



UNIVERSIDAD DE QUINTANA ROO

**División de Ciencias Sociales
y Económico Administrativas.**

**LA FRACCION XXI DEL ARTÍCULO 799 DEL
CÓDIGO CIVIL DEL ESTADO DE
QUINTANA ROO.**

ANÁLISIS DE DOCTRINA.

TRABAJO MONOGRÁFICO
Para obtener el Grado de
Licenciado en Derecho

PRESENTA
**PALOMA LETICIA DEL SOCORRO
HERRERA PÉREZ**

SUPERVISORES
LICENCIADA ELIA DOMINGO BARBERÁ
LICENCIADO GONZALO ARNECÍ HERRERA MANZANILLA
LICENCIADO FABIÁN GASPAS HERRERA MANZANILLA

Chetumal, Quintana Roo 2004.

Ø43932



UNIVERSIDAD DE QUINTANA ROO

Trabajo Monográfico elaborado bajo la supervisión del comité de asesoría y aprobado como requisito parcial, para obtener el grado de:

LICENCIADO EN DERECHO

COMITÉ:

SUPERVISOR: _____

LIC. ELIA DOMINGO BERBERÁ

SUPERVISOR: _____

LIC. GONZALO ARNECÍ HERRERA MANZANILLA

SUPERVISOR: _____

LIC. FABIÁN GASPAS HERRERA MANZANILLA

Chetumal, Quintana Roo, Julio de 2004.

AGRADECIMIENTOS

Estímulos siempre presentes y siempre muy queridos, con todo respeto y agradecimiento, a mis padres, por los esfuerzos y sacrificios realizados, para impulsarme a lograr este objetivo, fruto de cinco años de estudio de licenciatura.

A mis tíos, Gonzalo y Fabián, a la Licenciada Elia Domingo Barberá, por su valioso tiempo, apoyo y dedicación a la elaboración de este trabajo.

Muchas Gracias

A Dios, por iluminarme y ayudarme a alcanzar mis objetivos.

No habiendo forma de agradecerle.

**LA FRACCIÓN XXI DEL ARTÍCULO 799 DEL CÓDIGO CIVIL
DEL ESTADO DE QUINTANA ROO
ANÁLISIS DE DOCTRINA.**

ÍNDICE GENERAL

	PÁGINA
INTRODUCCIÓN.....	1

CAPÍTULO 1

NOCIONES GENERALES DEL DERECHO DE FAMILIA

1.1. LA FAMILIA.....	9
1.1.1. CONCEPTO BIOLÓGICO.....	10
1.1.2. CONCEPTO SOCIOLÓGICO.....	10
1.1.3. CONCEPTO JURÍDICO.....	11
1.2. EL DERECHO DE FAMILIA.....	12
1.2.1. DEFINICIÓN.....	16
1.2.2.FUENTES.....	16

1.2.3.UBICACIÓN EN EL CAMPO DE LAS DISCIPLINAS JURÍDICAS.....	18
---	----

1.2.4. AUTONOMÍA.....	20
-----------------------	----

CAPÍTULO 2 EL MATRIMONIO

2.1. EVOLUCIÓN HISTÓRICA.....	22
-------------------------------	----

2.2. CONCEPTO.....	25
--------------------	----

2.3. NATURALEZA JURÍDICA.....	25
-------------------------------	----

2.4. ETAPAS.....	27
------------------	----

2.5. REQUISITOS DE FONDO.....	28
-------------------------------	----

2.6. REQUISITOS DE FORMA.....	35
-------------------------------	----

CAPÍTULO 3
EL DIVORCIO COMO CAUSA DE DISOLUCIÓN
MATRIMONIAL

3.1. ANTECEDENTES.....	42
3.2. CONCEPTO.....	44
3.3. CLASIFICACIONES.....	45
3.4. DIVORCIO CAUSAL O NECESARIO.....	48
3.4.1. LAS CAUSALES DE DIVORCIO.....	50
3.4.2. LAS PRINCIPALES Y MÁS FRECUENTES CAUSALES DE DIVORCIO.....	53
3.5. CARACTERÍSTICAS DE LA ACCIÓN DE DIVORCIO.....	57
3.6. LA EXTINCIÓN DE LA ACCIÓN DE DIVORCIO.....	58

3.7. EFECTOS PROVISIONALES Y DEFINITIVOS DEL DIVORCIO.....	59
--	----

CAPÍTULO 4

EL DIVORCIO VOLUNTARIO O POR MUTUO

CONSENTIMIENTO

4.1. ANTECEDENTES.....	63
4.2. CONCEPTO.....	65
4.3. VÍAS DE EJECUCIÓN Y SUS REQUISITOS.....	66
4.4. PROCEDIMIENTO POR LA VÍA ADMINISTRATIVA.....	66
4.5. PROCEDIMIENTO POR LA VÍA JUDICIAL.....	68
4.6. CONVENIO Y SUS REQUISITOS.....	73

CAPÍTULO 5

ANÁLISIS DE DOCTRINA, RESPECTO A LA PROCEDENCIA O NO DEL DIVORCIO POR MUTUO CONSENTIMIENTO

5.1. DOCTRINA QUE ACEPTA EL DIVORCIO POR MUTUO CONSENTIMIENTO.....	79
5.2. DOCTRINA QUE NO ACEPTA EL DIVORCIO POR MUTUO CONSENTIMIENTO.....	81
CONCLUSIONES.....	87
BIBLIOGRAFÍA.....	90

INTRODUCCIÓN

La familia, tradicionalmente en todas las culturas, ha llevado en sí algo divino y, por lo mismo, algo de religioso. Fundándose la familia con la intervención directa del mismo Dios, que quiso plasmar con sus manos omnipotentes la primera pareja humana y que la familia cristiana se fundara sobre un sacramento, el matrimonio. La familia sigue siendo la unidad básica de toda sociedad, y ésta siempre se ha basado en el matrimonio, que es una institución jurídica; la primera y más importante de las instituciones jurídicas. Para dar un concepto claro de matrimonio se debe atender a la definición clásica de él, que a nuestro entender es la más completa que ha llegado a elaborarse: el matrimonio es la unión de un solo hombre y de una mujer para perpetuar su especie y ayudarse mutuamente a sobrellevar el peso de la vida.

Su antigüedad y su importancia en la historia de la Humanidad, la colocan en la cumbre de las instituciones culturales. El matrimonio ha alcanzado esta preeminencia, no sólo en algunos pueblos o razas desarrollados en condiciones especialmente favorables a su evolución, sino en la Humanidad entera.

Varios males aquejan actualmente al matrimonio, incomprensión entre las generaciones, aumento del número de divorcios, individualismo, infidelidad conyugal, uniones irregulares, etcétera. (Habría que buscar las causas y explicaciones, falta de preparación a la vida familiar, pérdidas de

sentido de responsabilidad y del sentido moral, efecto a su vez de una educación insuficiente).

Ahora bien, ante estos males, una de las soluciones, en ocasiones la más frecuente por la que las parejas optan, resulta ser el divorcio, convirtiéndose éste en un remedio no deseable pero necesario. Cabe por tanto preguntarse: ¿Qué es el divorcio?

El divorcio, es la ruptura de un matrimonio válido, en vida de los esposos decretada por autoridad competente y fundada en alguna de las causas expresamente establecidas por la Ley. "*Divortium*", deriva de "*divertere*", irse cada uno por su lado. Esta ruptura sólo puede existir por autoridad de la justicia y por las causas determinadas por la ley. La palabra divorcio, en el lenguaje corriente contiene la idea de separación; en el sentido jurídico significa extinción de la vida conyugal, declarada por autoridad competente, en un procedimiento señalado al efecto y por una causa determinada de modo expreso.

Como consecuencia, el divorcio, tal como se concibe en la actualidad, viene a concluir con el vínculo matrimonial. Atendiendo a opiniones de jueces y abogados¹, dos personas que se han hecho mutuamente desdichadas van a seguir tratando de hacer también infelices a otras, en una cadena que no termina nunca, porque el divorcio no tiene

¹ Opinión recogida de sondeo realizado a través de entrevistas a Jueces y abogados del Estado de Quintana Roo.

limitación alguna. A decir de los expertos, por citar alguno, Antonio de Ibarrola, vivir en un hogar truncado marca a los hijos, quiérase o no, para toda la vida. Más grave es el caso en que los niños se ven mezclados directamente en la separación de sus padres, incitados a tomar partido, utilizados como medio de presión o, sencillamente educados en un clima de disputas y los padres en conflicto tratan de granjearse a sus hijos, por medio de regalos. Tratan de comprar su afecto desde que ellos tienen bien temprana edad. Por tanto, y como se ha comentado, se convierte en un mal necesario, que afecta a la base de la sociedad.

Para proteger la institución de la familia, el derecho se ha encargado de conceptuar y objetivizar las causas por las que debe darse el divorcio, siendo una autoridad competente señalada en la legislación el que lo debe de determinar.²

Así encontramos en el Código Civil Federal, que existen diversas causales de divorcio, por mencionar, el adulterio, la violencia, los actos inmorales, padecer cualquier enfermedad incurable, la impotencia incurable, padecer enajenación mental, la separación de la casa conyugal, la declaración de ausencia, la sevicia, la difamación, la negativa de dar alimentos, la acusación calumniosa, haber cometido uno de los cónyuges

² Hay que recordar que por la función misma de la institución matrimonial, al celebrar el matrimonio, la voluntad de los contrayentes sea otra, distinta a la de mantener la subsistencia del vínculo conyugal durante toda su vida, mediante el firme propósito de superar las contingencias que por azares de la vida, amenazan el mantenimiento de es vínculo.

algún delito que sea infamante, los hábitos de juego o de embriaguez, la incompatibilidad de caracteres, la bigamia y el mutuo consentimiento.

Sin embargo, de todas las causales el índice de divorcios por mutuo consentimiento, fue la causal más recurrida, debido a que de los casi 48,000 divorcios judiciales, 31,365 fueron por mutuo consentimiento, lo que viene a resultar que del total mencionado 7 de cada 10 fueron solicitados por ambos cónyuges.³

Esta situación, respecto de los divorcios por mutuo consentimiento, se agrava, cuando encontramos que en algunas legislaciones locales, el procedimiento a seguir por esta causal, es menos costoso y más rápido que en las otras causales. Así encontramos, en el Código Civil de Quintana Roo, en el artículo 799 fracción XXI, la causal de divorcio por mutuo consentimiento, cuyo procedimiento está normado en el título decimoquinto del Código de Procedimientos Civiles también en vigor en el Estado, como un procedimiento especial, procedimiento que deviene de los artículos 803 al 807 del anteriormente invocado Código Civil. Como puede apreciarse en dicho código adjetivo, para que los consortes puedan divorciarse, basta únicamente el hecho de que convenga en hacerlo así y presentar un convenio, haciendo una solicitud al Juez de lo Familiar de Primera Instancia, quien deberá avenir a los pretensos divorciantes con la

³ Instituto Nacional de Estadística Geografía e Informática, *Mujeres y Hombres en México*, Octava Edición, Editorial INEGI, México, 2001. En esta obra de consulta, se puede advertir como creció el número de divorcios en forma desproporcionada tomando como referencia la información mencionada.

presencia del Ministerio Público del Fuero Común de la adscripción en una junta y si no logra la reconciliación de éstos, en la misma aprobando provisionalmente y oyendo al Representante Social, los citará a una segunda junta de avenencia que se efectuará después de los ocho y antes de los quince días de solicitada; para que luego de escuchar los pareceres dicte sentencia en la cual quede disuelto el vínculo matrimonial y decida sobre el convenio presentado.

Como puede advertirse el trámite es muy sencillo y mediante el mismo queda disuelto el vínculo matrimonial, y esta determinación trae consecuencias para la familia, afectando por tanto a la célula básica de la sociedad.

El problema señalado respecto al índice de divorcios por mutuo consentimiento, tiene importancia en lo que respecta a las conciencias de los cónyuges. Por ello, cabe reflexionar sobre las siguientes cuestiones: ¿Es el divorcio problema de Derecho Civil, y por tanto entra en el ámbito del derecho contractual, o es un problema de Filosofía del Derecho, por concernir a la célula social?

Para varios tratadistas se considera con toda razón que la materia del divorcio es más bien propia de la Filosofía del Derecho que del Derecho Civil, dada su importancia social; para los católicos, el verdadero matrimonio, el canónico, es indisoluble, y por tanto, nada puede discutirse.

Contrariamente algunos autores como Cimbali,⁴ opinan que la institución del divorcio, mientras se concilie y sea consecuencia legítima de la índole contractual del matrimonio no contradice para nada al oficio de función e institución social que éste representa; libre unión contractual en cuanto a su origen, el matrimonio no debe subsistir a toda costa por obligación forzosa de la Ley cuando faltan los motivos que determinaron semejante unión, la voluntad de los esposos. El divorcio tiene lugar, en su caso, cuando el delito, la infidelidad, vicios profundos e incurables, vienen a romper la solidaridad del vínculo conyugal, abriendo un abismo entre los casados que hace absolutamente la vida marital e irreconciliable los ánimos.

Existen autores que son partidarios del divorcio, que después de un análisis de tan diversas posturas admiten al divorcio por mutuo consentimiento. Doctrinan así los que, respecto a la naturaleza del matrimonio creen que es un mero contrato, dando pie a admitir el divorcio por mutuo consentimiento de los esposos.

Sin embargo, la teoría del mutuo consentimiento es refutada aún por aquellos que son partidarios del divorcio como institución preferente a la separación personal. Si hay todavía partidarios del divorcio por el mutuo consentimiento es porque no ven en el matrimonio más que un contrato, llegando inclusive algún autor a justificar o creer preciso ocultar al público

⁴ Ibarrola de, Antonio, *Derecho de Familia*, Cuarta Edición, Editorial Porrúa. México, 2003. Que cita en su página 307 a Cimbali.

ciertos motivos que no podían revelarse sin faltar al pudor, siendo en este caso, la expresión pública o el testimonio exterior de causas que los esposos no creen conveniente divulgar.

De igual manera se encuentran quienes no son partidarios del divorcio por mutuo consentimiento, que consideran que el matrimonio es una institución social, es una institución moral y por tanto, es más que un mero contrato y por lo mismo está por encima de la Ley y del Derecho, pues como dice Sánchez Román, la concepción del matrimonio es más elevada y más compleja que la del contrato, por que, en efecto, los contrayentes no pueden alterar nada de ese contrato a su arbitrio, y no es producto del derecho, porque tiene funciones sociales y morales propias y fines esenciales, que los casados tienen necesariamente que cumplir; y estando esto defendido con poderosas razones, es claro que por esta doctrina, queda por completo desechada la opinión relativa al divorcio por mutuo disenso.

