filiación, la fracción III del artículo 382 y el artículo 383 se refieren a esta unión permitiendo, el primero, que se investigue la paternidad del hijo(a) que fuere concebido durante el tiempo en que la madre habitaba bajo el mismo techo con el pretendido padre, viviendo maritalmente. Esta expresión no es otra que el concepto de concubinato. El segundo establece una presunción de filiación para los hijos(as) nacidos dentro del concubinato similar a aquella que existe respecto de los hijos de matrimonio.

Como se observa en la filiación no se hace ninguna mención a la duración de la unión. Sólo se señala como característica el que el hombre y la mujer vivan “maritalmente”, esto es que ambos sean solteros y que la unión sea continuada. Con esto se distingue el concubinato del amasiato, entendido este último como la relación sexual discontinua entre dos personas que no pueden contraer matrimonio.

Hasta 1983 éstos eran los efectos del concubinato dentro del derecho civil mexicano. Sin embargo, en esa fecha se reformó el artículo 302 para incluir en el elenco de obligados a darse alimentos a los concubinos, considerándolos como si fueran cónyuges si satisfacen los requisitos señalados por el artículo 1635 que ya mencioné.

Desde mi punto de vista, con esta reforma reconoce que la relación afectiva-sexual entre un hombre y una mujer es independiente de que estén o no unidos en matrimonio. Igualmente reconoce que uno de los fundamentos de la obligación alimentaria es precisamente ese nexa afectivo.

IV. DISOLUCIÓN DEL VÍNCULO MATRIMONIAL

1. *Nulidad*

En México, hasta la aparición de la Ley de Divorcio de 1914, la única forma de poner fin a un matrimonio era a través de la nulidad. En ese entonces, y aún ahora, los efectos de este instituto son similares al divorcio. Sin embargo, ambas figuras son esencialmente diferentes.

La nulidad sanciona al matrimonio, como a cualquier acto jurídico, que se haya realizado contraviniendo los requisitos de validez del mismo. Sus efectos son retroactivos al momento de la celebración del matrimonio pero, a diferencia de lo que sucede en otros actos jurídicos, la anulación del matrimonio no desconoce la comunidad de vida, tanto a nivel económico, como afectivo, que existe o existió entre las personas que contrajeron nupcias en condiciones de amabilidad, ni tampoco desconoce la paternidad y maternidad que posiblemente hubieran surgido en dicha unión. Por todas estas razones compartimos la opinión de quienes ven con desagrado esta forma de disolver el matrimonio, aunque se pueda reconocer que, en ocasiones, es de gran utilidad, sobre todo a nivel de controversias en derecho internacional privado.⁵³

El C.C. se refiere a esta figura en un capítulo intitulado: De los matrimonios nulos e ilícitos, en donde se señalan tres causas de nulidad: el error acerca de la persona con quien se contrae el matrimonio; la celebración del mismo existiendo alguno de los impedimentos señalados en el artículo 156, y la falta de las formalidades establecidas para su celebración.

⁵³ *Vid*, Labrusse-Riou, Catherine, *Droit de la famille*, 1. *Les personnes*, París, Passo, 1984, pp. 74 y ss.

En este capítulo se pueden retomar las reglas de nulidad de los actos jurídicos, según afirmé en párrafos anteriores, pero, a la particularidad que ya mencioné, se deben añadir otras como la presunción que el C.C. establece sobre el matrimonio: según ella, el matrimonio es válido y sólo se considerará nulo cuando exista una sentencia que así lo declare y que haya causado ejecutoria.

Tomando en consideración la teoría tripartita de las nulidades, en la doctrina se afirma que la nulidad del matrimonio es, normalmente, relativa, pues éste puede convalidarse por el paso del tiempo y la acción correspondiente debe ser ejercitada precisamente por las personas que el C.C. señala para ello.

Así, la nulidad que nace del error sólo puede ser ejercitada por el cónyuge que incurrió en él y su acción caduca si no hace la denuncia correspondiente inmediatamente que advierte el error; el matrimonio de quienes no han cumplido dieciséis años siendo varón y catorce siendo mujer, se convalida a la mayoría de edad de los cónyuges o si hay descendencia; la acción de nulidad por falta del consentimiento del padre, la madre, los abuelos —paternos o maternos— o del tutor, según el caso, sólo podrá ser invocada por las personas que debieron otorgar dicho consentimiento y no lo hicieron, además de que el matrimonio puede convalidarse por su ratificación o por caducidad de la acción, la cual acontece a los treinta días de que la (s) persona (s) que debieron dar su consentimiento para la celebración de las nupcias, tenga conocimiento del matrimonio.

La acción de nulidad que surge del parentesco por consanguinidad no dispensado sólo puede ejercitarse por los cónyuges, los ascendientes o el Ministerio Público, además de que el matrimonio en cuestión puede convalidarse con la ratificación del consentimiento por parte de los cónyuges previa obtención de la dispensa correspondiente; lo mismo sucede con el parentesco por afinidad.

La acción de nulidad que se deriva del adulterio habido entre los cónyuges, cuando éste hubiere sido probado judicialmente, compete al cónyuge ofendido o al Ministerio Público en caso de que el matrimonio anterior se hubiere disuelto por divorcio. Esta acción caduca a los seis meses.

La nulidad que surge del atentado contra la vida de alguno de los cónyuges para casarse con el que quede libre sólo podrá hacerse valer por los hijos de la víctima del atentado o por el Ministerio Público y caduca a los seis meses de la celebración del nuevo matrimonio; la acción de nulidad que se origina del miedo o violencia que vician el

consentimiento, otorgado para la celebración del matrimonio, siempre que tales vicios sean graves, es decir que importen el peligro de perder la vida, la honra, la libertad, la salud o parte considerable de los bienes del cónyuge o de las personas que están bajo su patria potestad o tutela, puede hacerse valer sólo por el cónyuge agraviado y dentro de los sesenta días contados a partir de que cesó la causa del vicio. Lo mismo sucede con el rapto.

La acción de nulidad que se deriva de la embriaguez habitual, así como del uso indebido y persistente de las demás drogas enervantes, de la impotencia incurable para la cópula, la sífilis, la locura y el padecimiento de enfermedades crónicas e incurables que, además, sean hereditarias o contagiosas, sólo puede ser intentada por los cónyuges dentro de los sesenta días posteriores a la celebración del matrimonio.

Si la acción se deriva del idiotismo o imbecilidad de uno de los cónyuges, sólo podrá ser invocada por el otro cónyuge o por el tutor del incapaz; si se deriva de un matrimonio anterior existente al tiempo de contraer el segundo, puede ser invocada por el(la) cónyuge del primer matrimonio, por sus hijos o herederos, por los cónyuges que contrajeron el segundo matrimonio o por el Ministerio Público.

Cabría afirmar que la única nulidad absoluta en el matrimonio se deriva de la falta de las formalidades esenciales que la ley señala para su validez, pues ésta puede ser invocada por los cónyuges, por cualquier interesado en demostrar que no hay matrimonio o por el Ministerio Público. Es una acción que no caduca ni prescribe por el paso del tiempo, por lo tanto el matrimonio no se convalida.