Ni debe admitirse el divorcio por el "*mutuo disenso*", ni tampoco el divorcio absoluto que rompe el vínculo conyugal al fomentar la inmoralidad de las costumbres. Se ha dicho a favor del divorcio que es una sanción para el culpable o es un remedio para terminar con la situación insostenible de un matrimonio que no puede continuar existiendo. Para los que son partidarios del divorcio-sanción, las causas del divorcio son puramente subjetivas; para los que lo consideran como un remedio,

admiten causas objetivas independientes de la culpabilidad de los cónyuges (locura, enfermedades, etcétera).

Las discusiones abordadas por la doctrina en base a esta causal son de relevancia absoluta para la cuestión del derecho de familia, puesto que dependiendo de si se admitiese o no el divorcio por mutuo consentimiento, se estaría aceptando al matrimonio como un mero contrato, quedando este influenciado por el derecho de obligaciones y contratos, o bien considerar al matrimonio más allá de un mero contrato, siendo éste el fundamento de la familia como base social.

En base a todo esto, el presente trabajo abordará, tras hacer una explicación sobre el derecho de familia y una de sus causas de disolución, que es el divorcio, adentrarse en una de sus causales: *el divorcio por mutuo consentimiento*. Se hará con respecto a ésta causal, una descripción de las opiniones realizadas por la doctrina, y los efectos que la aceptación o no de la causal del mutuo consentimiento, producen en la comprensión global del derecho de familia, entendiendo a la familia como célula básica de toda sociedad.

CAPÍTULO 1

NOCIONES GENERALES DEL DERECHO DE FAMILIA

1.1. LA FAMILIA

A lo largo de la historia del hombre, los grupos familiares han existido en todas las culturas, y dieron origen a diversos tipos de familias que reflejan una gran variedad de contextos económicos, sociales, políticos y jurídicos.

Así, la familia se constituye en una institución que ha sido definida de muy distintas maneras: se le ha considerado como la célula primaria de la sociedad, como el núcleo inicial de toda organización social, como el medio en que el individuo logra su desarrollo, tanto físico y psíquico como social. También se ha señalado como la unidad económica que constituye la base de la seguridad material del individuo, a través de sus diversas etapas de desarrollo, primero en el seno de la familia dentro de la cual nace y posteriormente en el de la familia que hace. *“La familia es un núcleo de personas, que como grupo social, ha surgido de la naturaleza y deriva primordianmente del hecho biológico de la procreación”*⁵

De esta manera, el término familia tiene diversas acepciones, ya que su significado dependerá del ángulo en el cual se coloque el estudioso

⁵ Galindo, Garfias Ignacio, *Derecho Civil*, Vigésima Edición, Editorial Porrúa, México, 2000, página 447.

para reflexionar científicamente sobre ella como la institución y así conocerla. En este sentido, el concepto de familia no será el mismo si ésta es enfocada desde el punto de vista de su origen, si se analiza a partir de su evolución histórico social, o bien en razón de sus efectos, entendidos éstos como derechos y obligaciones que vinculan a sus miembros.

1.1.1. CONCEPTO BIOLÓGICO

Desde este enfoque biológico de la familia, deberá entenderse como el grupo constituido por la primitiva pareja y sus descendientes, sin limitación.

*"La familia como hecho biológico involucra a todos aquellos que, por el hecho de descender unos de los otros, o de un progenitor común, generan entre sí lazos de sangre."*⁶

1.1.2. CONCEPTO SOCIOLÓGICO

Este segundo enfoque nos enfrenta a un concepto tan cambiante en el tiempo y en el espacio, pues los conglomerados familiares se han organizado de diferentes maneras a través de las diversas épocas y en los distintos lugares.

En algunos casos, como el de las sociedades llamadas industriales, su organización ha correspondido a la estructura de la denominada

⁶ Baqueiro Rojas, Edgar, Buenrostro Báez, Rosalía, *Derecho de Familia y Sucesiones*, segunda edición, editorial Oxford, México, 1990, página 7.

"familia nuclear", que se encuentra compuesta exclusivamente por la pareja y sus descendientes inmediatos. Éstos, al unirse con los miembros de otras familias, forman una nueva y, aunque vivan separadas, se encuentran unidas, de una forma típica, en redes alargadas de familiares por diversas partes. En otros casos, como sigue ocurriendo en las comunidades agrícolas y pastoriles tradicionales, los familiares se agrupan en diversas parejas y sus descendientes pertenecen siempre a la familia originaria, familia del fundador, o del "*pater*".

En estas circunstancias, es posible que tres o más generaciones, y personas adicionales vivan juntas como una unidad familiar, originando así, la denominada "familia en sentido extenso". Los integrantes de este tipo de familia no siempre estuvieron unidos por vínculos de sangre y matrimonio, como fue el caso de los siervos y clientes que vivieron bajo el mismo techo, por ejemplo la familia romana.

1.1.3. CONCEPTO JURÍDICO

Este último enfoque, nos sitúa ante un concepto que no siempre ha reflejado al, modelo biológico ni al modelo sociológico; es decir, el concepto jurídico, pues este modelo atiende a las relaciones derivadas del matrimonio y la procreación conocidas como parentesco, y a las que la ley reconoce ciertos, efectos esto es, que crean derechos y deberes entre sus miembros.

Así, desde la perspectiva jurídica, la simple pareja constituye una familia, porque entre ambos miembros se establecen derechos y deberes recíprocos; también constituyen partes de la familia sus descendientes, aunque lleguen a faltar los progenitores. Sin embargo, no todos los descendientes forman parte de la misma familia en sentido jurídico, ya que los efectos de las relaciones de parentesco sólo son reconocidas por la ley hasta determinado grado o distancia.

Así pues, el concepto jurídico de familia responde al grupo formado por la pareja, sus ascendientes y descendientes, así como por otras personas unidas por vínculos de sangre o matrimonio, a los que el ordenamiento positivo impone deberes y otorga derechos jurídicos.

Atendiendo exclusivamente a los derechos y deberes que crea y reconoce la ley, la unión de la pareja y la descendencia extramatrimonial no siempre son familia desde el punto de vista jurídico, para que lo sean se requiere de la permanencia de la relación (concubinato) y del reconocimiento de los hijos.

1.2. EL DERECHO DE FAMILIA

El origen de la familia es sin disputa, anterior al derecho y al hombre mismo. Los sociólogos han encontrado que entre los antropoides se produce una unión más o menos duradera entre el macho y la hembra, a partir de la unión sexual. En efecto, entre los primates (gorilas y

chimpancés) se observa aparte de esta unión mas o menos permanente, una sujeción de la hembra hacia al macho, que es lo que permite la estabilidad y la unión y que tiene por objeto, la ayuda en la lucha frente a otros individuos y la protección de la "prole". Esta unión entre un solo macho y una sola hembra, permanece y se manifiesta aún cuando las parejas y su "prole" vivan y se desarrollen en comunidad. Se observa que entre los primates, existe una unión más o menos duradera entre el macho y la hembra; una razón de seguridad de protección y ayuda recíproca, dá lugar a esta unión, y la fortalece, a parte la necesaria protección de la "prole" en las primeras épocas de su desarrollo. Se observa así mismo que este grupo primitivo, se funda exclusivamente en el hecho biológico de la generación y por lo tanto, sólo comprende al macho, a la hembra y a su "prole" unidos por un determinado tiempo. Es en el grupo humano, merced a la intervención de elementos culturales de diversa índole, en donde adquiere solidez y permanencia la vinculación familiar.

No difiere grandemente este grupo familiar antroipoide del rudimentario núcleo familiar entre los pueblos salvajes o primitivos *"la forma más común de la familia entre los salvajes, es con mucho semejante a la nuestra: una organización construida alrededor del grupo formado por el esposo, la mujer y la "prole"*.⁷

⁷ Ogburn y Ninmkoff, *Sociología*, versión castellana, Madrid, 1955, página 621.

"En Roma, la familia se organizó bajo un régimen patriarcal monogámico, en el centro de la cual se colocaba la autoridad del marido, fundada en el culto a los muertos. El "pater familias", era a la vez, sacerdote del culto doméstico y magistrado para resolver los conflictos entre los miembros de la familia. El jefe de la familia era el único dueño del patrimonio familiar. En virtud de la "manus", ejercía potestad absoluta sobre su mujer, los hijos y los hijos adoptivos y aun sobre los servidores domésticos.

La familia romana constituía así una unidad religiosa, política y económica que se fundaba en el parentesco civil".⁸

"La familia moderna se caracteriza por ser una institución fundamental fundada en una relación sexual, suficientemente precisa y duradera, que permite la procreación y garantiza la educación y protección de los hijos. Ha de consistir en una relación sexual continuada; normalmente se funda en el matrimonio y excepcionalmente en una institución equivalente (concubinato)".⁹ Esto da lugar a un conjunto de deberes y derechos entre los cónyuges y entre los padres y los hijos.

Atribuye a los miembros de la familia el derecho de usar el nombre patronímico que corresponde a cada grupo familiar; de esta relación deriva una cierta estructura económica que regula los bienes de los consortes y

⁸ Ver a Floris Margadant S, Guillermo, "El Derecho Romano Privado". Decimanovena Edición, Editorial Esfinge, S.A. de C.V. México, 1993.

⁹ Galindo Garfias, Ignacio, Ibídem, página 447.

que permite la manutención y educación de los hijos. Esta unión permanente entre cónyuges, se ubica en un hogar conyugal.

Es cierto, la familia moderna ha perdido la extensión y la estabilidad que tuvo en el derecho romano, hay que reconocer que desde el punto de vista económico, ha dejado de ser un grupo de bienes inmediatamente útiles en la economía de una nación, sigue siendo todavía en nuestro país, el núcleo principal de formación del hombre, por lo menos en su constitución moral.

Algunas causas que han originado la disgregación del grupo familiar son:

1. La dispersión de los miembros de una familia por necesidades de trabajo o por razones de conveniencia personal.
2. La inseguridad económica que sufren los individuos de escasos recursos por la gran producción industrial.
3. Falta de viviendas suficientes..
4. La insuficiencia de los recursos que puede obtener el jefe de familia en las clases obrera y media para el sustento del grupo familiar, obliga a la esposa y los hijos e hijas mayores de edad temprana, a buscar el auxilio económico para el sustento del grupo familiar.

Ante este problema de descomposición del grupo familiar, el Estado no ha permanecido indiferente y puesto que es de interés social que se

cumplan las funciones básicas de educación y formación de hombres dentro de la familia, ha acudido a través de disposiciones de diversa índole, particularmente en lo que toca al régimen de seguridad social y asistencia, a suplir estas funciones.

1.2.1. DEFINICIÓN

El derecho de familia, forma parte del derecho civil, el cual reglamenta las relaciones entre los miembros del aglomerado familiar. De esta manera, se define al derecho de familia como la *“regulación jurídica de los hechos biosociales derivados de la unión de los sexos a través del matrimonio y el concubinato y la procreación de los hijos por la institución de la filiación”*.¹⁰

1.2.2. FUENTES

Las fuentes reales del derecho de familia están constituidas por el hecho biológico de la generación y la conservación de la especie y el hecho social, de la protección de la persona humana en el caso de menores e interdictos.

De estas fuentes nacen las instituciones básicas del derecho de familia: el parentesco, la filiación, el matrimonio y el concubinato. *“Los hechos biosociales regulados por el derecho son exclusivamente aquellos que se derivan de las instituciones, matrimonio, concubinato y filiación, de*

¹⁰ Baqueiro Rojas, Edgar, Buenrostro Báez, Rosalía, *Ibidem*.

aquí que se afirme que ellas constituyen fuentes, tanto de la familia como del derecho de familia."¹¹

Sin embargo, el contenido de este último no se agota en la regulación de esas tres instituciones, ya que la ausencia de descendientes de la pareja origina, otra figura jurídica, por medio de la cual se ha pretendido suplir el hecho biológico de la procreación al imitar a la filiación; la adopción se constituye así en otra de las fuentes de las relaciones familiares.

Además de estas cuatro instituciones, que son, el matrimonio, concubinato, la filiación y la adopción, el derecho de familia regula otras como el patrimonio familiar, la sucesión y la tutela. Esta última puede darse también fuera del ámbito familiar. En general, se pueden señalar tres grandes conjuntos de fuentes:

1. Las que implican a la unión de los sexos, como el matrimonio y el concubinato.
2. Las que implican a la procreación, como la filiación, matrimonial, extramatrimonial y la adopción.
3. Las que implican a las instituciones familiares en términos de asistencia como la tutela y el patrimonio familiar.

¹¹ Pallares, Eduardo, "Diccionario de Derecho Procesal Civil" Décima Edición, Editorial Porrúa, México, 1977. Página 260.

"Las fuentes formales están constituidas por el conjunto de normas de derecho que establecen, modifican o extinguen las relaciones jurídicas derivadas del parentesco consanguíneo, por afinidad y civil, la filiación natural y adoptiva, el matrimonio, y el concubinato"¹².

1.2.3. UBICACIÓN EN EL CAMPO DE LAS DISCIPLINAS JURÍDICAS

Tradicionalmente, la regulación de las relaciones familiares se ha ubicado dentro del derecho civil, en la parte correspondiente a las personas, y el concepto de familia sobreentendido en tal regulación no tuvo una connotación precisa y reconocida por los ordenamientos jurídicos. No es sino hasta principios de este siglo cuando se inicia una corriente doctrinal cuyo exponente más significativo es el italiano Antonio Cicu, seguido en Francia por los hermanos Mazeud. Esta corriente destaca al concepto de familia como concepto social, en contrapartida del concepto individualista que había venido imperando en la legislación. Este cambio de enfoque se tradujo en la popularización del concepto de derecho familiar o de la familia.

Dicha popularización se ha reflejado en la creación de tratados e intentos legislativos y didácticos, encaminados a separar del Código Civil la regularización de las relaciones familiares, con miras a crear una rama

¹² Ver a Galindo Garfias, Ignacio, *Ibidem*, página 493.

autónoma del derecho. Con ello se procura no sólo independizar al derecho de familia del derecho civil sino, incluso, sacarlo del ámbito del derecho privado, ámbito al que tradicionalmente ha pertenecido.

Para fundamentar la separación se aducen argumentos que hacen suponer que el derecho de familia como disciplina reúne caracteres que lo asemejan con el derecho público. Y es por esto:

1. Que es notoria la intervención del poder público en las relaciones familiares, las que no pueden crearse ni resolverse sin la intervención del agente estatal, ya sea administrativo juez del registro civil o judicial, juez familiar.
2. Que el concepto de función, propio del derecho público, es característico de las relaciones familiares, donde los derechos son recíprocos y dados para el cumplimiento de los deberes correspondientes. Por ejemplo el deber de dar alimentos es recíproco, ya que es deber y es derecho, y las facultades del padre de familia son otorgadas por el Estado para que cumpla con sus deberes como tal.
3. Que los derechos y deberes otorgados y establecidos mediante una norma de esta naturaleza para regular las relaciones familiares, son irrenunciables e imprescriptibles. Ello indica que la sola voluntad de los sujetos no puede alterarlas o suprimirlas y, además, que muchas de las facultades no se pierden merced al simple transcurso del tiempo.

"Por otra parte, y en virtud de que las relaciones familiares se dan siempre entre particulares y no con los órganos estatales, se ha ubicado al derecho de familia dentro del derecho privado; pero, además, también se ha pretendido situarlo fuera de los ámbitos del derecho público y del derecho privado. De este modo, se le ha ubicado dentro de un tercer grupo intermedio que se ha dado en llamar Derecho Social".¹³

1.2.4. AUTONOMÍA

El autor Antonio de Ibarrola¹⁴, señala que para que el derecho pueda adquirir independencia, se requiere:

1. Independencia doctrinal, en cuanto se impartan cursos y existan tratados específicos sobre la materia.
2. Independencia legislativa, en tanto existan ordenamientos especiales para regularla (leyes, códigos).
3. Independencia judicial, en lo que se refiere a la creación de tribunales propios, procedimiento especial y jueces dedicados exclusivamente a ella.

En México existen tribunales y jueces específicos para atender a los asuntos familiares, pero su doctrina y regulación, la enseñanza de éstas y la legislación correspondiente aún forman parte del derecho civil.

¹³ Ver a Baqueiro Rojas, Edgar, Buenrostro Báez, Rosalía, *Ibidem*, página 12.

¹⁴ Ibarrola, Antonio De, *Ibidem*, página 155.

El derecho de familia no obtiene todavía su total independencia, se ha logrado la independencia judicial, no así en lo doctrinario y legislativo, ya que no existe un código de la familia y los textos y cursos siguen siendo parte de los de Derecho Civil.

CAPÍTULO 2

EL MATRIMONIO

2.1. EVOLUCIÓN HISTÓRICA

En épocas muy remotas, se conoció el matrimonio por grupos, en que los hombres de un clan o de una tribu tomaban como esposas a las mujeres de otras tribus (exogamia). Más tarde aparece el matrimonio por raptó y por compra, en organizaciones tribales más evolucionadas. El matrimonio presenta como fundamental característica la de ser la principal de las instituciones sociales, en orden a que constituye la base más sólida de la familia y, por consecuencia, de la sociedad misma. Esta institución es de antigüedad milenaria; así, las primeras referencias legislativas que de él tenemos las encontramos en las leyes de Manú, codificación más antigua que ha llegado al conocimiento humano. *“La importancia de la unión intersexual de la pareja y la consecuente procreación de los hijos, que da origen a la organización familiar, base y fundamento de la sociedad; ha motivado que se le preste especial atención, tanto desde el punto de vista religioso como desde la perspectiva jurídica.”*¹⁵ Por tal motivo, sin retrotraerse a tiempos prehistóricos nos remontaremos a periodos lo suficientemente lejanos, de modo que la información que de ellos contamos nos permita observarse trascendencia en nuestra presente organización.

¹⁵ Edgar Baqueiro Rojas, Rosalía Buenrostro Báez, *Ibidem*, página 36.

*"En Roma, el matrimonio fue un hecho reconocido por el Derecho para darle efectos; de tal concepción se derivó la naturaleza del matrimonio como la de un Estado de vida de la pareja, al que el Estado otorgaba determinados efectos. En un principio no se requería de ninguna ceremonia para la constitución del matrimonio: sólo era necesario el hecho mismo de la convivencia de la pareja."*¹⁶

Si bien es cierto que la celebración a propósito del acto era frecuente, ésta revestía carácter religioso, no jurídico. Con ello comenzaba el nuevo Estado, aunque tal ceremonia tampoco fuera indispensable; de aquí que hubiera varias formas de iniciar el matrimonio: desde la ceremonia de la "*confarreatio*" y la "*coemptio*", hasta la simple entrega de la mujer en casa del marido, o a la ausencia total de formalidades en el matrimonio por "*usus*".

Con el cristianismo se establece la manifestación del consentimiento de los contrayentes ante la iglesia y el registro de la ceremonia en actas parroquiales, con lo que el matrimonio adquiere una forma determinada de celebración, que permitió distinguir claramente la unión matrimonial de otras uniones como el concubinato. Pero no obstante que la celebración se hizo indispensable para que hubiera matrimonio, la iglesia siguió distinguiendo el simple matrimonio celebrado del matrimonio consumado por la unión real de los cónyuges.

¹⁶ Ver a Oderigo, Mario N. "Sinopsis de Derecho Romano". Sexta Edición, Ediciones De Palma Buenos Aires, 1982.

A partir de las peculiaridades de esta evolución, se hace distinción entre matrimonios constituidos y matrimonios celebrados. Los matrimonios constituidos son aquellas uniones que conforman un género de vida, independientemente de ser precedidos por ceremonias creadoras del vínculo, sin que sea necesario, para que existan los derechos y deberes consiguientes, la celebración sigue una relación carnal en la pareja o un estado de convivencia.

Con la Revolución Francesa, por primera vez se efectúa la legalización del matrimonio, de modo que el único matrimonio válido es el celebrado ante la iglesia o bien ante los funcionarios del estado civil.

Actualmente, el matrimonio es la institución fundamental del derecho familiar, porque el concepto de familia reposa en el de matrimonio como supuesto y base necesarios. De él derivan todas las relaciones, derechos y potestades, y cuando no hay matrimonio, sólo pueden surgir tales relaciones, derechos y potestades por benigna concesión y aún así son éstos de un orden inferior o meramente asimilados a los que el matrimonio genera. La unión del hombre y la mujer sin matrimonio es reprobada por el derecho y degradada a concubinato cuando no la estima delito de adulterio o incesto; el hijo nacido de unión extramatrimonial es ilegítimo y el poder del padre sobre el hijo natural no es patria potestad; fuera de matrimonio no hay parentesco, ni afinidad, ni sucesión hereditaria, salvo entre padre e hijo. Por lo tanto, el matrimonio deja de ser

el supuesto jurídico necesario para regular las relaciones jurídicas de paternidad, maternidad y patria potestad, ya que tanto los hijos naturales como los legítimos resultan equiparados a efecto de reconocerles en el Código vigente los mismos derechos y someterlos a la potestad de sus progenitores.

2.2. CONCEPTO

La definición del matrimonio implica dos acepciones:

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

"El matrimonio es la unión de un solo hombre y de una mujer para perpetuar su especie y ayudarse mutuamente a sobrellevar el peso de la vida".¹⁷

2.3. NATURALEZA JURÍDICA

En los sistemas jurídicos occidentales ha sido siempre indispensable la manifestación de la voluntad de los contrayentes ante el

¹⁷ González, Antonio Juan. "Elementos de Derecho Civil". Séptima Edición, Editorial Trilla. México, 2002. Página 87.

ministro de la iglesia o el oficial del registro civil. Esta circunstancia ha llevado a concluir que el matrimonio es un acuerdo de voluntades y por lo tanto, constituye un contrato.

"No cabe ninguna duda de que el acuerdo de voluntades es indispensable para que se realice el matrimonio: la autoridad eclesiástica han reconocido el carácter voluntario y libre de la unión matrimonial. "Para el derecho canónico el matrimonio es un sacramento en el cual los esposos son los ministros del acto y en el interviene el sacerdote como testigo de su celebración, con objeto de asegurarse la ejecución de las disposiciones del derecho canónico, a efecto de registrar el acto mismo, independientemente de la naturaleza sacramental del matrimonio canónico, para el derecho de la iglesia es un contrato de naturaleza indisoluble, que celebran entre sí los cónyuges, por libre y espontánea voluntad".¹⁸

Así, tradicionalmente se identificó todo acuerdo de voluntades como un contrato y, para distinguirlo del acto religioso, considerando también como un sacramento las autoridades políticas, tanto en la Revolución Francesa como los legisladores de nuestras Leyes de Reforma, concibieron al matrimonio como un contrato de naturaleza civil.

¹⁸ Ibarra Magallón, Jorge Mario, *El Matrimonio*, Tipográfica Mexicana, México, 1965, página 128.

Diversos autores, entre los cuales se encuentran León Duguit, Antonio Cicu, Houriou y Bonnacase distinguen en el matrimonio ciertas características:

1. Es un acto solemne.
2. Es un acto complejo por la intervención del Estado.
3. Es un acto que para su constitución requiere de la declaración del juez del registro civil.
4. La voluntad de las partes no puede modificar los efectos previamente establecidos por el Derecho, ya que solo se limita a aceptar el estado de casado con todas sus implicaciones queridas o no.
5. Sus efectos se extienden más allá de las partes y afectan a sus respectivas familias y a sus futuros descendientes.
6. Su disolución requiere de sentencia judicial o administrativa; no basta con la sola voluntad de los interesados.

2.4. ETAPAS

En el matrimonio se distinguen tres etapas:

1. La etapa prematrimonial, conocida como noviazgo, está prevista en las regulaciones de los esponsales, o sea el compromiso de celebrar el matrimonio a futuro. Durante este periodo pueden presentarse impedimentos que obstaculicen el noviazgo, de manera que no pueda llegarse a la celebración del compromiso de esponsales, y menos al matrimonio.

2. La celebración propia del acto, que debe considerarse como el momento de nacimiento del acto jurídico. Para su existencia y validez se requiere de diferentes manifestaciones de voluntad: la de los contrayentes, la del Juez de Registro Civil, la de los testigos y, en el caso de matrimonio de menores, la de sus padres o tutores.

3. La etapa del estado matrimonial es el periodo que resulta de la celebración del acto y constituye toda una forma de vida que se encuentra regulada no sólo por el derecho sino por la moral, la religión y la costumbre. Es a esta situación jurídica, general y permanente, que puede darse la denominación de institución, creadora constante de derechos y deberes, y que es aplicada a los cónyuges, parientes y descendientes, independientemente de su aceptación y reconocimiento como tales, e incluso de su conocimiento a ésta etapa del matrimonio se le pone fin con el divorcio o con la muerte.

2.5. REQUISITOS DE FONDO

Los requisitos indispensables que deben cubrirse para la celebración del matrimonio se agrupan en requisitos de fondo y requisitos de forma. *"Estos requisitos para la celebración del matrimonio no deben confundirse con los elementos de existencia o validez."*¹⁹

¹⁹ Galindo Garfias, Ignacio, *Ibíd.*, página 509. Clasifica a los elementos esenciales del matrimonio en la voluntad de los contrayentes, el objeto y las solemnidades requeridas por la ley. Y a los requisitos de validez en la capacidad, la ausencia de vicios en la voluntad, la licitud en el objeto y las formalidades.

Los requisitos de fondo son aquellas características que afectan a los sujetos o a las circunstancias de las que depende la posibilidad de realizar un matrimonio válido.

El autor Edgar Baqueiro²⁰ clasifica a los requisitos de fondo en:

- **Diferencia de sexo**

Aun cuando no se haga de manera expresa, la ley exige que el matrimonio sólo se dé entre un hombre y una mujer, ya que esa es una institución creada precisamente para regular la relación sexual entre personas de distinto sexo.

- **Pubertad Legal**

Se debe entender por pubertad la aptitud para la relación sexual y la procreación, y por pubertad legal, la edad mínima que fija el Código para poder celebrar el matrimonio, considerando ya que se tiene la aptitud física para la procreación.

- **Consentimiento de los contrayentes**

En nuestro tiempo y dentro de nuestra cultura el matrimonio no se concibe sin el consentimiento de los contrayentes, pues se trata de un acto jurídico que, por lo mismo requiere de la manifestación de la libre voluntad, certeza

²⁰ Baqueiro Rojas, Edgar, Buenrostro Báez, Rosalia, *Ibíd*em, página 53.

y capacidad de los contrayentes; esto es, de la manifestación de la voluntad libre de todo vicio para que pueda válidamente expresarse.

La ausencia de consentimiento implica necesariamente la inexistencia del matrimonio. Dicha ausencia puede darse en los casos de sustitución de alguno de los contrayentes, o de insuficiencia de poder, en el caso de representación para el acto.

- **Autorización familiar (padres, tutores) o suplencia por la autoridad judicial o administrativa.**

Desde tiempos pretéritos, el matrimonio ha sido considerado de interés familiar y se ha requerido de la conformidad de la familia para su celebración, incluso entre los mayores de edad.

En la actualidad y en nuestro sistema jurídico, para la celebración del matrimonio sólo se requiere la autorización de quienes ejerzan la patria potestad, o la tutela, en el caso de los menores de 18 años.

Para que se de la autorización o licencia de poder celebrarse el matrimonio entre menores de edad tendrá, es necesario que sea facultada por:

1. De los padres
2. Del padre sobreviviente o del padre con el que viva el menor

3. De los abuelos paternos, a falta o imposibilidad de los padres
4. De los abuelos maternos, a falta o imposibilidad de los abuelos paternos
5. De tutor, a falta de padres y abuelos que ejerzan la patria potestad
6. Del juez de lo familiar, a falta del tutor
7. Del jefe del Departamento del Distrito Federal o los Delegados, supletoriamente, cuando existan los ascendientes que ejerzan la patria potestad, pero nieguen su autorización para el matrimonio. En los Estados, es facultad del gobernador o los presidentes municipales.

- **Ausencia de impedimentos**

Toda situación material o legal que impida un matrimonio válido puede ser considerada como un impedimento. Por este debemos entender toda prohibición establecida por la ley para la celebración del matrimonio; esto es, toda circunstancia de tipo biológico, moral o jurídico por la cual se considera que el matrimonio no debe celebrarse.