Abundando en la opinión expresada al inicio de este apartado considero que la nulidad del matrimonio es una figura que sólo encaja en la teoría de las nulidades porque su declaración implica la desaparición de los efectos del acto en que recae. Sin embargo, por tratarse de un acto jurídico complejo que tiene que ver no sólo con el patrimonio de las personas, sino con su vida afectiva e, incluso, con la sobrevivencia de hijos(as), no pueden desaparecerse, a través de una sentencia judicial, todos los efectos de un matrimonio anulable. En realidad existe un interés superior de la sociedad que se refleja en esta figura observable en la presunción que mencioné párrafos adelante sobre la validez del matrimonio y la presunción de que fue contraído de buena fe. Además, respecto de los(as) hijos(as), los efectos del matrimonio seguirán existiendo, aunque se hubiere declarado su nulidad pues es inadmisibles que se cuestione, por ejemplo, la filiación de los(as) hijos(as) habidos en estos matrimonios por un tecnicismo jurídico. Así lo

entendió nuestro legislador y lo estableció en nuestro ordenamiento legal.

El interés que menciono se refleja, también, en la figura de los matrimonios ilícitos que se sanciona en el artículo 264 C.C. Es el único caso señalado en nuestro ordenamiento en que la ilicitud del acto jurídico no lo nulifica. Éste es el caso de los matrimonios contraídos estando pendiente la dispensa de un impedimento, o la dispensa requerida por el(la) tutor(a) para contraer nupcias con el(la) pupilo(a), o aquellos contraídos antes del vencimiento de los términos señalados en los artículos 158 y 289 del C.C. En estos numerales se establece que la mujer no puede contraer nupcias sino pasados 300 días de la disolución del matrimonio anterior, término que se computa desde que se interrumpió la cohabitación; que en los casos de divorcio necesario el(la) cónyuge que dio motivo al divorcio no puede volver a contraer nupcias sino pasados dos años de la sentencia que lo decretó, y, en los casos de divorcio voluntario, los cónyuges no pueden contraer nupcias sino después de un año de dictada la sentencia. Las razones de estos términos son pocas claras, como lo es la figura en sí. Dentro de la doctrina mexicana se le ha prestado poca atención, hay autores que ni siquiera la mencionan, o si lo hacen es como mera referencia o apoyo a un argumento sobre los impedimentos para contraer nupcias.⁵⁴

Galindo Garfias⁵⁵ expresa que la ilicitud “connota una idea de reprobación jurídica” sobre los matrimonios que se contrajeron contraviniendo normas específicas que no importan la nulidad de los mismos. En general existe un consenso para calificar estas normas como imperfectas. Sin embargo, ello no clarifica a la figura, ni la razón de los términos en los que no debe contraerse nupcias. Respecto de éstos, Planiol⁵⁶ señala que el término de los trescientos días que debe esperar una mujer entre un matrimonio y otro se estableció para evitar la confusión de la paternidad entre un cónyuge y otro. Dicha razón sólo tiene valor desde el punto de vista de las estructuras patriarcales, pues apunta en el mismo sentido que el deber de fidelidad sin que se traduzca un interés real por los derechos del(la) niño(a) por nacer y de la mujer que ha de esperar trescientos días antes de contraer nup-

⁵⁴ Un ejemplo muy claro de esta corriente en México la representa Antonio de Ibarrola en su obra *Derecho de la familia*, México, Porrúa, 1978, pp. 233 y ss. *Vid.*, también, como ejemplo, Magallón Ibarra, Jorge Mario, *op. cit.*, *supra* nota 29, pp. 253 y ss.

⁵⁵ *Op. cit.*, *supra* nota 21, p. 526.

⁵⁶ Planiol, Marcel y Georges Ripert, *Tratado elemental de derecho civil*, México, Cárdenas, 1981, tomo I.

cias. Realmente pecó de ingenuo el legislador si pensó que con esta norma se evitaba la confusión a que alude Planiol, pues esta espera no implica la ausencia de intimidad sexual entre la mujer y otro hombre diferente al primer cónyuge y, por tanto, esa confusión, para otras personas que no sean la propia mujer, sigue existiendo. Incluso, se puede presumir, erróneamente, que el(la) hijo(a) que nace dentro de este término es del primer matrimonio atentando contra el derecho de este(a) niño(a) a conocer sus propios orígenes.

Por lo que se refiere a los términos para los diferentes casos de divorcio nos puede resultar claro que se trata de sanciones que el legislador ha establecido para los divorciantes, pretendiendo, con ello, hacerlos recapacitar sobre la responsabilidad que se tiene frente a la sociedad cuando se contraen nupcias. Incluso de ahí puede originarse la “reprobación jurídica” a que alude Galindo Garfias. Desde mi punto de vista esta sanción desconoce la complejidad de la naturaleza humana y desconoce también los efectos que producen las relaciones afectivas y los conflictos que surgen en ellas, en el ánimo de las personas.

2. *Inexistencia*

Mucho más discutida que la nulidad o la ilicitud del matrimonio es la inexistencia. De acuerdo a la teoría tripartita de las nulidades el matrimonio, en tanto acto jurídico, es susceptible de ser inexistente por falta de consentimiento, solemnidad u objeto, aunque no exista un artículo que expresamente lo señale. Es claro que si las personas involucradas no expresaron su consentimiento para unirse en matrimonio, éste no puede existir como tal. Lo mismo sucede si el consentimiento no fue expresado con las solemnidades que la ley señala para este acto, ni ante la autoridad competente que, para estos casos, es el juez del Registro Civil.

Estos dos aspectos son bastante claros y, desde mi punto de vista, una discusión sobre ellos no conduce a nada productivo. ¿Qué sucede cuando no se otorgó el consentimiento para unirse en matrimonio? Absolutamente nada. Es cierto que la parte interesada tendrá, llegado el caso, que acudir a tribunales y demostrar su postura, aún en el supuesto de que existiera un acta de matrimonio, aunque no nos imaginamos este extremo. Sería ilustrativo hacer un estudio empírico al respecto a fin de investigar cuántas veces se ha invocado la inexistencia de un matrimonio por falta de consentimiento.

Menos problemas conlleva la falta de solemnidad en virtud de que difícilmente se encontrará el supuesto aunado a la existencia de un acta del Registro Civil y a la posesión de estado.

Sin embargo, tanto doctrinalmente como desde el punto de vista de la relación, la falta de objeto es problemática de definir y, por tanto, cuestionable. ¿Cuál es el objeto del matrimonio? La respuesta que encontramos en la doctrina⁵⁷ es la procreación. Galindo Garfias afirma que “la imposibilidad para realizar uno de los fines primordiales del matrimonio, la procreación, lo hace inexistente”. En este rubro no coincido con este jurista. En mi opinión la falta de capacidad para la procreación no hace inexistente al matrimonio, pues ésta no es el objeto de la institución, como ya lo señalé con anterioridad. Esta afirmación es tanto como sostener que el matrimonio de personas estériles por edad o por anomalías en el aparato reproductor es inexistente, lo cual nos resulta absurdo y contrario a los derechos humanos.