El autor Ignacio Galindo Garfias²¹ realiza diversas clasificaciones de los impedimentos para el matrimonio:

1. La que proviene del derecho canónico, que los distingue en: dirimentes e impedientes.

²¹ Galindo Garfias, Ignacio, *Ibidem*, página 515.

a) *Dirimentes* son aquellos que por su gravedad originan la nulidad del matrimonio; por ejemplo, la falta de aptitud física (impotencia), o el matrimonio anterior no disuelto.

b) *Impedientes* son impedimentos simplemente prohibitivos o impedimentos menos graves, que no llegan a producir la nulidad del vínculo, pero que se consideran ilícitos. Por ejemplo, cuando se contrae el matrimonio estando pendiente la dispensa de que un impedimento dispensable o antes del cumplimiento del plazo legal de viudez.

2. La que los clasifica en absolutos y relativos:

a) *Absolutos* son cuando impiden, a quien los tiene, el matrimonio con cualquier otra persona; esto es, que en ningún caso puede casarse mientras subsista el impedimento o no haya sido dispensado en caso de que pueda serlo. Por ejemplo, la falta de edad legal, o un matrimonio anterior no disuelto.

b) *Relativos* son sólo los que impiden el matrimonio con determinada persona, no con otra; por ejemplo, el parentesco consanguíneo o por afinidad en línea recta, el consanguíneo en línea colateral hasta el tercer grado.

3. La que los divide en impedimentos dispensables y no dispensables:

a) *Dispensables* son aquellos que admiten dispensa. La dispensa es el acto administrativo por el cual, en los casos expresamente señalados en la ley, ésta permite a la autoridad a autorizar la celebración del matrimonio, no, obstante la existencia del impedimento. Por ejemplo, la falta de edad legal, el parentesco colateral en tercer grado, y el matrimonio del tutor con la pupila.

b) *No dispensables* son todos aquellos impedimentos salvo los casos por la ley de manera expresa. Por ejemplo el parentesco en línea recta colateral en segundo grado, o la presencia de enfermedades como las mentales, o los vicios como la drogadicción, cuando son incurables.

En nuestro Código Civil vigente los requisitos de fondo para contraer matrimonio se encuentran contemplados dentro de los artículos 697 al 699, los cuales son:

Artículo 697. *"Para contraer matrimonio, el hombre necesita haber cumplido dieciséis años de edad y la mujer catorce.*

El Presidente Municipal o los delegados municipales del domicilio del menor, según el caso, pueden dispensar la edad por causas graves y justificadas. Cuando el Presidente Municipal o los delegados estén encargados por ministerio de la ley de la oficialía del Registro Civil, el concejal que legalmente debe substituirlo en la presidencia será quien otorgue la dispensa."

Artículo 698. *“Los menores no pueden contraer matrimonio sin el consentimiento de quienes ejerzan sobre ellos la patria potestad o en su caso la tutela y a falta de unos y otros, suplirá el consentimiento el Presidente Municipal o el Delegado Municipal, en su caso, del domicilio del menor.”*

“Los interesados también podrán ocurrir a esos funcionarios cuando los ascendientes o tutores nieguen su consentimiento o revoquen el que se hubieren concedido.”

“Los mismos funcionarios a que se refieren los párrafos anteriores, en su caso, decidirán si se otorga o no el consentimiento, cuando haya disensión al respecto entre los dos ascendientes que ejerzan la patria potestad.”

Artículo 699. *“Si el ascendiente o tutor que ha firmado o ratificado la solicitud de matrimonio falleciere antes de que éste se celebre, su consentimiento no puede ser revocado por la persona que, en su defecto, tendría el derecho de otorgarlo.”*

“El Presidente o Delegado Municipal que hubiere autorizado a un menor para contraer matrimonio no podrá revocar el consentimiento una vez que lo hay otorgado, sino por justa causa superveniente.”

2.6. REQUISITOS DE FORMA

Dentro de la segunda etapa del matrimonio, que hace a la celebración propia del acto matrimonial, se encuentran los requisitos de forma los cuales deben satisfacerse.

Se dividen en previos y concomitantes, o propios de la celebración y corresponden a dos momentos de la misma. Ambos constituyen el conjunto de formalidades que hacen que se tenga por celebrado válidamente el matrimonio como acto jurídico.

- *Previos a la celebración.* Son los trámites previos a la celebración del matrimonio. Consisten básicamente en satisfacer los requisitos que atañen a la solicitud que los interesados deben presentar ante el juez del registro civil, y en la que se manifiestan:

1. Sus nombres, edad, domicilio y ocupación;
2. Los de sus padres;
3. Que no tienen impedimento para casarse y
4. Que es su voluntad unirse en matrimonio.

A la solicitud deberá acompañar los siguientes documentos:

1. Acta de nacimiento o dictamen médico que compruebe que tiene la edad mínima para contraer matrimonio. Este documento no es necesario si

por su aspecto físico es notorio que los contrayentes cumplen con el requisito de pubertad legal.

2. Constancia de que los padres, tutores o autoridades autorizan el matrimonio, en el caso de que alguno de los contrayentes sea menor de edad.

3. Declaración de dos testigos a quienes, por conocer a los futuros esposos de tiempo atrás, les consta que no tienen impedimento para casarse.

4. Certificado médico prenupcial en el que conste que no tienen ninguna de las enfermedades que constituyen obstáculo para el matrimonio.

5. Documento en el que conste el convenio que sobre los bienes de los futuros esposos se haya celebrado. En nuestro Código Civil este documento recibe el nombre de contrato de matrimonio o capitulaciones matrimoniales.

6. Comprobante de la disolución de un matrimonio anterior, si lo hubo, por muerte, nulidad o divorcio (acta de defunción, sentencia de nulidad o sentencia de divorcio).

7. Certificado de dispensa, si es que existió impedimento dispensable.

Al constar en la solicitud y en los documentos que no hay impedimento para la celebración del documento, el juez debe citar para su realización dentro de los ocho días siguientes señalando lugar día y hora.

“En el matrimonio religioso, así como en otros sistemas jurídicos, se hace necesario dar publicidad a la celebración a efecto de que cualquiera que sepa de un impedimento, lo dé a conocer, evitando con ello especialmente en los casos de bigamia, que la clandestinidad del acto podía propiciar; así el derecho canónico exige las proclamas o amonestaciones leídas en la parroquia de los contrayentes, por tres domingos consecutivos, el derecho francés requiere de la publicación de la solicitud en sitios públicos durante diez días, y el derecho español, la publicación por edictos en sitios públicos por ocho días, cuando el matrimonio no se celebra ante la iglesia”.²²

Tanto el derecho canónico como el derecho francés contemplan otros requisitos de la publicidad al exigir la presentación de la copia el acta de bautizo o de nacimiento, libre de anotación marginal, en la que debería constar un matrimonio anterior u otra incapacidad, en caso de existir como la declaración del estado de interdicción.

²² Galindo Garfias, Ignacio, *Ibidem*, página 524.

- *Propios de la celebración.* El acto de la celebración está rodeado de formalidades concomitantes a la misma.

1. El lugar, día y hora para la celebración del acto matrimonial, deberán estar previamente señalados y en él estarán presentes ante el juez del registro civil:

- a) Los pretendientes
- b) Dos testigos de identidad, para hacer notar que los pretendientes son quienes ellos dice ser, y que no tienen impedimento legal para casarse.
- c) Los padres o tutores, si se trata del matrimonio de menores.

2. Previa ratificación de las firmas de la solicitud (de los contrayentes, testigos y ascendientes o tutores, si alguno es menor de edad).

- a) Leerá en voz alta la solicitud y los documentos que la acompañan.
- b) Preguntará si los contrayentes son las mismas personas a que se refiere la solicitud.
- c) Preguntar a cada contrayente, si es su voluntad unirse en matrimonio.
- d) En caso afirmativo, declararlos casados en nombre de la ley de la sociedad.

3. El juez, posteriormente:

- a) Procederá de inmediato a la redacción del acta en las formas especiales que, foliadas y por triplicado, harán constar todas las formalidades verbales anteriores.
- b) Firmará el acta, junto con los contrayentes, los testigos y los padres o tutores, en su caso.
- c) Imprimirá las huellas digitales de los contrayentes.
- d) Entregará de inmediato una de las copias del acta a los ahora esposos.

- *Matrimonio por poder.* El matrimonio por apoderados especialmente autorizado, está permitido en nuestro derecho. Para su realización, el poder debe ser expreso respecto de la persona con quien se autorice el matrimonio, y haberse otorgado ante notario público.

- *Dispensa de impedimentos y suplencia de autorización.* La dispensa es una exención de carga, formalidad o condición, otorgada a determinada persona, por una autoridad pública. La suplencia, se refiere a la sustitución de la autorización del representante del menor, que por ley puede hacer la autoridad judicial o administrativa. En el caso de matrimonio, la suplencia de la autorización por falta de representante la da al juez de lo familiar, que es la autoridad legalmente facultada para ello. En caso de negativa del representante, la suplencia corresponde a la autoridad administrativa.

- *Oposición al matrimonio.* En el caso de que antes de la celebración del matrimonio o durante su transcurso:

- a) Se presente alguna persona haciendo constar un impedimento.
- b) El juez personalmente conozca del impedimento.
- c) Reciba el juez una denuncia, aunque sea anónima, pero acompañada de prueba documental.

El juez del registro civil deberá:

- a) Levantar un acta en la que consten los pormenores del caso.
- b) Hacerlo saber a los interesados.
- c) Suspender el matrimonio.
- d) Remitir toda la documentación al juez de lo familiar, para que ante él se acuerde la procedencia o no del impedimento.

Las falsas denuncias sujetan al que las haga a las penas de falso testimonio además del pago de las costas judiciales, y al pago de daños y perjuicios. No se admiten denuncias anónimas si no van acompañadas de prueba documental.

En nuestro Código Civil vigente los requisitos formales para contraer matrimonio se encuentran regulados en el artículo 680 en el cual consta:

Artículo 680. *“Las personas que pretendan contraer matrimonio presentarán un escrito al oficial del Registro Civil del domicilio de cualquiera de ellas, que exprese:*

I. Los nombres, apellidos, edad, ocupación, nacionalidad y domicilio, tanto de los pretendientes como de sus padres, si éstos fueren conocidos. Cuando alguno de los pretendientes o los dos hayan sido casados, se expresará también el nombre de la persona con quien se celebró el anterior matrimonio, la causa de su disolución y la fecha de ésta;

II. Que no tiene impedimento legal para casarse; y

III. Que es su voluntad unirse en matrimonio.”

CAPÍTULO 3

EL DIVORCIO COMO CAUSA DE DISOLUCIÓN MATRIMONIAL.

3.1. ANTECEDENTES

En el antiguo Derecho Romano, la muerte de uno de los cónyuges disolvía el matrimonio, causal que en nuestros tiempos también se encuentra regulada por el Código Civil vigente en el Estado. Además el matrimonio entre los romanos se disolvía por declaración unilateral, hecha por uno de los cónyuges ("*repudium*"). Los romanos consideraban que no debía subsistir un matrimonio si una de las partes se daba cuenta de que la "*affectio maritales*" había desaparecido. No tenía validez siquiera, un convenio de no divorciarse. Augusto, con su política de fomentar la frecuencia de uniones fértiles, no tomaba medidas en contra del "*repudium*", opinando que así sería más fácil que una unión estéril cediera su lugar a nuevas uniones que quizá darían hijos a la patria.

Lo que hizo fue rodear la notificación del repudium de ciertas formalidades (presencia de siete testigos).

De otra manera, después de una violenta discusión conyugal, muchas veces no podía la esposa saber exactamente si estaba repudiada o no.

Al lado del repudium encontramos la disolución del matrimonio por mutuo consentimiento. *“Desde los triunfos sobre Cartago, es decir, desde el momento que un espíritu cosmopolita reemplazo la austeridad rústica de antes, el divorcio se hizo cada vez más frecuente.”*²³ El censor ya no se metía tanto en asuntos privados, y el nuevo individualismo disminuía la importancia de los consejos de familia. La sociedad contemplaba el divorcio con creciente indiferencia, y el principal freno era quizás el miedo del marido a tener que devolver la dote. La tan alabada definición de Modestito del matrimonio, como una *“coniunctio maris et feminae, et consortium omnis vital; divini et humani iuris communicatio”*,²⁴ es decir, la unión de hombre y mujer que implica solidaridad en cuanto a los actos de toda la vida, y una comunidad formada a la luz de los derechos divino y humano, no era, en tiempos de este jurisconsulto, sino nostálgico recuerdo de siglos pasados.

Actualmente el divorcio se encuentra contemplado en el Código Civil del Estado en su Capítulo Séptimo, artículo 798 el cual establece *“la disolución por divorcio del vínculo matrimonial es de estricto derecho y sólo podrá decretarse por las causas previstas en la ley y si plenamente se demuestra su existencia.”*

²³ Morineal Iduarte, Marta, Iglesias González, Román. “Derecho Romano”. Cuarta Edición, Editorial Oxford. México, 1999.

²⁴ Guillermo Floris Margadant S. El Derecho Romano, como Introducción a la Cultura Jurídica Contemporánea, vigésima edición, editorial Esfinge, México, 1994, página 212.

Así como también en el artículo 799 del mencionado precepto se establecen las causales de divorcio, sobre las cuales haré un análisis detallado más adelante.

3.2. CONCEPTO

"Otra forma de disolución del estado matrimonial y de poner término al matrimonio en vida de los cónyuges, es el divorcio, entendido legalmente como el único medio racional capaz de subsanar, hasta cierto punto, las situaciones anómalas que se generan en ciertas uniones matrimoniales y que deben desaparecer ante la imposibilidad absoluta de los consortes de conseguir su superación."²⁵

"El divorcio es la ruptura de un matrimonio válido, en vida de los esposos, decretada por la autoridad competente y fundada en alguna de las causas establecidas expresamente por la Ley."²⁶ La voz latina "*divortium*", evoca la idea de separación de algo que ha estado unido. De ahí que actualmente y en el medio jurídico, por divorcio debemos entender la extinción de la convivencia matrimonial, declarada por la autoridad.