El propio Galindo Garfias afirma que “la identidad de sexos entre los contrayentes produce la inexistencia del acto por falta de objeto”. Yo me pregunto si ésta es la verdadera razón de la inexistencia o si más bien es una nulidad por tratarse de un acto ejecutado contra el tenor de una norma de interés público. Para responder esta pregunta tenemos que definir primero el objeto del matrimonio y, nuevamente, nos encontramos con que no puede haber un objeto de la institución o si existe sólo puede ser la creación de una comunidad de vida entre un hombre y una mujer. La procreación y la fidelidad—fines tradicionales del matrimonio—deben dejarse a la decisión de la pareja involucrada. Si esto es cierto, la identidad de sexos si es causa de inexistencia por falta de objeto. Si es falso la identidad de los sexos sólo es causa de nulidad absoluta del matrimonio. Este razonamiento es aplicable tanto a homosexuales como a lesbianas y transexuales en tanto la definición constitucional del matrimonio no se modifique. Es importante resaltar, aunque nuestro ordenamiento no lo especifica, que la identidad de los sexos es una identidad cromosómica, pues el cambio aparente de sexo no cambia esencialmente a la persona que lo practicó, ya que cromosómicamente sigue teniendo el sexto determinado desde su concepción. Incluso el transexualismo podría ser una causa de error en la persona mucho más específica que las que pudo tener en mente el legislador en 1928, cuando este hecho social no existía. Así pues dejo la pregunta en el tintero para invitar a una reflexión:

⁵⁷ Vid, por ejemplo, Galindo Garfias, *op. cit.*, *supra* nota 21, p. 511.

la identidad de sexos ¿es causa de inexistencia o de nulidad del matrimonio?

3. *Divorcio*

a) *Discusión ética en torno al divorcio*

Parece obligado hacer un análisis de tipo moral siempre que se toca este tema, obligación que, desde luego, no rehuyo. Sin embargo, no creo que los límites de espacio a que está sujeto este trabajo permitan abarcar todas las vertientes por las que se elabora la discusión. Por lo tanto, elijo la vertiente de la psicología como apoyo de la valoración ética de este instituto, pues a través de los elementos que esta ciencia nos aporta se le puede realmente evaluar como un instrumento más al servicio de las familias. Es cierto que esta afirmación puede parecer contradictoria — incluso, absurda— para los autollamados defensores de la familia o para quienes utilizan en la discusión argumentos moral-religiosos, sobre todo aquellos argumentos derivados de la tradición judeocristiana.⁵⁸ A ellos respondo que en la familia se conjugan elementos afectivos muy poderosos que no pueden ser considerados exclusivamente desde el deber ser moral o religioso, ¿qué más da que la separación de los cónyuges sea socialmente considerada como algo malo si ellos mismos y los(as) hijos(as) resultan afectivamente beneficiados con tal separación?

Algunos considerandos éticos señalan al divorcio como la “causa” de desintegración de la familia. Algunos otros terminan por definirlo como un “mal necesario”, pues remedia una situación familiar conflictiva, aunque lo hace a través de su desintegración. Desde mi punto de vista ninguno de los dos extremos es exacto. El divorcio como instituto no puede ser calificado en términos de bueno o malo, como se ha hecho hasta ahora. Considero que debe ser calificado en términos de utilidad. Este instituto ¿es útil a la sociedad? sí o no y porqué. En estos términos, el divorcio es, indudablemente, un instituto útil en las relaciones familiares, pues aporta un principio de solución a un conflicto. No es un instituto perfecto, claro está y afirmo que sólo aporta un principio de solución, pues lo que ofrece es un instrumento de tipo jurídico para resolver un problema afectivo. Es decir, es un instituto que se estructura en un plano diferente al conflicto que pretende

⁵⁸ *Vid.*, Ibarrola. *op. cit.*, *supra* nota 54, pp. 283 y ss.

resolver, por lo cual, la solución sólo llega parcialmente. El resto tendría que ser aportado por la pareja que se divorcia.

Buscar las causas de la ruptura matrimonial en el divorcio es desconocer los factores psicológicos que están presentes en las relaciones humanas.

König⁵⁹ explica este desconocimiento afirmando que matrimonio y divorcio necesariamente responden a una determinada ideología: si la “familia conyugal” es la ideal, el vínculo se debe preservar a toda costa. Sostiene que para la tradición judeocristiana este vínculo es totalmente independiente de la voluntad e intenciones de los esposos, de tal suerte que aunque éstos se separen, el vínculo persiste. Ideología que se observa en prácticamente todos los sistemas jurídicos occidentales. Sin embargo, aunque el divorcio sea una situación aceptable se pretende que no exista quiebra en los matrimonios. Esta política necesariamente influye en la pareja que se une con la idea consciente o inconsciente de que su unión es “hasta que la muerte los separe”; idea que en la cotidianidad los obliga, una vez agotada la voluntad de amarse, a buscar “motivos” que justifiquen su decisión de terminar la relación. Esta búsqueda encuentra su respuesta en el conflicto.

Tanto König como Fromm,⁶⁰ desde sus respectivas disciplinas, afirman que la real causa del divorcio es el rompimiento o agotamiento de las relaciones y de los sentimientos que llevaron al matrimonio a la pareja (en el derecho romano se le conocía a estos sentimientos como *affectio maritalis*). Ambos también sostienen que esta ruptura franca no afecta a los(as) hijos(as), como se suele afirmar desde posturas moralizantes. Al contrario frente a las desavenencias cotidianas y conflictos graves que llevan a la ruptura, circunstancias que realmente los dañan, la separación franca y honesta les reporta mejorías.

El tema de los(as) hijos(as) de divorciados es muy recurrido para atacar a esta institución. Sin embargo, cada vez con mayor frecuencia, antropólogos, sociólogos y psicólogos desmienten estos fundamentos. Por ejemplo, Rheinstein⁶¹ criticando el sistema judicial afirmó que

En realidad no existen huérfanos del divorcio, sino sólo huérfanos como consecuencia de la separación o el abandono, si se habla del debilitamiento del matrimonio. Tal privación es el efecto de la

⁵⁹ König, René, *op. cit.*, *supra* nota 1. capítulo X.

⁶⁰ *Idem*, p. 122 y Fromm, Erich, *El arte de amar*, trad. de Noemí Roseblatt, México, Paidós Studio, 1983, pp. 99 y ss.

⁶¹ Citado por König, René, *op. cit.*, p. 137.

sentencia del tribunal de divorcio de la cual puede seguirse o no la ruptura fáctica del matrimonio. Si estamos interesados en la estabilidad de la familia, en las tendencias de su desarrollo y en las formas en que pueda ser protegida o fomentada debemos fijarnos, por tanto, en los casos de quiebra efectiva del matrimonio más que en las sentencias de divorcio.

Dicho en otras palabras: si realmente queremos fortalecer a la familia pongamos más atención en los sentimientos de los involucrados en el núcleo familiar que en las formas externas de la relación. Al respecto la doctrina italiana, en un intento por clasificar la diferencia entre nulidad del matrimonio, separación conyugal y divorcio ha tenido que partir desde la puntualización de la naturaleza del vínculo conyugal, que se ha visto enriquecida desde la reforma al derecho italiano, pues una de sus consecuencias es la distinción entre acto y relación referidas al matrimonio. Se afirma, desde una perspectiva interpretativa que comparto, que el derecho civil ha de dar mayor importancia a la comunidad de vida entre los cónyuges que al acto que la genera. En este contexto el divorcio no es más que una alternativa funcional, que la sociedad pone al servicio de la pareja, cuando su relación ha dejado de ser satisfactoria o ha dejado de cumplir sus fines o se ha vuelto tan conflictiva que deja de tener sentido real el mantener la unión externa.⁶²

La misma doctrina italiana presenta al divorcio como un estabilizador de las relaciones conyugales, en el sentido de que nulidad y separación son institutos que, llevados a los extremos de su interpretación, crean inseguridad en el vínculo. Desde mi punto de vista, y para la realidad mexicana, el divorcio es también un estabilizador, no precisamente de las relaciones conyugales, sino de las relaciones familiares en casos de conflicto, pues tiene la virtud, como instrumento jurídico, de señalar unas bases de organización entre los divorciantes y entre éstos y los(as) hijos(as) para cuando la convivencia ya no exista, para cuando a la ruptura interna corresponda una ruptura externa.

Nuevamente aprovecho la ocasión para proponer una revisión de este instituto en nuestro país. Revisión que apunta en el sentido que he expuesto en este numeral pues, a la sazón, el divorcio en México, tal y como se encuentra reglamentado, es poco útil para nuestras relaciones conyugales y familiares. Son muchas las causales, la mayoría

⁶² Vid, Galoppini, A. M., *et al.*, *Commentario sul divorzio*, Milán, Giuffrè, 1980, *passim*.

de ellas busca un culpable y, con ello, se propicia conflictos aún mayores en las parejas que se divorcian, amén del desgaste emotivo que significa tratar de probar tales causales y el tiempo que esto se lleva.

b) Divorcio necesario: sus causas

De las dieciocho causales ennumeradas en el artículo 267 del C.C., dieciséis son causales de divorcio necesario, es decir, causas que buscan un culpable de la ruptura.

En la doctrina a estas dieciséis causales las dividen en dos grandes rubros: aquellas que implican una sanción para el “culpable” y aquellas que son necesarias o un remedio. La distinción entre unas y otras es muy sutil y más teórica que práctica. Se dice que son causales sanción aquellas que representan a la disolución del vínculo matrimonial como un castigo para el(la) cónyuge que, en cualquier forma es el responsable de esta disolución por haber violado los deberes que le impone el matrimonio. Son causales necesarias o remedio aquellas que, sin existir un responsable directo de la ruptura, permiten, normalmente por razones de salud, proceder al divorcio pues se presentan como una alternativa para proteger la salud tanto del (la) cónyuge sano (a) como de los(as) hijos(as) se imponen por razón de considerarlas inadecuadas a la vida en común y para los fines del matrimonio. Otros autores las clasifican en:

- 1) Causas de orden criminológico, conexas a un hecho castigado más o menos severamente por la ley.
- 2) Causas de orden eugénico, ligadas a ciertas ineptitudes para la vida conyugal.
- 3) Causas indeterminadas, admitidas por algunas legislaciones para abarcar todos aquellos casos de grave perturbación de la vida familiar, que sería difícil precisar de una manera categórica y concreta.
- 4) Causas de orden individual.⁶³

La realidad es que estas dieciséis causales de divorcio implican un procedimiento muy desgastante para todos los involucrados. Véamoslas una por una.

— *El adulterio debidamente probado de uno de los cónyuges*: Sanciona esta causal la fidelidad debida en el matrimonio. Sorprende realmente intentar encontrar en nuestra doctrina una tesis que apunte realmente al problema planteado por el adulterio de uno de los cón-

⁶³ *Vid.*, entre otros, Montero Duhalt, Sara, *op. cit.*, *supra* nota 33, Pina, Rafael de, *Derecho civil mexicano*, México, Porrúa 1973, tomo I.

yuges. Desde mi punto de vista la conducta calificada de adúltera no es sino un reflejo de una situación particular de los cónyuges. Situación que puede ser o no consentida por ellos mismos sin que esto les provoque, muy a pesar de los moralistas, un conflicto en la relación.

Sin embargo, he de reconocer, que, normalmente, las relaciones con un(a) tercero(a) causan conflicto en las parejas tanto si están unidas o no en matrimonio, de ahí que pueda justificarse la causal de divorcio. Ahora bien, desde mi punto de vista, la única justificación que puede encontrarse a tal causal es que se presenta como un dato (o prueba) objetivo de la ruptura de la relación afectiva entre los cónyuges —ello, siempre y cuando, cause realmente problemas en el matrimonio—, pues ha sucedido que las relaciones sexuales extraconyugales sean aceptadas por los involucrados en ella sin que les cause conflicto.

En México esta causal es todo un problema, pues la idiosincracia nacional apunta a la culpabilidad de la mujer, dado que sus relaciones extraconyugales pueden traer un hijo(a) “ilegítimo(a)” al matrimonio. Situación que no afecta al varón que tiene ese mismo tipo de relaciones. En este contexto, no causa sorpresa alguna leer en la doctrina que son actos lesivos a la fidelidad matrimonial y, por tanto, constitutivos de adulterio, tanto aquellos aptos *secundum naturam* para la procreación, como los *contra natura* sean (procreación asistida) o no (“sodomía” y “bestialidad”) aptos para la generación de la prole y no se consideren como adulterinas las relaciones homosexuales o lésbicas de uno de los cónyuges.⁶⁴

Incluso se llega a sostener que no es causal de divorcio cuando el adulterio es compensado, es decir cometido por ambos cónyuges. Tampoco lo es cuando el(la) que lo comete se ha visto empujado(a) a ello por la negativa reiterada al “débito conyugal” o cuando éste se presta con tales “dificultades”, “protestas” y “finalidad” que al “pobre” adúltero no le queda más remedio que buscar la satisfacción a sus “naturales instintos” en las relaciones ilícitas. Toda esta argumentación es encaminada, como se comprende fácilmente, a justificar el adulterio masculino y a condenar a la mujer ya sea por adúltera o por provocadora del adulterio de su marido. Por si no es evidente, me permito transcribir un párrafo bastante clarificador: “Uno de los casos de provocación al adulterio, es la existencia, todavía en nuestro medio, de *mujeres castrantes*, hecho frecuente

⁶⁴ Vid, Fernández Cantón, Alfredo, *Las causas canónicas de la separación conyugal*, Madrid, Tecnos, 1961, p. 107; Chávez Ascencio, Manuel, *La familia en el derecho, Relaciones paterno filiales*, México, Porrúa, 1988; Ibarrola, *op. cit.*, *supra* nota 54, p. 318, entre otros.

todavía por la pésima educación sexual que recibieron nuestras antepasadas”.⁶⁵

Como si la deficiente educación sexual fuera sólo patrimonio de la mujer y como si los maridos ausentes, fríos, descortesos, opresores, no empujaran a la mujer a buscar esa relación cálida, afectiva y solidaria que tanto nos hace falta a hombres y mujeres.