Desde el punto de vista jurídico, el divorcio significa la disolución del vínculo matrimonial y sólo tiene lugar mediante la declaración de la autoridad judicial y en ciertos casos de la autoridad administrativa, dentro

²⁵ Pallares, Eduardo, *Ibidem*, página 259.

²⁶ Flores Barroeta, Benjamín, *Lecciones de Primer Curso de Derecho Civil*, México, 1960, página 362.

de un procedimiento señalado por la Ley, en que se compruebe debidamente la imposibilidad de que subsista la vida matrimonial.

Es necesario ver al divorcio sólo en función de aquellos casos en que la crítica condición de los esposos es ya insostenible e irreparable, de forma que conduce a la ruptura del vínculo matrimonial, y con ella a la separación definitiva que los deja en posibilidad de contraer nuevo matrimonio legítimo.

3.3. CLASIFICACIONES

Hay diversos tipos de divorcio que responden a clasificaciones establecidas a partir de dos criterios fundamentales:²⁷

Por los efectos que produce.

Existen dos clases de divorcio:

1. El divorcio vincular, llamado divorcio pleno, que es precisamente aquél que rompe el vínculo matrimonial y deja a los divorciados en condiciones de contraer nuevas nupcias,
2. El divorcio por simple separación de cuerpos, llamado divorcio menos pleno, que es aquel que no permite la celebración de un nuevo matrimonio en tanto únicamente suspende a los cónyuges la obligación de

²⁷ Pallares, Eduardo, *Ibidem*, página 260.

vivir juntos, subsistiendo las otras obligaciones derivadas del matrimonio, como el deber de la finalidad.

Por la forma de obtenerlo, considerando el papel de la voluntad de los esposos.

Se clasifica en:

1. Divorcio causal, necesario o contencioso. Es aquel que requiere de la existencia de una causa o razón suficientemente grave, que haga imposible o al menos difícil la convivencia conyugal; la acción se otorga al esposo que no hubiere dado causa para el divorcio. Y cuando, sin culpa de alguno de los esposos, la vida en común se deteriora por enfermedad, impotencia o locura, también se tiene la facultad de disolver el vínculo matrimonial. En este caso la acción se concede al cónyuge sano. Instaurado el juicio respectivo, deberá seguirse un procedimiento ordinario civil en el cual el juez está obligado a tomar, de inmediato, las siguientes medidas: proceder a la separación de los cónyuges; asegurar los alimentos que correspondan al cónyuge acreedor y a los hijos; dictar las providencias necesarias a fin de que los cónyuges no puedan causarse perjuicios en sus respectivos bienes, ni en los de la sociedad conyugal, si tal es el caso; poner los hijos al cuidado de la persona que hubieren designado de común acuerdo los cónyuges, pudiendo ser uno de éstos. Este tipo de divorcio se encuentra consagrado en el Código Civil del Estado de Quintana Roo en los artículos 810 al 821.

2. Divorcio por mutuo consentimiento, voluntario o por mutuo disenso. Es aquél que requiere del acuerdo voluntario de ambos cónyuges para poner fin al matrimonio, sin tener que invocar causa alguna, pueden existir, causas para la separación, pero éstas se ocultan, generalmente para beneficio de los hijos. Éste no puede ser intentando, sino después de un año de contraído el matrimonio. El procedimiento que se sigue consiste en exhibir al juez una solicitud de divorcio, a la que se acompañará el convenio que celebren los cónyuges, que deberá contener los siguientes puntos: la situación que guardarán los hijos menores o incapacitados a la separación de los cónyuges y a la que los alimentos de aquéllos y de los que un cónyuge deba dar al otro mientras dure el procedimiento, cuidando determinar las necesarias medidas de aseguramiento de la pensión alimenticia. Éste se encuentra regulado en el Código Civil anteriormente precitado en los artículos 803 al 807 y en el título Decimoquinto del Código de Procedimientos Civiles del Estado de Quintana Roo.

3. El divorcio administrativo. Toma esta denominación en atención a que no se tramita ante la autoridad judicial, sino ante un funcionario administrativo: el Juez del Registro Civil de la jurisdicción a que pertenezca el domicilio de los cónyuges. Son requisitos para optar este tipo de divorcio el que los esposos sean mayores de edad, no tengan hijos y hayan liquidado de mutuo acuerdo la sociedad conyugal, sí a este régimen quedaron afectos los bienes. El procedimiento que se sigue en este tipo de divorcio es de una gran simplicidad; en efecto, los consortes

deberán presentarse ante el Juez del Registro Civil y manifestarán expresamente su voluntad de divorciarse; una vez identificados por dicho funcionario, éste levantará un acta en la cual se haga constar la solicitud respectiva y citará a los cónyuges para que se presenten a ratificarla a los quince días. Si la ratificación es verificada, el oficial mencionado los declarará divorciados, levantando el acta relativa y procederá a hacer la anotación correspondiente en la de matrimonio. Éste se encuentra en los artículos 800, 801 y 802 del Código Civil del Estado.

3.4. DIVORCIO CAUSAL O NECESARIO

“El divorcio es un mal necesario. Cuando uno o ambos cónyuges han dejado de cumplir con los deberes del matrimonio haciendo imposible o en extremo difícil la vida en común, se permite la ruptura del vínculo.”²⁸

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

Todas las causas de divorcio normalmente presuponen culpa de alguno de los esposos, y la acción se da a quien no ha dado causa en contra del responsable, de allí que en todo juicio haya generalmente un cónyuge inocente (el actor) y uno culpable (el demandado). Pueden ser

²⁸ Baqueiro Rojas, Edgar, Buenrostro Báez, Rosalía, *Ibidem*.

ambos culpables y demandarse recíprocamente por la misma o distinta causal, por ejemplo uno demanda por abandono y el otro contra demanda por injurias o sevicia; ambos pueden ser culpables e inocentes según la causal invocada.

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

El divorcio causal o necesario a su vez se subdivide en:

Divorcio sanción

En éste se supone que la causa es una violación grave a los deberes del matrimonio, y el divorcio la sanción que se aplica al culpable; por ello, la acción corresponde al cónyuge quien es libre de ejercitarla, perdonar o permitir que la acción prescriba.

Divorcio Remedio

En esta clasificación de divorcio, no puede hablarse de cónyuge culpable, pues no le es imputable la causal, como es el caso de las enfermedades graves, contagiosas e incurables. Pero siendo éstas motivo para no poder llevar a cabo una convivencia normal, se da la acción a los cónyuges para poner fin a la relación.

No estaría de más señalar que las causales de divorcio en diferentes ocasiones se podrían ver como sanción y en otras ocasiones como remedio.

3.4.1. LAS CAUSALES DE DIVORCIO

Las causales se pueden clasificar en:

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

Las causales de adulterio, incitación a la violencia, corrupción y su tolerancia, sevicia, amenazas, injurias y acusación calumniosa, aunque tipificados como delitos, no requieren que exista sentencia condenatoria para que sean causales de divorcio, pudiéndose probar en juicio civil sin que necesariamente se tenga que ejercitar la acción penal.

El Código Civil que rige actualmente en nuestro Estado, establece en su artículo 799 las siguientes causales de divorcio:

Artículo 799.- *"Son causas de divorcio:*

- I. *El adulterio de alguno de los cónyuges;*
- II. *El hecho de que la mujer dé a luz, durante el matrimonio, un hijo concebido antes de celebrarse este contrato y que judicialmente se declare que no es hijo del marido;*
- III. *La propuesta del marido para prostituir a su mujer, no sólo cuando el mismo marido haya hecho directamente la propuesta a la mujer, sino cuando se pruebe que ha recibido dinero o cualquier remuneración con el objeto expreso de permitir que otro tenga relaciones carnales con ella;*
- IV. *La violencia ejercida por un cónyuge sobre el otro para incitarlo a cometer algún delito, aunque no sea de incontinencia carnal;*
- V. *Los actos inmorales ejecutados por el marido o por la mujer con el fin de corromper a los hijos, ya sean éstos de ambos, ya de uno sólo de ellos, así como la tolerancia en su corrupción;*
- VI. *Padecer cualquier enfermedad crónica e incurable, que sea, además, contagiosa y hereditaria;*
- VII. *La impotencia incurable para la cópula, que sobrevenga después de celebrado el matrimonio, si no se debe a edad avanzada;*
- VIII. *Padecer enajenación mental incurable;*
- IX. *La separación de la casa conyugal por más de seis meses sin causa justificada;*
- X. *La declaración de ausencia legalmente hecha;*
- XI. *La sevicia;*
- XII. *La difamación que sea hecha por un cónyuge en perjuicio del otro;*

- XIII. *Las amenazas o las injurias graves, siempre que unas y otras hagan imposible la vida en común;*
- XIV. *La negativa de los cónyuges a darse alimentos y darlos a los hijos, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 708 a 709 siempre que no puedan hacerlo efectivos judicialmente;*
- XV. *La acusación calumniosa hecha por un cónyuge contra el otro, por delito que merezca pena mayor de dos años de prisión;*
- XVI. *Haber cometido uno de los cónyuges un delito que no sea político, pero que si infamante, por el cual tenga que sufrir una pena de prisión mayor de dos años;*
- XVII. *Los hábitos de juego o de embriaguez o el uso no terapéutico de enervantes, estupefacientes o psicotrópicos o de cualquier otra sustancia que altere la conducta y produzca dependencia, cuando amenazan causar la ruina de la familia o constituyen un continuo motivo de desavenencia conyugal;*
- XVIII. *Cometer un cónyuge contra la persona o los bienes del otro un acto que sea punible si se tratara de persona extraña, siempre que tal acto tenga señalado en la ley una pena que pase de un año de prisión;*
- XIX. *La incompatibilidad de caracteres, que sólo podrá invocarse después de un año de celebrado el matrimonio;*
- XX. *La bigamia que sólo puede ser invocada por el cónyuge inocente del primer matrimonio y*
- XXI. *El mutuo consentimiento. **

3.4.2. LAS PRINCIPALES Y MÁS FRECUENTES CAUSALES DE DIVORCIO

1. Adulterio. Consiste en la relación sexual, acceso carnal que uno de los esposos tiene con persona distinta de su cónyuge. Esta causal corresponde a la violación del deber de fidelidad que se han de guardar los esposos. *“En los Códigos de 1870 y de 1884 el adulterio de la mujer siempre era causal de divorcio, mientras que para que el adulterio del varón fuera causa de divorcio necesario que se realizara con escándalo (públicamente), en el domicilio conyugal, constituyera concubinato, o que la adúltera ofendiera a la mujer legítima.”*²⁹ Actualmente, el adulterio de cualquiera de los esposos constituye delito cuando se realiza con escándalo o en el domicilio conyugal, entendiéndose por escándalo la exhibición pública de la relación adulterina afrentosa para el cónyuge inocente. Ahora bien, para que el adulterio surta efectos penales se requiere querrela del cónyuge inocente, y sólo el adulterio consumado, no así la tentativa, aun siendo notoria la intención. Para que surta efectos civiles, ya que viola el deber de la fidelidad, sólo se requiere de la intimidad afectiva con tercero, aunque el acto sexual no se realice o sea imposible probarlo.

2. Injurias Graves. Consisten en toda expresión o acción ejecutada para manifestar desprecio a otro. Esta causal viola el derecho al buen trato

²⁹ Ibarola, Antonio De, *Ibidem*, página 345.

y la cortesía que debe prevalecer en toda relación humana, y con mayor razón entre personas que hacen vida en común. La injuria que puede expresarse en palabras o actitudes, y queda a juicio del juez la calificación de su gravedad; es por eso que el juez debe conocerlas tal y como se dijeron, o como se realizaron los hechos. Sin embargo, depende del tipo de cultura o medio socio-económico que determinadas palabras o actitudes constituyan injuria lo que para otros equivale a un trato normal. La negativa al débito carnal sin causa grave, la excesiva intimidad con terceros, la conducta escandalosa, la falsa resistencia (abandono en caso de enfermedad o penas afflictivas), sin estar consideradas como causa de divorcio de forma específica, son conductas ofensivas hacia el otro cónyuge, y por los mismo injuriosas. Dada su gravedad pueden llegar a constituir causa de divorcio, aunque no aparecen específicamente señaladas como tales.

3. Sevicia. Consiste en la crueldad excesiva. Como causal de divorcio, se da cuando uno de los cónyuges dejándose arrastrar por brutales inclinaciones, ultraje de hecho al otro, transponiendo los límites del recíproco respeto que supone la vida en común. Al igual que las injurias, viola el derecho al buen trato y la cortesía.

4. Amenazas. Consiste en el atentado contra la libertad y seguridad de las personas, al dar a entender, con actos o con palabras, que se quiere hacer mal al otro, poniendo en peligro su vida, su integridad personal o sus

bienes. Igualmente, constituye una violación al deber de convivencia inherente al matrimonio.

5. Abandono. Consiste en el hecho de dejar en desamparo a las personas, incumpliendo las obligaciones derivadas del vínculo conyugal o filial. El abandono del domicilio conyugal por más de seis meses, sin causa justificada, es causal de divorcio. Si hay una causa para la separación (enfermedad grave que obligue a estar hospitalizado, el servicio público o militar) no existirá el abandono. Esta causal es violatoria del deber de convivencia y cohabitación, pues los cónyuges han de vivir juntos. Cuando la causa de separación del hogar conyugal se basa en una causal de divorcio, el cónyuge inocente debe intentar la acción de divorcio dentro de los seis meses siguientes; de no hacerlo, ésta prescribirá y no tendrá razón de estar separado. Si la separación se prolonga sería injustificada y se incurriría en abandono. No debe confundirse el deber de cohabitación con el deber de socorro o asistencia, pues el cónyuge que abandona el hogar, aunque cumpliera con entregar lo necesario para la alimentación y cuidado de la familia, estaría violando en deber de convivencia.

6. La impotencia para la cópula, así como las enfermedades crónicas e incurables, es causal de divorcio, pero también impedimento para efectuar el acto matrimonial. La acción que procede depende de si la enfermedad es anterior o posterior al matrimonio; en el caso de que sea anterior procede la nulidad y, si es posterior, el divorcio.