El adulterio es, en todo caso, una causal de divorcio tan difícilmente demostrable a través de la prueba directa que se admite la presuncional, esto es al(la) cónyuge ofendido(a) le “bastará” aportar indicios suficientes de la existencia de las relaciones ilícitas de su cónyuge para que el juez pueda decidir la disolución del vínculo por esta causal. Evidentemente, no se requiere la condena penal previa, pues el delito de adulterio requiere en su tipo que éste se haya consumado con escándalo o en el domicilio conyugal. En el derecho civil basta que exista la relación extraconyugal para que se configure la causal.

El que la mujer dé a luz un hijo concebido antes de la celebración del matrimonio y que judicialmente sea declarado ilegítimo. Desde mi punto de vista, el legislador en esta causal vió una variante del adulterio, pues con tal conducta la mujer pretende adjudicar falsamente a su cónyuge la paternidad de un hijo que no es de él. Con esta postura desconoce el problema real de la pareja: la falta de confianza, base en toda comunidad íntima de su vida.

La propuesta del marido para prostituir a la mujer, no sólo cuando lo haya hecho directamente, sino cuando se prueba que ha recibido dinero o cualquiera otra remuneración con el objeto expreso de permitir que otro tenga relaciones carnales con su mujer. La doctrina mexicana justifica la existencia de esta causal en virtud de que la conducta en ella definida denota una degradación moral del marido que hace imposible el cumplimiento de una de las funciones del matrimonio: la formación moral y física de los(as) hijos(as). Sin dejar de reconocer el peso que esta conducta tiene —o puede tener— en los(as) hijos(as), considero que es de vital importancia valorarla desde el daño que se le hace a la mujer con ella, independientemente de que tal conducta implica una cosificación o devaluación de la mujer que afecta irreparablemente la relación conyugal, sobre todo si se parte de un discurso de igualdad entre marido y mujer.

La incitación a la violencia hecha por un cónyuge al otro para cometer algún delito, aunque no sea de incontinencia carnal. Si es difícil mantener una objetividad académica en todo lo que se refiere al análisis jurí-

⁶⁵ Ibarrola, *op. cit.*, p. 319.

dico de la familia, lo es aún más cuando se leen normas como ésta. ¿Qué quiere decir? Por un lado, queda bastante claro que se trata de evitar que la intimidad que se genera en el matrimonio se convierta en un tipo de asociación delictuosa. Sin embargo, es difícil precisar el término de “incontinencia carnal”. Por más que he buscado entre los autores mexicanos uno que nos explique éste término no lo he encontrado. Desde mi punto de vista no quiere decir nada; sólo traduce una postura moralista —por no decir mojigata— de quienes lo redactaron en su origen y una falta de cuidado en las numerosas revisiones que ha tenido el C.C.

Los actos inmorales ejecutados por el marido o por la mujer con el fin de corromper a los hijos, así como la tolerancia en su corrupción. Esta causal se presenta como una sanción para el(la) cónyuge que desvirtúa a través de la corrupción la educación o formación que deben dar a los hijos. Puede ser constitutiva también del delito de corrupción de menores. Sin dejar de comprender las razones que justifican la existencia de esta causal, me pregunto si ésta sólo atiende al concepto jurídico penal de corrupción de menores o si se extiende a otros actos u omisiones que den al menor una visión de la vida y de los valores inadecuados. Si éste es el caso, es un causal de muy difícil aplicación, pues en reiteradas ocasiones he cuestionado precisamente los dictados de la moral.⁶⁶

Padecer sífilis, tuberculosis, o cualquiera otra enfermedad crónica e incurable que sea, además, contagiosa o hereditaria, y la impotencia incurable que sobrevenga después de efectuado el matrimonio. La primera parte de esta causal, es decir, el padecimiento de enfermedades crónicas e incurables, contagiosas o hereditarias, contiene una razón de salud pública y de interés social. Se pretende la protección de los(as) hijos(as) y del(la) cónyuge sano(a), tanto como evitar contagios.

En su conjunto es altamente cuestionable. Desde mi punto de vista, traduce la estructura patriarcal de nuestra sociedad, con todas sus incongruencias. Supuestamente existe un deber de asistencia entre los cónyuges, pero, evidentemente, es un deber muy limitado pues cuando realmente se necesita hacer efectivo el compromiso de vida entre el hombre y la mujer que decidieron unirse en matrimonio por existir una enfermedad crónica e incurable, se permite que el(la) cónyuge sano(a) alegue tal

⁶⁶ Sara Montero Duhalt, hizo en su obra (*op. cit.*, *supra* nota 33, pp. 226 y 227) una crítica muy acertada sobre la incongruencia de nuestro ordenamiento en el tratamiento de esta causal, ya que en el numeral 270 del C.C. se exige que la tolerancia en la corrupción consista en hechos positivos y no en simples omisiones, lo cual implica un no hacer, un no evitar la corrupción cuando ésta se conoce.

enfermedad para obtener el divorcio. Por otro lado, ¿a qué enfermedades se refiere esta causal? Hay tantas que se vuelven crónicas e incurables y que, además, pueden ser contagiosas o hereditarias, por ejemplo: la tendencia al cáncer es hereditaria y éste es incurable, lo mismo la arterioesclerosis. O la colitis crónica, sé que es absurdo pero, sólo llevando esta causal a ese extremo podemos evidenciar su incongruencia. Es claro que la intención, desde el patriarcalismo, es “castigar” al(la) cónyuge que contrajo las llamadas enfermedades venéreas en devaneos o aventuras extraconyugales y después se convierte en un peligro para la familia. Sin embargo, esta postura no denota sino una falta de congruencia y esconde una actitud excesivamente moralista y puritana. Aún hoy en día con el peligro del SIDA el compromiso de vida debe llevarse hasta sus últimas consecuencias. La asistencia entre los cónyuges es piedra de toque en el matrimonio. Por ello, el legislador no puede dar una excusa que atente contra este deber sólo para esconder la verdadera causa de la ruptura del vínculo: ¿cómo se contagió el(la) cónyuge enfermo(a) de ese mal crónico, incurable, contagioso o hereditario? En la respuesta está la causal, no en la enfermedad.

La segunda parte: la impotencia incurable para la cópula habla de una falta de imaginación y creatividad en quienes concibieron a la institución del matrimonio. ¡Como si la cópula fuera la razón del matrimonio! El macho que no satisface sexualmente a su mujer, pero que es potente puede estar tranquilo, a él no lo pueden acusar. El compromiso de vida es mucho más allá de la simple cópula y la sexualidad de la pareja depende, en gran medida, de la educación que ambos tuvieron al respecto. Ya ni siquiera es indispensable la cópula para procrear entonces ¿porqué no revisamos nuevamente esta causal y buscamos las respuestas adecuadas a la problemática de la pareja? Cabe aclarar que la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el amparo directo número 101/60 señaló que la impotencia es la imposibilidad física de llevar a cabo el acto sexual y no la esterilidad, aún así sorprende la falta de conocimientos sobre la sexualidad humana. Más aún cuando se sanciona la impotencia, es decir, la parte “masculina” del acto sexual y no se habla de la frigidez, parte “femenina” del mismo, ambas generan frustración dentro del matrimonio o puede no ser sino el efecto de un desajuste en la comunidad íntima de vida de los cónyuges, por lo tanto, considerarla como causa del divorcio no es la respuesta adecuada. Busquemos otra.

Padecer enajenación mental incurable previa declaración de interdicción que se haga del cónyuge demente. Esta causal es comprensible, pues una enfermedad de este tipo no es más que una carga conyugal y fami-

liar muy pesada. Sin embargo, no puede justificarse el que después del divorcio se desatienda al(la) cónyuge enfermo(a) como algunos pretenden. Éste es uno de los casos en que la obligación alimentaria debe subsistir aunque el cónyuge enfermo(a) pueda técnicamente ser el culpable.

Nuestros autores afirman que estas dos últimas causales pueden, si así lo desea el cónyuge sano, originar el divorcio no vincular o separación conyugal fundado en el artículo 277 C.C.⁶⁷

La separación de la casa conyugal por más de seis meses sin causa justificada. La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido que el abandono del domicilio conyugal no se refiere únicamente al abandono material del hogar, sino al abandono de su cónyuge, hijos(as) y demás obligaciones conyugales. Este criterio debe ser revisado pues creo que el simple abandono de hogar, aunque el(la) cónyuge que salió sin causa de él, siga velando por sus hijos(as) debe ser causal de divorcio, ya que viola el deber de cohabitación impuesto por el artículo 163 C.C., y por la naturaleza propia del matrimonio. Sin cohabitación, la comunidad íntima de vida no existe.

Ahora bien, si además de la separación de la casa conyugal, no ayuda a satisfacer las necesidades de sus hijos(as) y de su cónyuge, puede incurrir en el delito de abandono de persona, tipificado en el capítulo VII del título decimonoveno del Código Penal.

La separación del hogar conyugal originada por una causa bastante para pedir el divorcio, si se prolonga por más de un año sin que el cónyuge que se separó entable la demanda de divorcio. Coincido con Sara Montero⁶⁸ cuando ella afirmó que esta causal encierra una injusticia, pues resulta que si el(la) cónyuge que no pudo tolerar más la situación que privaba en su matrimonio y, en una actitud psicológicamente sana, sale del hogar conyugal y no demanda el divorcio (o justifica su salida), puede ser considerado cónyuge culpable. Sin embargo, al igual que la causal que antecede esta salida rompe la cohabitación, evidenciando la ruptura previa de la comunidad íntima entre los cónyuges. El año que se da, según Galindo Garfías, tiene el objetivo de dar lugar a una posible reconciliación.⁶⁹ En la práctica, y con la adición de la causal XVIII, ésta ha dejado de tener importancia, pues es más fácil esperar un año más a reconocerse culpable y afrontar un juicio que puede llevar más tiempo.

⁶⁷ *Idem*, pp. 227 a 230.

⁶⁸ *Ibidem*.

⁶⁹ Galindo Garfías, *op. cit.*, *supra* nota 21, p. 588.

En las dos últimas causales es importante precisar el concepto de domicilio conyugal y así lo hizo recientemente el legislador para el Distrito Federal, cuyo ejemplo han seguido algunas entidades federativas, al definirlo en el artículo 163 C.C., como “el lugar establecido de común acuerdo por los cónyuges, en el cual ambos disfrutaban de autoridad propia y consideraciones iguales”.

La declaración de ausencia legalmente hecha, o la presunción de muerte, en los casos de excepción en que se necesite para que se haga que proceda la declaración de ausencia. Para obtener el divorcio por esta causal es necesario que exista previamente un juicio en el que se haga la declaración de ausencia o la presunción de muerte. Esta causal está justificada por la incertidumbre que crea en los(as) hijos(as) y en el (la) cónyuge del(la) ausente o presunto(a) muerto(a), el desconocimiento de su paradero y al mismo tiempo es una sanción para este(a) último(a) por abandonar sus deberes conyugales. Sin embargo, es poco práctica, ya que existen tres causales que sancionan la violación del deber de cohabitación.

La sevicia, las amenazas o las injurias graves de un cónyuge para el otro. Con ello se comprenden los actos o palabras que, a criterio del juez, rompan el mutuo respeto y consideración que se deben los cónyuges, tomando en cuenta la educación y cultura de ambos. Esta causal comprende todas las conductas crueles, amenazantes o injuriosas que hagan sufrir, intimiden u ofendan al(la) cónyuge inocente. En ella, podemos encontrar resumidas todas las demás, pues denota claramente la muerte de la *affectio maritalis*. Es claro que en ella se otorga una libertad al juzgador, que no se encuentra en otras causales, para aplicar su criterio y decidir si tales conductas ameritan el divorcio. Desde mi punto de vista, la simple demanda de divorcio por esta causal, como por cualquier otra, habla de un conflicto profundo entre los cónyuges; sin embargo, la necesidad de encontrar un culpable dificulta la acción del juzgador. Sería más sencillo si esta búsqueda no existiera.

La negativa injustificada de los cónyuges a cumplir las obligaciones señaladas en el artículo 164, sin que sea necesario agotar previamente los procedimientos tendentes a su cumplimiento, así como el incumplimiento, sin justa causa, por alguno de los cónyuges, de la sentencia ejecutoriada en el caso del artículo 168. Esta negativa es violatoria de los deberes de asistencia y de aquellos que se tienen con respecto de los(as) hijos(as), ya sea de educación o alimentación.

La acusación calumniosa hecha por un cónyuge contra el otro, por delito que merezca pena mayor de dos años de prisión. Esta causal no

requiere según la Suprema Corte de Justicia de la Nación de una sentencia penal previa que demuestre que se ha cometido el delito de calumnia, ya que sólo el hecho de levantar una acusación calumniosa implica que ha dejado de existir la estima, la consideración, la lealtad y el afecto entre los cónyuges, situación que daña moral y socialmente al(la) cónyuge inocente y a los(as) hijos(as).