*“No se debe confundir la impotencia para la cópula con la esterilidad, en que puede tener lugar la cópula pero sin posibilidad de fecundación”.*³⁰

7. Las enfermedades que nuestro Código Civil señala como causales de divorcio deben entenderse a manera de ejemplo de enfermedades crónicas, incurables, contagiosas y hereditarias. Aunque sigue considerando como tales a la tuberculosis y a la sífilis, en virtud de que la ciencia médica ha encontrado métodos para curarlas, creemos que dejaron de ser causales de divorcio por no reunir ya las características señaladas. Con respecto a esta causal, al cónyuge que no quiera pedir el divorcio, el Código le da opción para obtener su separación de cuerpos mientras exista la enfermedad, suspendiendo el deber de cohabitación, pero dejando subsistentes las otras obligaciones y derechos del matrimonio.

8. La enajenación mental como causal de divorcio tiene el mismo tratamiento que las otras enfermedades; pero requiere la previa declaración de interdicción del enfermo.

9. El alcoholismo, la drogadicción y los hábitos de juego son considerados causales de divorcio cuando constituyen un continuo motivo de desavenencia conyugal. No bastan una o varias experiencias espaciadas; se requiere que la conducta sea frecuente.

³⁰ Baqueiro Rojas, Edgar, Buenrostro Báez, Rosalía, *Ibidem*.

10. Y la causal, más socorrida en el Estado el mutuo consentimiento consistente en la voluntad de los cónyuges de querer romper el vínculo matrimonial el, cual más adelante abordaré de manera más extensa.

3.5. CARACTERÍSTICAS DE LA ACCIÓN DE DIVORCIO

“La acción de divorcio es una acción personalísima que sólo puede ser intentada por el interesado, aunque ello no impide que se nombre representante para comparecer en el juicio.”³¹

En nuestro país, se ha hecho prevalecer la idea de proteger al cónyuge inocente incapacitado y la manera de hacerlo es permitiendo el ejercicio, por medio de su tutor, de las acciones que la ley le confiere.

Desde luego, para los incapacitados por insania mental no existe la posibilidad del divorcio voluntario.

La acción de divorcio es una acción sujeta a caducidad o prescripción. La calificación de prescripción o caducidad ha sido motivo de divergencias; el maestro Rojina Villegas³² se pronuncia a favor de la caducidad, al dar como característica de la prescripción la posibilidad de la suspensión del plazo. Esto no acontece con la caducidad, en que el plazo

³¹Baqueiro Rojas, Edgar, Buenrostro Báez, Rosalía, *Ibíd.*

³²Rojina Villegas, Rafael, *Compendio de Derecho Civil I*. Vigésimonovena Edición, Editorial Porrúa, México, 2000. Página 412 y siguientes.

es perentorio; si no se ejercita la acción dentro del término señalado, ésta se extingue sin que haya posibilidad de suspender el transcurso del tiempo por ningún medio.

En nuestra legislación, el plazo para la prescripción es de seis meses contados a partir del momento en que se tiene conocimiento de la causal. Es evidente que esta forma de contar el tiempo puede crear graves problemas, pues el hecho pudo haber acaecido muchos años antes de que se enterara el cónyuge inocente.

3.6. LA EXTINCIÓN DE LA ACCIÓN DE DIVORCIO

La reconciliación y el perdón tácito o expreso son causas de extinción de la acción de divorcio. La reconciliación presupone perdón mutuo de culpas reales o probables, y pone fin de común acuerdo al estado de desavenencia.

El perdón presupone culpa de alguno de los cónyuges, y de forma unilateral el inocente perdona el agravio, ya sea con palabras, por escrito o con actos que de manera tácita hagan suponer el perdón de la falta. La reanudación de la vida en común es la forma más frecuente de reconciliación o perdón.

No puede intentarse un nuevo juicio por las causas perdonadas, pero sí por otras de la misma naturaleza.

La muerte de cualquiera de los cónyuges culpable o inocente, pone fin a la acción, se haya iniciado o no el juicio de divorcio.

En el caso de divorcio voluntario, los cónyuges pueden renunciar a su acción, desistiendo de su solicitud y reanudando su vida en común, pero no podrán intentar otra vez la acción de divorcio voluntario hasta transcurrido un año de la reconciliación.

3.7. EFECTOS PROVISIONALES Y DEFINITIVOS DEL DIVORCIO

Los efectos del divorcio se han dividido en:

Efectos Provisionales.

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

1. Respecto a los cónyuges, el juez deberá decretar su separación, señalar y asegurar los alimentos que deberá dar el deudor alimentista, tanto al cónyuge como a los hijos.

2. Respecto a los hijos, si se pusieren de acuerdo, su cuidado estará a cargo de la persona que los cónyuges determinen; de no ser así, el que solicite el divorcio propondrá y, previa audiencia del demandado, el juez resolverá sobre la custodia de los menores. Si no hubiere causa grave, los hijos menores de siete años quedarán al cuidado de la madre.

3. Respecto a los bienes, el juez dictará las medidas conducentes para que ninguno de los cónyuges cause perjuicio en los bienes del otro o en los de la sociedad conyugal, evitando que los oculten o que dispongan ilegalmente de ellos.

Efectos Definitivos.

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

1. Respecto a los cónyuges, el efecto principal es el rompimiento del vínculo matrimonial, con lo que se determinan las obligaciones derivadas del matrimonio. Así, ambos esposos quedan en libertad de contraer nuevas nupcias; el culpable no podrá hacerlo hasta después de transcurridos dos años de la sentencia de divorcio. Si la inocente es la mujer, deberá esperar 300 días desde la separación para contraer nuevas nupcias, para evitar la confusión de paternidad, a no ser que dé a luz antes

de ese plazo. En el caso del divorcio por mutuo acuerdo, ambos cónyuges deberán esperar un año para volverse a casar. El cónyuge culpable del divorcio deberá dar alimentos al inocente, teniendo en cuenta su situación económica y la posibilidad de trabajar de ambos.

2. Respecto a los hijos, el juez fijará la situación de los hijos menores después de oír a los abuelos, los tíos y los hermanos mayores cuando lo pidieren, y tiene plena facultad para resolver sobre los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad, pudiendo decretar su pérdida o suspensión, y las limitaciones pertinentes en bien de los hijos. Aun cuando nuestro Código Civil en el artículo relativo a los efectos de la sentencia no lo menciona, debe estarse a lo dispuesto en la materia a los efectos provisionales, que deja al cuidado de la madre a los menores de siete años, si no hay causa grave que lo impida. En lo que toca a obligación alimentaria de los padres en relación con los hijos, la misma no se modifica por el cambio de estado de los progenitores, ya que éstos siempre están obligados a dar alimentos a sus hijos. Así, una sentencia de divorcio no puede liberarlos aun tratándose que quien no dio causa para el divorcio. Los alimentos deben darse por parte de ambos cónyuges en proporción a su fortuna, pudiéndose establecer como obligación de uno solo, por convenio o sentencia.

3. Respecto a los bienes, el principal efecto es la disolución y liquidación de la sociedad conyugal. En las capitulaciones matrimoniales

deben sentarse las bases de liquidación de esta sociedad y, si fueron omisas, se estará a las reglas generales de liquidación de las sociedades civiles. La sentencia de divorcio disuelve la sociedad conyugal, por lo que debe procederse a su liquidación, la que puede ser hecha por los excónyuges, o por un liquidador nombrado por ellos o por el juez, si no hay acuerdo. Como en cualquier liquidación, deben inventariarse los bienes y deudas comunes, en éstos, no se incluyen los objetos de uso personal y ordinarios de los cónyuges, como los vestidos, el lecho, etcétera. Terminando el inventario y avalúo de los mismos se pagarán los adeudos de la sociedad, y se devolverá a cada esposo lo que le hubiera aportado al matrimonio, dividiéndose el sobrante de la forma convenida. Si hubiera pérdidas se deducirán de lo que cada cual hubiera aportado en proporción a la parte que en las utilidades le hubieran correspondido; si sólo uno aportó capital, de este se deducirán las pérdidas. El cónyuge culpable del divorcio responde de los daños y perjuicios que ocasione al inocente como responsable de un hecho ilícito.

En el siguiente capítulo haré una explicación más amplia sobre los antecedentes, el concepto, las vías de ejecución de la causal tan casuística en el Estado, el divorcio por mutuo consentimiento.

CAPÍTULO 4

DIVORCIO VOLUNTARIO O POR MUTUO CONSENTIMIENTO

4.1. ANTECEDENTES

Cuando a partir de Constantino, los emperadores cristianos inician la lucha contra la facilidad del divorcio, no atacan éste cuando se efectúa por mutuo consentimiento. Más bien combaten el "*repudium*", fijando las causas por las cuales un cónyuge puede obtener la disolución del vínculo matrimonial, aunque la otra parte no consienta en ello. En cambio, se prohíbe, el divorcio efectuado contra la voluntad de uno de los cónyuges, si no se comprueba la existencia de una de las causas de divorcio, limitativamente establecidas en la ley.

Justiniano sube al trono y se encuentra con cuatro clases de divorcio, para ninguno de los cuales se necesitaba una sentencia judicial:

1. Por mutuo consentimiento.
2. Por culpa del cónyuge demandado en los casos tipificados en la ley.
3. Sin mutuo consentimiento, y sin causa legal, en cuyo caso el divorcio es válido, pero da lugar a un castigo del cónyuge que hubiera insistido en el divorcio.
4. "*Bona gratia*", es decir, no basado en la culpa de uno de los cónyuges, pero si fundado en circunstancias que harían inútil la

continuación del matrimonio (impotencia, cautividad prolongada) o inmoral (voto de castidad).

En la Edad Media, el derecho canónico continúa con éxito la lucha contra el divorcio, declarando que el matrimonio es indisoluble por naturaleza, pero permitiendo como remedio para situaciones inaguantables.

Dando un salto en la historia y adentrándonos en México, encontramos que actualmente la Ley de Relaciones Familiares *“estableció por primera vez en México, la disolución del matrimonio mediante resolución judicial, a instancia de ambos cónyuges que declaran su voluntad concorde de querer divorciarse.”*³³

El código Civil vigente, reprodujo las mismas causas de la Ley de Relaciones Familiares, suprimiendo también, la infracción de las capitulaciones matrimoniales, pero se introducen nuevas, *“desde luego se comprenden los vicios, no sólo la embriaguez consuetudinaria, sino el uso inmoderado de las drogas enervantes, y el juego.”*³⁴

³³ Galindo Garfías, Ignacio, *Ibidem*, página 601.

³⁴ Rojina Villegas, Rafael, *Compendio de Derecho Civil, Vigésimonovena Edición*, Editorial Porrúa, México, 2000. Página 377.

4.2. CONCEPTO

En términos generales, por divorcio voluntario debemos entender:

*"La forma de disolución del vínculo matrimonial por la que pueden optar los esposos cuando, sin aducir causa específica y reuniendo los requisitos de ley, hayan decidido poner al matrimonio."*³⁵

Se ha discutido sobre la conveniencia o inconveniencia de reconocer su validez, como un medio de disolver el vínculo conyugal, junto al divorcio que se funda en causas taxativamente establecidas en la Ley debidamente probadas ante el Juez que decreta el divorcio.

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

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

³⁵ Pallares, Eduardo, *Ibidem*, Página 267.

4.3. VÍAS DE EJECUCIÓN Y SUS REQUISITOS

Nuestro Código Civil ofrece dos vías para obtener el divorcio por mutuo consentimiento:

1. La administrativa
2. La judicial

4.4. PROCEDIMIENTO POR LA VÍA ADMINISTRATIVA

El divorcio es procedente por la vía administrativa cuando los cónyuges:

- a) Sean mayores de edad;
- b) No tengan hijos ni la mujer se encuentre en estado de gravidez;
- c) Se hayan casado por separación de bienes o hayan liquidado la sociedad conyugal, si por este segundo régimen se casaron; y
- d) Tengan como mínimo un año de casados, a partir de la celebración del matrimonio.

El Código Civil del Estado vigente, regula al divorcio por la vía administrativa, el cual en sus artículos 800 al 802 cita:

Artículo 800. "Cuando ambos consortes, teniendo más de un año de casados, convengan en divorciarse y sean mayores de edad, no tengan hijos menores y de común acuerdo hubieren liquidado su comunidad de bienes, si bajo este régimen se casaron, se presentarán personalmente ante el Oficial del Registro Civil del lugar de su domicilio; comprobarán con

las propias certificadas respectivas que son casados y mayores de edad y que, si tienen hijos estos también son mayores de edad; y manifestarán de una manera terminante y explícita su voluntad de divorciarse."

Artículo 801. "El Oficial, previa identificación de los consortes y haciéndoles saber el contenido del artículo 802, levantará un acta en que hará constar la solicitud del divorcio, citará a los cónyuges para que se presenten a ratificarla a los 15 días, y si los consortes hacen la ratificación, el Oficial los declarará divorciados, levantará el acta respectiva y mandará a hacer la anotación correspondiente en la del matrimonio así disuelto."

Artículo 802. "El divorcio obtenido en esa forma será nulo absolutamente si se comprueba que los cónyuges tiene hijos menores de edad, que son ellos mismos menores de edad o que no han liquidado su comunidad conyugal."

El divorcio voluntario por la vía administrativa, se tramita ante el Juez del Registro Civil a que corresponda el domicilio conyugal.

Para la tramitación:

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

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

3. Si en la segunda reunión los solicitantes ratifican su intención de divorciarse, el juez declarará que quedan divorciados, levantando el acta respectiva, lo que será anotado al margen de la partida de matrimonio. Si se reconcilian llega a su fin el procedimiento del divorcio por mutuo consentimiento. Los cónyuges no podrán solicitar el divorcio por mutuo consentimiento si no después de que transcurra un año desde su reconciliación.

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

4.5. PROCEDIMIENTO POR LA VÍA JUDICIAL

Procede por la vía judicial cuando:

- a) Se trate del matrimonio de menores; o alguno de los esposos lo sea;
- b) Existan hijos;
- c) No se haya disuelto la sociedad conyugal de común acuerdo;
- d) Haya transcurrido un año desde la celebración del matrimonio y

- e) En general, cuando falte alguno de los requisitos previstos para el divorcio administrativo.