Haber cometido uno de los cónyuges un delito que no sea político, pero que sea infamante, por el cual tenga que sufrir una pena de prisión mayor de dos años. Podría afirmarse que la comisión de cualquier delito es infamante, sin embargo, sólo será causal de divorcio aquel que al criterio del juez, por su naturaleza o por las circunstancias en que fue cometido, represente un verdadero deshonor para el(la) cónyuge inocente y para los(as) hijos(as); siempre y cuando exista una sentencia condenatoria en la que se le imponga, al cónyuge culpable, más de dos años de prisión.

Los hábitos de juego o de embriaguez o el uso indebido y persistente de drogas enervantes cuando amenazan causar la ruina de la familia o constituyan un motivo de desavenencia conyugal. En esta fracción se pretende garantizar la seguridad de la vida del hogar y será el juez quien califique si en realidad esos hábitos hacen imposible o no la convivencia de los(as) cónyuges, aunque parece claro que la presencia de tales circunstancias en el matrimonio siempre causan serios conflictos en la comunidad de vida.

Cometer un cónyuge contra la persona o los bienes del otro, un acto que sería punible si se tratara de persona extraña, siempre que tal acto tenga señalada en la ley una pena que pase de un año de prisión. Existen delitos como el fraude, robo, etcétera, que no producen responsabilidad penal o que sólo pueden perseguirse a petición del agraviado, si son cometidos entre cónyuges. Sin embargo independientemente de que se desee querellarse, tales actos sí constituyen una justificación o causal de divorcio, porque habrá desaparecido la confianza mutua entre los cónyuges.

El artículo 268 C.C., contiene otra causal de divorcio necesario que se presenta cuando un cónyuge ha pedido la nulidad del matrimonio o el divorcio sin haber justificado su dicho o que la causa invocada no haya sido suficiente para decretar la ruptura del vínculo o cuando se hubiere desistido de su demanda sin la conformidad del demandado(a). En este caso el(la) cónyuge demandado(a) tiene a su vez derecho de pedir el divorcio pasados tres meses de la notificación de la última sentencia, y durante este tiempo los cónyuges no están obligados a vivir juntos.

El divorcio necesario se ventila en los juzgados familiares y en la vía ordinaria civil, sólo podrá ser demandado por el(la) cónyuge que no haya dado causa a él y dentro de los seis meses siguientes al día en que se haya tenido noticia de los hechos en que se funde la demanda (artículo 278 C.C.).

Se discute mucho si caduca o no la acción del inocente al llegar a este término. Sin embargo, no se puede encuadrar en un solo machote a todas las causales del artículo 267 C.C. Todo dependerá no sólo del día en que el(la) cónyuge inocente tuvo conocimiento de los hechos en que funde su demanda, sino también deberá considerarse si esos actos o hechos persisten al momento de entablarla, pues algunas causales son de tracto sucesivo.

Una vez admitida la demanda de divorcio el juez procederá a la separación de los cónyuges, y asegurará los alimentos que debe dar el (la) deudor(a) al(la) cónyuge acreedor(a) y a los(as) hijos(as), dictará todas las medidas necesarias para que los cónyuges no puedan causarse daño en sus bienes propios o en los de la comunidad. Si la mujer estuviera encinta dictará todas las medidas necesarias para asegurar los alimentos de la madre y del(la) hijo(a) cuando naciere, y aquéllas requeridas para evitar la suposición del parto y pondrá a los(as) hijos(as) bajo el cuidado de la persona que hubieren designado de común acuerdo los cónyuges o de la persona que designe el(la) actor(a) en el juicio (artículos 282 y 1639 C.C. y 680 del Código de Procedimientos Civiles).

La reconciliación o la renuncia de los derechos hecha por el(la) inocente obligando al otro(a) a reunirse con él(ella) ponen fin al litigio de divorcio, siempre que fueren hechos antes de pronunciada la sentencia y de que ésta haya causado ejecutoria; y los hechos que originaron esa demanda no podrán ser invocados en un nuevo juicio (artículos 280 y 281 C.C.). También pone fin al juicio de divorcio la muerte de uno de los cónyuges.

En la sentencia el juez deberá resolver la situación de los(as) hijos(as) y cuenta, para ello, con facultades necesarias. Así pues, deberá obtener los elementos de juicio suficientes para atender al mejor interés de hijos e hijas.

Cabe aclarar que, en todo caso, tanto el padre como la madre continuarán teniendo las mismas obligaciones para con sus hijos(as), aunque pierdan la patria potestad, y el juez, antes de resolver definitivamente sobre este asunto, tomará las medidas necesarias que considere benéficas para los(as) hijos(as) a petición de los abuelos(as), tíos(as),

hermanos(as) mayores, y podrá modificar su decisión si el caso lo amerita (artículos 283, 284 y 285 C.C.).

En los divorcios de este tipo, el juez sentenciará al(la) culpable al pago de alimentos a favor de(la) inocente, tomando en cuenta las circunstancias del caso; derecho que disfrutará este(a) último(a) mientras viva honestamente y no vuelva a contraer nupcias. Si el divorcio origina daños y perjuicios al(la) inocente, el(la) culpable responderá de ellos como autor(a) de un hecho ilícito.

Los bienes comunes se dividirán tomando las precauciones necesarias para asegurar las obligaciones que queden pendientes entre los cónyuges o en relación a los(as) hijos(as).

Una vez ejecutoriada la sentencia de divorcio, el juez remitirá copia de ella al juez del Registro Civil ante quien se celebró el matrimonio para que levante el acta correspondiente y para que publique durante quince días un extracto de la resolución.

Esta sentencia disuelve el vínculo matrimonial dejando a ambos divorciantes en la aptitud de evolver a contraer otro, pero el(la) cónyuge culpable tendrá que esperar dos años para poderlo hacer.

c) Divorcio voluntario

Si la institución del divorcio es criticada lo es mucho más esta modalidad, pues se alega que el matrimonio es la base de sustento de la familia y, por tanto, no puede aceptarse que su permanencia quede al arbitrio de los cónyuges. Ante tales argumentos retomo las reflexiones expuestas en el apartado inicial de este numeral añadiendo que la modalidad que ahora explico tiene la enorme ventaja de permitir que los divorciantes resuelvan sin litigio su conflicto afectivo. Es una verdadera alternativa en la búsqueda de soluciones reales, adultas y civilizadas, a la relación dañada; soluciones que atañen tanto a la pareja que se divorcia como a los hijos; soluciones en las que los propios afectados sean quienes aporten las bases de organización para la relación una vez roto el vínculo matrimonial pues, aunque jurídicamente este vínculo ya esté disuelto, cuando hay hijos(as), es imposible dar por concluido todo contacto entre los divorciados. Deberán intentar un acuerdo en beneficio de los(as) hijos(as). Este es el significado filosófico jurídico que debe darse al divorcio voluntario, aun cuando no sea una concreción real para todos los divorciantes.

En nuestro derecho existen dos tipos de procedimientos para obtener el divorcio por mutuo consentimiento: uno, administrativo que se tra-

mita ante el juez del Registro Civil, y otro judicial que se ventila en los juzgados familiares; en ambos casos el divorcio sólo podrá pedirse cuando haya pasado un año de la celebración del matrimonio, o de la reconciliación, si ya se hubiere solicitado una vez el divorcio por mutuo consentimiento.

Para obtener el divorcio por el procedimiento administrativo se requiere que los cónyuges sean mayores de edad, que no tengan hijos(as) y que liquiden, de común acuerdo, los bienes en comunidad, si fuera el caso. Encontrándose en este supuesto, los cónyuges que así lo deseen, podrán acudir ante el juez del Registro Civil de su domicilio, presentando los documentos necesarios para demostrar estos extremos y manifestarán su voluntad de divorciarse. El juez del Registro Civil deberá identificar plenamente a los cónyuges, levantar un acta en que se haga constar la solicitud de los mismos y los citará para que ratifiquen su dicho a los quince días. Una vez hecha esta ratificación, este funcionario los declarará divorciados, levantará el acta respectiva y hará la anotación del caso en el acta de matrimonio (artículo 272 C.C.).

Es un procedimiento sumamente, sencillo y rápido; no obstante, en mi opinión, no sólo debería concretarse a los matrimonios entre mayores de edad y sin hijos(as), sino ampliarse a aquellos que sólo tuvieren hijos mayores de edad y que ya no estuvieren bajo la tutela de sus padres.

Esta ampliación es plenamente congruente con los motivos que el redactor del C.C. expresó para justificar este procedimiento:

El divorcio en este caso sólo perjudica directamente a los cónyuges que obran con pleno conocimiento de lo que hacen, y no es necesario para decretarlo que se llenen las formalidades de un juicio. Es cierto que hay interés social en que los matrimonios no se divorcien fácilmente, pero también está interesada la sociedad en que los hogares no sean focos constantes de disgustos y en que, cuando no estén en juego los sagrados intereses de los hijos, no se dificulte, innecesariamente, la disolución del matrimonio, cuando los cónyuges manifiestan su decidida voluntad de no permanecer unidos.⁷⁰

El procedimiento judicial está regulado por el título decimoprimer del Código de Procedimientos Civiles y por el artículo 273 C.C., en que se estipula que los cónyuges que no cubran todos los requisitos enumerados para el procedimiento administrativo harán su solicitud

⁷⁰ García Téllez, Ignacio, *op. cit.*, *supra* nota 49.

de divorcio ante el juzgado familiar del domicilio conyugal, a la que adjuntarán el acta de matrimonio, las actas de nacimiento de los (as) hijos(as) menores y un convenio que contenga los siguientes puntos:

a) La designación de la persona bajo cuyo cuidado quedarán los (as) hijos (as) menores del matrimonio, tanto durante el procedimiento de divorcio como después de ejecutoriado el mismo;

b) La forma como deberán cubrirse las necesidades de los(as) hijos (as) menores, tanto durante el procedimiento como después de ejecutoriado el divorcio, la forma como deberán hacerse los pagos que se requieran y la garantía que deberá hacerse para asegurarlos. Esta garantía puede consistir, según el artículo 317 C.C., en hipoteca, prenda, fianza o depósito de una cantidad que sea suficiente para cubrir los alimentos, o cualquier otra;

c) El domicilio que servirá de casa habitación a cada uno de los cónyuges durante el procedimiento;

d) La cantidad que un cónyuge pagará al otro durante el procedimiento, después de ejecutoriado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 288 C.C., y

e) La forma de administrar los bienes de la sociedad conyugal durante el procedimiento y cómo habrá de liquidarse la misma después de ejecutoriado el divorcio. Para ello se acompañará un inventario y avalúo de los bienes muebles e inmuebles que hubiere en la sociedad.

Estos puntos no son excluyentes, ya que en el convenio podrán insertarse todas las cláusulas que los cónyuges consideren pertinentes.

Deseo aclarar que el 273 C.C., exige la garantía de la pensión alimenticia que se deben los cónyuges y no para aquella debida a los(as) hijos(as). Sin embargo, la práctica ha hecho que, en forma acertada, la garantía englobe ambas pensiones.

Una vez presentada la solicitud, el juez citará a los divorciantes a una junta de avenencia en la que después de haberlos identificado plenamente aprobará provisionalmente el convenio que se presentó, siempre oyendo la opinión del Ministerio Público y dictará las medidas que considere necesarias para asegurar los alimentos y la situación de los hijos menores; los exhortará para que recapaciten y se reconcilien. Si ello no es posible y si los divorciantes continúan en su intención de divorciarse, los citará a una segunda junta después de ocho días de la primera y antes de quince, en donde los volverá a exhortar. Si los divorciantes tampoco consienten en la reconciliación y quedan bien garantizados los alimentos y bienes de los(as) hijos(as) menores, así como los alimentos que se deben entre sí los divorciantes, si fuere el

caso, el juez los citará para sentencia en la cual quedará disuelto el vínculo matrimonial, y se decidirá, en definitiva sobre el convenio presentado.

En caso de que no apruebe el convenio porque éste viole los derechos de los(as) hijos(as) y no queden bien garantizados, podrá hacer las modificaciones que considere pertinentes, que serán notificadas a los divorciantes por el juez para que dentro de los tres días siguientes manifiesten si aceptan o no esas modificaciones. En caso de no aceptarlas será el juez quien, en la sentencia, cuidará que los derechos de los(as) hijos(as) queden bien garantizados. Hay que hacer hincapié, en que, a pesar de lo dicho por el artículo 680 del Código de Procedimientos Civiles en su primera parte, mientras el convenio no sea aprobado en la práctica no se decretará la disolución del vínculo matrimonial.

d) El divorcio de hecho

Así se ha dado por llamar a la causal establecida en la fracción XVIII del artículo 267 C.C. que fue adicionado el 27 de diciembre de 1983. Fue una acción inusitada y novedosa del legislador mexicano, pero totalmente acertada. Tal fracción reza: “La separación de los cónyuges por más de dos años, independientemente del motivo que haya originado la separación, la cual podrá ser invocada por cualesquiera de ellos”.

Es una figura que apunta a la realidad concreta de la pareja ligada por matrimonio que sólo existe jurídicamente, pues se ha roto la convivencia, la comunidad íntima de vida entre ellos. Éste es el único extremo que se tiene que demostrar y para ello existe la presunción legal de que ello sucede cuando la separación dura más de dos años sin que sea importante buscar la razón de tal separación y, por tanto, no existe cónyuge culpable. ¡Gran avance en la búsqueda de relaciones sanas!

Es claro que tiene un sinnúmero de detractores y enemigos entre los “defensores” de la familia. Sin embargo, la realidad se ha impuesto. Desde su aparición ha sido la causal más invocada simplificando el conflicto que ya existe en la pareja. Ciertamente los “defensores” encuentran en este hecho la justificación a sus ataques, pues alegan que ha venido a desarticular a las familias. La respuesta sigue siendo la misma: el divorcio no desarticula, ni rompe, ni desune, sólo ofrece una solución, una base de organización, cuando la relación afectiva entre los cónyuges ha dejado de existir, dando paso a la frustración y a los conflictos graves.