Esta vía de ejecución se encuentra regulada en el Código Civil del Estado vigente regula al divorcio por la vía judicial, la cual en sus artículos 803 al 808 cita:

Artículo 803. *“Los consortes que no se encuentran previstos en el artículo 800, pueden divorciarse por mutuo consentimiento, ocurriendo al Juez en los términos que ordena el Código de Procedimientos Civiles.”*

Artículo 804. *“Los cónyuges que pidan su divorcio por mutuo consentimiento, están obligados a presentar ante el juzgado, un convenio en que se fijen los siguientes puntos:*

- I. Designación de la persona a quien sea confiado el cuidado de los hijos menores del matrimonio, tanto durante el procedimiento como después de ejecutoriado el divorcio;*
- II. El modo de subvenir a las necesidades de los hijos, tanto durante el procedimiento como después de ejecutoriado el divorcio; y la garantía que se ofrece para asegurar esta obligación, garantía que debe comprender por lo menos el importe de la pensión alimenticia de un año;*

III. *La casa que servirá de habitación a cada uno de los cónyuges durante el procedimiento;*

IV. *La cantidad que en su caso y a título de alimentos un cónyuge debe pagar al otro durante el procedimiento, la forma de hacer el pago y la garantía que deba darse para asegurarlo;*

V. *La manera de administrar, durante el procedimiento, la comunidad conyugal y la de liquidar ésta después de ejecutoriado el divorcio, y para ello se acompañará un inventario, avalúo y balance de la comunidad conyugal."*

Artículo 805. *"El divorcio por mutuo consentimiento no puede pedirse sino pasado un año de la celebración del matrimonio."*

Artículo 806. *"Mientras que se decrete el divorcio, el Juez autorizará la separación de los cónyuges de una manera provisional y dictará las medidas necesarias, para asegurar la subsistencia de los hijos a quienes haya obligación de dar alimentos."*

Artículo 807. *"Los cónyuges que hayan solicitado el divorcio por mutuo consentimiento, podrán reunirse de común acuerdo en cualquier tiempo, con tal de que el divorcio no hubiere sido decretado. No podrán*

volver a solicitar el divorcio por mutuo consentimiento sino pasado un año desde su reconciliación.”

Artículo 808. “El cónyuge que no quiera pedir el divorcio en las causas enumeradas en las fracciones VI y VII del artículo 799 podrá, sin embargo, solicitar, en forma de juicio, que se suspenda su obligación de cohabitar con el otro cónyuge y el Juez con conocimiento de causa podrá decretar esa suspensión quedando subsistentes las demás obligaciones creadas por el matrimonio.”

El divorcio voluntario por la vía judicial se tramita ante el Juez de lo Familiar del domicilio conyugal.

Para la tramitación:

1. Deberá presentarse la demanda respectiva, la cual sólo podrá ser cursada por los interesados y acompañada del convenio correspondiente, en el que se fijará la situación de decretado el divorcio;
2. El juez citará a los solicitantes para la celebración de dos reuniones de avenencia, a las cuales deberán concurrir los esposos, sin asesores; en cada una de ellas el juez los exhortará a meditar acerca del paso que pretenden dar, y procurará averarlos para que desistan del divorcio;

3. El juez citará sentencia en el caso de que los solicitantes insistan en divorciarse , y si el convenio llena los requisitos legales;

4. Si a consecuencia de la exhortación del Juez, o antes o después, en cualquier estado del juicio, pero antes de la sentencia, los cónyuges deciden reconciliarse, el procedimiento queda sin efecto por desistimiento de las partes, y como efecto de ello no podrán intentar un nuevo juicio de divorcio voluntario sino hasta pasado un año desde su reconciliación.

La sentencia que decreta el divorcio judicial, es apelable en el efecto devolutivo; la que lo niegue es apelable en ambos efectos, la apelación puede ser interpuesta por cualquiera de los cónyuges que pretenda divorciarse y por el Ministerio Público. En obvio que los cónyuges en el divorcio por mutuo consentimiento no pueden apelar la sentencia que decreta la disolución del vínculo matrimonial, pero podrán interponer el recurso de apelación contra la sentencia que niega el divorcio y contra los puntos resolutive de la sentencia de divorcio que modifique una o varias de las cláusulas del convenio presentado por ellos, tanto sobre la situación y guarda de los hijos como respecto de la liquidación de la sociedad conyugal o sobre alimentos. El Ministerio Público podrá apelar la resolución judicial que decrete o niegue el divorcio y que resuelva sobre los puntos relativos a la situación y cuidado de los hijos, así como respecto de la liquidación y resolución de la sociedad conyugal.

4.6. CONVENIO Y SUS REQUISITOS

El convenio que debe acompañar a la demanda en el divorcio voluntario por la vía judicial, establecerá los siguientes requisitos contemplados en el artículo 804 del Código Civil vigente en nuestro Estado:

Artículo 804.- *“Los cónyuges que pidan su divorcio por mutuo consentimiento, están obligados a presentar al juzgado, un convenio en que se fijen los siguientes puntos:*

- I. Designación de la persona a quien sea confiado el cuidado de los hijos menores del matrimonio, tanto durante el procedimiento como después de ejecutoriado el divorcio;*
- II. El modo de subvenir a las necesidades de los hijos, tanto durante el procedimiento como después de ejecutoriado el divorcio; y la garantía que se ofrece para asegurar esta obligación, garantía que debe comprender por lo menos el importe de la pensión alimenticia de un año;*
- III. La casa que servirá de habitación a cada uno de los cónyuges durante el procedimiento;*

IV. La cantidad que en su caso y a título de alimentos un cónyuge debe pagar al otro guante el procedimiento, la forma de hacer el pago y la garantía que deba darse para asegurarlo;

V. La manera de administrar, durante el procedimiento, la comunidad conyugal y la de liquidar ésta después de ejecutoriado el divorcio, y para ello se acompañará un inventario, avalúo y balance de la comunidad conyugal."

De los anteriores requisitos se infieren los siguientes puntos:

1. La persona que se hará cargo de los hijos menores;
2. La manera en que se atenderá a las necesidades de los hijos menores;
3. El domicilio en el que habitará cada uno de los cónyuges;
4. La forma de garantizar los alimentos del acreedor alimentario durante el procedimiento;
5. El modo de administrar la sociedad conyugal durante el procedimiento;
6. La designación del liquidador de la sociedad conyugal;
7. El inventario de los bienes y deudas comunes.

Es importante hacer mención que destacándose el mutuo consentimiento como una de las causales más recurridas en el Estado,

dejo plasmado en este trabajo la importancia de analizar los efectos que produce dicha causal tanto en el matrimonio, como en la familia base de toda sociedad.

Es de importancia relevante, hacer mención que el Código de Procedimientos Civiles del Estado, regula la figura del divorcio por mutuo consentimiento, en un apartado denominado "De los Juicios y Procedimientos Especiales" en el título decimoquinto, capítulo único. Como se puede observar para este precepto, la causal de divorcio por mutuo consentimiento merece un trato diferente, es por ello, que a esta figura, la contempla dentro de los juicios y procedimientos especiales.

Del Código antes mencionado, se transcribe lo siguiente:

Artículo 645. *"Cuando ambos consortes convengan en divorciarse, en los términos del último párrafo del artículo 803 del Código Civil, deberán ocurrir al Tribunal competente presentando el convenio que se exige en el artículo 804 del Código citado, así como una copia certificada del acta de matrimonio y de las de nacimiento de los hijos menores."*

Artículo 646. *"Hecha la solicitud, citará el Tribunal a los cónyuges y al representante del Ministerio Público, a una junta en la que se identificarán plenamente, que se efectuará después de los ocho y antes de los quince días siguientes, y si asistieron los interesados lo exhortará para procurar su reconciliación. Si no logra avenirlos, aprobará provisionalmente oyendo*

al representante del Ministerio público, los puntos del convenio relativos a la situación de los hijos menores o incapacitados, a la separación de los cónyuges y a los alimentos de aquéllos y de los que un cónyuge deba dar a otro mientras dura el procedimiento, dictando las medidas necesarias de aseguramiento."

Artículo 647. "Si insistieren los cónyuges en su propósito de divorciarse, citará el Tribunal a una segunda junta de avenencia que se efectuará después de los ocho y antes de los quince días de solicitada; y en ella volverá a exhortar a aquéllos con el propio fin que en el anterior. Si tampoco se lograre la reconciliación y en el convenio quedaren bien garantizados los derechos de los hijos menores o incapacitados, el Tribunal, oyendo el parecer del representante del Ministerio Público sobre este punto, dictará sentencia en que quedará disuelto el vínculo matrimonial y decidirá sobre el convenio presentado."

Artículo 648. "El cónyuge menor de edad necesita de un tutor especial para poder solicitar el divorcio por mutuo consentimiento."

Artículo 649. "Los cónyuges no pueden hacerse representar por mandatario en las juntas a que se refieren los artículos 646 y 647, sino que deben comparecer personalmente y, en su caso, acompañados del tutor especial."

Artículo 650. *"En cualquier caso en que los cónyuges dejaren pasar más de tres meses sin continuar el procedimiento, el Tribunal declarará sin efecto la solicitud y mandará archivar el expediente."*

Artículo 651. *"En caso de que el Ministerio Público se oponga a la aprobación del convenio, por considerar que viola los derechos de los hijos o que no quedan bien garantizados, propondrá las modificaciones que estime procedentes y el tribunal lo hará saber a los cónyuges para que dentro de los tres días manifiesten si aceptan las modificaciones."*

"En caso de que no las acepten, el Tribunal resolverá en la sentencia lo que proceda con arreglo a la ley, cuidando que de en todo caso queden debidamente garantizados los derechos de los hijos."

"Cuando el convenio no fuere de aprobarse, no podrá decretarse la disolución del matrimonio."

Artículo 652. *"Cuando exista planteado el Juicio de Divorcio contencioso y antes de la citación a las partes para oír la sentencia definitiva en el negocio, mediante la intervención del buen criterio del Juez, podrán las partes convertirlo en voluntario, debiéndose cumplir con todos los requisitos que dicho procedimiento exige, excepto las juntas de avenimiento, pues el Juez una vez oídas las partes, que le presentarán el convenio de ley y la forma de garantizar alimentos en su caso y previa*

vista que se dé al C. Agente del Ministerio Público, citará para oír resolución, misma que tendrá la forma y efectos de sentencia de divorcio voluntario."

Artículo 653. "Si alguna de las partes no cumple con la exigencia de firmar el convenio u otorgar la garantía correspondiente, en el término de diez días a partir de la diligencia donde se inició la conversión de divorcio contencioso en voluntario, se sobreseerán las actuaciones tendientes a solucionar en forma voluntaria la controversia y se continuará en todas sus partes con el divorcio necesario, sin que se presuma la existencia de perdón por cualquiera de las partes. Igual sobreseimiento existirá, si se deja de actuar más de tres meses, una vez hecha la conversión."

Artículo 654. "La sentencia que decrete el Divorcio por mutuo consentimiento, es apelable en el efecto devolutivo. La que lo niegue es apelable en ambos efectos."

Artículo 655. "Ejecutoriada la sentencia de divorcio, el Tribunal mandará remitir copia de ella al Oficial del Registro Civil de su Jurisdicción, al del lugar en que el matrimonio se efectuó, para los efectos de los artículos 654 y 665 del Código Civil."

CAPÍTULO 5

ANÁLISIS DE DOCTRINA, RESPECTO A LA PROCEDENCIA O NO DEL DIVORCIO POR MUTUO CONSENTIMIENTO

5.1. DOCTRINA QUE ACEPTA EL DIVORCIO POR MUTUO CONSENTIMIENTO

Encontramos como argumentos que favorecen la inclusión del mutuo consentimiento como causa del divorcio, aquellos, que ven en el matrimonio un contrato meramente civil, apoyándose en la facultad de rescisión que toda parte tiene en las obligaciones creadas, sin negar la importancia que el matrimonio tiene en la sociedad. A tal efecto encontramos que *"Todos los contratos son rescindibles, sin tener en cuenta que el contrato matrimonial es único entre todos, ninguno lleva las responsabilidades de éste; ninguno importa una donación personal ni una ligadura tan profunda y de repercusiones tan graves e íntimas en el orden psicológico y moral; ninguno tiene un valor tan constructivo en el orden personal y social."*³⁶

Aseguran en su obra Marcel Planiol y George Ripert las razones por las que debe admitirse el divorcio. *"El matrimonio se contrae para toda la vida; los esposos se comprometen en unión perpetua; pero quien dice*

³⁶ Ibarrola, Antonio De, *Ibidem*, página 308.

*perpetuidad no dice necesariamente indisolubilidad. La unión de hombre y mujer, que debería ser una causa de paz y concordia, una garantía de moralidad, a veces no realiza su fin. La vida común llega a ser imposible, se rompe, o bien si continúa, el hogar se convierte en un foco de disgustos; en una causa permanente de conflictos. Es un problema que resulta de las pasiones y debilidades humanas. Las ventajas del divorcio es hacer posible para los esposos desunidos otro matrimonio. De igual manera, el divorcio sacrifica a los hijos en interés de los padres. Pero éste es otro error, la desgracia de los hijos no es la ruptura legal del matrimonio, sino la ruptura de hecho, la discordia, el odio, el crimen de que son testigos y víctimas fatales. Su padre les enseñara a despreciar o a detestar a su madre, o recíprocamente, ahora bien, esta situación no es creada por el divorcio.*³⁷

Aceptan estos autores, todas las causales del divorcio, entre ellos el mutuo consentimiento. Resumiendo las opiniones precitadas en este capítulo, ven en el divorcio un mal, pero alegan que es un mal necesario, porque es remedio de otro mayor.

Menciona Marcel Planiol y George Ripert *“prohibir el divorcio porque es molesto, equivaldría a querer prohibir la amputación porque el cirujano mutila al enfermo. No es el divorcio el que destruye la institución santa del*

³⁷ Planiol, Marcel, Ripert George, *“Derecho Civil”*, Editorial Harla, México, 1997. Página 153.

*matrimonio, sino la mala inteligencia de los esposo, siendo el divorcio el que pone fin a ésta.*³⁸

Todos estos autores, no rechazan ninguna de las causales admitidas para que se de el divorcio, si bien, el mutuo consentimiento contribuirá a facilitar el proceso de ese "*mal necesario*."

5.2. DOCTRINA QUE NO ACEPTA EL DIVORCIO POR MUTUO CONSENTIMIENTO

Estos consideran que el matrimonio no es tan sólo de índole contractual, y atribuyen que éste es una institución sagrada que va más allá de un mero contrato.

Después de hacer un análisis de la familia, definir el Derecho de Familia, del matrimonio, de la evolución histórica, de analizar los requisitos de fondo y forma, explicar al divorcio como causa de disolución matrimonial y las causales que ponen fin al matrimonio. Nos adentramos de manera minuciosa a la causal de divorcio por mutuo consentimiento, y del procedimiento que se encuentra en el artículo 799 fracción XXI del Código Civil vigente y en el título decimoquinto del Código de Procedimientos Civiles. De está manera en este capítulo desarrollaré de

³⁸ Planiol, Marcel, Ripert George, *ibídem*, página 154.

manera más extensa las diferentes opiniones doctrinales, que tratan sobre la conveniencia o no, de ésta causal del mutuo consentimiento.

Para el Derecho Canónico, el verdadero matrimonio, el canónico, es indisoluble, y por tanto, por ese lado, nada se puede discutir. En el Derecho Canónico, a la ceremonia del matrimonio se le denomina "*promesa de presentis,*" esa promesa solemne debe mantenerse permanentemente, en cada momento de la vida matrimonial. Es por ello que consideran al matrimonio como la base fundamental de la familia. Y es por ello que la Iglesia defiende la perpetuidad del matrimonio en vida de los cónyuges y está en contra del divorcio.

Durante los primeros siglos del cristianismo y con apoyo en textos del Nuevo Testamento, San Mateo, San Lucas y San Marcos, el divorcio fue condenado, en términos generales.

Ya que no esta a favor del divorcio, cabe mencionar, que por tanto de ninguna de las causales, y mucho menos son partidarios del divorcio por mutuo consentimiento.

*"El divorcio dada las actuales circunstancias culturales, es la institución jurídica más peligrosa para la vida familiar, ya que, negando la indisolubilidad, todos los intentos de limitar los estragos son vanos."*³⁹

³⁹ Ibarrola, Antonio De, *Ibidem*, página 327.

Otros autores, se enfocan a la protección de las personas que integran la familia. Para rechazar el divorcio como disolución del matrimonio y por ende, de todas sus casuales, incluyendo la del mutuo consentimiento De esta forma, Ignacio Galindo Garfias, es defensor del matrimonio, ya que considera que *“el divorcio, tal como se concibe en la actualidad, viene a concluir con un hogar. Dos personas que se han hecho mutuamente desdichadas, van a seguir tratando de hacer también infelices a otras, en una cadena que no termina nunca, porque el divorcio no tiene limitación alguna. Y vivir en un hogar truncado marca a los hijos, quiérase o no, para toda la vida.”*⁴⁰ Igualmente hace notar Mazeud, el grave problema de la disolución, que llama él, disgregación de la familia. Para él la familia se edifica sobre el matrimonio. Si la ley hace cesar bruscamente, o en cualquier otra forma, los efectos del matrimonio, la familia queda profundamente perturbada. Además de no aceptar el divorcio considera motivo muy grave, y de muy largo alcance, para disgregar a la familia es el divorcio por mutuo consentimiento. Para apoyar este argumento, considera que el divorcio, disolviendo el matrimonio destruye al mismo tiempo al grupo familiar y con ello, priva a los hijos del medio natural y adecuado para su mejor desarrollo físico, moral e intelectual.

Hay quienes atribuyen al factor del tiempo, los males del matrimonio, por mencionar Bronislaw Malinowsky,⁴¹ sostiene, *“en la*

⁴⁰ Galindo Garfias, Ignacio, *Ibidem*, página 598.

⁴¹ Bronislaw Malinowsky, *Marriage: Past and Present, in the family and the Sexual Revolution*, Indiana University, Press, Bloomington, páginas 309 y siguientes.

actualidad institución del matrimonio presenta síntomas de desajuste como otras instituciones, porque estamos viviendo una época de rápidos y profundos cambios en la estructura de nuestra civilización." Concluye éste que "el matrimonio, presenta uno de los problemas más difíciles para la vida personal del ser humano; el más romántico y hermoso de los sueños debe ajustarse con la realidad de una tarea común que si es promisoria de la más alta felicidad demanda en cambio, de cada uno de los cónyuges gran dosis de generosidad y sublimes sacrificios. El matrimonio siendo la base de la familia, es el fundamento de la sociedad actual, como lo fue de todas las sociedades humanas anteriores y de mantener este fundamento es tarea de todos. Cada uno debe de contribuir con su esfuerzo individual y los reformadores y legisladores deben permanecer en constante observación de esta institución. Porque como todas las cosas vivientes, el matrimonio se encuentra en constante desarrollo y cambio."⁴²

Todos estos autores, no sólo no aceptan el divorcio, sino que la causal del mutuo consentimiento la encuentran totalmente infundada.

Prescindiendo de consideraciones ético religiosas, el divorcio se encuentra en pugna con los intereses superiores de la colectividad social y por lo tanto, no se le puede aceptar, por lo menos en principio; como una institución deseable. Se presenta a discusión, considerando la cuestión

⁴² Bronislaw Malinowsky, *Ibidem*, página 315.

desde el punto de vista más humano, en el sentido de cuáles deben ser los motivos que en la ley se consideren como causas justificadas de divorcio.

Aún Cimbali, partidario como es del divorcio, combate el divorcio por mutuo disenso, opina este tratadista que el matrimonio afectando los intereses más elevados de la vida y enlazado así bien a la reproducción de la vida misma, no debe ser abandonado el arbitrio individual, sino regulado previsoramente por la palabra social de la Ley en cuanto a los medios y a las condiciones que le originan y le mantienen y disuelven (...) los esposos son libres de contraerlo o no, más el contrato no pueden someter a condiciones y modalidades el vínculo conyugal, como tampoco son libres una vez contraído, de proclamar a su arbitrio la disolución.

Especial atención merece Pisanelli, que opina que si hay todavía partidarios del divorcio por el mutuo consentimiento, es *"porque no ven en el matrimonio, más que un contrato. No tiene razón de ser el divorcio por consentimiento, el matrimonio es una institución social, es una institución moral, y por tanto, es más que un mero contrato, y por lo mismo está por encima de la ley y del derecho"*.⁴³ De esta forma, negando la causal del divorcio por mutuo consentimiento, la doctrina critica a los partidarios de la doctrina contractualista. Así encontramos a Sánchez Román que efectivamente ve al matrimonio como algo más que un mero contrato: *"la concepción del matrimonio es más elevada y más compleja que la del*

⁴³ Ver a Ibarrolla,, Antonio De, Ibídem, página 309.

contrato, porque en efecto, los contrayentes no pueden alterar nada de ese contrato a su arbitrio, y no es producto del derecho, porque tiene funciones sociales y morales propias y fines esenciales, que los casados tienen necesariamente que cumplir."⁴⁴ Su opinión es rotunda en cuanto a la negación de la causal del divorcio por mutuo consentimiento.

Yéndonos al extremo, Valverde opina que *"el divorcio por mutuo consentimiento aumenta la criminalidad. Ciertamente, el mismo divorcio absoluto es inmortal y fuente de copiosa delincuencia. Aumenta la mortalidad y la morbilidad infantil, los hijos son víctimas de la desavenencia y abandono de los padres, y por la actitud de éstos se ven privados de la vida familiar."*⁴⁵

⁴⁴ Ibarrolla, Antonio De, *Ibidem*, página 310.

⁴⁵ Ibarrolla, Antonio De, *Ibidem*, página 312.

CONCLUSIONES

En este trabajo de investigación, se ha demostrado, atendiendo a la doctrina consultada, que el matrimonio es la base fundamental para la familia, y ésta misma es la célula, más importante de toda sociedad.

Podemos apreciar que en la actualidad entre de las causas que han originado la disgregación del grupo familiar encontramos, la dispersión de los miembros de una familia por necesidades de trabajo o por razones de conveniencia personal; la inseguridad económica que sufren los individuos de escasos recursos por la gran producción industrial; falta de viviendas suficientes; la insuficiencia de los recursos que puede obtener el jefe de familia en las clases obrera y media para el sustento del grupo familiar, obliga a la esposa y los hijos e hijas mayores de edad temprana, a buscar el auxilio económico para el sustento del grupo familiar. Y el más importante, el divorcio.

Ante este problema de descomposición del grupo familiar, el Estado no ha permanecido indiferente y puesto que es de interés social que se cumplan las funciones básicas de educación y formación de hombres dentro de la familia, ha acudido a través de disposiciones de diversa índole, particularmente en lo que toca al régimen de seguridad social y asistencia, a suplir estas funciones.

Como se ha visto a través de lo expuesto en este trabajo sobre el derecho de familia, éste, no ha obtenido todavía su total independencia, sólo se ha logrado la independencia judicial, no así en lo doctrinario y legislativo, ya que como hemos visto, no existe un código de la familia y los textos y cursos siguen siendo parte de los de Derecho Civil.

En México existen tribunales y jueces específicos para atender a los asuntos familiares, pero su doctrina y regulación, la enseñanza de éstas y la legislación correspondiente aún forman parte del derecho civil.

Sin embargo, a través de las reflexiones doctrinales, encontramos que hay autores que no están a favor de esta causal. Resultan interesantes las apreciaciones que hacen estos sobre el mutuo consentimiento, demostrando que éste puede degenerar las relaciones familiares y a los integrantes de dicha institución, como lo he mencionado reiteradamente en este trabajo. El mutuo consentimiento hace débil a la institución matrimonial, por ello el hecho de las discusiones comentadas. A este respecto, cabría plantearse la inclusión o no de la causal de mutuo consentimiento en nuestro Código Civil, analizando las consecuencias reales que este tiene, en base a la doctrina comentada.

"El divorcio, social y familiarmente un mal necesario, aún cuando lo normal, desde cualquier punto de vista, es que la vida matrimonial se

realice dentro de cauces de tranquilidad y de respeto y de comprensión mutua, a fin de lograr plenamente las finalidades que, persigue el matrimonio, en ocasiones tales metas no se alcanzan por la presencia de cauces graves que afecten la estabilidad de la familia y que pueden constituir un serio problema para la salud moral de los hijos y aun para la integridad misma de los esposos en sus personas. De este modo, a fin de prevenir males mayores, la ley ha puesto al alcance de los cónyuges la posibilidad legal de terminar un matrimonio para el que resulta imposible realizar, en plenitud, sus propias finalidades. Es por estas consideraciones que se califica al divorcio como un mal socialmente necesario⁴⁶.

⁴⁶ González, Juan Antonio, *Ibidem*, página 92.

BIBLIOGRAFÍA

1. BAQUEIRO ROJAS, EDGAR, BUENROSTRO BÁEZ, ROSALÍA. "Derecho de Familia y Sucesiones". Segunda Edición, Ediciones Oxford. México, 1990.
2. BAQUEIRO ROJAS, EDGAR. "Derecho Civil", Primer Curso, Parte General, Personas y Familia. Vigésima Edición, Editorial Porrúa. México, 2002.
3. BAQUEIRO ROJAS, EDGAR. "Derecho Civil". Tercera Edición, Ediciones Harla, S.A. de C.V. México, 1997.
4. BARROETA FLORES, BENJAMÍN. "Lecciones de Primer Curso de Derecho Civil". México, 1960.
5. BIALOSTOSKY, SARA. "Panorama de Derecho Romano". Sexta Edición, Editorial Porrúa. México, 2002.

6. BONNECASE, JULIEN. "Tratado Elemental de Derecho Civil". Tercera Edición, Ediciones Harla S.A. de C.V. México, 1997.
7. CÓDIGO CIVIL PARA EL ESTADO DE QUINTANA ROO, Editora Norte Sur, México, 1996.
8. CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES DEL ESTADO DE QUINTANA ROO, Editora Norte Sur, México, 1996.
9. DE IBARROLA, ANTONIO. "Derecho de Familia". Cuarta Edición, Editorial Porrúa, S.A. México, 1993.
10. FLORIS MARGADANT S, GUILLERMO. "El Derecho Romano Privado". Decimanovena Edición, Editorial Esfinge, S.A. de C.V. México, 1993.
11. FLORIS MARGADANT S, GUILLERMO. "El Derecho Romano, como Introducción a la Cultura Jurídica

Contemporánea". Vigésima Edición, Editorial Esfinge, S.A. de C.V. México, 1994.

12. GOMEZ SOLER, JOSÉ. "Derecho Civil Mexicano. México, 1994.

13. GONZÁLEZ, JUAN ANTONIO. "Elementos de Derecho Civil". Séptima Edición, Editorial Trilla. México, 2002.

14. IBARRA MAGALLÓN, JORGE MARIO. "El Matrimonio". Tipográfica Mexicana, México, 1965.

15. IGLESIAS, JUAN. "Derecho Romano". Decimotercera Edición, Editorial Ariel, S.A. de C.V. España 2001.

16. Instituto Nacional de Estadística Geografía e Informática. "Estadísticas Demográficas". Edición 2002, Editorial INEGI.

17. Instituto Nacional de Estadística Geografía e Informática.
"Mujeres y Hombres en México. Octava Edición, Editorial
INEGI. México, 2001.

18. IBARRA, MAGALLÓN, JORGE MARIO. "Instituciones de
Derecho Civil. México, 1990.

19. MONTERO DUCHAET, SARA. "Derecho de Familia".
México, 1992.

20. MORINEAL IDUARTE, MARTA, IGLESIAS GONZALEZ,
ROMÁN. "Derecho Romano". Cuarta Edición, Editorial
Oxford. México, 1999.

21. ODERIGO, MARIO N. "Sinopsis de Derecho Romano".
Sexta Edición, Ediciones De Palma Buenos Aires, 1982.

22. OGBURN Y NINMKOFF, "Sociología". Versión
Castellana, Madrid, 1955.

23. PALLARES, EDUARDO. "Diccionario de Derecho Procesal Civil". Décima Edición, Editorial Porrúa, S.A. México, 1997.
24. PÉREZ DUARTE, ELENA ALICIA. "Derecho de Familia". México, 1990.
25. PETIT, EUGENE. "Tratado Elemental de Derecho Romano". Editorial Época, S.A. de C.V. México, 1977.
26. PLAINOL, MARCEL, RIPERT, GEORGE. "Derecho Civil". Tercera Edición, Ediciones Harla, S.A. de C.V. México, 1997.
27. ROJINA VILLEGAS, RAFAEL. "Compendio de Derecho Civil", Vigésimo novena Edición, Editorial Porrúa. México, 2000.
28. PALLARES, EDUARDO. "Diccionario de Derecho Procesal Civil", Décima Edición, Editorial Porrúa. México, 1977.

29. BRONISLAW MALINOWSKY, "Marriage: Past and Present, in the family and the Sexual Revolution", Indiana University, Press, Bloomington.